DOCTRINA DE LA SALA 2ª DEL TS (Ponente Antonio del Moral García):

DERECHO CONSTITUCIONAL:

PRESUNCIÓN DE INOCENCIA: Artículo 24 CE.
-Límites: este principio no conduce a presumir que las pruebas inculpatorias son ilegítimas mientras no se acredite lo contrario.

DERECHO A LA TUTELA JUDIDIAL EFECTIVA: ART 24.1 CE:
-POSIBILIDAD DE ANULAR SENTENCIAS ABSOLUTORIAS QUE MANEJEN CRITERIOS ARBITRARIOS.
-CONTORNOS COMO MOTIVOS DE CASACIÓN.

PRESUNCIÓN DE INOCENCIA INVERTIDA: ÁMBITO DEL RECURSO DE CASACIÓN EN EL TRIBUNAL DE JURADO: ART 24 CE.

PRINCIPIOS DE INMEDIACIÓN Y CONTRADICCIÓN: Artículos 24.1 y 120.2 CE.

PRINCIPIO ACUSATORIO Y DERECHO DE DEFENSA: ART 24 CE.

CONGRUENCIA ENTRE ACUSACIÓN Y CONDENA. DERECHO A SER INFORMADO DE LA ACUSACIÓN: ART 24 CE.

MOTIVACIÓN DE LAS SENTENCIAS: art 120.3 y 24 CE
-NIVEL DE MOTIVACIÓN DE LAS SENTENCIAS ABSOLUTORIAS.

-MOTIVACIÓN FÁCTICA: NO QUEDA SATISFECHA POR UNA EXPOSICIÓN MÁS O MENOS COMPLETA DE LA PRUEBA PRACTICADA

MINISTERIO FISCAL: Artículo 124 CE:
- PROPOSICIÓN DE PRUEBA TESTIFICAL CONSISTENTE EN DECLARACIÓN DEL FISCAL

DERECHO PENAL:

PARTE GENERAL:

DOLO EVENTUAL: ART 5 CP

ACCIÓN: ART 10 CP:
-Relación de causalidad: imputación objetiva
-Desviación del curso causal: desviación esencial o accidental

DESISTIMIENTO: ART 16.2 CP

TRASTORNO MENTAL TRANSITORIO: ART 20.1 CP
LEGÍTIMA DEFENSA: ART 20.4 CP
-EXIMENTE INCOMPLETA ART 21.1 CP

ATENUANTE DE DROGADICCIÓN: ART 21.2 EN RELACIÓN CON EL 20.2

ATENUANTE DE CONFESIÓN: 21.4 CP
-El elemento cronológico exigido por el legislador no puede derogarse por la vía de convertir el supuesto en una atenuante analógica. No existen atenuantes incompletas.

ATENUANTE DE REPARACIÓN DEL DAÑO. Art 21.5 CP

DILACIONES INDEBIDAS: ART 21.6 CP
-SI SU BASE FÁCTICA SE OBTIENE DIRECTAMENTE DEL EXAMEN DE LAS ACTUACIONES NO ES IMPRESCINDIBLE QUE SE RECOJA EN EL FACTUM.

ALEVOSÍA: 22.1 CP

ENSAÑAMIENTO: 22.5 y 139.3 CP

MULTA PROPORCIONAL:ART 52:

-DEGRADABILIDAD DE TALES PENAS

ABONABILIDAD DOBLE DE UN MISMO PERÍODO DE PRISIÓN: ART 58 CP

QUANTUM PENOLÓGICO E INDIVIDUALIZACIÓN DE LA PENA:

ART 66.1. 2ª

ART 66.6º

DOCTRINA PAROT: ART 70 CP 1973

DELITO CONTINUADO: ART 74

ACUMULACIÓN JURÍDICA DE CONDENAS: ART 76 CP

COSTAS PROCESALES: ART 123 Y 124 CP

PRESCRIPCIÓN: ART 130.6 CP:
-AUTORIZA A ELUDIR UN PRONUNCIAMIENTO SOBRE EL FONDO.
-EL PLAZO VIENE DADO POR LOS DELITOS QUE SE DECLARAN PROBADOS Y NO POR LAS IMPUTACIONES DESESTIMADAS.

CANCELACIÓN DE ANTECEDENTES PENALES (ART 136 CP): las dudas sobre la cancelabilidad del antecedente penal : han de resolverse conforme al principio in dubio, rechazando la agravante de reinicidencia.

PARTE ESPECIAL

DELITO DE HOMICIDIO: ART 138 CP:
-ANIMUS NECANDI, DISTINCIÓN ENTRE TENTATIVA DE HOMICIDIO Y DELITO CONSUMADO DE LESIONES

DELITO DE LESIONES: art 147 y ss
- La exclusión de voluntariedad respecto de las lesiones del art. 149 CP no reconduce automáticamente a los arts. 147 ó 617. Es posible aplicar el art. 150 si concurría dolo, aunque sea eventual, respecto de las lesiones ahí tipificadas.

DELITO DE AMENAZAS. ART 169 CP

DELITOS CONTRA LA LIBERTAD SEXUAL:
-POSIBLE NON BIS IN IDEM ENTRE ABUSOS SEXUALES (Art 181.1 y 2) Y LA AGRAVANTE DE ESPECIAL VULNERABILIDAD (ART 181.5 en relación con el art 180.1 3ª)
-ABUSO SEXUAL: LA SITUACIÓN DE SUPERIORIDAD TAMBIÉN SE MANIFIESTA EN SITUACIONES COYUNTURALES Y NO ESTABLES.
-"QUANTUM INDEMNIZATORIO": Art 193 CP.
-LOS DAÑOS MORALES SE PRESUMEN EN LOS DELITOS SEXUALES.

DELITO DE ESTAFA: ART 248 CP
-Engaño "bastante": la exigencia de que el engaño sea "bastante" no puede llevar a una atrofia de la tutela penal, obligando al particular a una extremada y sistemática desconfianza incompatible con el tráfico jurídico mercantil y la convivencia social.

-Estafa procesal: la consumación del subtipo del art. 250.1.7º CP exige que efectivamente haya recaído resolución judicial como consecuencia del engaño.

-Concurso entre estafa procesal en grado de tentativa y tipo básico de estafa consumado: principio de alternatividad (art. 8.4 CP).

-Estafa: Inexistencia de prejudicialidad penal positiva en el proceso penal.

DELITO DE APROPIACIÓN INDEBIDA:
-Evolución jurisprudencial: alcance del verbo "distraer".

-Apropiación indebida: el contrato de arrendamiento de obra no es idóneo para construir el delito de apropiación indebida salvo que exista aportación de materiales por parte del dominus; o, con ciertas condiciones, cuando aparezca singularizado el monto del importe total que ha de destinarse específicamente a la adquisición de los materiales necesarios.

-Apreciación del subtipo del art 250.1.6º: posible pero excepcional

DELITO DE RECEPTACIÓN: ART 298 CP

DELITO DE INCENDIO: ART 351

DELITOS CONTRA LA SALUD PÚBLICA: 368 y ss CP:

-POSIBLE COMISIÓN POR OMISIÓN DE LA ENCARGADA DEL LOCAL EN EL QUE SE REALIZA LA ACTIVIDAD DE VENTA
-TENTATIVA INIDÓNEA
-ACTITUD TOLERANTE DEL CONVIVIENTE EN CUANTO A LA ACTIVIDAD DE VENTA
-COMPLICIDAD
-DOSIS MÍNIMA DE SUSTANCIA ESTUPEFACIENTE.
-ESCASA ENTIDAD: 368.2 CP.
-376.2 CP: su apreciación exige que se haya culminado con éxito el tratamiento rehabilitador. El simple sometimiento a tratamiento no es una atenuante, aunque es circunstancia individualizadora valorable.

DE LAS FALSEDADES DOCUMENTALES: 390 y ss
FALSEDAD IDEOLÓGICA COMETIDA POR PARTICULARES: Diferencias entre "contrato simulado" y "documento simulado".
- HOMOGENEIDAD ENTRE FALSIFICACIÓN DE TARJETAS DE CRÉDITO (art 399 BIS) Y TENENCIA DE ÚTILES PARA COMETER EL DELITO (art 400).

DERECHO PROCESAL:

ENTREGA VIGILADA-TENTATIVA INIDÓNEA: ART 263 LECrm

CONEXIDAD: ART 300 LECrm

SECRETO SUMARIAL: ART 302 LECrm

PRUEBA PRECONSTITUIDA: Art 433.2 y 448.3 y 4 LECrm

INFORME PERICIAL: Art 456 y ss
-NO ES IMPRESCINDIBLE LA RATIFICACIÓN EN JUICIO ORAL SI NINGUNA DE LAS PARTES LO IMPUGNA.
-NO ES NECESARIA LA DUALIDAD DE PERITOS SI PROVIENE DE UN ORGANISMO OFICIAL.

PRISIÓN PROVISIONAL. Art 502 y ss LECrm
-IMPARCIALIDAD DEL TRIBUNAL QUE ACUERDA LA PRISIÓN PROVISIONAL.
-REITERACIÓN DELICTIVA.

ENTRADA Y REGISTRO DOMICILIARIO. ART 550 y ss LECrm
-MOTIVACION SUFICIENTE DEL AUTO AUTORIZANDO LA ENTRADA Y REGISTRO. NECESIDAD DE VALORACIÓN CONTEXTUAL.
-INTERESADO A LOS EFECTOS DE PRESENCIAR UN REGISTRO DOMICILIARIO ES EL MORADOR ACTUAL

INTERVENCIONES TELEFÓNICAS: ART 579 y ss LECrm
-INFORMACIÓN CONFIDENCIAL COMO BASE PARA ACORDAR UNA INTERVENCIÓN TELEFÓNICA.
-CONTROL JUDICIAL DE LA INTERVENCIÓN TELEFÓNICA.
-INDICIOS NECESARIOS PARA PROVOCAR LA INJERENCIA EN EL DERECHO AL SECRETO DE LAS COMUNICACIONES.
-RELEVANCIA DE LAS CONFIDENCIAS A LOS EFECTOS DE DECRETAR UNA INTERVENCIÓN TELEFÓNICA.
-VALORABILIDAD DE LAS TRANSCRIPCIONES TELEFÓNICAS.
-INSUFICIENCIA DE LA MOTIVACIÓN: MOTIVACIÓN POR REMISIÓN
-AUSENCIA DE TESTIMONIO DE LAS ACTUACIONES EN QUE SE BASABAN LAS INTERVENCIONES: CONSECUENCIAS
-FACULTADES DE LA POLICÍA PARA RECABAR DE LA COMPAÑÍA AÉREA EL NÚMERO DE TELÉFONO DE UNA PERSONA QUE ESTA SIENDO INVESTIGADA

AUSENCIA DE LA PETICIÓN DE APERTURA DEL JUICIO ORAL EN EL SUMARIO ORDINARIO: ART 627 LECrm

ESCRITOS DE ACUSACIÓN: ART 650 y ss LECrm:
-CONSECUENCIAS DE LA PRESENTACIÓN TARDÍA DE LOS ESCRITOS DE ACUSACIÓN.
-CÓMPUTO DE PLAZO DE PRESENTACIÓN DEL ESCRITO DE ACUSACIÓN.

PRUEBA:
-PERTINENCIA Y NECESIDAD: ART 659 LECrn
-RELATIVIZACIÓN DE LA DISTINCIÓN ENTRE PRUEBA DIRECTA E INDIRECTA

-DENEGACIÓN DE PRUEBA: NO SUSPENSIÓN DEL JUICIO ORAL POR INCOMPARECENCIA DE TESTIGOS. LA TESTIFICAL HA DE SER POSIBLE Y NECESARIA
-DENEGACIÓN DE PRUEBA: NECESIDAD DE PREVIA PROTESTA: ART 659 LECrm

INTERROGATORIO DE TESTIGOS:
-PREGUNTAS SUGESTIVAS, CAPCIOSAS E IMPERTINENTES. ART 709 LECrm

MODIFICACIÓN DE CONCLUSIONES: ART 732 LECrm

SEGUIMIENTO DE UN PROCEDIMIENTO INADECUADO: CONSECUENCIAS: ART 760LECrm

ASISTENCIA LETRADA AL IMPUTADO: ART 767 LECrim:
-Inutilidad de las declaraciones prestadas ante la policía por un imputado sin asistencia letrada.

CONSECUENCIAS DE LA OMISIÓN DE UNOS HECHOS EN EL AUTO DE TRANSFORMACIÓN: ART 779.1.4º

ACTA DEL JUICIO ORAL: ART 788.6 LECrm

RECURSO ADHESIVO POR MOTIVOS NO COINCIDENTES CON LOS DEL RECURSO PRINCIPAL: ART 790.1 Y 846 BIS

OTROS:

PREDETERMINACIÓN DEL FALLO

CADENA DE CUSTODIA

POSIBILIDAD DE INTRODUCIR "CUESTIONES NUEVAS" EN VÍA DE RECURSO

DOCTRINA DE LA PENA JUSTIFICADA

HOMOGENEIDAD DELITO CULPOSO Y DOLOSO

RELATIVIZACIÓN DEL PRINCIPIO DE UNIDAD DE ALEGACIONES

PROCEDIMIENTO CONTRA PERSONAS AFORADAS:
-DISTRIBUCIÓN DE FUNCIONES ENTRE EL INSTRUCTOR Y LA SALA DE ENJUICIAMIENTO
- ADMISIBILIDAD DEL RECURSO DE CASACIÓN CONTRA AUTO QUE ESTIMA APELACIÓN CONTRA EL AUTO DE PROSECUCIÓN: NO CABE CASACIÓN

DECLARACIÓN DEL COIMPUTADO
-Siendo varios los coimputados que incriminan se acrecienta la fiabilidad de sus declaraciones
-Testimonio obtenido mediante promesa de reducción de pena.
-Condenado que comparece al acto del juicio oral celebrado para otra persona implicada
-Tratamiento de los supuestos en que se acoge a su derecho al silencio en el acto del juicio oral con la consiguiente falta de contradicción plena.

INFORME PSICOLÓGICO SOBRE CREDIBILIDAD DEL TESTIMONIO

RECONOCIMIENTO VISUAL DEL IMPUTADO

RECONOCIMIENTO FOTOGRÁFICO DEL IMPUTADO

VALORABILIDAD DE LA CONFESIÓN EN DEPENDENCIAS POLICIALES

NECESIDAD DE LA LECTURA DE LAS DECLARACIONES SUMARIALES PARA SU VALORABILIDAD

POSIBLE VALORACIÓN DE LAS DECLARACIONES SUMARIALES DEL ACUSADO QUE GUARDA SILENCIO EN EL ACTO DEL JUICIO ORAL

SILENCIO DEL ACUSADO

DERECHO A LA DOBLE INSTANCIA

FALTA DE IMPARCIALIDAD DEL TRIBUNAL

PRINCIPIO IN DUBIO: OPERATIVIDAD EN CASACIÓN

GRABACIÓN SUBREPTICIA DE UNA CONVERSACIÓN CON AUTORIZACIÓN DE UNO DE LOS INTERLOCUTORES: NO ES PRUEBA ILÍCITA. PUEDE SER VALORADA.

PROPORCIONALIDAD DE LA PENA

Fuente: J Huete

Sentencias que se han tenido en cuenta en este compendio (evidentemente no están todas, hasta la fecha creo que han sido más de 70 las ponencias de Antonio, sin contar por supuesto autos y votos particulares):

1º. 16-5-2012, nº 3772012, rec. 11872011.
2º. 17-5-2012, nº 3782012, rec. 10452011.
3º. 21-5-2012, nº 4122012, rec. 1862012.
4º. 22-5-2012, nº 4372012, rec. 13462011.
5º. 25-5-2012, nº 4402012, rec. 10782011.
6º. 28-5-2012, nº 4662012, rec. 15732011.
7º. 4-6-2012, nº 4642012, rec. 14812011.
8º. 5-6-2012, nº 5032012, rec. 100252012.
9º. 11-6-2012, nº 5062012, rec. 17072011.
10º. 12-6-2012, nº 5182012, rec. 101222012.
11º. 15-6-2012, nº 5192012, rec. 100142012.
12º. 25-6-2012, nº 5382012, rec. 14322011.
13º. 29-6-2012, nº 5702012, rec. 262012.
14º. 29-6-2012, nº 5562012, rec. 102722012.
15º. 9-7-2012, nº 6452012, rec. 101142012.
16º. 10-7-2012, nº 6152012, rec. 100922012.
17º. 13-7-2012, nº 6582012, rec. 102362012.
18º. 19-7-2012, nº 6572012, rec. 12952011.
19º. 28-09-2012 **nº**:10337/2012
20º. 4-10-2012, nº 7452012, rec. 725/2012
21º. 18-10-2012 nº: 793/2012 rec. 2121/2011
22º. 19-10-2012 **nº**:2399/2011
23º. 24-10-2012 **nº**:2466/2011
24º. 26-10-2012 **nº**:2201/2011
25º. 30-10-2012, Nº: 977/2012, rec. 303/2012
26º. 05-11-2012 **nº**:1068/2012
27º. 8-11-2012, nº 925/2012, rec. 406/2012
28º. 12-11-2012, nº 878/2012, rec. 638/2012.
29º. 12-11-2012, nº 1064/2012, rec. 707/2012
30º. 13-11-2012, nº 1068/2012, rec. 2016/2011
31º. 19-11-2012, nº 917/2012, rec. 10705/2012
32º. 21-11-2012**,** nº 1043/2012, rec. 864/2012
33º. 28-11-2012, nº 1066/2012, rec 913/2012
34º. 29-11-2012, nº 1073/2012, rec. 10595/2012
35º. 30-11-2012, nº 968/2012, rec. 10529/2012
36º. 2-12-2012, nº 1069/2012, rec. 10664/2012
37º. 11-12-2012, nº 1072/2012, rec. 767/2012
38º. 28-12-2012, nº1077/2012, rec. 1077/2012
39º. 03-01-2013, nº 1078/2012, rec. 10807/2012
40º. 21-1-2013, nº 70/2013, rec. 10942/2012.
41º. 23-1-2013, nº 90/2012, rec. 10856/2012
42º. 23-1-2013, nº 163/2013, rec. 10762/2012
43º. 23-1-2013, nº 197/2012, rec. 10968/2011
44º. 25-1-2013, nº. 243/2013, rec. 628/2012
45º. 6-2-2013, nº 133/2013, rec. 10879/2012
46º. 7-2-2013, nº 184/2013, rec. 671/2012

Actualizaciones:
pedro.diaz.ius@juntadeandalucia.es

Fuente: J Huete

47º. 8-2-2013, nº 172/2013, rec. 11002/2012
48º. 13-2-2013,nº 277/2013, rec. 738/2012
49º. 18-2-2013, nº: 276/2013, rec. 755/2012
50º. 27-2-2013, nº: 299/2013, rec. 735/2012
51º. 28-2-2013, nº.289/2013, rec. 945/2012
52º. 1-3-2013, nº 295/2013, rec. 892/2012
53º. 4-3-2013, nº 327/2013, rec. 1459/2012
54º. 13-3-2013, nº 298/2013, rec. 1298/2012
55º. 20-3-2013, nº 339/2013, rec. 975/2012
5º. 26-3-2013, nº 315/2013, rec. 1513/2012
55º. 1-4-2013, nº 326/2013, rec. 1208/2012
56º. 3-4-2013, nº 319/2013, rec. 1277/2012
57º. 10-4-2013, nº 381/2013, rec. 1314/2012
58º. 12-4-2013, nº 378/2013, rec. 1544/2012
59º. 12-4-2013, nº 383/2013, rec. 1568/2012
60º. 23-5-2013, nº 420/2013, rec. 2212/2012

DERECHO CONSTITUCIONAL:

PRESUNCIÓN DE INOCENCIA: ART 24 CE

Tribunal Supremo Sala 2ª, S 16-5-2012, nº 377/2012, rec. 1187/2011. Pte: Moral García, Antonio del

El derecho a la presunción de inocencia según ha sido perfilado por el Tribunal Constitucional -entre otras, Sentencia 68/2010, de 18 de octubre - aparece configurado como regla de juicio que implica la prohibición constitucional de ser condenado sin que se hayan realizado pruebas de cargo válidas con las garantías necesarias referidas a todos los elementos esenciales del delito, de las que quepa inferir razonablemente los hechos y la participación del acusado. Sólo existirá violación de tal derecho cuando no haya pruebas de cargo válidas o cuando no se motive el resultado de dicha valoración o cuando por ilógico o por insuficiente no sea razonable el iter discursivo (Fundamento Jurídico Cuarto; en idéntico sentido y entre muchas otras, sentencias del mismo Tribunal 107/2011, de 20 de junio -Fundamento Jurídico Cuarto -, 111/2011, de 4 de julio -Fundamento Jurídico Sexto a)-, o 126/2011, 18 de julio -Fundamento Jurídico Vigésimo Primero a-).
Por su parte es doctrina conocida de este Tribunal en sintonía con la jurisprudencia constitucional, expresada entre otras, y por solo citar uno de entre incontables pronunciamientos, que "cuando se invoca el derecho constitucional a la presunción de inocencia, el examen de este Tribunal debe ceñirse a la supervisión de que ha existido actividad probatoria practicada con todas las garantías; la comprobación de que el órgano de enjuiciamiento ha exteriorizado las razones que le han conducido a constatar el relato de hechos probados a partir de la actividad probatoria practicada; y el control de la razonabilidad del discurso que une la actividad probatoria y el relato fáctico resultante" (Sentencia 276/2008, de 16 de mayo).

-Límites: este principio no conduce a presumir que las pruebas inculpatorias son ilegítimas mientras no se acredite lo contrario.

Sentencia Nº: 163/2013
RECURSO CASACION (P) Nº:10762/2012 P
Fallo/Acuerdo: Sentencia Estimatoria
Fecha Sentencia: 23/01/2013
Ponente Excmo. Sr. D.: Antonio del Moral García

Menú

El derecho a la presunción de inocencia no arrastra a presumir la invalidez de los medios de prueba sobre los que una parte quiere arrojar una sospecha de incorrección. La presunción de inocencia obliga a tener a toda persona como inocente en tanto no concurran pruebas que acrediten su culpabilidad; pero no conduce a presumir que las pruebas inculpatorias son ilegítimas mientras no quede acreditado de manera plena lo contrario (SSTS 6/2010 de 27 de enero y 406/2010, de 11 de mayo).

Fuente: J Huete

DERECHO A LA TUTELA JUDIDIAL EFECTIVA: ART 24.1 CE:
-POSIBILIDAD DE ANULAR SENTENCIAS ABSOLUTORIAS QUE MANEJEN CRITERIOS ARBITRARIOS.

Tribunal Supremo Sala 2ª, S 21-11-2012, nº 1043/2012, rec. 864/2012. Pte: Moral García, Antonio del
El derecho a la tutela judicial efectiva tal y como viene siendo perfilado en la jurisprudencia constitucional permite anular aquellas decisiones judiciales basadas en criterios no racionales, o apartados de toda lógica o ajenas a cualquier parámetro de interpretación sostenible en derecho; pero no permite corregir cualquier supuesta deficiencia en la aplicación del derecho o en la valoración de la prueba. Otorgar al derecho a la tutela judicial efectiva mayores dimensiones significaría convertir el recurso de casación y, lo que todavía sería más disfuncional desde la perspectiva del reparto de funciones constitucionales, también el recurso de amparo en un medio ordinario de impugnación. El derecho a la tutela judicial efectiva no garantiza el acierto en la decisión judicial, aunque sí repele aquellas respuestas ofrecidas por los órganos jurisdiccionales que se aparten de unos estándares mínimos de "razonabilidad". De esa manera el enunciado enfático y cuasi-sacramental de ese derecho no se queda en una mera proclamación retórica, sino que cobra perfiles concretos y adquiere un definible contenido esencial del que pueden extraerse consecuencias específicas en relación con asuntos singulares. Tal derecho queda satisfecho con la obtención de una respuesta judicial fundada en derecho, aunque se desestime la pretensión que se reclamaba del Tribunal. Pero no cualquier respuesta judicial colma las exigencias de ese derecho: sólo aquéllas razonadas que se muevan dentro de ciertos cánones elementales de razonabilidad y que se funden en una interpretación de la norma jurídica no extravagante, sino defendible, aunque se aparte de otras posibles igualmente las sostenibles. La desviación frente a otras eventuales interpretaciones incluso más correctas o defendibles será un tema de legalidad. Cuando tal apartamiento desborda lo "razonable" o lo "defendible" desde el punto de vista del ordenamiento jurídico, el atentado a la legalidad adquiere una dimensión nueva, se transforma en algo más: la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva. Desde esa óptica el Tribunal Constitucional en su función no de intérprete de la legalidad, que no lo es, sino de máximo interprete de la Constitución y valedor de la eficacia de los derechos fundamentales es desde la que puede corregir sin invadir la legalidad ordinaria esas desviadas aplicaciones del derecho por infringir el art. 24.1 de la Constitución .

Menú

Fuente: J Huete

-CONTORNOS COMO MOTIVOS DE CASACIÓN.

Sentencia Nº: 1066/2012
RECURSO CASACION Nº:913/2012
Fallo/Acuerdo: Sentencia Desestimatoria
Procedencia: Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña.
Fecha Sentencia: 28/11/2012
Ponente Excmo. Sr. D.: Antonio del Moral García.

El derecho a la tutela judicial efectiva tal y como viene siendo perfilado en la jurisprudencia constitucional permite anular aquellas decisiones judiciales basadas en criterios no racionales, o apartados de toda lógica o ajenas a cualquier parámetro de interpretación sostenible en derecho; pero no habilita para corregir toda supuesta deficiencia en la aplicación del derecho o en la valoración de la prueba. Otorgar al derecho a la tutela judicial efectiva mayores dimensiones significaría convertir el recurso de casación y, lo que todavía sería más perverso desde la perspectiva del reparto de funciones constitucionales, también el recurso de amparo en un medio ordinario de impugnación. El derecho a la tutela judicial efectiva no garantiza el acierto en la decisión judicial, aunque sí repele aquellas respuestas ofrecidas por los órganos jurisdiccionales que se aparten de unos estándares mínimos de "razonabilidad". De esa manera el enunciado enfático y cuasi-sacramental de ese derecho no se queda en una mera proclamación retórica, sino que cobra perfiles concretos y adquiere un definible contenido esencial del que pueden extraerse consecuencias específicas en relación con asuntos singulares. Pero no se degenera en elefantiásicas dimensiones que transformen cualquier error o divergencia en la interpretación del ordenamiento en una lesión del derecho a la tutela judicial. Tal derecho queda satisfecho con la obtención de una respuesta judicial fundada en derecho, aunque se desestime la pretensión que se reclamaba del Tribunal. No cualquier respuesta judicial colma las exigencias de ese derecho: sólo aquéllas motivadas que se muevan dentro de ciertos cánones elementales de razonabilidad y que se funden en una interpretación de la norma jurídica no extravagante, sino defendible, aunque se aparte de otras igualmente sostenibles. La desviación frente a otras eventuales interpretaciones incluso más correctas o defendibles es un tema de legalidad. Cuando tal apartamiento desborda lo "razonable" o lo "defendible" desde el punto de vista del ordenamiento jurídico, el atentado a la legalidad adquiere una dimensión nueva, se transforma en algo más: la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva. Desde esa óptica el Tribunal Constitucional en su función no de intérprete de la legalidad, que no lo es, sino de máximo interprete de la Constitución y valedor de la eficacia de los derechos fundamentales es desde la que puede corregir sin invadir la legalidad ordinaria esas desviadas aplicaciones del derecho por infringir el art. 24.1 de la Constitución.

Aunque este Tribunal de casación está situado dentro del panorama institucional deseado por la Constitución en la esfera de la jurisdicción ordinaria, lo que le confiere una mayor holgura y espacios más amplios, no mucho más allá puede llegar su perspectiva para el enjuiciamiento en casación de supuestos que acceden a ella de la mano del art. 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por vulneración de un derecho fundamental. El derecho fundamental no puede ser amoldable o extensible según sea examinado por la jurisdicción ordinaria o por la constitucional. Sus exigencias son igual de fuertes, e igual de limitadas, en uno y otro ámbito. También este Tribunal Supremo, aunque ha de recalcarse que su ubicación en la pirámide de la jurisdicción ordinaria y

Menú

por tanto defensor no solo de la legalidad constitucional sino también de la ordinaria, le confiere una mayor capacidad fiscalizadora, ha de respetar el ámbito funcional de los Tribunales inferiores sin invadir los territorios reservados a ellos por la legislación. Los contornos del derecho a la tutela judicial efectiva tal y como vienen siendo perfilados por este Tribunal y en último término por el Tribunal Constitucional (art. 123 CE) impiden convertir ese derecho fundamental en una especie de "comodín" cuya simple mención facultaría para revisar todas y cada unas de las cuestiones probatorias, jurídicas o procedimentales, o sustantivas implicadas en un asunto judicial.

Si no partiésemos de esa delimitación, la tutela judicial efectiva degeneraría en una ancha puerta por la que accederían a la casación (y por ende al recurso de amparo) todas aquellas cuestiones que no habrían podido ser introducidas por las más estrechas ventanas de los arts. 849 a 851 LECrim, demoliendo la tradicional arquitectura y fisonomía del recurso de casación.

PRESUNCIÓN DE INOCENCIA INVERTIDA: ÁMBITO DEL RECURSO DE CASACIÓN EN EL TRIBUNAL DE JURADO: ART 24 CE

Tribunal Supremo Sala 2ª, S 21-11-2012, nº 1043/2012, rec. 864/2012. Pte: Moral García, Antonio del

No es admisible la invocación de lo que ha venido en bautizarse como "presunción de inocencia invertida", es decir un control en casación de una supuestamente errónea aplicación de ese derecho fundamental que conduce a una sentencia absolutoria de la que se discrepa. El recurso de casación por infracción de derechos fundamentales no es "reversible".
Por definición las partes acusadoras carecen de legitimación para invocar la presunción de inocencia. No existe un reverso de ese derecho fundamental. Las discrepancias contra la sentencia absolutoria habrán de buscar otro agarradero casacional. Si es la sentencia de apelación la que aplica la presunción de inocencia, esa cuestión no automáticamente será replanteable en casación. Habrá que comprobar que es examinable por otra vía diferente y con las limitaciones que rodeen esa vía. El ámbito de la casación en el procedimiento del Tribunal del Jurado no se solapa totalmente con el de la apelación. No todo lo que puede debatirse en apelación, se puede debatir en casación. Sólo aquellos temas que tengan acceso a este recurso extraordinario a través de alguno de los caminos abiertos y roturados en la ley. Para traer a casación la discrepancia con la sentencia absolutoria las acusaciones habrán de buscar acomodo en alguno de los cauces establecidos en las diferentes vías de recurso que abren las leyes procesales (en casación, arts. 849 a 852). Los motivos de apelación del art. 846 bis c) no se convierten sin más en motivos de casación.
Las recientes SSTS 10/2012, de 18 de enero y 1377/2011, de 23 de diciembre proclaman en ese sentido que "... sólo el imputado tiene derecho a la presunción de inocencia, este derecho no lo tiene la parte acusadora, no hay -por decirlo plásticamente un derecho a la presunción de inocencia invertida a favor de la acusación - STS 1532/2004, de 22-12, 258(2003, de 25-2; 390/2003, de 18-3; y TC, S. 141/2006, 176/2006...)".
También la jurisprudencia constitucional ha reafirmado tal entendimiento del derecho a la presunción de inocencia. Como razonaba la STC 141/2006, 8 de mayo, que consideraba el derecho a la presunción de inocencia como la principal manifestación constitucional de la especial necesidad de proteger a la persona frente a una reacción

Menú

estatal sancionadora injustificada. Este derecho sirve de base a todo el procedimiento criminal y condiciona su estructura (STC 56/1982, de 26 de julio), constituyendo "uno de los principios cardinales del Derecho penal contemporáneo, en sus facetas sustantiva y formal" (SSTC 138/1992, de 13 de octubre; 133/1995, de 25 de septiembre), "por cuanto beneficia únicamente al acusado y le otorga toda una serie de garantías específicas en cada estadio de desarrollo del proceso" (STS 41/1007, de 10 de marzo)". Al igual que no existe "un principio de legalidad invertido", que otorgue al acusador un derecho a la condena penal cuando concurran sus presupuestos legales (STC 41/1997, F.4), "tampoco existe una especie de "derecho a la presunción de inocencia invertido", de titularidad del acusador, que exija la constatación de una conducta delictiva cuando la misma sea la consecuencia más razonable de las pruebas practicadas" (STC 141/2006, F. 3) o que demande la nulidad del relato fáctico de signo absolutorio porque el mismo sea consecuente a una valoración judicial carente de inmediación. Que el debate procesal deba desarrollarse en condiciones de igualdad, de modo que todos los intervinientes tengan plena capacidad de alegación y prueba (SSTC 138/1999, de 22 de julio F4; 178/2001, de 17 de septiembre, F.3), y que por ello tanto acusador como acusado ostenten esta misma garantía, no comporta, en fin, por lo ya señalado, que sean iguales en garantías, pues si son iguales los intereses que arriesgan en el proceso penal ni el mismo es prioritariamente un mecanismo de solución de un conflicto entre ambos, sino un mecanismo para la administración del ius puniendi del Estado, en el que "el ejercicio de la potestad punitiva constituye el objeto mismo del proceso" (SSTC 41/1997, F.5; 285/2005, de 7 de noviembre F.4).

PRINCIPIOS DE INMEDIACIÓN Y CONTRADICCIÓN: Artículos 24.1 y 120.2 CE

Tribunal Supremo Sala 2ª, S 21-11-2012, nº 1043/2012, rec. 864/2012. Pte: Moral García, Antonio del

Los principios de inmediación y contradicción, aparte de que su asidero constitucional se encuentra más bien en el art. 24.1 (derecho a un proceso con todas las garantías) o incluso 120.2 (oralidad) no han sido afectados en términos no consentidos por la legislación procesal. Tales principios pueden considerarse parte del derecho a un proceso con todas las garantías, no sin alguna matización. Pero su operatividad no es absoluta. Se insertan en un sistema procesal en el que no están sacralizados. El principio de inmediación cede siempre que por vía de recurso se revoca una sentencia condenatoria por razones probatorias: bien por aplicación de la presunción de inocencia; bien, en el marco de la apelación clásica, cuando el Tribunal ad quem considera no plenamente convincente la prueba de cargo practicada. Y es que la presunción de inocencia y, con condicionantes, el principio in dubio, ocupan un lugar prevalente que hace claudicar al principio de inmediación que es instrumental. No es garantía plena de acierto. Tratándose de sentencias absolutorias, la inmediación según la doctrina imperante en la actualidad a impulsos del Tribunal Constitucional y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, sí que goza de mayor fortaleza. El resultado absolutorio alcanzado en un marco de inmediación no puede capitular ante una convicción diferente al margen de la inmediación (que solo es exigible en la primera instancia STC 123/2005, de 12 de mayo). Hablando de sentencias condenatorias la presunción de inocencia principio de fondo, tiene capacidad de derrotar al principio de inmediación, meramente instrumental. El principio de contradicción, por su parte, está presente también en todo recurso de apelación y no se denuncia ninguna infracción

Menú

concreta del mismo. Si los recurrentes al aludir a él quieren referirse a la viveza que en el desarrollo de la prueba en el juicio oral adquiere esa contradicción, tampoco se observa menoscabo de ella, en la medida en que es esa misma prueba practicada en condiciones de contradicción la que ha tomado en consideración el Tribunal de apelación para negarle suficiencia para desmontar la presunción de inocencia. Esas referencias a la inmediación se mueven solo, por tanto, en un plano abstracto.

PRINCIPIO ACUSATORIO Y DERECHO DE DEFENSA: ART 24 CE

Num_Sentencia: 706
Año_Sentencia: 2012
fecha: 24/09/2012
Ponente: Antonio del Moral García
Recurso_Numero: 2178
Recurso_Año: 2011

Principio acusatorio y derecho a la defensa están estrechamente entrelazados. Del citado principio se desprende la exigencia de que el imputado tenga posibilidad de rechazar la acusación que contra él ha sido formulada tras la celebración del necesario debate contradictorio en el que haya tenido oportunidad de conocer y rebatir los argumentos de la otra parte y presentar ante el Juez los propios, tanto los de carácter fáctico como los de naturaleza jurídica (SSTC 53/1987, de 7 de mayo, F.J. 2; 4/2002, de 14 de enero, F.J. 3); de manera que <<nadie puede ser condenado si no se ha formulado contra él una acusación de la que haya tenido oportunidad de defenderse en forma contradictoria, estando, por ello, obligado el Juez o Tribunal a pronunciarse dentro de los términos del debate, tal y como han sido formulados por la acusación y la defensa, lo cual, a su vez, significa que en última instancia ha de existir siempre correlación entre la acusación y el fallo de la Sentencia» (SSTC 11/1992, de 27 de enero, F.J 3; 95/1995, de 19 de junio , F.J 2; 36/1996, de 11 de marzo, F.J. 4; 4/2002, de 14 de enero, F.J. 3).
Ese derecho prohibe que en la sentencia se introduzcan sorpresivamente valoraciones jurídicas nuevas que la defensa no haya tenido ocasión de rebatir. También juega ese derecho cuando los puntos de vista jurídicos signifiquen una atenuación frente a los esgrimidos por las acusaciones, como sucede en este caso, si esa calificación más benigna se aparta de la línea acusatoria desplegada previamente; es decir si, ni siquiera implícitamente, estaba recogida en los escritos de acusación. Sucede esto cuando el delito objeto de condena no es homogéneo con el delito objeto de acusación. Si en la sentencia se cambia la calificación articulada por la acusación en términos que van más allá de un simple prescindir de algunos elementos de la acusación, y que introducen perspectivas nuevas, se frustraría el derecho a ser informado de la acusación: la defensa no habría tenido ocasión de combatir adecuadamente esa nueva valoración jurídica. En los casos en que el Tribunal considere que la subsunción correcta de los hechos de que se acusa es menos gravosa que la del Fiscal pero heterogénea, ningún obstáculo existe para hacer uso de la tesis prevista en el procedimiento abreviado en términos más flexibles que en el art. 733 de la LECrim, para salvaguardar ese derecho de defensa y abrir la puerta a una condena más leve. En esta faceta, el planteamiento de la tesis queda totalmente desvinculado de su conceptuación como matización al principio acusatorio, apareciendo como una posibilidad que se confiere al Tribunal para hacer plenamente efectivos y compatibles los principios de justicia y de contradicción, fortaleciendo el derecho al necesario conocimiento previo de la acusación. Si no se hace uso de esas

Menú

tesis atenuatoria por delito no homogéneo quebrará la debida congruencia entre acusación y sentencia y, lo que es más importante, habrá padecido en medida no tolerable el derecho a ser informado de la acusación.

CONGRUENCIA ENTRE ACUSACIÓN Y CONDENA. DERECHO A SER INFORMADO DE LA ACUSACIÓN: ART 24 CE

Sentencia Nº: 745/2012
RECURSO CASACION Nº:725/2012
Fallo/Acuerdo: Sentencia Desestimatoria
Procedencia: Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Tarragona.
Fecha Sentencia: 04/10/2012
Ponente Excmo. Sr. D.: Antonio del Moral García

La referencia legal básica para analizar este problema es el art. 789.3 de la LECrim que, aunque situado en sede de procedimiento abreviado, se considera trasladable al procedimiento ordinario. Dice tal norma: "La sentencia no podrá imponer pena más grave de la solicitada por las acusaciones, ni condenar por delito distinto cuando éste conlleve una diversidad de bien jurídico protegido o mutación sustancial del hecho enjuiciado, salvo que alguna de las acusaciones haya asumido el planteamiento previamente expuesto por el Juez o Tribunal dentro del trámite previsto en el párrafo segundo del art. 788.3". Como es conocido ese trámite (art. 788.3) es el equivalente (con todas las matizaciones que se quieran hacer cuyo detalle aquí sería improcedente) a la tesis acusatoria del art. 733 de la L.E.Crim. prevista para el procedimiento ordinario.

De ese precepto, interpretado a la luz del derecho constitucional a ser informado de la acusación, se puede deducir que el Tribunal podría haberse planteado la condena por un delito de amenazas:

a) Si el Fiscal hubiese realizado una calificación alternativa (en su caso, subsidiaria como se puede admitir pese a que la ley procesal penal no contenga una previsión expresa en ese sentido a diferencia del Código Procesal Penal Militar);
b) Si el Fiscal en sus conclusiones hubiese plasmado una referencia a esa diferente perspectiva jurídica (v.gr., exteriorizando su criterio mediante una mención a los arts. 169.2 y 8 del Código Penal mención que hubiese permitido captar que consideraba que los hechos encajaban también en esa tipicidad que, sin embargo, era desplazada -bien por el principio de consunción, bien por el de subsidiariedad- por la tipicidad del art. 138);
c) Si la Audiencia Provincial hubiese hecho uso de la tesis sugiriendo a las partes la posibilidad de esa diferente calificación más leve.
d) Si se considera que se daban las condiciones establecidas en el art. 789.3: no se variaba el bien jurídico tutelado ni se modificaba en sus elementos esenciales el hecho enjuiciado
e) A esos supuestos prototípicos cabría añadir algún otro vinculado a la posición de la defensa: cuando su actuación procesal demuestre que tuvo en consideración esa calificación alternativa heterogénea menos grave; bien por proponerla como alternativa a la condena impetrada por la acusación de manera explícita; bien por aludir a ella en su informe (a este último grupo pueden reconducirse algunos de los precedentes blandidos por el Fiscal en su informe y algunos otros de esta Sala: vid STS 144/2011, de 7 de

Menú

marzo que in casu considera factible la condena por receptación cuando se acusó por robo en hipótesis que en abstracto sería emblemática de los ejemplos que se suelen aducir para mostrar lo que significa heterogeneidad).

MOTIVACIÓN DE LAS SENTENCIAS: art 120.3 y 24 CE
-NIVEL DE MOTIVACIÓN DE LAS SENTENCIAS ABSOLUTORIAS

Tribunal Supremo Sala 2ª, S 21-11-2012, nº 1043/2012, rec. 864/2012. Pte: Moral García, Antonio del

Otra precisión se hace necesaria: el nivel de motivación de las sentencias absolutorias es menos intenso que el de las condenatorias. Las sentencias absolutorias, en relación con la constatación de la inexistencia de arbitrariedad o error patente, precisan de una motivación distinta de la que exige un pronunciamiento condenatorio, pues en estas últimas es imprescindible que el razonamiento sobre la prueba conduzca como conclusión a la superación de la presunción de inocencia. Las sentencias absolutorias también precisan de una motivación razonable (STS 1547/2005, de 7 de diciembre) " De un lado porque la obligación constitucional de motivar las sentencias contenida en los artículos 24.2 y 120.3 de la Constitución , así como en las Leyes que los desarrollan, no excluyen las sentencias absolutorias. De otro, porque la tutela judicial efectiva también corresponde a las acusaciones en cuanto al derecho a una resolución fundada. Y de otro, porque la interdicción de la arbitrariedad afecta a todas las decisiones del poder judicial, tanto a las condenatorias como a las absolutorias, y la inexistencia de tal arbitrariedad puede ponerse de manifiesto a través de una suficiente fundamentación de la decisión.
Sin embargo, no puede dejarse de lado que las sentencias absolutorias no necesitan motivar la valoración de pruebas que enerven una presunción existente a favor del acusado, contraria a su culpabilidad. Antes al contrario, cuentan con dicha presunción, de modo que en principio, para considerar suficientemente justificada una absolución debería bastar con la expresión de la duda acerca de si los hechos ocurrieron como sostiene la acusación. O, si se quiere, para ser más exactos, de una forma que resulte comprendida en el relato acusatorio. Pues de no ser así, no sería posible la condena por esos hechos" (STS 2051/2002, de 11 de diciembre). Esa necesidad de motivación se intensifica cuando no se trata de una sentencia de primera instancia, sino de la sentencia de apelación que revoca un pronunciamiento condenatorio, como en este caso, dictado por un Tribunal del Jurado en ejercicio de las atribuciones que le concede la Ley. El Tribunal Superior de Justicia entonces ha de razonar no sólo por qué no ha alcanzado la convicción de culpabilidad, sino especialmente por qué considera que la convicción de culpabilidad asumida por el Tribunal del Jurado no se ajusta a las exigencias de la presunción de inocencia. No basta con que exprese sus dudas (lo que sí es suficiente en un Tribunal de instancia), es además necesario que motive por qué entiende que la sentencia de instancia no se ajusta a las exigencias de la presunción de inocencia. La absolución se justifica con la duda, con la falta de razones para condenar. Pero la revocación de una condena dictada por un Tribunal de Jurado exige algo más que esa duda: requiere que el Tribunal de apelación razone fundadamente que ese veredicto colisiona con la presunción de inocencia. No basta con que exteriorice sus propias dudas. El principio in dubio va dirigido al Tribunal de instancia no al de apelación.

Menú

Fuente: J Huete

-MOTIVACIÓN FÁCTICA: NO QUEDA SATISFECHA POR UNA EXPOSICIÓN MÁS O MENOS COMPLETA DE LA PRUEBA PRACTICADA

Sentencia Nº: 295/2013
RECURSO CASACION Nº:892/2012
Fallo/Acuerdo: Sentencia Estimatoria Parcial
Fecha Sentencia: 01/03/2013
Ponente Excmo. Sr. D.: Antonio del Moral García

La motivación fáctica no puede ser sustituida por una exposición más o menos completa del resultado de la actividad probatoria (como si se tratase de un acta sintética o resumida), que concluya con la apodíctica afirmación de que tal conjunto de elementos ha llevado a la "convicción probatoria" que recogen los hechos probados. El contenido de la motivación fáctica viene integrado por la exteriorización del proceso intelectivo que conduce desde esa actividad probatoria a la certeza que plasma el factum. Ese camino no se resume con una mera afirmación rotunda de convicción. Ha de expresarse por qué de ese conjunto de pruebas, se puede llegar a la certeza de los hechos que se dan como acreditados, lo que exige valorar prueba de cargo y de descargo, analizarla con el detenimiento que sea necesario y, en su caso, hacer un balance entre una y otra determinando por qué ha merecido o no crédito cada elemento o fuente de prueba.

MINISTERIO FISCAL: ART 124 CE
-PROPOSICIÓN DE PRUEBA TESTIFICAL CONSISTENTE EN DECLARACIÓN DEL FISCAL

Num_Sentencia: 578
Año_Sentencia: 2012
fecha: 26/06/2012
Ponente: Antonio del Moral García
Recurso_Numero: 1536
Recurso_Año: 2011

Desde el punto de vista legal hay que comenzar por los motivos por quebrantamiento de forma. En esa línea nos tropezamos en primer lugar con el motivo primero del recurso de Hafid Achahboun El Phounti que protesta por la denegación de una prueba testifical amparándose en el art. 850.1º de la Ley Procesal Penal. Propuso como testigo en su escrito de defensa al Fiscal "antidroga" de Asturias, identificándolo nominalmente. El susodicho Fiscal había intervenido en tal condición en esta causa iniciada precisamente en virtud de un escrito de denuncia suscrito por él.

La Audiencia en su auto de 20 de octubre de 2010 (folio 242 del rollo de Sala) rechazó la prueba por impertinente. La parte reiteró la solicitud al inicio del juicio oral tal y como prescribe el párrafo segundo del art. 785.1 LECriminal para mantener viva la posibilidad de quejarse por tal denegación en el momento de interponer recurso contra la sentencia. Es lo que hace en este motivo.

Menú

"Estupor" es el término utilizado por la Audiencia para describir la sensación de sus componentes ante tal petición. En efecto es una solicitud extravagante. No porque en abstracto los integrantes del Ministerio Fiscal estén exentos de la obligación de declarar, sino porque esa declaración se habrá de referir a los hechos de que tenga conocimiento directo; y no a dar explicaciones -lo que es manifiestamente impertinente- de su actuación procesal precisamente en esa causa. Que el proceso se incoe en virtud de un escrito de denuncia formulado por un Fiscal como representante del Ministerio Público no lo asimila al particular denunciante como sugiere el recurrente. El Fiscal denuncia los hechos de que ha tenido conocimiento a través de un informe elaborado y remitido a Fiscalía por la Unidad de Vigilancia Aduanera de Oviedo. No puede dar cuenta de hechos de conocimiento propio. Las alegaciones y consideraciones referidas a la investigación y al proceso las expresa mediante los correspondientes escritos y trámites.
Si salta a la vista la impertinencia de la propuesta, se agiganta esa percepción si se atiende a las preguntas que el recurrente iba a formular y que desgrana brevemente en el escrito de formalización. Se pretendía que diese explicaciones de alguna mención fáctica de la primera de sus conclusiones; o de las posibilidades de compatibilizar su posición procesal con las obligaciones que al Ministerio Público impone el art. 773 LECriminal; o las razones por las que se interesó una intervención telefónica; o por las que no se abstuvo….Las razones para impetrar determinadas medidas restrictivas de derechos las consigna el Fiscal en sus escritos que podrán ser comentados o criticados por las defensas. Si la parte pensaba que concurrían razones para una abstención debería haber acudido a los mecanismos estatutariamente previstos (art. 28 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal). Está fuera de lugar requerir al Fiscal para que como "testigo" diserte ante el Tribunal sobre las funciones que le atribuyen las leyes para calmar las inquietudes de la defensa sobre la contradicción que en una primera aproximación pueden sugerir algunas de esas misiones pero que quedan engarzadas todas por el principio de imparcialidad que ha de regir su actuación y al que quedan obligados por virtud de la proclamación del art. 2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.
La defensa goza de la máxima libertad para criticar la actuación del Fiscal, oponerse a sus pretensiones, rebatir sus alegatos…,pero para eso se arbitran los correspondientes trámites en el procedimiento y en el juicio oral. Entre ellos no se encuentra someter al Fiscal a un interrogatorio cuyo contenido no sería el objeto procesal, el "hecho punible", sino su valoración. Tampoco cuando el Fiscal ha interpuesto la querella o ha formulado la denuncia, dando traslado a su vez de la recibida (art. 5 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal)".

Menú

DERECHO PENAL

PARTE GENERAL

DOLO EVENTUAL: ART 5CP

Tribunal Supremo Sala 2ª, S 9-7-2012, nº 645/2012, rec. 10114/2012. Pte: Moral García, Antonio del

El abordaje del dolo eventual es de frecuente aparición en la práctica, en el que con facilidad se entremezclan cuestiones dogmáticas con otras probatorias. Un clásico y citado penalista del siglo pasado se refería a él como uno de los "problemas más difíciles y a la vez de los prácticamente más importantes de todo el Derecho de castigar". En nuestro derecho penal dolo directo y dolo eventual aparecen equiparados: no existe una especie intermedia de título de imputación entre el dolo y la culpa ni una regulación explícita del dolo eventual como en otros países (Austria o Suiza). Pese a la dificultad de trazar la frontera entre el dolo eventual y la culpa consciente el derecho positivo carece de orientaciones precisas para establecer líneas claras de separación, más allá del eco que de esa cuestión han querido ver algunos en fórmulas legales utilizadas en relación a temas tan específicos que no son susceptibles de generalización (el temerario desprecio a la verdad de los delitos de calumnia, v.gr.).
Son conocidas las teorías usualmente manejadas. Según la teoría del consentimiento el dolo eventual exige la aceptación por el autor del resultado que solo se representa como posible. Muestra indiferencia hacia el resultado.
La teoría de la probabilidad es menos exigente: basta con que el autor haya querido actuar pese a evaluar y asumir la probabilidad de que el resultado se produjese. Como la indagación sobre el consentimiento es una tarea no ya ardua, sino de pura disquisición (ni el propio autor podrá identificar muchas veces esos matices psicológicos de los que va a depender una decisión tan relevante penológicamente) es preciso buscar orientaciones más objetivas. La teoría de la probabilidad aportaría seguridad jurídica al poner el acento en un hecho más objetivable o constatable: la existencia de una acción que el sujeto quiere realizar con conciencia y aceptación del peligro que entraña para la indemnidad de un bien jurídico y por tanto de la probabilidad de su lesión.
La denominada teoría del sentimiento aporta otras perspectivas. El escaso eco que esta otra teoría ha tenido en la doctrina de esta Sala disculpa de su análisis pese a contar con solventes defensores.
Predomina en la doctrina jurisprudencial como punto de partida la teoría del consentimiento aunque no faltan pronunciamientos que se han decantado de forma rotunda por la teoría de la probabilidad. En los últimos años en el terreno de las soluciones concretas se advierte una convergencia de ambas sendas interpretativas. Partiendo de la necesidad de asunción del resultado, o indiferencia frente a su producción, se considera que uno de los datos básicos para indagar sobre ese elemento anímico es un juicio probabilístico efectuado ex ante respecto de ese resultado. Si se concluye que su aparición era muy probable se podrá colegir que se actuó con indiferencia hacia el resultado efectivamente producido (STS 69/2010, de 30 de enero).
Por otra línea se conecta con un concepto normativo del dolo (SSTS 172/2008, de 30 de abril, 716/2009, de 2 de julio o 546/2012, de 25 de junio). Si el dolo tiene un componente cognoscitivo (conocer) y otro volitivo (querer) que han de recaer sobre los elementos objetivos del tipo penal, su modalidad más frecuente sería la voluntad

Menú

dirigida directamente a la consecución del resultado. Pero también sería predicable el dolo de quien realiza la conducta conociendo y queriendo no ya el resultado, sino el riesgo concreto de su causación. El resultado de esa forma queda también abarcado implícitamente por la voluntad.
El supuesto que se somete ahora a la censura casacional se mueve en esa difusa zona limítrofe. Los hechos probados relatan que tras recibir un billete de la víctima, el procesado, no satisfecho, y con el fin de obtener todo el dinero que llevaba su abuela en una bolsa colgada al cuello, "tiró del fajo, zarandeándola fuertemente por lo que cayó al suelo, golpeándose en la cabeza causándole un shock traumático con hemorragia subaracnoidea que le causó la muerte".
Punto de partida obvio y cuya mención debiera resultar innecesaria es la consideración de que la ilicitud y antijuricidad de la acción inicial (un delito de robo con violencia) no han de arrastrar inexorablemente, como se derivaba del denostado versari in re illicita, ni la imputación del resultado ni su catalogación como doloso. En todo caso tampoco esa inicial acción, es neutra a efectos de valoración. Es un elemento externo que puede ser tomado con consideración para indagar sobre intenciones y voluntades.
Con la descripción efectuada la cuestión estriba en determinar si el recurrente mostraba indiferencia a ese posible resultado de muerte, de forma que, o bien, de haberlo previsto como seguro, no hubiese desistido de su acción; o bien que aceptaba la probabilidad de su causación.
Aunque la narración abre un espacio a la ambivalencia, se viene a sostener que la muerte se produjo en el momento de la caída, lo que es especialmente relevante para situar en ese contexto la actitud posterior del recurrente eludiendo toda petición de ayuda y ocultando el cadáver.
La acción querida es un "fuerte zarandeo" en un contexto de robo con violencia. El resultado es la muerte como consecuencia de un golpe en la cabeza al caer al suelo la anciana, de menuda constitución que contaba con más de noventa años. Esa alternativa es un tanto maniquea. El contenido del injusto del dolo eventual es menor que en las otras clases de dolo pues en el dolo eventual el resultado no se propuso ni fué tenido como seguro. Se abandona al curso de las cosas. El resultado mortal es sin duda alguna atribuible al recurrente. La alternativa se presenta entre la imputación a título de dolo o de culpa grave.
El Fiscal en su dictamen en sede de casación se acoge a la opción más favorable de las dos que había abierto la acusación pública en la instancia. "Ciertamente -razona- los hechos no describen una agresión propiamente dicha, cuyo exceso pueda presumirse asume o le resulta indiferente al procesado; se trata de una acción violenta de apoderamiento dirigida únicamente a arrebatarle la bolsa con el dinero que la víctima sujetaba para impedirlo. Tal acción en principio no contiene ningún ánimo, ni siquiera lesivo, distinto al apoderamiento. La previsión del riesgo, a que el fundamento jurídico 2º se refiere, hay que ponerla en relación a las circunstancias del hecho, y si bien es cierto que la víctima es menuda y anciana, no es menos cierto que el procesado es un retrasado mental, oligofrenia (fundamento jurídico 4º) por lo que deducir que aceptó sin más o le fue indiferente el resultado letal producido, no se deduce del hecho y de sus circunstancias...".
Puede asumirse la argumentación del Fiscal: tal y como describen la acción los hechos probados (fuerte zarandeo), no puede afirmarse de forma categórica una elevada probabilidad de que se causase la muerte de la víctima como consecuencia del golpe en la cabeza padecido tras una caída. De esa realidad no puede darse el salto a inferir la indiferencia del procesado frente a ese resultado que presumiblemente no llegó a prever,

Menú

aunque era previsible y evitable. Estas consideraciones conducen a la imputación de los hechos a título de imprudencia grave.
Se estiman por tanto los motivos primero y tercero casándose la sentencia en este particular con las consecuencias que se reflejarán en la segunda sentencia.

Sentencia Nº: 881/2012
RECURSO CASACION (P) Nº:10337/2012 P
Fallo/Acuerdo: Sentencia Desestimatoria
Procedencia: Sección Cuarta; Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional.
Fecha Sentencia: 28/09/2012
Ponente Excmo. Sr. D.: Antonio del Moral García

Entiende el recurrente que no hay base suficiente para achacarle al dolo referido al resultado de muerte que se buscaba. El recurrente -se arguye- se limitó a preparar el coche bomba. No sabía qué fin se le iba a dar, por lo que no se le puede hacer responder del propósito de quienes recogieron el vehículo así dispuesto.

Esa forma de razonar ofende el sentido común. Pocas veces aparece con mayor claridad un supuesto encajable en el dolo eventual dada la indudable indiferencia que hay que afirmar en el recurrente en relación al uso que fuese a darse al coche. La equiparación que se hace entre la acción del recurrente y la venta de un arma es muy desafortunada. Quien está integrado en una organización criminal como es ETA y recibe el encargo de preparar un coche con un fuerte explosivo que habrá de poner a disposición de los componentes de un "comando" de la referida banda, necesariamente tiene que representarse que se pretende situar el coche en un lugar público; y que es más que probable que se busque no solo causar daños y destrozos a bienes, sino también la muerte de personas. No es necesario ningún razonamiento adicional para sostener que se actuó, al menos, con indiferencia frente a esos posibles resultados. Para la concurrencia de dolo no hace falta ni tener certeza absoluta de la finalidad (basta con aceptarla como probable y asumirla: no es defendible una alegación dirigida a demostrar que de haber sabido que esa era la finalidad no hubiese efectuado la labor encomendada); ni conocer los detalles o datos concretos de la acción que se pretendía ejecutar. Desde luego que la idoneidad de la contribución prestada por el recurrente para servir a ese fin de acabar con la vida de una persona, no escapa a nadie.

Sentencia Nº: 133/2013
RECURSO CASACION (P) Nº:10879/2012 P
Fallo/Acuerdo: Sentencia Estimatoria Parcial
Fecha Sentencia: 06/02/2013
Ponente Excmo. Sr. D.: Antonio del Moral García

Menú

Superado ese primer plano puramente objetivo, es preciso determinar hasta qué entidad de lesiones alcanzaba el dolo del agente, aún por vía eventual. Para condenar por un delito de lesiones dolosas basta con que el autor tuviese intención de causar lesiones. No es exigible que albergarse el propósito de causarlas en la forma concreta en que las causó. Por eso quien arremete a otro con un cuchillo para lesionarle pero por la reacción de aquél no consigue alcanzarle y se enzarzan en un forcejeo en el curso del cual la víctima cae y se ocasiona lesión, responderá a título de dolo de esa lesiones, tal y como reclama la teoría del dolus generalis.

Fuente: J Huete

En abstracto el dolo eventual como título de imputación subjetiva exige ineludiblemente distinguir entre el dolo respecto a la creación de una situación de peligro (intención de propinar un puñetazo) y el dolo respecto al resultado material en que se puede traducir el peligro creado (lesiones concretas causadas). Si se prescinde de todo análisis probabilístico de dicho resultado material en el caso concreto, podría llegarse a afirmar el dolo respecto del resultado definitivamente producido por la simple aceptación inicial de la acción ilícita creadora del peligro, aunque su concreción en el resultado pudiese aparecer ex ante como una posibilidad remota. Ese planteamiento despreciaría lo que realmente sabía y quería el autor de esa conducta inicial prohibida. Y es que, en efecto si el dolo eventual no se valora atendiendo, entre otros factores, a ese análisis probabilístico, la imputación de dolo eventual podría arrastrar a la punición por resultados no queridos y a indeseables consecuencias penológicas en una camuflada concesión al versari in re illícita.

Ese planteamiento teórico en una primera y precipitada aproximación podría hacer concluir que asiste la razón al recurrente. Situados ex ante es muy poco probable que un puñetazo de esas características (sea más o menos fuerte) culmine con la postración del agredido a un estado casi vegetativo de por vida. No es eso ni lo más posible, ni frecuente, ni pronosticable…, aunque no sea excluible.
Ahora bien sostener que ese resultado concreto era muy poco probable no excluye la idoneidad de esa acción para provocar otros resultados embebidos en los efectivamente producidos y que exceden con mucho del resultado típico de la falta dolosa a la que el recurrente quiere reconducir los hechos. Es probable que un golpe de esas características produzca unas lesiones que exijan más de una asistencia médica. Los repertorios de jurisprudencia lo demuestran. Es menos frecuente, pero también bastante posible (otra vez la consulta de la voz "deformidad" en cualquier base de datos jurídica lo pone de manifiesto) que un puñetazo de esa naturaleza ocasione alguna secuela capaz de integrar el concepto legal de "deformidad". Y también es posible, aunque aquí ya se reduzca el margen estadístico, que acabe en una "grave deformidad" o la pérdida de un ojo u otros resultados encajables en el art. 149 (no ineludiblemente el estado vegetativo a que ha quedado condenado la víctima en los hechos objeto de enjuiciamiento).

Menú

ACCIÓN: ART 10 CP:
-Relación de causalidad: imputación objetiva
-Desviación del curso causal: desviación esencial o accidental

Sentencia Nº: 133/2013
RECURSO CASACION (P) Nº:10879/2012 P
Fallo/Acuerdo: Sentencia Estimatoria Parcial
Fecha Sentencia: 06/02/2013
Ponente Excmo. Sr. D.: Antonio del Moral García

No puede discutirse la causalidad natural. Ninguna duda hay, sea cual sea la perspectiva que adoptemos (teoría de la conditio sine qua non; relevancia de las condiciones; relevancia típica…).

Más holgura para el debate habría en sede de imputación objetiva. Nótese que esto no es un problema de intenciones ni de título de imputación. Si se niega la imputación objetiva, no habrá responsabilidad; ni dolosa, ni culposa. En ese punto se detecta un atisbo de incoherencia en el motivo cuarto del recurso. Se argumenta para negar la relación de causalidad, pero se acaba por reclamar una condena por imprudencia. Si no hay relación de causalidad o no puede "imputarse objetivamente" ese resultado al recurrente, habrá que negar toda responsabilidad penal. La ausencia de imputación objetiva no convierte en culposo lo doloso, rompe la vinculación desde el punto de vista jurídico entre acción y resultado.

Esta apreciación conduce intuitivamente a afirmar la imputación objetiva lo que luego se confirmará al diseccionar el suceso enjuiciado con las herramientas que proporciona tal teoría. El resultado deriva del riesgo no permitido provocado por la acción. Al propinar un puñetazo a otra persona se está activando un foco de riesgo de ocasionar lesiones tanto como consecuencia del golpe directo, como también como fruto de la caída que pueda sufrir. Esto no predetermina el título de imputación subjetiva. Sencillamente sirve para afirmar la imputación objetiva. Al prohibir esa agresión la norma quiere prevenir no solo las lesiones directas, sino también aquellas otras que pueden producirse "naturalmente" como consecuencia anudada a aquella, al no haber interferido factores causales ajenos e imprevistos e imprevisibles. La conducta, así pues, ha desencadenado un riesgo jurídicamente desaprobado en el que se incluyen todos los resultados lesivos que sean consecuencia exclusiva y natural de la acción (tanto del golpe directo, como de la caída consecuencia de aquél).Hay que insistir en que estamos todavía en materia ajena al título de imputación subjetiva. No se trata de resucitar el versari afirmando que como la acción inicial era ilícita ha de responderse de todas sus consecuencias. En absoluto. Tan solo de constatar que cuando el ordenamiento prohíbe agredir a otra persona quiere evitar los riesgos lesivos derivados "naturalmente" de esa acción.

Aunque no acierten a identificar el problema ni la sentencia ni el recurrente, estamos ante un tema distinto al formalmente planteado: una desviación del curso causal. Conviene detenerse en esa cuestión para luego retomar la atribuibilidad del resultado lesivo final a la acción del agente. Se lanza un puñetazo contra la cabeza. Las lesiones causadas vienen producidas no por el impacto directo, sino por la caída al suelo y el golpe en el adoquinado. Esto supone algo de desviación del curso causal previsto que en la teoría ha suscitado algún problema bien de imputación objetiva, bien de error según el punto de vista que se adopte. En el presente supuesto esa desviación es jurídico penalmente irrelevante. Es preciso remachar esta idea pues, la lectura del recurso y la negación de la relación de causalidad transmite la sensación de que, implícitamente, esa es la razón determinante de la solicitud final. Solo desde ese prisma se puede comprender que se reclame para la agresión dolosa la tipificación como falta. Esa calificación sería más congruente con una argumentación que tendiese a subrayar una cierta desconexión esencial entre la agresión con el puño (dolosa) y la caída (culposa); y no con un razonamiento, como el consignado por el recurrente, que acaba por negar en el procesado toda intención, ni siquiera eventual, de causar unas lesiones que fuesen más allá de un resultado constitutivo de falta. Eso no puede aceptarse desde ninguna óptica.

Estamos, ante un curso causal anómalo o no previsto. Las lesiones no se han producido en la forma que podría imaginarse ex ante (impacto del puño en la cara), sino como consecuencia de una caída hacia atrás y el golpe en el suelo con los resultados que difícilmente se hubiese podido representar ni el autor, ni un observador. Podrían

Menú

representarse unos resultados lesivos (veremos cuáles eran previsibles); pero seguramente no la forma en que efectivamente se produjeron. Este posible error sobre el curso causal no debe condicionar la valoración sobre la presencia o no de intencionalidad. Es un tema a analizar previamente. Si se concluye que es intrascendente abre paso a debatir con toda su amplitud la cuestión del dolo. Y es irrelevante porque es una desviación no esencial. Por acudir a muy gráficos ejemplos propuestos por la doctrina, quien dispara y falla al apuntar, pero el proyectil rebota y alcanza finalmente a la víctima ocasionando su muerte, es autor de un homicidio, aunque la secuencia causal haya sido diferente de la planificada. O quien quiere arrojar al agua desde un puente a una persona para que muera ahogada, no verá modificada la calificación por el hecho de que inesperadamente al caer, se desnuque con un pilar y fallezca antes de llegar al río. Esas anómalas secuencias causales no son relevantes porque el sujeto desencadenó el riesgo que dio lugar al resultado finalmente producido. No habría imputación objetiva y la desviación sería esencial si la víctima herida de forma leve, aunque con propósito homicida, fallece a causa de un incendio en el hospital donde fue ingresada para ser tratada de sus heridas. En ese ejemplo la desviación es esencial. Pues bien, en la agresión que conduce a unas lesiones fruto de la caída no hay desviación esencial, sino accidental, de la secuencia causal.

Tal cuestión puede ser analizada en dos planos:
a) En sede de causalidad y de imputación objetiva, lugar donde la más moderna dogmática resuelve estos problemas, se entiende de forma pacífica que la imputación no se excluye cuando la acción del sujeto creó el peligro de que se desarrollara el curso causal concreto que condujo al resultado. El resultado aparece como realización del peligro. En concreto: el puñetazo generó el peligro de la caída y consiguiente golpe en el suelo. La desviación del curso causal es accidental y, por tanto, no excluye la imputación objetiva, desde la perspectiva de la materialización del peligro en el resultado. Un clásico tratadista diseccionaba bien este régimen distinguiendo entre dos juicios de adecuación. El primero referido a la tendencia de la conducta para la producción de un resultado típico (puñetazo): desvalor de la acción. Y un segundo juicio de adecuación referido al concreto curso causal desencadenado por el autor que tendría por objeto determinar, con las mismas bases del primer juicio -conocimientos del hombre prudente y los especiales del autor- si la conducta encierra en sí misma un significado general favorecedor de un curso causal como el que tuvo lugar, esto es, si no era totalmente imprevisible conforme a la experiencia que la acción desencadenase una secuencia causal como la producida. Es claro que el escrito de recurso admite esa previsibilidad desde el momento que consiente la catalogación de las lesiones como gravemente imprudentes, aunque sea por vía subsidiaria. Pero por ese camino está queriendo resolver erróneamente un problema de imputación objetiva en el campo de la imputación a título de dolo o culpa. En este último hay que manejar criterios de probabilidad. En sede de imputación objetiva basta la posibilidad no remota, que estemos ante un peligro inherente a la acción objetivamente considerada. No es necesaria la probabilidad que solo aparecerá en la reflexión cuando tratemos de solucionar el título subjetivo de imputación.
b) En la dogmática tradicional se trataba este tema como un problema de error en el tipo. El dolo del autor debe comprender el desarrollo del suceso en sus líneas básicas entre las que se cuenta el curso causal: el autor debe ser consciente de que con su acción se producirá el resultado como derivado de aquélla, lo que equivale a exigir para el dolo que el autor se represente la conexión que fundamenta la imputación objetiva del resultado a la acción. Pues bien, a través del denominado dolus generalis se alcanzan las

Menú

mismas soluciones en esta sede que en el terreno de la imputación objetiva. En los casos en que el resultado perseguido por el autor (a título de dolo directo o eventual: es indiferente a estos efectos) se consigue no en la forma en que había previsto, sino por otra acción suya y de una manera distinta, el error sobre el curso causal es irrelevante. En el ejemplo tópico en los tratados, si A quiere dar muerte a B agarrándole por el cuello con el fin de estrangularle y, creyéndole muerto, con el fin de simular un suicidio, procede al ahorcamiento de lo que cree cadáver, muriendo entonces la víctima, estaremos ante un homicidio consumado, siendo irrelevante que la muerte se haya producido en la forma que había previsto el autor o de otra manera también objetivamente imputable a sus acciones. La solución que para esos supuestos se propuso en otros ordenamientos (concurso entre un homicidio intentado doloso y otro culposo, mediante la aplicación de la doctrina del error) ha sido rechazada en nuestro derecho por las intolerables consecuencias punitivas a que se llega (extremadamente benignas frente al homicidio doloso ordinario, a pesar de que no hay diferencia en la gravedad de la conducta). Algún eco de esas teorías ha influido en la solución implantada en nuestro derecho para dar respuesta a los casos de preterintencionalidad. Pero estamos no ante dos acciones, sino como sostiene la doctrina mayoritaria, ante una «acción total» impulsada por un dolo que abarca todo el suceso (dolo general que lo cubre todo): en tales casos la desviación del curso causal es inesencial y por tanto (art. 14 CP) irrelevante a efectos de subsunción jurídica e imputación. Afirmada la intencionalidad de la acción (agresión propinando un puñetazo), es indiferente que las lesiones concretas se hayan causado como fruto directo (impacto con el puño) o indirecto (caída) de esa conducta. No se ignora que algún sector doctrinal insiste en la solución de la dualidad de acciones (una dolosa y otra imprudente). Pero esa tesis, al margen de lo insatisfactorio de sus resultados penológicos, se hace todavía más costosa cuando la acción es única (ejemplo del proyectil rebotado; frente al del auto-ahorcamiento simulado), como sucede aquí.
El motivo cuarto se rechaza: hay causalidad y es afirmable una relación de imputación objetiva entre la acción y el resultado.

DESISTIMIENTO: ART 16.2 CP

Menú

Sentencia Nº: 881/2012
RECURSO CASACION (P) Nº:10337/2012 P
Fallo/Acuerdo: Sentencia Desestimatoria
Procedencia: Sección Cuarta; Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional.
Fecha Sentencia: 28/09/2012
Ponente Excmo. Sr. D.: Antonio del Moral García

También como error iuris (art. 849.1º) se denuncia la inaplicación del art. 16.2 que contempla el desistimiento como causa de exclusión de la punibilidad.

Está proclamada jurisprudencialmente por razones de estricto rigor la extensión de la eficacia del desistimiento a los casos de resoluciones manifestadas como es la conspiración (STS 1574/1998, de 16 de diciembre). Pero no puede hablarse aquí de un desistimiento voluntario como exige el art. 16 del CP. Por tal y sin adentrarnos ahora en diferencias y sutilezas dogmáticas que no tienen repercusión en este caso, hay que entender el que se percibe como irrazonable desde la perspectiva del autor. Si se abandona el propósito criminal por causas ajenas a la propia voluntad (no se desarrolla la acción como se esperaba; se ha perdido de vista a la víctima; la entrada en el

domicilio prevista por el ladrón resulta imposible por el blindaje), no estamos ante un desistimiento voluntario. No hay una motivación autónoma, o según otra concepción, una decisión de "retornar a la legalidad" (concepción normativa), que permitan calificar de "voluntario" el desistimiento.

En cuanto al proyectado asesinato el desistimiento -que por otra parte no sería aplicable a éste recurrente ajeno al mismo: el desistimiento es una causa de exclusión de la punibilidad personalísima (art. 16.3 del CP)- fue consecuencia de algo no previsto ni querido por los acusados. La víctima que se habían fijado como objetivo y con cuya vida querían acabar realizó un trayecto distinto que desbarató los planes iniciales.

En lo que atañe al delito de estragos tampoco puede aceptarse la argumentación en la que se deslizan datos de hecho (como la retirada de las pilas) en abierta contradicción con los hechos probados y la valoración probatoria que hace la Sala de instancia y por tanto de forma prohibida por el art. 884.4º LECrim. Hay que hacerse aquí eco del razonamiento que al respecto se vierte en la sentencia atacada en casación en su fundamento de derecho séptimo: "…lejos de desisitir, la citada pareja (dos de los procesados), sigue en su afán de atentar contra cualquier otro bien jurídico designado como tal por la banda a la que pertenecen y tratan de estacionarlo junto a una sucursal de seguros, y cuando allí tampoco encuentran sitio para aparcar, tampoco desisten, sino que lo sitúan en un sitio todavía más peligroso y cercano a los propósitos de la banda, unas viviendas colocando el vehículo de forma que el explosivo esté más cercano a las viviendas, con lo que según el informe pericial los daños de la explosión afectarían a un radio de acción de entre 50 y 100 metros, y solo entonces, deciden avisar al diario Gara y a DYA de la colocación de una bomba en el interior de un vehículo dispuesto a explotar en 15 minutos.

Menú

Tampoco puede considerarse que el hecho de avisar de la colocación del artefacto constituya la base de ese desistimiento, porque, visto desde otra perspectiva, lo que se daba a entender con tal llamada, habida cuenta del escaso margen de tiempo que anunciaban en su comunicado era que la explosión sería inminente, sin margen de actuación, ideada para causar el mayor número de víctimas posibles, entre cuyos candidatos primeros se incluían los ocupantes de las viviendas y quienes acuden al lugar a desactivarlo, tal como ha ocurrido en otras ocasiones".

Tras esas consideraciones la Audiencia Nacional descarta expresamente que pueda considerarse probado que el anterior enjuiciado quitase las pilas del temporizador. El informe prestado por los agentes de la Policía Autónoma Vasca sirve al Tribunal a quo para estimar acreditado que fueron precisamente ellos quienes lo desactivaron, sin que exista constancia alguna de que se hubiese procedido ya a la desconexión.

Esta cuestión fue ya planteada en el recurso de casación formulado contra la anterior sentencia siendo resuelto por esta Sala en la sentencia 1232/2005 de 25 de octubre con los siguientes razonamientos:

"Para situarnos ante la primera cuestión (desistimiento en la tentativa), es necesario analizar cuidadosamente todas las secuencias del hecho probado que han de servir de base para examinar la calificación realizada por la sentencia recurrida.

El acusado tomó la decisión, libre y voluntaria, de llevar a cabo a acción terrorista cargando un automóvil con 60 Kilos de explosivos, con el objeto de hacerlo detonar, en un primer momento, contra una persona y al no estar localizable, contra la sucursal de una compañía de seguros.

El relato fáctico declara taxativamente que, en ejecución de este último propósito, dirigieron el vehículo hacia el edificio. No realizaron el acto porque estaba

ocupado el estacionamiento decidiendo dejarlo ante un bloque de viviendas, avisando posteriormente a la Policía Municipal para desactivarlo.

2.- El desistimiento positivo desactiva el inicial propósito criminal convirtiendo el hecho en impune por la no exigencia de responsabilidad criminal, como prima al comportamiento del acusado. Para llegar a esta conclusión se exige que, de forma inequívoca, demuestre su voluntad de desistimiento, bien abandonando la ejecución ya iniciada o bien impidiendo la producción del resultado.

La valoración de estas circunstancias, que llevaría a la exención de la responsabilidad criminal, debe realizarse en función de la naturaleza del hecho delictivo y de la estructura de la acción. Valorando estos factores se podrá decir, con mayor o menor precisión, si ha habido actos voluntarios, efectivos y decididos encaminados a evitar que se produzca el resultado. Los actos tienen que ser tan claros y eficaces que por su propia naturaleza hubieran hecho prácticamente imposible, el resultado dañoso.

3.- No podemos olvidar que la actuación se interrumpió por razones absolutamente ajenas a la voluntad del recurrente. El desistimiento se debió a que no existía aparcamiento cercano que permitiera conseguir los objetivos. Ante esta circunstancia y no por abandono, desiste el autor de sus propósitos iniciales. La decisión de deshacerse de un coche que representaba también un peligro potencial para su propia integridad física, no fue total ya que lo aparcó frente a unas viviendas en lugar de llevarlo, por ejemplo, a un lugar o descampado donde los riesgos para personas y cosas fuera mínimo.

El hecho de haber avisado a la Policía Municipal para que lo desactivasen no sólo no impedía la comisión del hecho, sino que aumentaba el riesgo, de los habitantes de las viviendas y de los propios agentes encargados de la desactivación".

Tribunal Supremo Sala 2ª, S 12-11-2012, nº 878/2012, rec. 638/2012. Pte: Moral García, Antonio del

El primero de los motivos del recurso denuncia infracción del art. 16.2 del Código Penal -indebida inaplicación- y, por derivación, de los arts. 138 (incorrectamente aplicado) y 148 (que debería haberse aplicado en lugar de aquél) todos del Código Penal .

Menú

El encabezamiento del motivo sugiere que se está denunciando la inoperatividad del instituto del desistimiento voluntario concebido como excusa absolutoria excluyente de la punibilidad. Cuando la no producción del resultado buscado obedece a la decisión voluntaria, libre y consciente del autor, la tentativa ha de quedar impune "sin perjuicio de la responsabilidad en que pudiera haber incurrido por los actos ejecutados si éstos fueran constitutivos de otro delito o falta". En el supuesto analizado el recurrente, al no propinar nuevas cuchilladas a la víctima, estaría evidenciando el abandono de su primigenio propósito, lo que cancelaría su responsabilidad penal por el delito de homicidio, sin perjuicio de responder por las lesiones ocasionadas.

Basta remitirse a los hechos probados para desmontar esa tesis implícita en el motivo. Ni la huida y el consiguiente cesar en el apuñalamiento se debieron estrictamente a una acción voluntaria del acusado; ni la supervivencia de la víctima fué consecuencia exclusiva de la ausencia de otras cuchilladas. Las ya propinadas eran suficientes para haber provocado el resultado letal, si no llega a mediar la intervención quirúrgica a que se sometió al herido tras ser conducido a un centro hospitalario. Es patente la inaplicabilidad del desistimiento voluntario.

TRASTORNO MENTAL TRANSITORIO: ART 20.1 CP

Tribunal Supremo Sala 2ª, S 13-11-2012, nº 1068/2012, rec. 2016/2011
Pte: Moral García, Antonio del
Al abrigo de los arts. 849.2º y 849.1º, ambos enunciados por el recurrente aunque el primero con manifiestos déficits (no basta la designación de todo el procedimiento) puede debatirse sobre la exención completa reclamada. El trastorno límite antisocial en combinación con la toxicomanía y abuso de alcohol arrastrarían a la inimputabilidad. La invocación del art. 849.2º, podría autorizar con extremada generosidad procesal y no sin pasar por alto algunas clarísimas referencias legales (art. 884.6 º o art. 855.2º LECrim EDL 1882/1) a confrontar la decisión de la Sala de instancia con los informes obrantes en la causa.
Los hechos probados de la sentencia se refieren en estos términos a la alteración psíquica del recurrente: " es drogodependiente de larga evolución con hábitos acreditados de abuso de alcohol, padece VIH y ha presentado varios episodios de autolisis, lo que superpuesto a una personalidad limite antisocial, ha mermado levemente sus facultades de control de los impulsos y aún de la exacta percepción del alcance de sus actos".
En el fundamento de derecho cuarto traduce esa aseveración fáctica a términos jurídico-penales apreciando una atenuante por analogía del art. 21.7 en relación con los arts. 21.1 y 20.1 del Código Penal EDL 1995/16398 : " Concurre en la conducta del acusado la atenuante del artículo 21.7 en relación con el artículo 20.1 del CP EDL 1995/16398 al entenderse acreditado por vía documental y testifical que el acusado padece un trastorno límite de la personalidad antisocial lo que unido a su drogadicción y abuso del alcohol menoscaba levemente sus capacidades para el control de sus impulsos y aún distorsiona levemente su capacidad para entender las normas sociales.
No se le oculta al Tribunal que la conducta del acusado no es coincidente con los parámetros de la normalidad lo que si bien cohonesta con el trastorno limite antisocial de la personalidad no es suficiente por sí misma para otorgar viabilidad ni a la eximente completa solicitada por la Defensa ni a la eximente incompleta por sí sola tampoco para dar cobijo a la atenuación que apreciamos pues médicamente los trastornos de personalidad no son considerados enfermedades mentales especialmente si, como se pudo observar en Juicio, el acusado hilvana un discurso coherente, puesto que no afectan a las capacidades cognoscitivas. En esta línea se pronuncian los informes forenses y el hecho de que conducido tras alguno de los incidentes a Urgencias Psiquiatricas siempre es dado de alta sin mayor problema.
Ahora bien, este trastorno límite antisocial (a buen seguro base de la larga etapa de prisión que precedió a los hechos) unido a su condición de toxicómano y al abuso del alcohol, comportan objetivamente un menoscabo leve y persistente de sus capacidades para contener sus impulsos y para adecuar su conducta social a los límites mínimos exigidos y exigibles que disminuyen levemente su imputabilidad".
Desde la perspectiva del art. 849.2º la conclusión de la Sala se adecua perfectamente a los informes periciales obrantes en la causa sin que se pueda apreciar desarmonía entre la valoración del Tribunal y lo que puede derivarse de tales dictámenes (folios 91 y siguientes del rollo de Sala y 237 y 226 a 234 de la causa).
Desde la óptica del art. 849.1º la valoración penal de ese padecimiento se ajusta a los parámetros jurisprudenciales que el documentado informe del Fiscal resume con brillantez. Cita en su dictamen el Ministerio Público la sentencia de esta Sala 1377/2011, de 19 de diciembre de la que compensa transcribir los fragmentos seleccionados por el Fiscal, pues contienen un completo resumen de la valoración que a

Menú

esta Sala le han merecido los trastornos de la personalidad, en relación a la imputabilidad:
" En la STS num. 1363/2003, de 22 octubre, se decía que "como señala la doctrina psiquiátrica la manifestación esencial de un trastorno de personalidad es un patrón duradero de conductas y experiencias internas que se desvía marcadamente de lo que cultural o socialmente se espera de la persona, es decir, de lo que constituye el patrón cultural de conducta, y que se manifiesta en el área de la cognición, en el de la afectividad, en el del funcionamiento interpersonal o en el del control de los impulsos (al menos en dos de dichas áreas). Se trata de un patrón de conducta generalmente inflexible y desadaptativo en un amplio rango de situaciones personales y sociales, que conduce a una perturbación clínicamente significativa o a un deterioro social, ocupacional o de otras áreas del comportamiento. El patrón es estable y de larga duración y su comienzo puede ser rastreado, por lo menos, desde la adolescencia o la adultez temprana. No puede ser interpretado como una manifestación o consecuencia de otro trastorno mental y no se debe al efecto psicológico directo de una sustancia (por ejemplo, drogas de abuso, medicación o exposición a tóxicos), ni a una situación médica general (por ejemplo, trastorno craneal). Ordinariamente existen criterios específicos de diagnóstico para cada trastorno de personalidad (Sentencia Tribunal Supremo núm. 831/2001, de 14 mayo)", para terminar recordando que "en la doctrina jurisprudencial la relevancia de los trastornos de la personalidad en la imputabilidad no responde a una regla general".
En la STS num. 696/2004, de 27 de mayo, también sobre la misma cuestión, se decía, ahora en relación a sus efectos en la capacidad de culpabilidad, que la doctrina de esta Sala, "en general ha entendido que los trastornos de la personalidad no calificados de graves o asociados a otras patologías relevantes no dan lugar a una exención completa o incompleta de la responsabilidad, sino en todo caso a una atenuación simple y solo en aquellos casos en los que se haya podido establecer la relación entre el trastorno y el hecho cometido".

Menú

También en la STS núm. 2167/2002, de 23 diciembre, se decía que «la jurisprudencia ha sido en general reacia a reconocer eficacia atenuatoria a los trastornos de la personalidad o psicopatías, con mayor razón cuando no han sido calificados de graves. En la actualidad tienen encaje en el artículo 20.1 pues se trata sin duda de anomalías o alteraciones psíquicas, por lo que es necesario atender a sus características y a las peculiaridades del hecho imputado para precisar sus concretos efectos».
La STS num. 1363/2003, ya citada, terminaba recordando que "por lo general, sin embargo, los trastornos de personalidad se valoran penalmente como atenuantes analógicas (Sentencias de 12 y 27 de marzo de 1985, 27 de enero, 1 de julio y 19 de diciembre de 1986, 6 de marzo de 1989 o 5 de noviembre de 1997). Sólo en supuestos especialmente graves, generalmente asociados a otras patologías, y en directa vinculación con los hechos ocurridos, han sido valorados como eximentes incompletas (Sentencias de 10 y 25 de octubre y 14 de noviembre de 1984, o 16 de noviembre de 1999).
En la STS 588/2010 de 22-6, se recordaba que las anomalías psíquicas conocidas por trastornos de la personalidad, se caracterizan precisamente por su veracidad y según su intensidad, podía apreciarse una eximente incompleta o una atenuante analógica (STS 753/2011 de 7-5).
Así en supuestos graves, generalmente asociados a otras patologías han sido valorados como eximentes incompletas (STS 1363/2003, de 23-10). Como resumen, con mención de la calificación de la OMS y de la ampliación efectuada por el vigente Código Penal EDL 1995/16398 se concreta en las STS 879/2005, de 4-7 que esta Sala, en los casos en

que dichos trastornos deben influir en la responsabilidad criminal, ha aplicado, en general, la atenuante analógica reservando la eximente incompleta para cuando el trastorno es de una especial gravedad o está asociado o acompañado de otras anomalías como el alcoholismo crónico o agudo, la oligofrenia en sus grados iniciales, la histeria, la toxicomanía...etc.".
Como, -y se continua recogiendo la conclusión del Fiscal- el trastorno que presenta el recurrente no puede ser catalogado de "grave" y afecta tan solo al control de sus impulsos, la consideración como atenuante analógica debe estimarse correcta en atención a esos estándares jurisprudenciales.

LEGÍTIMA DEFENSA: ART 20.4 CP
EXIMENTE INCOMPLETA ART 21.1 CP

Tribunal Supremo Sala 2ª, S 12-11-2012, nº 878/2012, rec. 638/2012. Pte: Moral García, Antonio del
Se reclama en un segundo motivo la conversión de la eximente incompleta de legítima defensa en completa.

El Tribunal a quo acepta y no podía ser de otra forma que existió una agresión ilegítima que además era actual. El ataque se estaba produciendo todavía cuando reacciona el recurrente. La agresión era ilegítima: era respuesta a una agresión que ya había cesado. Por tanto no era defensiva sino vindicativa. Frente a un ataque impulsado por el afán de venganza o en represalia cabe legítima defensa.
La sentencia de instancia niega el requisito de la falta de provocación suficiente por parte de quien ejercita la defensa. En este punto no se puede coincidir con el criterio, bien fundado, por otra parte, como toda la sentencia, pero no compartible como se dirá, que se vierte en el apartado B) de su fundamento de derecho tercero. Es verdad que Agapito había agredido a su esposa, a la vez hija de Moises. También que esa acción está en el origen de los golpes y ataque que sufrió. Pero no puede considerarse "suficiente" esa "provocación". El transcurso de un relevante lapso de tiempo entre el episodio violento con su mujer y la reacción de su suegro, no excluyendo la "provocación", sí desvanece la suficiencia exigida por el precepto, que añade algo. Para imposibilitar la legítima defensa completa no basta con que el autor haya provocado la agresión repelida, sino que esa provocación haya sido "suficiente", catalogación muy valorativa, pero que aquí puede ser descartada en virtud de esas razones.
Sí acierta la Sala de instancia al negar el requisito conocido como "proporcionalidad" que el texto legal describe como "necesidad racional del medio empleado para impedir o repeler" la agresión. Como es sabido, en la indagación sobre tal presupuesto de la causa de justificación, clásico en el debate tradicional sobre la legítima defensa, hay que manejar tanto criterios objetivos como subjetivos (SSTS 1270/2009, de 16 de diciembre ó 973/2007, de 19 de noviembre). No puede marginarse la perspectiva del sujeto activo, ni situar la escena en un laboratorio para diseccionar fríamente posibilidades, cálculos y comparaciones. Se impone un juicio ex ante (SSTS 273/2000, de 29 de febrero, 332/2000, de 24 de febrero ó 962/2005, de 22 de julio), aunque sin prescindir de algunas pautas objetivas que evocan o remiten a la figura del "hombre medio", alguien a quien no se le exige ser ni un héroe, ni una persona fría, sin emociones o instintos, o con perfecta capacidad de autocontrol; pero sí que no reaccione de forma irracional o al margen de parámetros percibidos por la colectividad como

Menú

"razonables". En esa forma de abordar esta cuestión concurren también fines de prevención general. Cuestión diferente es que en algunos casos los excesos puedan ser disculpados en un plano ulterior (ya en sede de culpabilidad) en virtud del miedo u otros elementos con una mayor carga subjetiva. Pero desde el derecho penal no puede lanzarse el mensaje generalizado de que una reacción desproporcionada desde todo punto de vista -ataque que podía haber ocasionado la muerte- es ajustada a derecho y carece de antijuricidad; que merece, en definitiva, el beneplácito del derecho.
En este caso la racionalidad y proporcionalidad del medio empleado para repeler la agresión decaen ante la evidencia de que existían otras alternativas menos lesivas y de las que cabía pronosticar igual éxito en la defensa (SSTS 1270/2009, de 16 de diciembre, 614/2004, de 12 de mayo ó 273/2000, de 29 de febrero). El autor se encuentra alertado y esperando un posible ataque. Ha tenido ocasión de reflexionar algo y de prepararse. Lo dicen los hechos probados: temía una agresión vindicativa por parte de su suegro. Por eso se refugia en casa de su madre. Advierte la entrada en la casa del agresor. Cuando aquél consigue vencer la oposición de Marta y Rosaura, el acusado le sale al paso provisto de un cuchillo de cocina. Es verdad que en ese momento Moises le propina un golpe en la cabeza con el palo que portaba. Pero también lo es que en esa situación saberse armado con un cuchillo y estando prevenido, lo justificable hubiese sido o bien blandir intimidatoriamente el cuchillo; o bien dirigir los golpes a zonas menos vitales; o, al menos, limitarse a un único golpe. Se detecta un exceso en la defensa que no puede modularse tampoco -hay que insistir en que se trata de valoraciones muy elementales- por el retraso mental del acusado.
Falta pues ese requisito que impide la exención total.

ATENUANTE DE DROGADICCIÓN: ART 21.2 EN RELACIÓN CON EL 20.2

Menú

Tribunal Supremo Sala 2ª, S 29-11-2012, nº 1073/2012, rec. 10595/2012
Pte: Moral García, Antonio del

En el cuarto, la atenuante de drogadicción que se quiere ubicar en el art. 21.2 en relación con el art. 20.2; en el quinto, la atenuante del art. 21.4º, por la confesión.
El señalado paralelismo de los dos motivos alcanza también a su destino: son improsperables.
Aunque no recoge en los hechos probados ninguna referencia a ello, la sentencia de instancia no niega la posible presencia en este recurrente de una toxicomanía reflejada en los informes presentados. Pero con toda razón considera que tal eventual adicción que podría dar vida a una atenuación en delitos episódicos o con un alcance cronológico puntual alentados exclusivamente por el fuerte impuso de satisfacer la propia dependencia, carece de la más mínima aptitud para desempeñar ese papel en una operación como la descrita en los hechos probados: el recurrente es el patrón de una embarcación que realiza una travesía de varios días con un importante cargamento de droga: " nos encontramos ante un hecho especial, como es el transporte a España de una mercancía estupefaciente, utilizando un barco adquirido para tal fin, contratando una tripulación, patroneando en su caso dicha embarcación, actividad compleja que nos (sic; quiere decirse "no") lleva a considerar que los hechos que concretan la misma fueran realizados bajo la influencia de sustancias estupefacientes o síndrome de abstinencia, ya que no solo comprenden una temporalidad amplia, sino la realización de unas tareas específicas como patrón de la embarcación realizadas con plenitud de facultades, por lo

que el hecho de que en un momento determinado haya tenido una drogodependencia no incluye en su conducta en cuanto a la participación dolosa del mismo, en el viaje hasta Marruecos, en la carga y en la vuelta a España".

ATENUANTE DE CONFESIÓN: 21.4 CP

Tribunal Supremo Sala 2ª, S 12-11-2012, nº 878/2012, rec. 638/2012. Pte: Moral García, Antonio del
Con independencia de que al haberse apreciado dos atenuantes, la cuestión puede ser irrelevante penológicamente (art. 66.1.2 del CP. que otorga igual tratamiento a la concurrencia de dos atenuantes habitual que a una ordinaria y otra cualificada), no hay ningún plus respecto de la base ordinaria de la atenuante del art. 21.4. El recurrente se entregó voluntariamente a las autoridades. Pero en el contexto en que se produjeron los hechos cualquier otra alternativa hubiese sido muy poco razonable. Todo invitaba a esa actitud. Intentar ocultar los hechos era imposible. Negar la autoría, un insulto al sentido común. Concurre la atenuante pues la confesión se ha producido antes de iniciarse el proceso penal. Pero es claro que la exigencia de responsabilidad penal debía percibirse necesariamente por el recurrente como algo inevitable.

-El elemento cronológico exigido por el legislador no puede derogarse por la vía de convertir el supuesto en una atenuante analógica. No existen atenuantes incompletas.

Sentencia Nº: 197/2012
RECURSO CASACION (P) Nº:10968/2011 P
Fallo/Acuerdo: Sentencia Estimatoria
Fecha Sentencia: 23/01/2013
Ponente Excmo. Sr. D.: Antonio del Moral García

Menú

En cuanto al fondo del motivo hay que proclamar con la Audiencia que no puede aceptarse la atenuación ni en su versión simple ni, mucho menos, en la cualificada. La recurrente asume su responsabilidad cuando ya ha sido descubierta. Está ausente uno de los elementos nucleares de la atenuante del art. 21.4: que la confesión se produzca antes de conocer que el procedimiento se dirija contra el culpable. Que la confesión no tenga que estar alentada por un sentimiento de arrepentimiento, según ha dicho reiteradamente la jurisprudencia, no significa que pueda prescindirse de su voluntariedad y espontaneidad. Una confesión en cuya génesis solo se descubre la resignación ante lo que se capta como irremediable no puede dar vida a una atenuación por no existir fundamento para el menor reproche penal (entre otras, STS 1619/2000, de 19 de octubre). Ni siquiera la atenuante analógica del art. 21.7, por mucha amplitud que se le quiera dar, permite acoger ese supuesto. Cuando no concurren los requisitos contemplados en el art. 21.4º no es dable la creación de una atenuante por analogía. Recoger como atenuante analógica las atenuantes ordinarias cuando les falta algún requisito legal, sería tanto como derogar de hecho ese requisito querido por el legislador. No hay atenuantes "incompletas" (STS 977/2012, de 30 de octubre). Tan solo ha sido admitida esa vía oblicua en supuestos excepcionales cuando la confesión va seguida de una colaboración relevante (STS 1125/1998, de 6 de octubre), lo que está

lejos de suceder aquí. En los delitos contra la salud pública se acentúan los argumentos para rechazar esa atenuación por analogía otorgándole carácter privilegiado.

ATENUANTE DE REPARACIÓN DEL DAÑO. Art 21.5 CP

Sentencia Nº: 172/2013
RECURSO CASACION (P) Nº:11002/2012 P
Fallo/Acuerdo: Sentencia Desestimatoria
Procedencia: Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional.
Fecha Sentencia: 08/02/2013
Ponente Excmo. Sr. D.: Antonio del Moral García
Quiere el recurrente que se aplique la atenuante del art. 21.5 del CP (reparación del daño) no solo al delito de estafa, sino también al delito de falsificación de tarjetas del art. 399 bis. Canaliza la petición a través del art. 849.1º.

En efecto, el recurrente antes del juicio aportó mil euros para destinarlos a posibles indemnizaciones. El importe global del perjuicio causado ascendía a 20.460,57 euros. La sentencia recoge ese ingreso en la cuenta de consignaciones del órgano judicial efectuado el 25 de mayo de 2012, tres días antes del comienzo de las sesiones del juicio oral que, por cierto, había sido objeto de un señalamiento anterior (mes de marzo) frustrado por enfermedad de uno de los letrados. A tal actitud la Audiencia con patente generosidad le confiere el carácter de atenuante simple del art. 21.5: "haber procedido el culpable a reparar el daño ocasionado a la víctima, o disminuir sus efectos, en cualquier momento del procedimiento y con anterioridad a la celebración del acto del juicio oral". El recurrente pretende que la eficacia atenuatoria de ese pago cubra también el delito de falsificación de tarjetas.

Menú

Es verdad que en alguna ocasión, próxima en el tiempo, esta Sala ha admitido la extensión de los efectos de la atenuante a los delitos de falsedad vinculados con delitos patrimoniales. Así lo razonaba la STS 1295/11, de 19 de julio.
Pero las razones allí vertidas, que ahora han de ratificarse, no son proyectables al presente supuesto por una variada gama de argumentos que arrancan del mismo cuestionamiento de la apreciación de la atenuante para el delito de estafa. Veamos:

a) La reparación ha sido muy tardía. Se ha cubierto el requisito temporal impuesto por el legislador, pero se ha esperado a los últimos momentos hábiles para ello.
b) La reparación ha sido indirecta: los recurrentes se han limitado a consignar unas cantidades, lo que era su obligación procesal desde que se les requirió para prestar fianza. No se han dirigido a la entidad perjudicada entregándoles el dinero recabado, sino que lo han consignado mucho después de que surgiese la carga de afianzar, a resultas del proceso. En principio el simple atendimiento de un requerimiento judicial de afianzar no es sin más apto para dar vida a la atenuación, aunque esto pueda matizarse en algunos supuestos. Aunque es justo valorar también, como ha hecho la Audiencia, el esfuerzo reparador.
c) La reparación ha sido parcial; muy parcial. Entre todos los acusados el total consignado supera levemente el tercio del total a indemnizar. Con independencia de que son indiferentes los móviles que animen al agente para la apreciación de la atenuante, no es baladí lo que sugiere esa secuencia: se ha buscado casi el abono del mínimo posible para lograr la atenuación.

d) Ciertamente el art. 21.5 CP no exige la reparación total. Basta con la disminución de los efectos del delito. La jurisprudencia viene exigiendo una reparación que no sea nimia o insignificante. Pues bien, cuando nos enfrentamos a infracciones continuadas conviene ser más estrictos con la admisibilidad de la capacidad atenuatoria de una reparación parcial, pues en realidad solo alcanzará a algunas de las conductas abrazadas en el único delito continuado. En la letra y el espíritu del art. 74 está la idea de imponer la pena en atención al delito más gravemente penado; lo que no implica literalmente atender a las atenuantes o agravantes para elegir el tipo penal, pero sí invita a manejar con cautelas este tipo de atenuantes que son fragmentables o divisibles. Con la consignación de esos siete mil euros solo se alcanza a cubrir una reducida parte de los veinticinco hechos diferentes integrados en el delito continuado de estafa. No tiene sentido que quien hubiese intervenido en solo dos de ellos por importe apenas superior a los cuatrocientos euros fuese castigado como autor de un delito continuado de estafa sin posibilidad de apreciar la atenuante de reparación del daño; y quien ha participado en los veinticinco se vea sancionado por igual tipo penal pero beneficiándose de una atenuante que no afecta a todas las defraudaciones sino solo a algunas. La reparación no alcanza al total de los hechos integrados en la continuidad.
e) Con estas premisas, aún pudiendo admitirse la aplicación de la atenuante a la estafa, resulta desmesurado extender su eficacia al delito de falsificación de tarjetas que desborda por su ámbito las estafas concretamente enjuiciadas. Son muchas las falsificaciones no reparadas ni siquiera por esa vía indirecta. Igualmente carecería de sentido que los autores de un delito de falsificación de tarjetas obtengan una atenuante cuando además han cometido una estafa, y que cuando se han limitado a la falsificación no puedan ser acreedores de la mitigación punitiva. Aún así, debe significarse que la pena se ha impuesto en el máximo de su mitad inferior, lo que, sin ser argumento principal (si se apreciase la atenuante habría que reindividualizar sin que la doctrina de la pena justificada pueda erigirse en barrera para ello: STS 657/2012, de 19 de julio), también abunda en el rechazo del motivo: aunque se apreciase la atenuante -que no procede por lo dicho- la pena estaría dentro de los márgenes imponibles. Las razones aducidas por la Sala para elegir esa duración no pierden posiciones aunque se concediese la atenuación.

Menú

DILACIONES INDEBIDAS ART 21.6 CP

Tribunal Supremo Sala 2ª, S 25-5-2012, nº 440/2012, rec. 1078/2011. Pte: Moral García, Antonio del

Considera esta acusación particular, en el único motivo de su recurso, que no debió apreciarse la atenuante de dilaciones indebidas y menos aún con el carácter de cualificada que le confiere la sentencia. Se arguye que la investigación revestía cierta complejidad, que los retrasos surgieron como consecuencia inevitable tanto de una comisión rogatoria que hubo de tramitarse; como de un incidente sobre competencia y que no hubo paralizaciones concretas excesivas.
La atenuante de dilaciones indebidas durante muchos años ha tenido que ampararse en la analogía del art. 21.6º. A partir de diciembre de 2010 cuenta con una tipificación penal expresa. El actual número 6 del artículo 21, dentro del catálogo de circunstancias atenuantes de la responsabilidad penal contempla como tal la dilación extraordinaria e indebida en la tramitación del procedimiento, siempre que no sea atribuible al propio inculpado y que no guarde proporción con la complejidad de la causa.

Fuente: J Huete

La exposición de motivos de la Ley Orgánica 5/2010 razona la conveniencia de otorgar carta de naturaleza legal a la nueva atenuante de dilaciones indebidas en la necesidad de dar cobertura normativa a una práctica judicial muy extendida. Como es bien sabido la atenuante es de creación jurisprudencial y sus perfiles han ido modificándose a impulsos de los pronunciamientos de esta Sala Segunda. Desde tal fecha se cuenta ya con unos requisitos legales que en líneas generales se ajustan a lo establecido por esa jurisprudencia que la exposición de motivos proclama querer respetar. No hay cuestión sobre la aplicabilidad de tal precepto de nueva planta. Las exigencias del nuevo art. 21.6 estaban presentes en la doctrina jurisprudencial. No puede decirse que se hayan endurecido las condiciones para apreciar la atenuante. Por tanto se va a utilizar como parámetro de referencia la actual redacción del precepto que exige unos retrasos extraordinarios y no proporcionados con la complejidad de la causa. Como ha expresado la STS 70/2011, de 9 de febrero mantiene plena vigencia el cuerpo de doctrina elaborado con anterioridad a la entrada en vigor del nuevo apartado 6 del art. 21.

A tenor de la literalidad de la nueva atenuante, su aplicación exigirá de la concurrencia de una serie de requisitos o elementos constitutivos que se pueden concretar en los siguientes: a) que tenga lugar una dilación indebida y extraordinaria; b) que ocurra durante la tramitación del procedimiento; c) que esa demora o retraso injustificado no sea atribuible al imputado y d) que la dilación no guarde proporción con la complejidad del litigio.

Junto a ello, siendo el fundamento de la atenuante la compensación del daño causado por la dilación con una disminución de la pena, es requisito inmanente de la atenuante que aquel a quien beneficia su aplicación no haya sido beneficiario de esas dilaciones, más allá de que no le sean imputables. El perjuicio en principio ha de presumirse: el sometimiento a un proceso penal, la incertidumbre de su resultado, las sujeción a posibles medidas cautelares (obligación apud acta)... acarrean unas molestias o padecimientos que se acrecientan si el proceso se prolonga indebidamente. Dicho de otra manera: puede presumirse que las dilaciones en el enjuiciamiento perjudican al posteriormente condenado (mucho más, desde luego, al que finalmente es absuelto) y que ese perjuicio merece una compensación que viene de la mano de la atenuante (sin perjuicio de que se puedan producir otras compensaciones a través de instituciones como la abonabilidad de las medidas cautelares: arts. 58 y 59 del Código Penal).

Menú

No admite discusión que el tiempo de duración del proceso ha sido excesivo. La complejidad no lo justificaba. Que su génesis radique en deficiencias estructurales de la Administración de Justicia o en razones no reprochables a los responsables, no disipa el perjuicio sufrido por esos retrasos. Objetivamente el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas ha padecido. No es un problema de buscar culpabilidades o responsabilidades, sino de constatar tanto esa afectación; como que quien invocó el derecho no ha contribuido a ella.

Si para la atenuante ordinaria se exige que las dilaciones sea extraordinarias, es decir que estén “fuera de toda normalidad”; para la cualificada será necesario que las dilaciones sean desmesuradas. Puede realizarse tal juicio en relación al presente asunto: más de diez años sometido a un proceso es demasiado tiempo. No puede hablarse de una complejidad excesiva. El tiempo que ha tardado en obtenerse sentencia dista mucho no ya de los parámetros deseables, paralizaciones no venían vinculadas a la complejidad del asunto, que es relativa: haciendo acopio de variada documentación y con algunas declaraciones testificales se podía considerar clausurada la investigación. La complejidad no es la causa de esa lentitud, en ocasiones desesperante, que no puede ser achacada a los acusados.

Fuente: J Huete

Para valorar la intensidad de la atenuante se puede conjugar aquí tanto el examen del total de duración del proceso, como la pluralidad de periodos de paralización o ralentización. De su análisis, expuesto en el último de los hechos probados de la sentencia de manera detallada, en armonía con la minuciosidad de toda la sentencia, se desprende que tanto que han sido varios los momentos relevantes de inactividad procesal; como que no ha sido la complejidad objetiva de la investigación lo que ha motivado esos retrasos. Por tanto: a) El periodo total invertido en el enjuiciamiento ha sido desmesurado; b) Se constata una pluralidad de momentos en que se han producido paralizaciones o ralentizaciones relevantes; c) Esos retrasos no venían in casu ocasionados por la complejidad de la investigación. En esas condiciones no hay razones para variar en casación el criterio de la Sala de instancia confiriendo a la atenuante una eficacia superior a la ordinaria.
Se pueden citar precedentes de apreciación de la atenuante cualificada en supuestos en que se contemplan retrasos de similar o menor entidad que los aquí señalados (SSTS 557/2001, de 4 de abril; 742/2003, de 22 de mayo; 1656/2003, de 9 de diciembre; 1051/2006, de 30 de octubre; 993/2010, de 12 de noviembre, o 1108/2011, de 18 de octubre). La utilización ahora en la descripción legal del calificativo "extraordinaria" no ha alterado los parámetros de medición que a estos efectos venía manejando la doctrina jurisprudencial que el legislador ha querido incorporar al texto legal.

Sentencia Nº: 836/2012
RECURSO CASACION Nº:2399/2011
Fallo/Acuerdo: Sentencia Estimatoria
Fecha Sentencia: 19/10/2012
Ponente Excmo. Sr. D.: Antonio del Moral García

Menú

El motivo sexto denuncia la inaplicación del art. 21.6 del Código Penal al amparo del art. 849.1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Las dilaciones sufridas en el proceso justificarían una atenuante analógica.
La atenuante de dilaciones indebidas durante muchos años ha tenido que ampararse en la analogía del art. 21.6º. A partir de diciembre de 2010 cuenta con una tipificación expresa. El actual número 6 del artículo 21, dentro del catálogo de circunstancias atenuantes de la responsabilidad penal contempla como tal la dilación extraordinaria e indebida en la tramitación del procedimiento, siempre que no sea atribuible al propio inculpado y que no guarde proporción con la complejidad de la causa.
La exposición de motivos de la Ley Orgánica 5/2010 razona la conveniencia de otorgar carta de naturaleza legal a la nueva atenuante de dilaciones indebidas en la necesidad de dar cobertura normativa a una práctica judicial muy extendida. Como es bien sabido la atenuante es de creación jurisprudencial y sus perfiles han ido modificándose a impulsos de los pronunciamientos de esta Sala Segunda. Desde diciembre de 2010 se cuenta ya con unos requisitos legales que en líneas generales se ajustan a lo establecido por esa jurisprudencia que la exposición de motivos de la citada ley proclama querer respetar. Las exigencias del nuevo art. 21.6 estaban presentes en la doctrina jurisprudencial. No puede decirse que se hayan endurecido las condiciones para apreciar la atenuante. Por tanto se puede a utilizar como parámetro de referencia la actual redacción del precepto que exige unos retrasos extraordinarios y no proporcionados con la complejidad de la causa. Como ha expresado la STS 70/2011, de 9 de febrero

mantiene plena vigencia el cuerpo de doctrina elaborado con anterioridad a la entrada en vigor del nuevo apartado 6 del art. 21 (STS 490/2012, de 25 mayo).
A tenor de la literalidad de la norma la apreciación de la atenuante exigirá la concurrencia de una serie de requisitos que se pueden concretar en los siguientes: a) que tenga lugar una dilación indebida y extraordinaria; b) que ocurra durante la tramitación del procedimiento; c) que esa demora o retraso injustificado no sea atribuible al imputado y d) que la dilación no guarde proporción con la complejidad del litigio.

El tiempo de duración del proceso contemplado globalmente (es decir, con inclusión de la incidencia derivada de la anulación de la primera sentencia) ha sido excesivo. La relativa complejidad de la causa (multiplicidad de imputados) puede disculpar algún retraso pero no los justifica. Objetivamente el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas ha padecido. No es un problema de buscar responsabilidades, sino de constatar tanto esa afectación; como que quien invocó el derecho no ha contribuido a ella. En este caso no puede reprocharse al recurrente ninguna dilación: el uso de un recurso legítimo que además ha sido estimado no puede volverse en contra del afectado. Cuestión distinta sería un recurso improcedente o improsperable. El concepto de "dilaciones indebidas" no lleva implícitas culpabilidades o reproches profesionales. Las conocidas, por notorias, deficiencias estructurales de la Administración de Justicia hacen compatible que exista lesión del derecho a un proceso ágil y que no pueda atribuirse a nadie de forma fundada la disfunción. Los déficits institucionales no pueden repercutir en el justiciable. Por tanto aunque existan datos claros y objetivos que hagan perfectamente justificables desde el punto de vista de los intervinientes en el proceso esos retrasos indebidos, no pueden hacerse recaer sus consecuencias en el afectado que se hará merecedor de la atenuante también cuando las dilaciones obedezcan a situaciones que las hacen justificables o disculpables. Sólo los retrasos imputables a él mismo excluyen la atenuación. No puede reclamar un beneficio como compensación de unos perjuicios quien es responsable de estos. Que las dilaciones puedan justificarse desde la perspectiva de los agentes intervinientes en el proceso (oficinas judicial y fiscal, partes, ministerio fiscal, integrantes de las diversas Salas de Justicia…) no afecta nada a la cuestión y eso es lo que conviene ahora destacar. Desde el punto de vista institucional no son justificables y el Poder Público debe ofrecer una respuesta a esa disfunción.
¿Qué tratamiento hay que dar a las dilaciones producidas después del juicio oral? Parece una contradictio in terminis casar una sentencia por no apreciar una atenuante por unas dilaciones que no existían cuando el Tribunal a quo la deliberó y votó. Como no sería lógico casar la sentencia por haberse condenado a quien falleció mientras pendía el recurso. Lo procedente en este último caso es en una resolución ex novo declarar extinguida la acción penal; pero no casar la sentencia para apreciar una causa de extinción de la responsabilidad penal. El argumento es proyectable sobre otros supuestos (por ejemplo prescripción, por referirnos a una situación también vinculada al transcurso del tiempo). Es posible admitir atenuantes ex post facto como demuestran los números 4 y 5 del Código Penal (que en todo caso tienen como lógico último límite temporal el acto del juicio). De hecho la presencia de esas atenuantes en el nuevo Código Penal fue uno de los argumentos que alentó el cambio de postura de este Tribunal para decantarse por la admisibilidad de la atenuante de dilaciones indebidas. Pero construir atenuantes ex post iudicio es una tesis con un andamiaje jurídico más difícil de construir salvo con el sacrificio de algunos principios sustantivos y procesales básicos amén de falsificar en alguna medida la naturaleza revisora del recurso de casación. Siempre padecerá algo el principio de contradicción pues en el momento del

Menú

enjuiciamiento no existían los hechos determinantes de esa atenuación y no habrá podido contradecirse la alegación que, solo si es invocada en casación, podrá ser rebatida. Es más, no sería coherente que el eventual retraso en la tramitación del recurso de casación más allá de lo razonable no desembocara también en una atenuación. El padecimiento del derecho al plazo razonable del proceso es sustancialmente idéntico tanto si se retrasa la sentencia de instancia, como si lo que se retrasa indebidamente es su firmeza como consecuencia de un recurso lentamente tramitado. De igual modo, ontológicamente tampoco existen diferencias con los retrasos en el comienzo de la ejecución de las penas que hayan podido ser impuestas: serían también dilaciones indebidas.
El tope cronológico indubitado e indiscutible de la atenuante será siempre el momento de alegaciones en fase de recurso. Más allá de ese no sería posible la atenuación por no haber sido introducida contradictoriamente en el proceso. Es discutible en cambio si han de computarse los retrasos posteriores al juicio y aún los producidos en fase de recurso antes de ese límite. ¿Son esas fases periodos de tramitación de la causa a los efectos del art. 21.6 del C. Penal? El interrogante queda abierto. Pero lo que está claro es que esta Sala Segunda, manejándose con la atenuante analógica que es la que aquí procede aplicar, no ha visto obstáculo infranqueable para dotar de eficacia atenuatoria a unas dilaciones producidas después del juicio oral. Son ya muchas las sentencias recaídas en esa dirección (SSTS 204/2004, de 23 de febrero, 325/2004, de 11 de marzo) aunque algunas van acompañadas de una opinión discrepante (STS 932/2008, de 10 de diciembre). La reiteración y contundencia de esos pronunciamientos jurisprudenciales que han conferido trascendencia a estos efectos a las dilaciones causadas después del juicio oral en el marco anterior a la reforma de 2010 conducen a valorar esos lapsos de tiempo también aquí y a estimar el presente motivo apreciándose la atenuante analógica de dilaciones indebidas. Si el tiempo transcurrido hasta la sentencia primera rozaba ya el margen de "lo razonable", los retrasos a raíz del recurso han desbordado esos linderos. No obstante la atenuante no puede tener el rango de cualificada. Apreciando de manera conjunta el tiempo que ha tardado en enjuiciarse la causa no puede hablarse de dilaciones desmesuradas. El tiempo transcurrido es excesivo pero no tan desproporcionado en relación a la complejidad de la causa como para propiciar una atenuante cualificada.

Menú

SI SU BASE FÁCTICA SE OBTIENE DIRECTAMENTE DEL EXAMEN DE LAS ACTUACIONES NO ES IMPRESCINDIBLE QUE SE RECOJA EN EL FACTUM.

Sentencia Nº: 276/2013
RECURSO CASACION Nº:755/2012
Fallo/Acuerdo: Sentencia Estimatoria Parcial
Fecha Sentencia: 18/02/2013
Ponente Excmo. Sr. D.: Antonio del Moral García

Ciertamente ni en los hechos probados de la sentencia, ni en su fundamentación jurídica se encuentra recogida una secuencia procesal de la tramitación de la causa que permita discutir sobre la procedencia o no de introducir la atenuante tardíamente invocada. El art. 849.1º, vía casacional elegida, exige partir de los hechos probados (art. 884.3º LECrim). Estando ante una pretensión novedosa, solo esa plasmación en la sentencia de

la base fáctica habilitaría para excepcionar el principio general según la doctrina tradicional. Sin embargo también esta objeción puede ser sorteada. Tratándose de hechos intraprocesales, que pueden verificarse directamente con la consulta de los autos (art. 899 LECrim) ambos dogmas procesales merecen una modulación. Cuando la secuencia factual presupuesto del posterior juicio jurídico se extrae inmediatamente de las actuaciones procesales sin necesidad de valoración alguna, sino con una mera constatación aséptica, sería contrario a la más elemental lógica y constituiría un ritualismo, apartado del fundamento último de esas exigencias, rechazar la petición por no tener reflejo en los hechos probados. Los tiempos invertidos en las diligencias a los efectos de la atenuante de dilaciones indebidas son un claro ejemplo de esta regla. Aunque no exista en el factum referencia alguna a las incidencias en la tramitación, esta Sala no ha vacilado a la hora de casar una sentencia para apreciar la atenuante, reclamada muchas veces a través exclusivamente del art. 849.1º LECrim. Existen casos asimilables (posibilidad de analizar en casación errores jurídicos sobre la base fáctica obtenida del examen directo de la causa: art. 899 LECrim): la confesión realizada por el autor (en cuanto puede ser la base de una atenuante); el pago a través del juzgado de las responsabilidades civiles (atenuante de reparación); muchos elementos factuales relacionados con la prescripción extraprocesal o intraprocesal (cronología y contenido de algunas diligencias, fecha de incoación de la causa…). La premisa general de necesario respeto a los hechos probados, que responde a la necesidad de acatar la valoración de la prueba realizada con inmediación por el tribunal de instancia, cede cuando los elementos fácticos determinantes de la subsunción jurídica diferente vienen representados por incidencias procesales directamente constatables sin mediación alguna. No hay necesidad de interposición de juicio valorativo alguno: el dato objetivo y neutro se extrae sin más y sin espacio para la divergencia del examen de la causa. Cuestión diferente será la valoración jurídica, operación propia de la fiscalización propiciada por el art. 849.1º. En esos supuestos ni siquiera ha de considerarse indispensable formalizar con sentido instrumental o vicario un motivo autónomo amparado en el art. 849.2ºpara introducir esa secuencia procesal en el factum. Puede ser suficiente el art. 849.1.

Podemos sentar, pues, como conclusión que no hay obstáculo procesal de entidad para escrutar directamente la causa y extraer de ella los presupuestos indispensables para discutir sobre la presencia o no de dilaciones indebidas. Sería deseable y aconsejable que la defensa hubiese suscitado ya la cuestión en la instancia (aunque fuese con carácter subsidiario y alternativo). Pero esa omisión no se erige en muro insalvable para su invocación en casación al estar ante una atenuante que al basarse en elementos intraprocesales permite orillar los óbices señalados.

Fuente: J Huete

ALEVOSÍA: 22.1 Y 139.1 CP

Tribunal Supremo Sala 2ª, S 15-6-2012, nº 519/2012, rec. 10014/2012. Pte: Moral García, Antonio del

La alevosía según la conocida definición legal consiste en el empleo por el autor de medios, modos o formas que tiendan directa o especialmente a asegurarlo, sin el riesgo que para su persona pudiera proceder de la defensa por parte del ofendido. La STS 1429 / 2011, de 30 de diciembre vuelve a recordar los presupuestos de su concurrencia: "En lo normativo que se trate de un delito contra las personas. Objetivamente que el modo o forma de actuar o los medios empleados resulten realmente funcionales para neutralizar cualquier defensa del ofendido y el correlativo riesgo para el autor. Subjetivamente que el autor determine su comportamiento incluyendo esa funcionalidad en su estrategia criminal con voluntad de aprovechamiento de los modos o formas y de los medios. Aún suele añadirse un cuarto requisito de mayor antijuridicidad en el caso concreto derivada del modo de operar y de su consciente aprovechamiento para blindarse el agente frente a la eventual reacción defensiva de la víctima. (Vid STS de 19 de julio de 2011 resolviendo recurso 10304/2011 y las allí citadas)".
La misma resolución haciéndose eco de una exposición repetidamente expuesta -la sentencia de instancia también la rememora- recuerda las modalidades de alevosía: " a) se califica de proditoria o traicionera la alevosía si el autor del delito utilizó la emboscada o la trampa para acechar a la víctima por el agresor; b) es, más genéricamente, sorpresiva cuando el ataque se efectúa en condiciones que sorprenden a la víctima y c) también se considera alevoso el ataque a la víctima en situación de desvalimiento, de la que se aprovecha el autor, sin que la víctima, por su desamparo, (niños, ancianos, inválidos, persona dormida, sin conciencia, etc)... se encuentre en condiciones de articular defensa ".
Aquí confluyen dos de esas modalidades para proporcionar un soporte claro sobre el que construir la agravación. Eventualmente podría hipotetizarse sobre si uno solo de esos elementos hubiese sido suficiente (la elevada edad de la víctima). La respuesta debería ser muy probablemente afirmativa. Esa condición de las víctimas en determinados casos es elemento básico para apreciar la alevosía (SSTS 85/2009, de 6 de febrero, 384/2000, de 13 de marzo). Pero se hace más incontestable cuando se toma en consideración que se produce un ataque que no podía esperar la víctima de ninguna forma de un vecino conocido, con el que instantes antes estaba departiendo amablemente y que jamás había dado la más mínima muestra de agresividad u hostilidad; y que además se dirige contra una persona de setenta y ocho años, y de estatura y peso reducidos (un metro cuarenta y cinco; y cuarenta y tres kgr.). Ambos factores -vulnerabilidad de la víctima, agresión sorpresiva- se aúnan para configurar una situación alevosa (STS 415/2004, de 25 de marzo). La superioridad física es absoluta. Ello unido al factor sorpresivo hace inimaginable cualquier reacción defensiva o de resistencia con un mínimo de efectividad, por nimia que fuese. La alevosía está descrita en los hechos y acreditada por la prueba.

Menú

ENSAÑAMIENTO: 22.5 Y 139.3 CP

Tribunal Supremo Sala 2ª, S 15-6-2012, nº 519/2012, rec. 10014/2012. Pte: Moral García, Antonio del

En cuanto al ensañamiento -el "lujo de males" de que hablaban los clásicos- los hechos probados también son tozudos: el acusado propina hasta veintiuna puñaladas repartidas por todo el cuerpo de la víctima -cuatro en la cara, diez en tórax y abdomen y siete en los muslos y junto a los genitales externos-. Para alcanzar el propósito de darle muerte era innecesaria esa cruel dispersión y reiteración de puñaladas, la mayoría de las cuales no eran mortales. El adverbio "inhumanamente" que utiliza el art. 139 para catalogar la actitud de quien incrementa gratuitamente los padecimientos de la víctima, califica de forma expresiva lo que se relata sobriamente en los hechos probados y luego se adorna más retóricamente en los fundamentos de derecho, sin añadidos fácticos pero con expresiones más plásticas: "No es difícil imaginarse el sufrimiento y el dolor de la anciana indefensa, débil, caída y ultrajada, al sentir su carne desgarrada por una, otra y otra, y así hasta un total de 21 cuchilladas repartidas por todo su cuerpo hasta que sobreviene su muerte". La Audiencia no se deja llevar por una estimación intuitiva del ensañamiento. Es consciente de que conforme al texto legal y al fundamento de la agravación es exigible que quede probado ese mayor e "innecesario" para el fin pretendido dolor ocasionado. También el informe médico sirve de base al Tribunal para considerar acreditado ese extremo, incluso admitiendo hipotéticamente que una de las primeras puñaladas fuese ya dirigida al corazón. La muerte nunca es instantánea. La pluralidad de puñaladas propinadas, dirigidas la mayor parte de ellas a zonas del cuerpo sin riesgo mortal, no pueden responder a otra finalidad que la de causar un mayor sufrimiento a la víctima que aún percibe no sólo el daño físico de las cuchilladas, sino también el psíquico derivado de la proximidad de una muerte sobrevenida en una atmósfera de brutalidad vejatoria (STS 1109/2005, de 28 de septiembre).

Pero el recurrente hace discurrir su argumento en un plano diferente: aduce que la víctima podía estar ya inconsciente a causa de un golpe en la cabeza. Como igualmente observa el Fiscal en su impugnación, la sentencia no habla de inconsciencia, sino de aturdimiento y conmoción lo que no implica ni en la más generosa de las interpretaciones, pérdida de la capacidad de sentir.

Menú

En la reciente STS 467/2012 de once de mayo se decía que " el ensañamiento, entendido como el «aumento deliberado e inhumano del dolor del ofendido» (arts. 139.3 ª y 22.5ª CP), concurrirá cuando el autor, con su conducta, además de perseguir el resultado propio del delito -en el asesinato, la muerte de la víctima-, cause de forma deliberada otros males que excedan de los necesariamente unidos a su acción típica y, por lo tanto, innecesarios objetivamente para alcanzar el resultado, con sufrimiento añadido para la víctima (STS núm. 319/2007, de 18 de abril). Así pues, como expone el recurrente, efectivamente se requieren dos elementos: 1) uno objetivo, constituido por la causación de males objetivamente innecesarios para lograr el resultado típico, que aumenten ese dolor o sufrimiento, para lo cual resulta preciso que se produzcan sobre una víctima que aún conserve la vida; y 2) otro subjetivo, consistente en que el autor debe ejecutar, de modo consciente y deliberado, unos actos que ya no estén dirigidos de modo directo a la consumación del delito, sino al aumento del sufrimiento de la víctima (SSTS núm. 1089/2007, de 19 de diciembre, ó 1554/2003, de 19 de noviembre, entre otras muchas). Por lo tanto, cuando el autor conoce que sus acciones previas ya son suficientes para causar la muerte, los actos añadidos, si objetivamente son adecuados para ello y no puede aportarse otra razón probable y verosímil, pueden atribuirse a su deseo de causar un mal mayor a la víctima (STS núm. 1109/2005, de 28 de septiembre). Y analizando un caso de reiteración de puñaladas no todas mortales, como el presente, se concluía en la correcta ubicación de los hechos en el art. 139.3ª.

Fuente: J Huete

MULTA PROPORCIONAL:ART 52 CP

DEGRADABILIDAD DE TALES PENAS

Sentencia Nº: 243/2013
RECURSO CASACION Nº:628/2012
Fallo/Acuerdo: Sentencia Estimatoria
Fecha Sentencia: 25/01/2013
Ponente Excmo. Sr. D.: Antonio del Moral García

El Fiscal sostiene con razón que la pena de multa debiera haber sido objeto de la misma degradación que la pena privativa de libertad por virtud de lo establecido en el art. 66.1.2ª. Se ha cuantificado en el tanto del valor de la droga intervenida, cuando a tenor del citado precepto habría que haberla impuesto en una cifra que iría de la mitad del tanto al tanto menos una unidad. Cita en este sentido el Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de esta Sala Segunda de 22 de julio de 2008 que concluyó que la imprevisión de una regla específica para buscar los grados inferiores de las penas de multa proporcionales puede integrarse aplicando por analogía la fórmula prevista para el resto de las penas (entre muchas otras STS 503/2012, de 5 de junio). Si en estas a partir de la reforma de 2003 hay que descontar un día para no solapar el máximo de la pena inferior con el mínimo de la superior, la analogía ha de extenderse a ese punto.

Menú

El valor de la droga intervenida ascendía a 333.159,57 euros. La sentencia fijó la multa en 333.160 euros. El máximo imponible, se situaría en 333.158 euros, que es la cifra que acaba por plasmar el Fiscal; aunque se apresura a apostillar que la insignificancia de la reducción y la presumible insolvencia de los afectados puede hacer intrascendente la estimación.

ABONABILIDAD DOBLE DE UN MISMO PERÍODO DE PRISIÓN: ART 58 CP

Tribunal Supremo Sala 2ª, S 10-7-2012, nº 615/2012, rec. 10092/2012. Pte: Moral García, Antonio del

El motivo, a la vista de las fechas de los periodos de prisión cuyo abono se pretende, estaría basado en el art. 33 del Código Penal de 1973 . Pero en lo que aquí interesa su exégesis habría de ser la misma que la del art. 58 del Código Penal de 1995 en su redacción anterior a la reforma operada por la Ley Orgánica 5/2010 .
La argumentación de fondo vertida en el motivo segundo se limita a evocar la doctrina sentada por el Tribunal Constitucional en su sentencia 57/2008, de 28 de abril. Tal doctrina está correctamente expuesta por el penado en sus referidas instancias. El primer motivo alega que la no aplicación de esa doctrina al caso presente causaría un perjuicio al penado. En eso no se puede estar de acuerdo. La doctrina puede ser aplicada al supuesto examinado pero es más que pronosticable que no reportará ningún beneficio al recurrente.
No hay duda de que, en principio, el supuesto material contemplado en la STC 57/2008 es similar al que se presenta aquí: abonabilidad en una causa del tiempo de prisión preventiva que también fue computado para el cumplimiento de otra pena; es decir, abonabilidad doble de un mismo periodo de prisión en ciertas condiciones. En esencia, como es bien sabido, tal sentencia sostiene que el tiempo de prisión preventiva padecido en una causa ha de abonarse inexcusablemente para el cumplimiento de la pena que se

imponga definitivamente. No hay argumento alguno que pueda contradecir el imperativo legal plasmado en el art. 58 en su redacción anterior a su reforma en 2010. La argumentación que despliega el Tribunal Constitucional es proyectable sobre la dicción del art. 33 del viejo Código Penal de 1973 . Sólo a partir de la entrada en vigor de la Ley Orgánica 5/2010 se rompen por mor de una reforma legal las amarras con esa exégesis constitucional, que ha querido cancelar de la única manera posible: una reforma legal que, por ser desfavorable, no extiende su eficacia a los hechos o situaciones anteriores.

Aunque la prisión preventiva haya coincidido con el cumplimiento de otras penas, no podrá dejar de abonarse. No existía base legal que sostuviese esa excepción (la previsión ha quedado introducida con eficacia a partir del 24 de diciembre de 2010). Eso es lo que se afirmó por el Tribunal Constitucional. De ahí pudiera deducirse que si en un mismo periodo de tiempo una persona está en prisión preventiva por varias causas, habrá de abonarse a las penas recaídas por cada una de las distintas causas. Con arreglo a esta interpretación un mismo día de estancia efectiva en prisión podría llegar a valer por dos o incluso por tres o por cuatro (si el interno está cumpliendo una condena y simultaneamente en prisión preventiva por tres causas diferentes). Ello dependería de factores tremendamente aleatorios, como el mayor o menor rigor con que se apliquen la conexidad y el art. 300 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , la cronología de la firmeza de cada sentencia (dato en el que el imputado puede influir de manera muy decisiva, acelerando -conformidad- o dilatando -recursos- los ritmos procesales), la coordinación entre los distintos Juzgados (si un interno está cumpliendo una pena, le interesará que en las posibles causas pendientes esté acordada su prisión preventiva y prolongar durante el mayor tiempo posible esa situación de interinidad que supondrá dotar de doble valor a cada día de cumplimiento). Ese paso interpretativo se ha rechazado expresamente por esta Sala Segunda. En fechas muy recientes también el TC ha tenido ocasión de repudiar la postura de quienes extraen de su inicial sentencia esa otra consecuencia (abonabilidad en todas las causas por las que se encuentra en prisión provisional el penado aunque el periodo coincida). Rigurosamente entendido, el argumento de la literalidad de la norma blandido en la STC 57/2008 no permitía excluir esas situaciones. Pero la interpretación no podía llegar tan lejos pues abría la puerta a soluciones arbitrarias. La reciente STC 92/2012, de 7 de mayo, así lo proclama. Aunque formalmente está en continuidad con la STC 57/2008 no cabe duda que despoja de fuerza al argumento basado en la interpretación literal que aleteaba en su primera sentencia. Se reitera primeramente, la tesis de la sentencia 57/2008 : " Lo expuesto conlleva la estimación de la solicitud de amparo en este aspecto concreto dado que el art. 58 del Código penal vigente en aquel momento establecía taxativamente que "(el) tiempo de privación de libertad sufrido provisionalmente será abonado en su totalidad por el juez o tribunal sentenciador para el cumplimiento de la pena o penas impuestas en la causa en que dicha privación fue acordada", previsión legal ésta que, dijimos ya en la STC 57/2008, obliga a computar como tiempo de cumplimiento de la pena aquellos períodos que se hubieren pasado en prisión preventiva aunque durante los mismos se hubiese permanecido también en calidad de penado por otra causa pues "no puede negarse la funcionalidad y la realidad material de la prisión provisional como medida cautelar de privación de libertad en una causa porque coincida simultáneamente con una privación de libertad para el cumplimiento de una pena impuesta en otra causa distinta" (FJ 6). Como se había dicho antes en la STC 19/1999, de 22 de febrero, la distinta funcionalidad de la medida cautelar en que consiste la prisión provisional y de la pena permite, sin violencia lógica, que un mismo hecho (la privación de libertad) cumpla materialmente una doble función (FJ 5) y produzca, consecuentemente -hemos de

Menú

añadir- un doble efecto jurídico. Este razonamiento se ve reforzado porque, en tales supuestos, el cumplimiento como penado se ve perjudicialmente afectado por el hecho de coincidir simultáneamente con la situación de prisión provisional en otra causa (STC 57/2008, FJ 7).

El abono múltiple de periodos en que existen varias prisiones preventivas simultáneas, también sería consecuencia gramaticalmente deducible de la dicción del art. 58. Pero el TC en ese caso da primacía a la interpretación lógica y teleológica sobre la estrictamente literal: " La concreta cuestión ahora analizada, es decir, la supuesta procedencia de abonar un mismo tiempo de privación de libertad, sufrido provisional y simultáneamente en varias causas, a la pena o penas impuestas en cada una de ellas, no fue abordada por la STC 57/2008. En aquel caso lo cuestionado por el demandante era la negativa judicial a abonar el tiempo de prisión provisional padecido en dicha causa para el cumplimiento de la pena impuesta, con el argumento de haber estado simultáneamente privado de libertad como penado en otra causa distinta. Se trataba allí de valorar la razonabilidad de la exclusión de un supuesto en la aplicación judicial de la norma; exclusión que este Tribunal consideró irrazonable atendido el enunciado normativo y su finalidad. Ahora nos corresponde valorar la razonabilidad de la pretensión del demandante, conforme a la cual ha de ser incluido un nuevo supuesto en la norma, con los efectos que él reclama.

El contraste de la pretensión de amparo con la decisión judicial denegatoria y la norma alegada permite anticipar que la solicitud del demandante no puede ser atendida ni su fundamento puede ser compartido, por más que pueda argumentarse que la pretendida inclusión pueda tener, en abstracto, cabida en el tenor literal de la norma, pues, como veremos a continuación, atendida la finalidad del precepto de cobertura invocado, no resulta irrazonable ni ajeno a su finalidad considerar que el supuesto que plantea el demandante no está incluido en la regla establecida por el legislador. A lo que se ha de añadir que, como señalaron fundadamente los órganos judiciales, la simultánea situación de prisión provisional acordada en dos causas penales no causa perjuicio material efectivo añadido, a quien se ve así privado de libertad, por el simple hecho de venir fundada en dos títulos jurídicos, pues el demandante, en su condición de preso preventivo en dos causas, lo está con un único régimen jurídico aunque procesalmente pesen sobre él dos órdenes cautelares de privación de libertad que en nada se afectan mutuamente. Desarrollaremos, a continuación, este razonamiento.

Para los órganos judiciales, la norma alegada antes transcrita, el art. 58.1 del Código penal entonces vigente, contempla la realidad de una sola causa penal en la que la privación cautelar de libertad ha sido subseguida de una privación de libertad establecida como sanción de la conducta investigada, imputada y finalmente atribuida. Sobre esa realidad -un hecho investigado, una privación cautelar decretada para posibilitar su investigación y enjuiciamiento y una sanción privativa de libertad impuesta como sanción por la comisión del hecho imputado- y no sobre otra, entienden que el legislador ha decidido que el efecto material de privación de libertad que la medida cautelar conlleva se tome en consideración para reducir la duración de la privación de libertad impuesta como sanción. Ése es el supuesto previsto en la norma y ésa su finalidad.

Menú

Si, como el demandante pretende, dicha previsión legal se aplicara a supuestos distintos a los que contempla y justifican la norma, por ejemplo el caso que se propone en la demanda, los efectos de su aplicación se alejarían de su finalidad y generarían una suerte de fraude de ley, dado que una interpretación aparentemente amparada en el enunciado literal de la norma pero que desconoce su finalidad, provoca un efecto no querido por ésta; pues si el mismo tiempo de privación material de libertad se descuenta

varias veces de la sanción prevista para varios hechos, la rebaja en el cumplimiento de las penas impuestas depende de una circunstancia procesal totalmente imprevisible y azarosa: el número de causas que se abran en investigación de los hechos. De esta manera queda completamente desvirtuada la finalidad de la norma, prevista, repetimos, para una sola causa y una sola condena.
Así como un mismo tiempo material -la simultánea privación de libertad cautelar y sancionatoria coincidente-, puede cumplir una doble función y puede provocar un doble efecto jurídico (cautelar y sancionatorio), lo que nos llevó en la STC 57/2008 a considerar irrazonable la decisión judicial de no incluir para el abono de la pena impuesta dicho tiempo de prisión provisional coincidente con el de penado en causa distinta; no ocurre lo mismo con el supuesto que sustenta la pretensión del demandante de amparo. Pues, en este caso, un mismo tiempo material -la simultánea privación cautelar de libertad acordada en dos causas penales, debido a una simple circunstancia procesal (haberse iniciado indebidamente dos procesos por separado pese a tratarse de delitos conexos ex art. 17.5 de la Ley de enjuiciamiento criminal)- no cumple esa doble y diferenciada función, sino sólo la función cautelar y, por ello, no puede pretenderse razonadamente que provoque un doble efecto de abono para el cumplimiento de ambas penas.
En definitiva, no pueden considerarse irrazonables las decisiones judiciales impugnadas en el concreto aspecto ahora analizado, en cuanto excluyen el abono del mismo tiempo de prisión provisional para el cumplimiento de varias causas, ya que toman en consideración el tenor del enunciado del art. 58.1 del Código penal entonces vigente, que se refiere al abono de períodos de prisión provisional sufridos en una sola causa, y atienden al fundamento y la finalidad de la norma, que entienden dirigida a dar por cumplida parcial o totalmente la sanción privativa de libertad finalmente impuesta, con dicha anticipada privación cautelar de libertad. Por lo que, no siendo irrazonable la aplicación de la norma, no se aprecia vulneración del derecho a la libertad personal, por lo que la pretensión de amparo, en este concreto aspecto, ha de ser desestimada".
Como salta a la vista incluso de la propia reiteración de términos con esa raíz, de la literalidad de la norma (argumento prioritario, aunque no exclusivo de la STC 57/2008) se ha pasado a la "razonabilidad" de la interpretación. Una exégesis que excluye el doble abono de un mismo periodo de prisión provisional es muy razonable. Y es que la tesis proclamada en la STC 57/2008 era controvertida y esta misma Sala pese a acoger el criterio del Alto Tribunal lo hizo y con ciertas dosis críticas exponiendo una pluralidad de argumentos que motivaban su discrepancia de fondo. Se abrían una pluralidad de interrogantes que según se adivinaba iban a obligar a matizarla o replantearla en cuestiones como la analizada en esta reciente sentencia del máximo intérprete de la Constitución.

Menú

QUANTUM PENOLÓGICO E INDIVIDUALIZACIÓN DE LA PENA:

-Art 66.1. 2ª

Sentencia Nº: 243/2013
RECURSO CASACION Nº:628/2012
Fallo/Acuerdo: Sentencia Estimatoria
Fecha Sentencia: 25/01/2013
Ponente Excmo. Sr. D.: Antonio del Moral García

En materia de individualización penológica siendo parificable la conducta delictiva y apreciándose en ambos coprocesados dos atenuantes, la divergencia en la consecuencia punitiva alcanzada por la Sala será legítima si: a) está expresamente razonada por la Sala de instancia: ese deber inherente a toda la tarea de individualización, se acentúa cuando hay que explicar una respuesta penológica diferente; b) está justificada, en el sentido de que está basada en motivos razonables y aceptables, es decir, compartibles y no caprichosos o fruto del puro voluntarismo.

Ambas vertientes están perfectamente cubiertas en el presente asunto. En la sentencia afloran las razones que han llevado al Tribunal a diferenciar la respuesta penal. Esa exteriorización de sus motivos, permite a esta Sala, ejerciendo sus funciones de control, constatar que la motivación no solo es expresa sino que además es muy razonable.

La Audiencia se atiene escrupulosamente a los parámetros legales establecidos en este caso por el art. 66.1.2ª CP y además da razón suficiente del tratamiento punitivo diferenciado de los dos coprocesados. El invocado precepto dispone: "Cuando concurran dos o más circunstancias atenuantes, o una o varias muy cualificadas, y no concurra agravante alguna, aplicarán la pena inferior en uno o dos grados atendidas el número y entidad de dichas circunstancias atenuantes".

ART 66.6º

Sentencia Nº: 197/2012
RECURSO CASACION (P) Nº:10968/2011 P
Fallo/Acuerdo: Sentencia Estimatoria
Fecha Sentencia: 23/01/2013
Ponente Excmo. Sr. D.: Antonio del Moral García

Menú

La sentencia contiene pues una motivación que, aunque no sea prolija ni esté referida en concreto a la individualización, pone de manifiesto que la opción por el quantum penológico establecido no es caprichosa sino que obedece a una previa reflexión. En el terreno de la concreción última del quantum penológico es exigible la exteriorización de las razones tomadas en consideración, pero no una expresión imposible de unas reglas que justifiquen de forma apodíctica y con exactitud la extensión elegida (vid. STC 28/2007, de 12 de febrero y STS 578/2012, de 26 de junio).

La razonable hipótesis de conductas menos graves con igual tipificación penal y la necesidad de evitar una igualación por debajo de supuestos muy diferentes representa una explicación suficiente del no exacerbado incremento de la pena privativa de libertad sobre el mínimo posible realizado. No tendría lógica, aunque en ocasiones se pueda acudir a ese expediente, convertir como se propugna en el recurso la ausencia de motivación en una suerte de atenuante privilegiada que, yendo más lejos que las atenuantes del art. 21, conduzca a imponer el mínimo legal. Aquí las razones sopesadas por la Audiencia saltan a la vista: era innecesario y casi redundante singularizar de nuevo expresamente esos motivos.

Fuente: J Huete

DOCTRINA PAROT: ART 70 CP 1973

Sentencia Nº: 1078/2012
RECURSO CASACION (P) Nº:10807/2012 P
Fallo/Acuerdo: Sentencia Desestimatoria
Procedencia: Sección Primera de la Sala Segunda de la Audiencia Nacional
Fecha Sentencia: 03/01/2013
Ponente Excmo. Sr. D.: Antonio del Moral García

Todos los motivos persiguen, con miscelánea de perspectivas, un mismo objetivo: que se declare contrario a derecho el auto de la Audiencia Nacional que, aplicando los criterios establecidos en la conocida sentencia de esta Sala 197/2006, de 28 de febrero, ordena el cómputo de las redenciones por el trabajo sobre la suma aritmética de la penas impuestas (aunque individualizadas) y no sobre el límite máximo de cumplimiento de las penas ya acumuladas (art. 70 CP 1973) (criterios que han venido a conocerse como doctrina "Parot" incluso en el foro, en resoluciones judiciales y en ámbitos académicos).

Los motivos primero y segundo se enfocan desde la legalidad ordinaria tachando de errónea la interpretación del TS apoyándose en diversos preceptos legales; los tres últimos motivos discurren por argumentaciones constitucionales: el derecho a la tutela judicial efectiva en su dimensión de intangibilidad de las resoluciones judiciales firmes (art. 24.1 CE); el principio de legalidad y la prohibición de aplicación retroactiva de las leyes penales desfavorables (arts. 25 y 9.3 CE); y, por fin, el derecho a la libertad (art. 17 CE).
- Desde la perspectiva de la legalidad ordinaria no cabe si no remitirse a los argumentos vertidos en una profusa jurisprudencia de esta Sala Segunda que enlaza con la sentencia de referencia antes invocada (197/2006). Ciertamente estamos ante la modificación de un criterio jurisprudencial (como tantas otras) que en este caso, además, no contaba con excesivos precedentes. Tan solo una aislada sentencia anterior había sostenido abiertamente lo contrario, más allá de la práctica imperante que, como es bien conocido y como reitera una y otra vez el escrito de recurso, se ajustaba a la interpretación que propugna el recurrente. La doctrina que regía con anterioridad a la STS 197/2006 ha sido abandonada de forma motivada. No son insólitos los supuestos de variaciones jurisprudenciales en ese sentido (in peius) respecto de las que no puede hablarse de aplicación retroactiva. La posible interpretación más perjudicial estaba ya incluida en la ley, en el art. 70 CP. Al penado no se le está aplicando retroactivamente una norma penal posterior. Se le está aplicando el artículo 70 vigente cuando se cometieron los hechos. Otra cosa es que tal precepto, a partir de la STS 197/2006, ha merecido una exégesis distinta de la tradicional (aunque no unánime: no faltaron voces que postularon la interpretación que ahora se ha impuesto y resoluciones de Audiencias que ocasionalmente lo plasmaron así).

Menú

Todas las cuestiones que el recurrente plantea en los dos primeros motivos del recurso han sido ya abordadas y resueltas en sentido contrario al postulado por el recurrente por esta Sala Segunda en un buen nutrido grupo de resoluciones que van desde el ATS 2.107/06, de 11 de Octubre a la STS 1042/2012, de 20 de diciembre. La interpretación del art. 70 CP de 1973 imperante en la actualidad y plasmada en el Auto de la Audiencia Nacional recurrido está avalada por poderosos argumentos de orden teleológico, literal y sistemático en exégesis que no queda erosionada por preceptos de nivel reglamentario ni por la dicción del art. 100 CP 1973. El problema estriba en

comprobar si la forma de efectuarse el cómputo de las redenciones es ajustada a derecho o no. La doctrina vigente concluye rotundamente que esa es conforme a la ley. Esa lectura de los arts. 70 y 100 CP ha merecido desde el punto de vista de la legalidad constitucional el refrendo del máximo intérprete de tal norma de normas, como se analiza en los siguientes fundamentos....
... El TC al resolver múltiples recursos de amparo interpuestos contra sentencias de esta Sala Segunda aplicando la conocida como doctrina Parot, ha distinguido diversos supuestos: a) aquellos en que no se había agotado la vía jurisdiccional previa por no haberse intentado una nulidad (por todos ATC 179/2010, de 29 de noviembre) o el recurso de casación (sentencias ya mencionadas) y en los que ha declarado la inadmisibilidad del recurso; b) aquellos en los que, entrando a conocer del fondo, ha respaldado la constitucionalidad de la interpretación propugnada en la STS 197/2006, de 28 de febrero; y c) un último grupo en los que estima el recurso de amparo en virtud del derecho a la tutela judicial efectiva por cuanto la aplicación de esa doctrina en el caso concreto suponía la variación de una resolución judicial previa firme que se habría pronunciado en un sentido diferente, lo que no podía enmendarse por no existir cauce legal...
... No estamos, pues, ante una rectificación de decisiones previas firmes, sino ante un acuerdo complementario de lo ya decidido. Hasta este momento no existía en la ejecutoria de la que dimana el presente recurso ningún pronunciamiento jurisdiccional que se hubiese decantado por uno u otro criterio de cómputo de las redenciones. Por eso no se puede hablar de variación de resoluciones firmes, ni de afectación del principio de seguridad jurídica (que no se ve afectado incidido más que en la medida en que lo es en cualquier ocasión en que se produce una modificación jurisprudencial: pero de ese principio constitucional no cabe inferir como consecuencia la inmutabilidad de la jurisprudencia), ni de aplicación arbitraria de la norma.

El órgano sentenciador es el competente para decidir sobre ese extremo que afecta al núcleo de la acumulación prevista en el art. 70 CP. Ni la jurisdicción de vigilancia penitenciaria tiene facultades sobre ese punto (su papel se limita a la aprobación de las redenciones); ni, por supuesto, las tiene la administración penitenciaria (que efectúa cálculos; no dicta resoluciones). Las expectativas que haya podido generar esa forma habitual, de efectuar el cómputo no pueden condicionar la decisión sobre un particular que atañe en exclusividad al órgano sentenciador (art. 17 de la Ley Orgánica General Penitenciaria). El Tribunal no había exteriorizado en ningún momento su criterio plasmándolo en una decisión: tanto el auto de acumulación de condenas como el que rechazaba el acoplamiento al CP 1995 dejaban esta cuestión sin prejuzgar (cosa diferente es que se pueda adivinar qué se hubiese decidido si en ese momento en que no se había producido el giro jurisprudencial se plantea la cuestión: pero eso es inherente a todo cambio jurisprudencial; afectará a los asuntos pendientes y no a los ya resueltos). No hay ninguna decisión jurisdiccional firme dictada por órgano competente que esté contradicha por el auto ahora impugnado.

Menú

Tampoco las liquidaciones de condena tienen trascendencia a este respecto ni pueden considerarse “intangibles”. La intangibilidad de las resoluciones judiciales firmes viene proclamada el art. 118 de nuestra Constitución. Pero eso no afecta a cómputos de tiempo provisionales efectuados por la administración. Ello implica la continua modificación de resoluciones que aprueban liquidaciones de condenas y fechas de licenciamiento definitivo sin quebranto alguno de la seguridad jurídica. (ATC

274/1997, de 16 de julio). De ahí que la consolidación de la situación punitiva de un penado no se produzca hasta que se apruebe su licenciamiento definitivo.

DELITO CONTINUADO: ART 74 CP

Tribunal Supremo Sala 2ª, S 19-7-2012, nº 657/2012, rec. 1295/2011. Pte: Moral García, Antonio del

El primero de los motivos de casación discurre por la vía del art. 849.1º proponiendo que se corrija el grado de perfección delictiva. Metódicamente compensa abordar conjuntamente el motivo tercero en el que se discute la continuidad delictiva propugnando la fragmentación de la conducta y la calificación por separado de cada una de las dos acciones consistentes en el falseamiento y consecutiva entrega para presentación al cobro de sendos pagarés. De cómo se resuelva esta segunda cuestión (corrección o no de la aplicación del art. 74), dependerá la solución que se dé a la primera (tentativa o consumación).
En opinión del recurrente las dos acciones no obedecerían a un dolo unitario o "plan preconcebido" en la terminología del art. 74 del Código Penal .
Aunque se aceptas.e como punto de partida esa aseveración, subsistiría la procedencia de reconducir los hechos al art. 74 del Código Penal . Como resalta el Fiscal en su informe con pertinentes citas jurisprudenciales, el art. 74 abarca en su dicción junto a una modalidad perfilada subjetivamente (planificación de una actividad que se despliega en momentos diversos), otra de configuración más objetiva o mixta que no requiere una intención previa conjunta, sino la repetición de acciones similares ante situaciones semejantes ("aprovechando idéntica ocasión"). Aún faltando una intencionalidad preexistente que abrace todas las acciones, será de aplicación el art. 74 cuando el dolo emerge nuevamente ante una ocasión análoga. El vocablo usado -"idéntica"- no exige una plena simetría que no se dará nunca si se entiende en su literalidad: es suficiente que la ocasión sea parecida, similar o semejante (STS 16/2003, de 14 de enero). Se ha hablado en esa segunda modalidad de un dolo continuado (STS 309/2006, de 16 de marzo). Frente al dolo unitario, conjunto o global ("plan preconcebido"), el dolo continuado supone que cada decisión de actuar surge en un momento diferente, aunque en un contexto similar, engarzándose todas las acciones en una línea psíquica persistente (STS 737/1999, de 14 de mayo).
Los hechos analizados consisten en la confección de dos pagarés de la empresa donde el recurrente trabajaba como administrativo, imitando la firma de la persona autorizada en la cuenta de la entidad para su presentación al cobro. Uno de ellos se realizó el día 7 de febrero. El otro se presentó al cobro el día 6 de febrero. Es palmario que, si no pudiese hablarse de dolo unitario, al menos, concurriría ese dolo continuado o aprovechamiento de idéntica ocasión que sitúa los hechos en la órbita del art. 74 del Código Penal .
Desde esa subsunción jurídica decae el fundamento del primer motivo. Una de las dos defraudaciones no llegó a consumarse al descubrirse la manipulación y alertarse a la entidad bancaria para que no abonase la cantidad consignada en el pagaré. Pero el efecto presentado al cobro el día 6 de febrero por importe de 901,52 euros fue cargado en la cuenta el día 8 siguiente. Se produjo así un desplazamiento patrimonial por importe superior a 400 euros. La estafa se consumó. Consumada una de las acciones, todo el delito continuado ha de considerarse consumado (entre otras, SSTS 1068/2002, de 7 de junio o 102/2000, de 4 de febrero). Esa es la única conclusión posible. Se llega a la misma solución por dos posibles caminos. El primero y más simple se basa en la

Menú

literalidad del art. 74.1 que habla de la penalidad señalada a la "infracción más grave". En este caso es más grave la estafa consumada que la estafa en grado de tentativa. Por la vía de la teoría general del grado de ejecución en los delitos patrimoniales se arriba a la misma meta. Se ha hablado de consumación o frustración parcial cuando quien persigue apoderarse de varios objetos, o de una determinada cantidad solo consigue una parte. El delito estará consumado y no se alterará la calificación por el dato de que no se haya alcanzado todo el lucro perseguido y la intención del autor se haya frustrado parcialmente. Tan solo en los casos en que la cantidad obtenida frente a la pretendida tiene relevancia a efectos de subsunción (en la huida del autor del hurto se recupera metálico en cuantía que reduce lo definitivamente sustraído a menos de cuatrocientos euros) se podría hablar de delito intentado en la medida en que no se ha cumplido plenamente uno de los elementos del tipo (cuantía superior a cuatrocientos euros).

ACUMULACIÓN JURÍDICA DE CONDENAS: ART 76 CP

Tribunal Supremo Sala 2ª, S 19-11-2012, nº 917/2012, rec. 10705/2012
En sintonía con la jurisprudencia que cita y reproduce parcialmente el Fiscal (SSTS 336/2003, de 10 de marzo 937/2003, de 27 de junio, 583/2008, de 1 de octubre, 322/2011, de 19 de abril, 898/2009, de 17 de septiembre, y 146/2010 de 4 de febrero) la propia naturaleza de los autos de acumulación dictados al amparo del art. 76 del Código Penal EDL 1995/16398 impone su modificabilidad cuando se producen nuevas condenas. No es que escapen al régimen general de "intangibilidad" o invariabilidad de las resoluciones judiciales. Tampoco significa eso que puedan replantearse cuestiones ya resueltas indefinidamente La disconformidad con la decisión habrá de hacerse valer a través del recurso de casación. Una vez que la decisión ha ganado firmeza es inmodificable en lo que ha resuelto. Tales autos son un complemento de las sentencias previas en lo relativo exclusivamente a la individualización penológica derivada de la aplicación de las reglas del concurso real de delitos (art. 76). Al dictarse sentencia no siempre puede aplicarse el tope del art. 76 por condicionantes derivados de las reglas procesales sobre conexidad (art. 300 y 17 LECrim. EDL 1882/1), o a veces, justamente por el apartamiento más o menos razonable de esas reglas. Pero un tema sustantivo de tanto fuste y relevancia práctica como es la duración real de la pena de prisión cuando nos enfrentamos a un concurso real de delitos, no puede quedar al albur del mayor o menor rigor con que se hayan aplicado una reglas procesales, en ocasiones muy flexibles y valorativas (piénsese en el supuesto del art. 17.5º LECrim EDL 1882/1). A esa razón de justicia de fondo obedeció en su día la inclusión de esta previsión del art. 988 de la LECrim. EDL 1882/1 y, en fechas más recientes, la extensión de la regla del art. 76 del Código Penal EDL 1995/16398 a todos los casos de pluralidad de delitos, más allá de que pudiesen considerarse procesalmente "conexos", acogiéndose así la tesis que había cristalizado en la doctrina jurisprudencial.
Esa realidad impone que los autos de acumulación estén siempre abiertos a posibles variaciones determinadas por la aparición de una nueva condena referida a hechos que por su cronología sean acumulables. En los criterios ya plasmados y en lo referido a las condenas contempladas para incluirlas o excluirlas, la decisión no podrá variarse. Pero en lo atinente a esa nueva condena y la posibilidad de agrupamiento siempre será factible una nueva decisión para integrarla o no variando en lo que proceda el auto anterior (aunque haya sido confirmado o alterado en casación). No es admisible que las dilaciones en el enjuiciamiento de unos hechos alteren en perjuicio del reo (perjuicio que a veces puede ser muy notable) una norma de derecho penal material como es el art. 76.

Menú

COSTAS PROCESALES: ART 123 Y 124 CP

Tribunal Supremo Sala 2ª, S 30-10-2012, nº 977/2012, rec. 303/2012. Pte: Moral García, Antonio del

UNDÉCIMO.- El motivo noveno de Simon Inocencio (de contenido idéntico al quinto de Florencio Tomas, aunque éste ha decaído como consecuencia de la estimación de otro anterior) reclama que se expulse del contenido de la condena en costas las ocasionadas por la acusación popular. Los arts. 123 y 124 del CP conectados con el art. 240 de la L.E.Crim. , serían contrarios al pronunciamiento realizado en tal sentido por la sentencia de instancia que con la mera invocación de esos preceptos y sin mayor razonamiento las ha incluido (fundamento de derecho quinto).
En realidad ni el art. 123 CP ni el art. 240 LECrim. son violentados por ese pronunciamiento. La colisión se produce más bien con la doctrina jurisprudencial y, de forma indirecta, con el art. 124 del Código Penal . Éste fija el contenido de la condena en costas con una fórmula genérica (concretada parcialmente en el art. 241 LECrim.), explicando que en el caso de delitos perseguibles exclusivamente a instancia de parte (ha de entenderse por tales aquellos cuya persecución exige querella), nunca pueden excluirse de las costas los honorarios de la acusación particular. La previsión está impregnada de lógica. Si en esos procesos no interviene el Ministerio Fiscal es obvio que en caso de condena la intervención de la acusación siempre habrá sido imprescindible.
Ahora bien, de esa mención no se deduce inmediatamente que los honorarios de la acusación popular hayan de excluirse siempre. Tan solo que han de incluirse los de la acusación particular (en denominación que en este caso viene a referirse a la acusación privada) en ese tipo de infracciones.
El art. 126 CP sí que proporciona algún elemento interpretativo aunque dista mucho de ser definitivo. Regula el orden de prelación en el pago de las costas cuando los bienes del penado no son suficientes. En uno de los apartados menciona las costas de la acusación particular o privada. Las costas ocasionadas por la acusación popular no están recogidas, pero tampoco excluidas. De hecho, no sería incongruente otorgarles un tratamiento diferenciado frente a las de otras acusaciones en el sentido de quedar postergadas en su pago y equiparadas a las "demás costas procesales" (arts. 124.1.4ª).
En otro orden de cosas, el art. 124.2, viene a demostrar al comparar la nomenclatura usada con la del art. 123, que no hay que fiarse de la precisión conceptual del legislador cuando maneja los términos acusación (o querellante) particular, privada o popular. No siempre quiere referirse a lo mismo con esas denominaciones. En la legislación procesal y sustantiva se encuentran abundantes ejemplos en que con los términos "acusación particular" se abarca también a la popular (art. 651); o viceversa (art. 270 LECrim).
Pese a la indefinición legal, la jurisprudencia sobre esta materia es muy clara: con algunas excepciones singulares, la condena en costas no puede comprender las ocasionadas por la acusación popular pues supondría cargar al condenado unos gastos que no era necesario ocasionar (SSTS 224/1995, de 21 de febrero de 1995 o 649/1996, de 2 de febrero, 2/1998, de 29 de julio, 1237/1998, de 24 de octubre, 515/99, de 29 de marzo, 703/2001, de 28 de abril; 1490/2001, de 24 de julio, 1811/2001, de 14 de mayo, 1798/2002, de 31 de octubre, 149/2007, de 26 de febrero o 1318/2005 de 17 de noviembre,). " El ejercicio de la acción popular por un ente no imbricado en la dinámica delictiva nunca puede, cuando existe una acusación pública ejercitada por el Ministerio Fiscal, dar origen a tal forma de resarcimiento (costas procesales), por lo que supone de repercusión adicional económica sobre el acusado condenado " (STS 1068/2010, de 2

Menú

de diciembre). El condenado no tiene por qué soportar las cargas económicas derivadas de la intervención de quienes no siendo perjudicados por el delito se personan en la causa en la defensa de un interés público que ha de presumirse respaldado por el Ministerio Fiscal (SSTS 947/2009, de 2 de octubre o 903/2009, de 7 de julio).
Se admiten en ese principio general algunas excepciones: a) los supuestos de ejercicio de la acción popular en defensa de intereses difusos (SSTS. 1811/2001 de 14 de mayo; 1318/2005 de 17 de noviembre, 149/2007 de 26 de febrero; 381/2007 de 24 de abril; ó 413/2008 de 30 de junio); b) algunos casos en que podría hablarse una acusación "cuasi-particular" por cuanto su interés no es del todo ajeno a los del perjudicado directo que viene a asumir, aunque haya tenido que amoldar su personación a la figura del acusador popular por el concepto más estricto de ofendido por el delito (vid. STS 1185/2008, de 2 de diciembre que respalda la inclusión de las costas causadas por el tutor testamentario y sustituto hereditario de la incapaz perjudicada por el delito, aunque actuase en nombre propio y sin ostentar una representación que no tenía conferida); y c) cuando su actuación haya sido imprescindible, decisiva y determinante, de forma que pueda concluirse que el delito no se hubiese sancionado sin la concurrencia de esa acusación popular (STS 692/2008, de 4 de noviembre, -aunque la idea está expresada no como ratio decidenci, sino en un obiter dicta -, STS 413/2008, de 30 de junio en la que se llega a conceder que ni siquiera es imprescindible que el Fiscal no ejercitase pretensión acusatoria, bastando con identificar actuaciones procesales exclusivas del actor popular que se hayan revelado como verdaderamente decisivas; o, sensu contrario, STS 149/2007, de 26 de noviembre).
Ninguna de esas circunstancias excepcionales es apreciable aquí. Ni siquiera ha sido invocada por la sentencia o por la Acusación popular para justificar ese pronunciamiento. El Ministerio Fiscal ejercitó las correspondientes pretensiones acusatorias. Nada decisivo ha aportado la acusación popular. Es legítima su presencia que goza de respaldo constitucional. Pero el principio general es que el condenado no ha de asumir los gastos ocasionados por el ejercicio de ese derecho. No queda justificada la fisura en ese principio general consolidado. De no mantenerse, se abriría el paso a una perturbadora proliferación de "acusaciones populares profesionalizadas" con el exclusivo propósito particular (contrario a la esencia y origen de la acusación popular, expresión de una preocupación ciudadana por los intereses generales) de obtener unos honorarios seguros mediante la personación sistemática en supuestos en que siendo su concurso perfectamente prescindible, es pronosticable la alta probabilidad de una condena de quien es o puede ser solvente. La Asociación aquí constituida como acusación popular por sus fines estatutarios y por su trayectoria está muy lejos de ese perfil y se mueve en ámbitos de mayor proximidad con las asociaciones constituidas para la defensa de intereses colectivos o difusos, que han propiciado la apertura de algunas brechas en la regla general. Pero es básico mantener la máxima rigidez del criterio general y una perspectiva restrictiva en la admisión de excepciones. No estamos aquí ante esos derechos de tercera generación a que se refería la STS 1318/2005 y cuya defensa reclama el concurso de asociaciones o agrupaciones colectivas; ni la actuación procesal de la acusación popular, siendo correcta en todos los sentidos, ha aportado elementos determinantes de forma que pudiese llegar a considerarse que ha servido para suplir omisiones o déficits de la acusación pública; ni existe esa proximidad de lazos con la persona física ofendida necesitada de tutela que ha servido de argumento para otras excepciones.
En consecuencia ha de ser estimado este motivo que fue apoyado por el Fiscal, casándose la sentencia de instancia en este particular para excluir de la condena en costas las causadas por la acusación popular en pronunciamiento cuya eficacia ha de

Menú

extenderse al resto de recurrentes aunque no hayan impugnado específicamente ese punto (art. 903 LECrim

PRESCRIPCIÓN: ART 130.6 CP

-AUTORIZA A ELUDIR UN PRONUNCIAMIENTO SOBRE EL FONDO.
-EL PLAZO VIENE DADO POR LOS DELITOS QUE SE DECLARAN PROBADOS Y NO POR LAS IMPUTACIONES DESESTIMADAS.

Sentencia Nº: 289/2013
RECURSO CASACION Nº:945/2012
Fallo/Acuerdo: Sentencia Desestimatoria
Procedencia: Audiencia Provincial de Barcelona.
Fecha Sentencia: 28/02/2013
Ponente Excmo. Sr. D.: Antonio del Moral García

No existe incongruencia omisiva (art. 851.3° LECrim) o fallo corto cuando la sentencia absuelve por uno de los delitos por considerarlo prescrito. Esa causa extintiva de la responsabilidad penal autoriza a eludir un pronunciamiento de fondo que, en algún caso podría reivindicar el propio interesado, pero nunca una acusación.

Se ha resuelto sobre la pretensión de que se condenase por un delito de falso testimonio con una respuesta congruente y clara: de existir una infracción penal (lo que desde luego no se deduce de los hechos probados sin que esta aseveración precise de demasiados razonamientos), estaría prescrita pues la querella se interpuso cuando ya había transcurrido con exceso el plazo de prescripción entonces vigente (art. 130.5 CP).

Puede latir un fondo de razón en el planteamiento de los recurrentes en cuanto que si se hubiese condenado por estafa procesal podría esquivarse la prescripción en virtud de la doctrina jurisprudencial (hoy cristalizada en la ley) para los delitos conexos. El plazo del delito menos grave queda alargado hasta el de la infracción conexa más grave. Pero obviamente esa doctrina aquí no es ni planteable en la medida en que existe un pronunciamiento absolutorio respecto de la estafa. No hay delito más grave.

Menú

CANCELACIÓN DE ANTECEDENTES PENALES (ART 136 CP): las dudas sobre la cancelabilidad del antecedente penal : han de resolverse conforme al principio in dubio, rechazando la agravante de reinicidencia.

Nº de Recurso: 2212/2012
Nº de Resolución: 420/2013
Ponente: ANTONIO DEL MORAL GARCIA

Sí que ha de estimarse el quinto y último de los motivos, canalizado también a través del art. 849.1º LECrim . Su objetivo es la expulsión de la sentencia de la agravante de reincidencia del art. 22.8 CP .
Según el razonamiento del recurrente -respaldado y formalmente apoyado por el Ministerio Fiscal-, los datos contenidos en la sentencia serían insuficientes para fundar tal agravante. No puede afirmarse con rotundidad que el antecedente señalado -una condena dictada en Italia y datada el 30 de septiembre de 2006, valorable conforme

autoriza el art. 375- mantuviese su vigencia con arreglo al art. 136 CP , tal y como se exige.
En efecto, la sentencia no dice ni la duración de la pena impuesta (aunque la consulta de la causa permitiría integrar ese dato: tres años de prisión), ni si se ha cumplido o está pendiente de cumplimiento.
El plazo mínimo de cancelación para un delito sería de dos años (art. 136 CP : penas inferiores a doce meses), si consideramos que la ausencia de toda mención en la sentencia impide consultar la causa para comprobar la duración de la pena (tres años: folio 55). Si se atiende a este dato (lo que en rigor sería incorrecto: el art. 899 LECrim no autoriza la verificación de elementos de la causa en contra del reo, no consignados en ningún lugar de la sentencia, salvo que otra parte mediante una adhesión haya abierto esa puerta), tampoco se llegaría a una conclusión distinta: el plazo de cancelación seria de tres años.
Valoremos un plazo u otro (dos o tres años), no contaremos con elementos suficientes para concluir de forma concluyente que el antecedente no era cancelable.
Ciertamente es muy probable que el antecedente no fuese cancelable cuando se cometieron los hechos, octubre de 2011. Habían pasado cinco años. Esos plazos (dos o tres años) han de contarse desde la extinción de la pena, lo que normalmente conducirá a una fecha mucho más próxima. Aunque poco probable, no es descartable que se hubiere producido el cumplimiento antes: mediante el abono de prisión preventiva, o por instituciones como el indulto.
En esos casos de dudas sobre la cancelabilidad del antecedente la jurisprudencia de esta Sala ha aplicado el principio *in dubio* . No puede ser otra la respuesta. Si los datos de la sentencia admiten la posibilidad de que el antecedente sea cancelable, no puede optarse por la alternativa más perjudicial para el acusado.
La STS 675/2012, de 24 de julio con la que el Fiscal adorna su razonamiento favorable a la estimación de este motivo, es un reciente botón de muestra de una línea jurisprudencial consolidada: *"Según jurisprudencia reiterada de esta Sala, para apreciar la reincidencia es imprescindible que consten en el* "factum *" de la sentencia los siguientes datos: fecha de la firmeza de las sentencias condenatorias, el delito por el que se dictó la condena, la pena o penas impuestas, y la fecha en la que el penado las dejó efectivamente extinguidas.*
Este último extremo sólo será innecesario en aquellos casos en los que el plazo decancelación no haya podido transcurrir entre la fecha de la sentencia condenatoria y la fecha de ejecución del hecho que es objeto del enjuiciamiento actual, por cuanto la aplicación "contra reo" *de cualquier precepto sólo será correcta, legitima y constitucional cuando a la vez se preste el más exquisito acatamiento a los Derechos Fundamentales del art. 24 CE . Y en lossupuestos en que no consten en la causa los datos necesarios se impone practicar un computo del plazo de rehabilitación favorable al reo, pues bien pudo extinguirse la condena impuesta por circunstancias tales como abono de prisión preventiva, redención, indulto o expediente de refundición (SSTS 875/2007, de 7-11 ; 132/2008, de 12-2 ; 647/2008, de 23-9 ; 1175/2009, de 16-11 ; y 1061/2010, de 10-11)"*

Menú

PARTE ESPECIAL

DELITO DE HOMICIDIO: ART 138 CP:
-ANIMUS NECANDI, DISTINCIÓN ENTRE TENTATIVA DE HOMICIDIO Y DELITO CONSUMADO DE LESIONES

Tribunal Supremo Sala 2ª, S 12-11-2012, nº 878/2012, rec. 638/2012. Pte: Moral García, Antonio del

De cualquier forma, en su desarrollo, el motivo se desliza más bien hacia otra tesis: no existía propósito de matar. Concurriría tan solo ánimo de lesionar, lo que desplazaría la conducta a la tipicidad del art. 148 CP. El tema suscitado en esta vertiente del motivo es clásico en la jurisprudencia: discriminar entre los delitos consumados de lesiones y los delitos de homicidio en grado de tentativa. El criterio rector en esa tarea, como es bien sabido, es la intención del agente. Es conocida la relación de circunstancias externas que según la jurisprudencia ha de tomarse en consideración para valorar qué ánimo movía al agresor (por todas, STS 1353/1999, de 24 de septiembre), si el puramente lesivo o el de poner fin a la vida del agredido. La sentencia de esta Sala de 29 de marzo de 1999 con afán recopilador contiene una enumeración de distintos factores que pueden influir en esa decisión. Aquí el arma utilizada y las zonas corporales a las que se dirigió la agresión traslucen la presencia de ese "animus necandi". Aunque pueda admitirse un dolo alternativo (matar o lesionar); o que el dolo era meramente eventual (no había intención directa de matar pero no se excluía ese posible resultado que con probabilidad podría derivarse de esa agresión); o que no estamos ante un dolo reflexivo, sino de ímpetu (surgido de forma súbita en un escenario de intento de agresión en el que se vio situado el procesado), en todo caso es innegable la concurrencia de ese ánimo que orilla el delito de lesiones en favor del homicidio.
El recurrente quiere deducir que no habría intención de matar con dos datos: a) no se propinaron más puñaladas -tan solo dos-; b) retraso mental. Pero ni una ni otra circunstancia excluyen el dolo, correctamente afirmado por la sentencia. La no reiteración de golpes obedece no a una actuación voluntaria del autor, según describen el suceso los hechos probados, sino a la intervención de una tercera persona. Pero es que, aunque fuese de otra forma, esa realidad no sería incompatible con el "animus necandi" que, como se ha dicho, está presente también en los casos de dolo alternativo y/o eventual. El retraso mental permite suponer cierta dificultad para razonamientos de alguna complejidad; pero no para algo tan intuitivo y básico como es la percepción de que unas puñaladas en el abdomen y la parte baja del tórax pueden causar la muerte. Exigir en el autor conocimientos de anatomía o sobre la ubicación y nombre de los órganos afectados es un despropósito.
Manejando los criterios jurisprudenciales, el Tribunal a quo deduce que existía ánimo de matar, inferencia que levanta sobre elementos externos muy concluyentes: arma elegida -cuchillo con 21 cm de hoja-; lugar al que se dirigieron los golpes -abdomen y

Menú

tórax inferior-, graves lesiones causadas -idóneas para causar el resultado letal que no se produjo precisamente por la intervención clínica-; y pluralidad de golpes -dos-. No podía ser otra la conclusión. La profundidad de las heridas abunda en esa estimación. La argumentación contenida en el segundo de los fundamentos de derecho de la sentencia es asumible. No queda desvirtuada por las razones aducidas en el recurso.
De admitirse la tesis del recurrente se llegaría a la disparatada conclusión de que en la hipótesis de que hubiese advenido la muerte -lo que era perfectamente posible, como también destaca la sentencia- estaríamos ante un homicidio imprudente (¡!). Y es que el resultado producido es un elemento especialmente elocuente: la sentencia afirma paladinamente en la fundamentación jurídica siguiendo los dictados de los forenses informantes que las lesiones causadas eran idóneas para causar el fallecimiento, resultado que hubiese devenido inevitable si no hubiese sido atendida de forma hospitalaria la víctima.

DELITO DE LESIONES: art 147 y ss

La exclusión de voluntariedad respecto de las lesiones del art. 149 CP no reconduce automáticamente a los arts. 147 ó 617. Es posible aplicar el art. 150 si concurría dolo, aunque sea eventual, respecto de las lesiones ahí tipificadas.

Sentencia Nº: 133/2013
RECURSO CASACION (P) Nº:10879/2012 P
Fallo/Acuerdo: Sentencia Estimatoria Parcial
Fecha Sentencia: 06/02/2013
Ponente Excmo. Sr. D.: Antonio del Moral García

El dolo exigido por el delito del art. 149.1 no es un dolo específico y menos aún referido al concreto resultado causado. Consiste en un dolo genérico de lesionar ("ánimo de menoscabar su integridad física" dicen los hechos probados) en el que no estén excluidos esos posibles resultados tan graves. Para cometer un delito del art. 149.1 no es necesario querer causar de manera específica uno de los resultados allí contemplados. Basta con querer causar lesiones sin excluir esos eventuales resultados (teoría del consentimiento) cuando no son improbables (teoría de la probabilidad). Lo mismo que el delito del art. 147 no exige que el agresor quiera causar unas lesiones que requieran objetivamente «tratamiento médico o quirúrgico». En la voluntad del agresor, salvo casos muy singulares, solo está presente habitualmente la intención de lesionar (o sencillamente de agredir) que normalmente encierra un dolo indeterminado o alternativo en relación con los resultados (causar lesiones, sean estas de mayor o menor gravedad); sin perjuicio de que se puede graduar esa «indiferencia» hacia el resultado.

El Código Penal de 1995 ha suprimido el dolo específico que con la locución «de propósito» exigía el texto de 1973 en relación a diversos resultados que determinaban tipicidades agravadas de lesiones. En la actualidad, basta que los distintos resultados elegidos por el legislador para escalonar la gravedad de los delitos de lesiones (tratamiento médico o quirúrgico -art. 147-; pérdida o inutilidad de órgano o miembro no principal o deformidad -art. 150-; pérdida o inutilidad de órgano o miembro principal, o de un sentido, impotencia, esterilidad, grave deformidad o grave enfermedad somática o psíquica -art. 149-) queden abrazados por el dolo eventual. No han de ser directamente queridos en todo caso. Es suficiente con que el agente asuma la

Menú

probabilidad de su causación y se muestre indiferente frente a ella (dolo eventual). Esa nueva realidad normativa ha provocado una serie de reacciones en la jurisprudencia y en la práctica forense que requieren un análisis reflexivo.
Postulado básico irrenunciable es rechazar toda responsabilidad basada exclusivamente en el resultado. Se ha dicho ya y nunca se insistirá demasiado en ello. Pero esa premisa ha de combinarse con la cuidadosa disección del alcance del dolo eventual.

El maridaje entre la modalidad imprudente en relación al resultado más grave no querido y la dolosa para el menos grave abarcable por el dolo en relación de concurso ideal (al modo del homicidio preterintencional) tiene mucho de artificioso aunque es solución muy utilizada por nuestros Tribunales, y también por esta Sala Segunda.

El supuesto al que se enfrenta aquí la Sala al resolver este recurso aparece de forma frecuente en el escenario normativo de las lesiones inaugurado en 1995. Una acción base dolosa -agresión- que provoca un resultado poco esperable ex ante y desde luego no buscado de propósito. Riña en la que se golpea a otro y la caída al suelo provoca unas consecuencias desgraciadas (una enfermedad grave); o puñetazo que, por complicaciones, acaba con la pérdida de visión de un ojo; o agresión con un vaso de cristal (en hipótesis que aparece con llamativa reiteración en los repertorios jurisprudenciales) que desemboca en la pérdida de la funcionalidad de un ojo. Inicialmente y en una consideración ex ante podrían pronosticarse como probables unas lesiones encajables en el art. 147, o incluso meramente constitutivas de falta. Sin embargo el resultado, que tampoco podría descartarse totalmente a priori pues no está desconectado de la acción agresora, determina una tipicidad más grave ubicable bien en el art. 150, bien en el art. 149, atrayendo penas que pueden llegar a la de prisión de doce años (superior a la de un homicidio doloso en grado de tentativa) en el caso del art. 149, que es el precepto aquí manejado y que ha fundado la condena en la instancia.
¿Tratamiento de estos supuestos? Es obvio que el respeto al principio de culpabilidad y la prohibición del versari constituyen un muro infranqueable: es el techo más allá del cual no es posible encaramarse. Pero es premisa lógica elemental también que la causación de esos resultados tan graves no puede convertirse en una suerte de tácita atenuante que es en definitiva lo que vendría a suceder de acogerse la tesis del recurrente. La gravedad de los resultados puede alentar en el subconsciente, ahuyentados por el fantasma del versari, a otorgar un trato más benigno -mucho más benigno- a este supuesto que al que se le hubiese dado si los resultados hubiesen sido más leves. Esa es la prueba del nueve de lo erróneo del planteamiento del recurrente: si las lesiones se hubiesen limitado a una fractura de los huesos propios de la nariz, o a la pérdida de dos incisivos… no se dudaría de la calificación procedente: delito de lesiones del art. 150. Y no habría duda de que el 147 cubriría cualquier otra lesión que exigiese tratamiento médico. A nadie se le ocurriría pensar que ese resultado lesivo no estaba cubierto por un dolo, al menos eventual. O tampoco razonar que como en muchas ocasiones un puñetazo solo acarrea lesiones que no precisan más que una asistencia médica, el exceso ha de ser imputado a título de imprudencia para no erosionar el principio de culpabilidad. O sea, que precisamente por haberse producido unas lesiones tan graves que han comportado el estado vegetativo del agredido, la consecuencia es que las lesiones dolosas quedan degradadas a falta, calificación implanteable si el resultado hubiese consistido en una herida leve. ¡Paradójica consecuencia!: la extrema gravedad del resultado, transmuta en falta lo que hubiese sido un delito de lesiones dolosas....

Menú

.... Conviene en este punto insistir en una importante acotación ya efectuada. La condena por el delito del art. 149 no exige que el sujeto haya querido todos y cada uno de los resultados efectivamente producidos. Basta con que exista dolo eventual respecto del menos grave de los resultados lesivos recogidos en el art. 149.1. Si quien queriendo privar de la funcionalidad de una mano a otra persona, desborda esa intención de manera que no pueda ser catalogada como dolosa y le causa una gravísima enfermedad física y psíquica y le priva además de la vista, u oído, no por ese exceso se beneficiará de una calificación de imprudencia en concurso ideal con una falta de lesiones. Lo procedente será ubicar los hechos en el art. 149.1. Por más que el propósito inicial (pérdida de la mano) no se haya logrado y que muchos de los resultados no hayan sido buscados, concurría un dolo suficiente para colmar la exigencia culpabilística del art. 149. Si se admite el dolo eventual respecto del menos grave de los resultados lesivos del art. 149, la presencia de otros resultados excluidos de ese elemento intencional ni atenúa la conducta ni varía la calificación. Por eso, al efectuarse una condena por el delito del art. 149 no necesariamente se sostiene que el agente aceptaba y quería todas y cada una de las desdichadas consecuencias que tuvo su agresión como al final de manera poco convicente parece querer sugerir la sentencia de instancia. Ni siquiera que le eran indiferentes (dolo eventual). No es necesario. Bastará con alcanzar la certeza de que la producción de alguno de los resultados del art. 149 no hubiese determinado al autor a no actuar. Si se llegase al convencimiento de que el autor de haber sabido el estado vegetativo en que iba a quedar el afectado, se hubiese auto inhibido; pero que, sin embargo, nada le importaba causarle una grave deformidad, la calificación legalmente procedente será la ubicación de los hechos en el art. 149 CP. Blandiendo de nuevo un argumento ya utilizado: que se causen unas lesiones que van mucho más allá de las exigidas en el tipo nunca debe ser un motivo de atenuación. La preterintencionalidad supone que el resultado llega más allá de lo contemplado no solo por la intención del autor, sino también y sobre todo, por el tipo penal. Cuando ese desbordamiento de lo querido no implica un cambio de calificación, ningún tratamiento especial merece la preterintencionalidad. Quien hurta en el medio de transporte público una cartera y en ella inesperadamente aparecen 50.000 euros, lo que jamás pasó por su imaginación, responde por un delito y no por la falta del art. 623, aunque no aspirase a obtener más de un puñado de euros. Hay un dolo indeterminado. Cosa diferente -y desde luego insólita- es que actos posteriores (devolución directa o indirecta del exceso) demostrasen que ni siquiera por vía eventual consentía con ese no esperado lucro superior a cuatrocientos euros.

Menú

Que no sea afirmable el dolo eventual respecto de esos resultados del art. 149, no conduce automáticamente al art. 617, saltando acrobáticamente todos los escalones intermedios de los arts. 150 ó 147. Quizás todos los resultados lesivos del art. 149 desbordan el dolo detectable en determinadas agresiones como pudiera ser en este caso el único puñetazo propinado no especialmente intenso (se insiste en que el calificativo de fuerte no añade mucho). Pero fluye con naturalidad la afirmación de la presencia de un dolo eventual que alcanzaba a alguno de los resultados del art. 150 (resultados que, por otra parte están efectivamente causados: se ha producido la pérdida o inutilidad de un gran número de miembros u órganos no principales; pero en rigor aunque no fuese así y se hubiese producido, v. gr., el fallecimiento, el razonamiento habría de ser similar). Que el resultado producido haya sido de tal gravedad que sea ubicable en el art. 149 no puede conducir a la inconsecuencia de reconducir los hechos al art. 617 ó al art. 147 si se puede sostener razonablemente, y sin duda alguna, que el dolo, al menos por vía eventual, alcanzaba la deformidad o demás resultados del art. 150.

Esa es la solución por la que se opta en este caso, subrayándose que en esta materia hay que singularizar extremadamente pues no pueden expedirse recetas generales para todos los supuestos por grande que sea el paralelismo que exista. Lo demuestra el precedente antes mencionado.

No puede sostenerse con seguridad que la intención alcanzase el suelo del art. 149. Pero sin duda (la situación de embriaguez y la actitud posterior son datos que avalan esa estimación) sobrepasaba los límites inferiores del art. 150. El exceso tendrá que ser recuperado para calificarlo como lesiones imprudentes del art. 152 formando así un concurso ideal a penar en la forma en que se plasmará en la segunda sentencia.

La víctima ha sufrido la pérdida e inutilidad de muchos miembros y órganos no principales (además de la de otros principales), y una generalizada deformidad, resultados encajables todos en el art. 150 con independencia de que en confrontación con un delito doloso del art. 149 sea éste el que deba prevalecer (arts. 8.3 y 4). Justo al revés de la solución a dar si los resultados del art. 149 solo lo son a título de imprudencia, en cuyo caso el exceso debe ser rescatado para su punición pues representa un plus no abarcado por el tipo doloso.

En efecto, respecto de los resultados del art. 150 la jurisprudencia de esta Sala ha sido con toda lógica más laxa a la hora de admitir un dolo eventual en comparación con los del art. 149. Como botón de muestra de una jurisprudencia que es ya muy concluyente puede citarse la sentencia 693/1998, de 14 de mayo que ya ha sido transcrita parcialmente: un golpe mediante un vaso en la cara permite afirmar el dolo eventual respecto de un resultado consistente en deformidad. En el presente supuesto también la agresión desplegada era apta para causar unas secuelas deformantes, con lo que (dolus generalis) queda cubierta la vertiente subjetiva del tipo del art. 150, aunque no fuesen justamente los causados los que podía haber imaginado el autor
Si el resultado del art. 149 no queda abrazado por el dolo eventual, antes de llegar al art. 147 ó al 617, hay que valorar si ese dolo sí abarca a los posibles resultados del art. 150. No pueden desdeñarse los resultados menos graves -también producidos- y sí abarcados por dolo eventual. Recuperando el plástico ejemplo de la pérdida de un ojo, si se estima que tal resultado no es alcanzado por un dolo eventual el «suelo» delictivo viene formado por el art. 150 (en su caso, en concurso con ese exceso de resultado -pérdida del ojo- imputado a título de imprudencia). Las sentencias de esta Sala Segunda (887/2006, de 25 de septiembre ó 1278/2006, de 22 de diciembre) abonan esa estimación. En ellas, se rechaza el dolo eventual respecto del resultado lesivo más grave (art. 149); pero eso no les lleva a la falta dolosa, sino a los tipos intermedios (en concreto al delito del art. 150) por los que finalmente se condena en concurso ideal con la imprudencia del art. 152.
Que de la conducta consistente en propinar un puñetazo en la cara puede derivarse naturalmente y con el grado de probabilidad que exige la apreciación de un dolo eventual un resultado constitutivo de "deformidad" es algo avalado por múltiples precedentes jurisprudenciales. No son pocas las ocasiones en que esta misma Sala analizando una conducta esencialmente igual -un puñetazo dirigido al rostro-, aunque con ligeras variaciones no decisivas (mayor o menor intensidad; acompañamiento en algún caso de otra acción agresiva), ha considerado correcta la incardinación de la conducta en el art. 150 CP, sin cuestionarse temas de intención. Un golpe con el puño en la cara en principio es idóneo para inferir el dolo necesario para ese tipo penal. Muy pocas veces se ha deducido el animus necandi a pesar de haber seguido la muerte, y

Menú

cuando se ha hecho era por concurrir alguna circunstancia muy singular (STS 1579/2003, de 15 de diciembre). Lo ordinario es rechazar que el solo dato de un puñetazo, por contundente que sea, baste para inferir un dolo que alcance al resultado mortal producido (por todas, STS 228/2012, de 27 de marzo). Sin embargo cuando ese único puñetazo produce lesiones encajables en el art. 150 es muy habitual, casi lo ordinario, mantener la condena por el delito doloso, o incluso, en algún caso, introducir esa tipificación acogiendo el recurso de la acusación: SSTS 1573/2002, de 2 de octubre, 1617/2003, de 2 de diciembre, 639/2003, de 30 de abril, 1064/2005, de 20 de septiembre, 1312/2006, de 11 de diciembre, 732/2011, de 27 de junio, 652/2007, de 12 de julio, 915/2007, de 19 de noviembre, 19/2008, de 17 de enero. Son supuestos con diferencias accidentales en que se llega a igual solución (condena por el delito del art. 150) los contemplados en las SSTS 398/2008, de 23 de junio (el puñetazo es acompañado de una patada), 1373/2009, de 28 de diciembre (empujón con caída y golpe en la cabeza), 606/2008, de 1 de octubre (patada en la cara), o 699/2011, de 30 de junio (algunos golpes, además del único puñetazo en la boca). La STS 916/2010, de 26 de octubre, si degrada la condena por el delito del art. 150 al tipo básico es por considerar que el resultado no podía ser tildado de "deformidad", y no por razones vinculadas al tipo subjetivo. En igual línea se mueve la STS 1158/2003: el puñetazo único frontal es acción apta para deducir el tipo subjetivo del art. 150, aunque in casu no era correcta la condena por ese delito por cuestiones del tipo objetivo. . Es verdad que en otras ocasiones (por todas, STS 164/2012, de 3 de marzo) se rechaza la condena por el delito del art. 149 y se condena por el tipo básico (147) en concurso con la modalidad culposa; pero en cierta medida, aparte de las singularidades de cada supuesto, esa respuesta puede obedecer a los condicionantes de la casación y el necesario ajustamiento a las argumentaciones planteadas en vía de recurso.
Esta panorámica acentúa lo que antes se ha querido expresar. No es coherente que siendo el desvalor de la acción en lo esencial el mismo, el mayor desvalor del resultado (lesiones encajables en el art. 149) acabe conduciendo a un reproche penal más liviano. Si en todos esos casos el golpe con el puño ha merecido como respuesta como consecuencia del resultado la penalidad contemplada en el art. 150 (un mínimo de tres años de prisión), resultaría absurdo que la causación de un resultado mucho más grave, acabase conduciendo a una penalidad inferior (un máximo de tres años derivados además de la imprudencia que, por virtud del art. 77 CP acabaría englobando la conducta dolosa).

En el otro extremo, es verdad que no faltan pronunciamientos jurisprudenciales que aplican el art. 149 acudiendo al dolo eventual, como las sentencias 796/2005, de 22 de junio, 1760/2000, de 16 de noviembre, ó 1474/2005, de 29 de noviembre. Pero son supuestos con diferencias significativas. Como, en el lado contrario, lo es el analizado en la STS 1415/2011.

No puede hablarse de violación del principio acusatorio por el hecho de que el art. 150 no hubiese sido blandido por la acusación explícitamente en la instancia: es obvio que es un tipo homogéneo con el delito que fue objeto de acusación (art. 149) y además menos grave. Todos los elementos fácticos de ese tipo estaba recogido en la acusación y están implícitos en la acusación por el delito del art. 149.

En cuanto a la subsistencia del delito de imprudencia por el tramo lesivo no abarcado por la intención del autor, la cuestión es discutible. La calificación en concurso de un delito doloso (por el resultado lesivo abarcado por el autor) y un delito imprudente (por

Menú

el resultado lesivo que desborda la intencionalidad) no deja de encerrar cierto artificio. Podría pensarse que estamos más bien ante un concurso de normas a resolver por la vía del art. 8 CP. Habría que prescindir de la valoración del exceso imprudente en la medida en que la acción es inescindible. No obstante la jurisprudencia que se ha citado se inclina por el concurso ideal entre el delito doloso y el imprudente en cuanto al exceso no cubierto por el dolo (sentencias 887/2006, de 25 de septiembre y 1278/2006, de 22 de diciembre). De cualquier forma conviene remachar en que estamos ante una única acción nuclearmente dolosa
Siendo aplicable el art. 150, la pena máxima imponible por virtud del art. 77 del Código Penal sería la de prisión de seis años (y nunca inferior a cuatro años y seis meses), salvo que se castigue por separado conforme permite el art. 77.

Se estima en consecuencia parcialmente el motivo tercero: no cuenta con base suficiente la condena por el delito del art. 149. Pero descartar ese tipo no conduce directamente al art. 617: hay otros escalones intermedios que recogen la conducta del autor, en concreto las lesiones del art. 150. El exceso lesivo que escapa a la intención dará lugar a un delito culposo a castigar como concurso ideal.

DELITO DE AMENAZAS. ART 169 CP
Tribunal Supremo Sala 2ª, S 13-11-2012, nº 1068/2012, rec. 2016/2011
Pte: Moral García, Antonio del

Así es, requiriendo la amenaza grave constitutiva del delito (que, por demás la Acusación Pública define agravada por exigencia de una condición) que sea firme, directa, dirigida a persona o personas concretas y que se concrete en el anuncio de un mal futuro, injusto, determinado y posible, basta la lectura del sustrato fáctico en que se sustenta la acusación para observar que las amenazas se profieren en un contexto agresivo, en el cual se dan golpes, se pone la música alta, se causan deterioros a elementos del edificio e incluso se prenden fuegos en zonas diversas y que son siempre genéricas hasta el punto que en el escrito de acusación ni siquiera se recoge la concreta amenaza contra su persona referida por D. José Daniel en el acto del Juicio lo que lógicamente impide a la Sala, vincularla a aquél sustrato fáctico no modificado en sede de conclusiones definitivas, tener en cuenta dicha declaración testifical en este aspecto concreto. Mas concretamente la pretensión punitiva de condena por el artículo 169.2 se apoya en lo siguiente: "con el propósito de causar desasosiego con prender fuego al edificio, anunciándoles que no iban a poder vivir, diciéndoles os vais a tener que ir de aquí, el primero que pase por delante de mi puerta lo mataré" lo que, desde cualquier perspectiva jurídica autónomamente contemplado y en mayor medida en el contexto en que el acusado llevó a cabo todos y cada uno de los hechos, obedientes todos ellos a hacer la vida imposible a quienes le rodean (recuérdese que se dijo en Juicio que incluso su madre abandonó la vivienda), no resiste la subsunción penal pretendida sino que su encaje jurídico penal se halla en una falta continuada de amenazas, coacciones y vejaciones prevista y penada en los artículos 620.2 y 74 del CP EDL 1995/16398 "..
Los argumentos blandidos en el recurso del Fiscal para combatir esas apreciaciones son convincentes. La reiteración de actos de hostigamiento, la efectiva materialización de las amenazas, lo que avala su apariencia de seriedad ex ante, haber conseguido torcer la voluntad de los vecinos impulsándoles a buscar otro lugar de residencia, tal y como les exigía, la gravedad intrínseca de los males con que se conminaba (incendio, muerte...),

Menú

la exhibición de una actitud agresiva, hostil y asocial que arropaba a las amenazas con un manto de credibilidad... constituyen un racimo de circunstancias que impiden etiquetar como "leves" esas intimidaciones. El contexto agresivo que la Sala de instancia evoca para optar por esa moderada calificación, puede explicar la génesis de las amenazas, pero en nada influye en su intensidad o capacidad intimidatoria. Un ambiente de hostilidad persistente no devalúa las amenazas. Es más, en ocasiones puede operar en el sentido justamente inverso. No son amenazas proferidas en un momento de acaloramiento, sino sistemáticas, ilativas. Por mucho que sea el relativismo y circunstancialidad que ha regir la tarea de discriminar entre las amenazas graves y las leves, y, consiguientemente, su consideración como delito o como falta (SSTS 110/2000, de 12 de junio, 701/2003, de 16 de mayo, 938/2004, de 12 de julio, 1267/2006, de 20 de diciembre, 311/2007, de 20 de abril, 396/2008, de 1 de julio, o 180/2010, de 10 de marzo), en el supuesto contemplado los datos aludidos, bien concluyentes, abonan la calificación que propugnaba el Fiscal. Los males anunciados son constitutivos de delito; el autor es persona que se muestra capaz de cumplir sus amenazas, haciendo ostentación de su carácter agresivo y llegando a ejecutarlas. Con su perseverante actitud intimidatoria consigue doblegar la paciencia y resistencia de sus vecinos que prefieren abandonar la vivienda que soportar la angustia, desazón y desasosiego generados, y alimentados por esa secuencia de daños que se van produciendo en el edificio y que refuerzan la firmeza y seriedad de las amenazas. Esa es la evidencia de que se ha alterado el sistema de motivaciones introduciendo en un terreno que debe modularse por la propia autonomía, ese factor de la aversión al mal anunciado que repudia el ordenamiento. Objetivamente las amenazas eran idóneas para atemorizar y perturbar el ánimo y tranquilidad de un hombre medio. El recurrente logró crear una atmósfera de temor hacia sus posibles reacciones. Son amenazas bien concretas que incluso podrían haber sido llevadas al num. 1º del art. 169, lo que no es factible dado el encadenamiento al tipo jurídico penal invocado por la acusación: amenazas no condicionales de un mal constitutivo de delito (incendio, patrimonio, vida). La apreciación de unas exigencias anudadas a las amenazas, aún no excluyendo en abstracto por sí misma la catalogación como falta (la legislación vigente admite una falta de amenazas condicionales), robustece igualmente la consideración de las amenazas como graves y, por ende, constitutivas de delito.

DELITOS CONTRA LA LIBERTAD SEXUAL:
-POSIBLE NON BIS IN IDEM ENTRE ABUSOS SEXUALES (Art 181.1 y 2) Y LA AGRAVANTE DE ESPECIAL VULNERABILIDAD (ART 181.5 en relación con el art 180.1 3ª)

Tribunal Supremo Sala 2ª, S 8-11-2012, nº 925/2012, rec. 406/2012. Pte: Moral García, Antonio del

La sentencia aplica el art. 181.4 (abusos sexuales agravados) en atención a la concurrencia de las agravaciones contempladas en los ordinales 3º y 4º del art. 180 del Código Penal (se está citando el texto legal vigente en el momento de comisión de los hechos). El recurrente aduce que de esa forma se vulnera el principio ne bis in idem, puesto que la edad de la víctima -menor de trece años- es valorada penalmente dos veces en perjuicio del reo: una, para considerar que lo hechos son abusos sexuales (art. 181.1 y 2); la otra, para agravar la penalidad por la vía de los arts. 181.4 (actual 5) y 180.1.3ª.

Menú

La controversia en torno a la posibilidad de fundar la ausencia de consentimiento en el caso de menores en el prevalimiento mismo que supone su inmadurez o la diferencia de edad respecto del autor y recuperar el dato aséptico u objetivo de la edad para la agravación derivada de la vulnerabilidad, dando lugar al subtipo agravado; o de distinguir a esos efectos aquellos casos en que la edad es tan corta que puede diferenciarse un plus respecto de la suficiente para sustentar el prevalimiento o la ausencia de consentimiento capaz de servir de base a la agravación del art. 180.1.3ª ha sido resuelta negativamente por esta Sala Segunda en un nutrido grupo de sentencias (SSTS 69/2001, de 23 de enero, 114/2004, de 9 de febrero, 242/2004, de 27 de febrero, 244/2005, de 25 de febrero, 1357/2005, de 14 de noviembre, 131/2007, de 16 de febrero). Seguramente esa es una de las razones que ha movido al legislador del 2010 a crear unos tipos específicos agravados que contemplan los abusos y agresiones sexuales ejecutados sobre menores de trece años (art. 183) y que suponen un sustancial incremento de la respuesta punitiva a estas conductas. Pero estamos analizando hechos realizados bajo la vigencia de una norma más favorable que ha merecido esa consolidada interpretación jurisprudencial.

Recientes exponentes del razonamiento habitual en esa doctrina jurisprudencial encontramos en las SSTS 788/2012 de 24 de octubre y 775/2012, de 17 de octubre. En la primera se puede leer: "La Sala de instancia ha infringido el principio "non bis in ídem" al aplicar la agravación del apartado 4º del art. 181 en su redacción anterior a la LO 5/2010, de 25 de junio , computando doblemente la menor edad de la víctima. En efecto siendo los hechos de octubre de 2007, la redacción anterior del art 181 sancionaba en su apartado segundo como abusos sexuales no consentidos los que se ejecuten sobre menores de trece años, deduciendo en todo caso de la edad la falta de consentimiento que tipifica como delictiva la relación sexual. En consecuencia, no puede aplicarse nuevamente la menor edad como circunstancia de agravación específica cuando ya ha determinado la propia tipicidad del hecho.

Como recuerda la STS 77/2012, de 15 de febrero, la jurisprudencia de esta Sala ha señalado que la agravación consistente en la mayor vulnerabilidad de la víctima no puede ser aplicada en los delitos previstos en el artículo 181.1 y 2 CP , anteriores a la Ley 5/2010, cuando se base en la menor edad, y ésta ya haya sido tenida en cuenta a los efectos del tipo básico, en tanto que el precepto considera abusos sexuales no consentidos, en todo caso, los cometidos sobre personas menores de trece años, por lo que, en su caso, es necesario constatar circunstancias que en el supuesto concreto permitan establecer tal fragilidad especial agregada a la irrelevancia del consentimiento, de manera que de la edad menor de trece años no se sigue automáticamente la aplicación del tipo básico y de la agravación, si no que es preciso alguna circunstancia añadida a la edad de la víctima (STS 483/2010 de 25 de mayo).

En el mismo sentido, esa Sala ha manifestado que, con independencia de la edad del menor, tiene que describirse una situación cualitativamente distinta que deba operar como agravamiento de la conducta específica distinta de aquélla (STS. num. 743/2010 de 17-06-2010); y que serán compatibles ambas circunstancias cuando no se tenga en cuenta exclusivamente el dato cronológico de la edad, sino todas las circunstancias concurrentes, y entre ellas, la personalidad del sujeto pasivo del delito y los elementos objetivos para aprovecharse sexualmente de la víctima (STS 665/2008 de 30 de octubre).

En el caso enjuiciado, se declaran probados actos atentatorios a la indemnidad sexual de un menor de once años, por parte de un vecino de 22, sin que conste ninguna otra circunstancia, aparte de la edad, que justifique la aplicación de la agravante de especial

Menú

vulnerabilidad, por lo que procede casar la sentencia en este punto, dictando otra conforme a derecho, en el que se aplicará el tipo básic o".
Por su parte la también citada STS 775/2012 se expresa así : " Entiende el recurrente que no es aplicable el subtipo agravado de especial vulnerabilidad basado solo en la edad del sujeto pasivo, pues tal dato ya se tuvo en cuenta para la configuración del tipo básico.
Ciertamente no es posible apreciar cualesquiera de los supuestos previstos en el art. 180.1.3 y 182.2 para configurar el tipo básico del art. 181.1 por falta de consentimiento y luego valorar esa menor edad para construir el subtipo agravado. Así lo entiende nuestra jurisprudencia, que sólo en aquellos casos en que además de la edad concurran otras circunstancias incardinables en la especial vulnerabilidad de la víctima, será compatible la aplicación del subtipo agravado, mientras que en aquellos supuestos en los que sólo sea la edad el hecho tomado para aplicar el tipo básico y la agravación, no cabe esta última por infracción del "non bis in idem" (cfr. SSTS 1357/2005, 14 de noviembre y 131/2007, 16 de febrero, 1357/2005 de 14 de noviembre; 35/2012 de 1 de febrero).
Es preciso, en todo caso, un estudio individualizado, caso a caso para acreditar la existencia de la vulnerabilidad, que no puede predicarse sobre la misma concurrencia de los elementos que vertebran el tipo básico, pues en tal caso seria patente la vulneración del principio "non bis in idem", al valorarse una misma circunstancia o "modus operandi" dos veces sucesivamente, una para integrar el tipo básico y otra para cualificarlo como subtipo agravado, (SSTS. 971/2006 de 10.10, 131/2007 de 16.2. Por tanto hemos dicho que lo decisivo es no tener en cuenta exclusivamente el dato cronológico de la edad, sino los demás factores concurrentes, pues si la minoridad de 13 años es requisito ineludible para considerar los abusos sexuales como no consentidos (art. 181.2), no puede tenerse en cuenta seguidamente para aplicar la penalidad agravada, por más que la Ley penal se exprese diciendo que ésta se tomará en consideración "en todo caso, cuando sea menor de trece años", pero no se aprecia tal vulneración cuando la especial vulneración de la víctima proviene de causa distinta de su propia edad, ya que junto a la circunstancia de que la víctima sea menor de 13 años -art. 181.2- abusos sexuales no consentidos- concurre una especial relación de confianza -casi familiar- del acusado con los padres de la menor y por tanto, con ésta, cosa que sin la menor duda le hacia especialmente vulnerable y facilitó la comisión del hecho delictivo. (SSTS. 339/2007 de 26.3, 224/2003 de 11.2).
Pues bien en el caso presente, en el "factum", además de la edad de la víctima, 9 años, solo se recoge que el acusado era "padrino de hecho", pero no explica esa especial vulnerabilidad, que no puede deducirse sin más, de esa relación de amistad familia, por lo que de acuerdo con la jurisprudencia que se ha dejado expresa no procede la aplicación del tipo agravado de la especial vulnerabilidad, art. 180.1.3º, y si el tipo básico previsto en los arts. 181.2 y 182.1 CP ".
La final referencia en esa sentencia a esa relación de "padrinazgo" fáctico, también rechazada entonces como fundamento de la agravación lleva de la mano a plantearse idéntica cuestión aquí: descartada la edad como dato sustentador de la vulnerabilidad, ¿es posible basar la agravación del art. 181.4 en las relaciones parentales entre víctima y procesado -art 180.1.4ª (cuando... el responsable se haya prevalido de una relación de superioridad o parentesco por ser ascendiente, descendiente o hermano por, naturaleza o adopción, o afines con la víctima") ? El Fiscal aducía alternativamente esta circunstancia.
No sería tampoco acogible esa disyuntiva: el precepto alude a unas concretas relaciones de parentesco, que no comprenden el vínculo entre acusado y víctima (el procesado

Menú

estaba casado con la prima de la madre de la menor). La condición de cuidador de hecho llevaría más bien a la previsión del art. 192.2 del Código Penal , con idénticos efectos penológicos, pero que no fue expresamente invocado en la instancia, lo que hace inviable su apreciación. No obstante esa circunstancia ha de valorarse -y así lo ha hecho también la sentencia de instancia- a la hora de graduar la pena (art. 66 del CP).
En consecuencia hay que casar la sentencia en ese particular dictando segunda resolución en la que se excluya la agravación del art. 181.4 (según la redacción del CP. vigente en el momento de los hechos).

-ABUSO SEXUAL: LA SITUACIÓN DE SUPERIORIDAD TAMBIÉN SE MANIFIESTA EN SITUACIONES COYUNTURALES Y NO ESTABLES.

Sentencia Nº: 327/2013
RECURSO CASACION Nº:1459/2012
Fallo/Acuerdo: Sentencia Desestimatoria
Procedencia: Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Sevilla.
Fecha Sentencia: 04/03/2013
Ponente Excmo. Sr. D.: Antonio del Moral García

La situación manifiesta de superioridad aprovechada que exige el tipo penal se aprecia habitualmente en relación a circunstancias o relaciones más estables, no meramente episódicas. Pero nada en la descripción típica excluye que ese prevalimiento se refiera a una situación de superioridad esporádica o coyuntural e incluso que haya sido voluntariamente "prefabricada" por el propio autor con vistas a crear una atmósfera propicia, cuidadosamente diseñada, para debilitar la fuerza y persistencia de una eventual negativa de la víctima y doblegar su voluntad con una presión que sin poder ser catalogada de intimidación, suponga un deliberado aprovechamiento de esa disminución de la capacidad de decidir generada por circunstancias conscientemente buscadas por el autor.

Éste confía en que en ese ambiente la víctima acceda a sus deseos y es consciente de que si no se produce esa anuencia más o menos espontánea, podrá arrancarla en ese marco de presión ambiental que ha provocado y en el que la capacidad de oposición de la menor está handicapada

-"QUANTUM INDEMNIZATORIO": Art 193 CP.

Tribunal Supremo Sala 2ª, S 2-12-2012, nº 1069/2012, rec. 10664/2012
Pte: Moral García, Antonio del

Menú

Aprovecha el mismo motivo el recurrente para protestar por el "quantum" indemnizatorio que le parece excesivo.
Tampoco en este particular puede ser estimado el motivo.
La sentencia en sus hechos probados refiere que los sucesos de que ha sido víctima la menor han producido en ella "una importante afectación emocional que ha dado lugar a una modificación de sus relaciones personales, todo ello compatible con un Trastorno adaptativo, precisando la necesidad de apoyo psicológico especializado, para superar lo sucedido y evitar secuelas". Al enfrentarse a la tarea de cuantificar una indemnización por daños morales que, por cierto, viene impuesta no solo por el genérico art. 113 CP EDL 1995/16398 , sino también de forma específica para estas infracciones por el art.

193, considera adecuada la cantidad de 60.000 euros que reclamaban de consuno Fiscal y acusación particular.
Decir sencillamente que es "excesiva" esa cantidad no es ni razonable ni atendible. Es más, esa alusión a un supuesto exceso carente de mayor argumentación se puede casi calificar de desafortunada. Es tan notorio que mantener relaciones sexuales de esa forma con una menor, que verter en la sentencia razonamientos esforzándose en justificar los perjuicios morales y su alcance sería tanto como minusvalorar la sensibilidad de los destinatarios de la sentencia o insultar su humanidad. Precisamente por esa evidencia -lo obvio se muestra; no se demuestra-, bastaría con la genérica referencia a los daños morales causados, resultando innecesario detenerse a considerar por qué ese tipo de hechos ocasionan perjuicios morales en una persona y por qué es necesario cuantificarlos en una cifra que sea algo más que un símbolo, máxime cuando, como en este supuesto, la mitigación de esas secuelas psíquicas va a precisar de tratamiento especializado con una tangible repercusión económica. Es claro que la traducción pecuniaria de esos perjuicios no es fácil y ha de guiarse por valoraciones estimativas en las que no pueden introducirse absurdos criterios aritméticos. La Audiencia ha fijado una cuantía razonable y dentro de los márgenes habituales, si se toma en consideración como se recoge en el fundamento de derecho décimo de la sentencia, después de una meritoria contextualización jurisprudencial de esta cuestión, que se trata de abusos persistentes, cometidos por una figura especialmente referencial y próxima para la menor, en unos momentos de su desarrollo que hacen suponer un impacto emocional más intenso. La cantidad fijada es razonable. Si excediese notoriamente de los tramos al uso, seguramente serían exigibles unos razonamientos adicionales. Pero no es el caso. Sobre este punto la STS 1534/1998 de 11 de diciembre, ante una alegación similar, expresa lo que, por otra parte, es obvio: " El recurrente no ha tenido en cuenta que la motivación del daño moral producido no careció de fundamento, pues se han fijado los hechos que han producido el daño. La cuantificación del mismo en dinero es, en principio, imposible de realizar, en la medida en la que el daño moral no genera gastos precisos ". El art. 193 del Código Penal EDL 1995/16398 da por supuesta la existencia de esos perjuicios en este tipo de delitos. Su cuantificación no es posible más allá de unas referencias genéricas a cuyo fin son más que suficientes las vertidas en el fundamento de derecho décimo de la sentencia que se entretiene precisamente en consignar esas dificultades. Tratar de razonar que la cantidad debiera haber sido mayor o menor es tarea inútil y condenada al fracaso. Seguramente todo monto pecuniario será escaso, pero apareciendo como ponderada la cifra establecida por el Tribunal a quo no es posible su revisión en casación, donde como es bien sabido solo se permite la fiscalización de las bases para fijar las responsabilidades civiles pero no sus cuantificaciones particulares. De cualquier forma conviene rechazar la visión que apunta la acusación particular en su impugnación: la indemnización es puramente reparatoria. No tiene contenido ejemplarizante o punitivo. Esas finalidades están ya cubiertas por las sanciones penales.

-LOS DAÑOS MORALES SE PRESUMEN EN LOS DELITOS SEXUALES.

Sentencia Nº: 327/2013
RECURSO CASACION Nº:1459/2012
Fallo/Acuerdo: Sentencia Desestimatoria
Procedencia: Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Sevilla.
Fecha Sentencia: 04/03/2013
Ponente Excmo. Sr. D.: Antonio del Moral García

Menú

Al enfrentarse a la tarea de cuantificar una indemnización por daños morales que, por cierto, viene impuesta no solo por el genérico art. 113 CP, sino también de forma específica para estas infracciones por el art. 193 CP, considera adecuada la cantidad de 12.000 euros que reclamaba la acusación pública.
La Sala explica que ha tenido en cuenta que el daño psíquico inherente a todo abuso sexual se ve incrementado por la edad ("adolescente de la víctima que ha requerido terapia especializada para superar las consecuencias del hecho").

Tachar de inmotivada esa decisión no es ni razonable ni atendible. Es motivación sobrada y lo que está falto de motivación es el reproche que dirige el recurrente en este punto a la sentencia. No pueden exigirse en esta materia ecuaciones exactas. Es tan notorio que mantener relaciones sexuales de esa forma impuesta con una adolescente le ocasiona un negativo impacto psíquico que verter razonamientos esforzándose en justificar los perjuicios morales y su alcance sería tanto como minusvalorar la sensibilidad del lector de la sentencia. Esas consecuencias negativas, además, han sido resaltadas a través de la prueba practicada en el juicio y las declaraciones de familiares de la menor. Precisamente por esa evidencia puede bastar con la genérica referencia a los daños morales causados. Resulta innecesario detenerse a considerar por qué ese tipo de hechos ocasionan perjuicios morales en una persona y por qué es ineludible cuantificarlos en una cifra que sea algo más que un símbolo, máxime cuando, como en este supuesto, la mitigación de esas secuelas psíquicas ha precisado de tratamiento especializado. Es claro que la traducción pecuniaria de esos perjuicios no es fácil como afirma la Audiencia al abordar esta cuestión (fundamento de derecho octavo) y ha de guiarse por valoraciones estimativas en las que no pueden introducirse absurdos criterios aritméticos. Sobre esta materia la STS 1534/1998 de 11 de diciembre, ante una alegación similar, expresa lo que, por otra parte, es obvio: "El recurrente no ha tenido en cuenta que la motivación del daño moral producido no careció de fundamento, pues se han fijado los hechos que han producido el daño. La cuantificación del mismo en dinero es, en principio, imposible de realizar, en la medida en la que el daño moral no genera gastos precisos". El art. 193 CP presupone la existencia de esos perjuicios en este tipo de delitos. Su cuantificación no es posible más allá de unas referencias genéricas a cuyo fin son más que suficientes las vertidas en el fundamento de derecho octavo de la sentencia que se entretiene precisamente en consignar esas dificultades. Tratar de razonar que la cantidad debiera haber sido mayor o menor es tarea inútil y condenada al fracaso. Seguramente todo monto pecuniario será escaso, pero apareciendo como ponderada y ajustada a los márgenes habituales la cifra establecida por el Tribunal a quo no es posible ni su revisión en casación, ni exigir -por imposible- una mayor motivación que además sería puramente retórica, pero no sustancial.

Menú

DELITO DE ESTAFA: ART 248 CP

-Engaño "bastante": la exigencia de que el engaño sea "bastante" no puede llevar a una atrofia de la tutela penal, obligando al particular a una extremada y sistemática desconfianza incompatible con el tráfico jurídico mercantil y la convivencia social.

Sentencia Nº: 319/2013
RECURSO CASACION Nº:1277/2012
Fallo/Acuerdo: Sentencia Desestimatoria
Procedencia: Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Madrid.

Fecha Sentencia: 03/04/2013
Ponente Excmo. Sr. D.: Antonio del Moral García

En ese marco ni había razones para desconfiar, ni era exigible que la entidad bancaria iniciase unas averiguaciones que de tener que emprender en todos los casos similares paralizarían y lastrarían su actividad. En el tráfico mercantil ha de operarse con unos mínimos márgenes de confianza, que una forzada atrofia del derecho penal y en particular de los delitos de defraudación no puede entorpecer, obligando a los particulares a asumir tareas preventivas que, rectamente entendidas, son función de la norma penal.

La doctrina a tenor de la cual no hay estafa cuando el error ha sido provocado más que por el engaño por la indiligencia del sujeto pasivo (sentencia 1285/1998, de 29 de octubre) resulta por eso inaplicable al supuesto ahora contemplado.

Una cosa es que la maniobra engañosa sea absolutamente incapaz de provocar un error en el sujeto pasivo y finalmente el desplazamiento patrimonial se provoque por la manifiesta desidia e indiligencia de éste (es el caso del cobro de cheques en los que se ha hecho figurar una firma fingida que no guarda similitud alguna con la auténtica) y otra que se dejen al margen de los tipos de estafa perjuicios ocasionados por engaño a quienes actuando de buena fe operan en las relaciones sociales y mercantiles con esas mínimas dosis de confianza en los demás que son indispensables para la convivencia y el tráfico económico y comercial. La autotutela no puede llevar a imponer e implementar en la sociedad actitudes de extremada y sistemática desconfianza en la que solo la acreditación exhaustiva de cada extremo sería escenario apropiado para un negocio o una transacción.

Recordemos al hilo de algunas citas jurisprudenciales las pautas en las que se mueve esta Sala Segunda al interpretar la necesidad de que el engaño sea "bastante", lo que en términos plásticos ya apuntaba un clásico tratadista ("no hay estafa cuando el error más que del engaño procede de la estúpida credulidad del sujeto pasivo").

La STS 271/2010, de 30 de enero contiene una extensa y precisa panorámica de la evolución e hitos de esa doctrina

-Estafa procesal: la consumación del subtipo del art. 250.1.7º CP exige que efectivamente haya recaído resolución judicial como consecuencia del engaño.

Menú

Sentencia Nº: 381/2013
RECURSO CASACION Nº:1314/2012
Fallo/Acuerdo: Sentencia Estimatoria Parcial
Fecha Sentencia: 10/04/2013
Ponente Excmo. Sr. D.: Antonio del Moral García

Pero la reforma de 2010 ha variado esa perspectiva. El art. 250.1.2º hablaba de "simulación de *pleito o empleo* de otro fraude procesal", una fórmula lo suficientemente

abierta como para dar cabida a supuestos como el presente: cualquier estafa que tuviese como herramienta un proceso, con independencia de la maquinación defraudatoria concreta desplegada. Tras la modificación de 2010 ha cambiado la norma más de lo que en una primera aproximación pudiera intuirse. Lo que se llegó a catalogar como simple mejora técnica que tendía a aproximar el concepto legal de estafa procesal con la morfología que a esa figura atribuye desde antiguo la dogmática, ha comportado repercusiones en los contornos de la tipicidad reduciendo su espacio. Antes era más holgado y abierto: se dibujaban sus linderos con trazos gruesos. El legislador de 2010 se ha valido de un fino pincel para detallar los perfiles del subtipo, queriendo guardar fidelidad a la conformación doctrinal del delito de "estafa procesal". La agravación por "fraude procesal" se ve sustituida, ya con un *nomen* propio, por "la estafa procesal" que aparece en el reformado art. 250.1.7º. Incurren en estafa procesal –se precisa- *"los que en un procedimiento judicial de cualquier clase, manipularen las pruebas en que pretendieran fundar sus alegaciones o emplearen otro fraude procesal analógo,* ***provocando error en el Juez o Tribunal llevándole a dictar una resolución que perjudique a los intereses económicos de otra parte o de un tercero",*** Se han incrementado las exigencias típicas que solo quedan colmadas cuando se llega a provocar error en el órgano judicial y el perjuicio se deriva de la resolución judicial fruto de ese engaño. Si el propósito queda abortado, estaremos ante el subtipo, pero en grado de tentativa.

La conocida como estafa procesal impropia (STS 266/2011, de 25 de marzo), en la que el beneficio se alcanza al conseguir el allanamiento, desistimiento o renuncia de la contra parte mediante maniobras torticeras, ha quedado excluida de la agravación. Si no se produce una resolución judicial consecuencia del engaño podremos estar ante el subtipo, pero no consumado.

Concurso entre estafa procesal en grado de tentativa y tipo básico de estafa consumado: principio de alternatividad (art. 8.4 CP).

Sentencia Nº: 381/2013
RECURSO CASACION Nº:1314/2012
Fallo/Acuerdo: Sentencia Estimatoria Parcial
Fecha Sentencia: 10/04/2013
Ponente Excmo. Sr. D.: Antonio del Moral García

Menú

Cuando el subtipo en grado de tentativa confluye con la estafa consumada (por haberse obtenido el acto de disposición patrimonial sin llegar a una decisión judicial), habrá que estar al principio de alternatividad (art. 8.4 CP). Normalmente prevalecerá la estafa ordinaria en grado de consumación con una penalidad superior (prisión de seis meses a tres años), al subtipo agravado en grado de tentativa (prisión de seis meses a un año menos un día, más multa). Las dos tipificaciones gozan de igual nivel de especialidad. No es aplicable tal criterio –lex specialis derogat generalis- que con carácter preferente establece el art. 8 CP. La calificación como estafa procesal en grado de tentativa contempla el buscado mecanismo de provocar error en el órgano judicial, pero no valora que el perjuicio patrimonial se ha obtenido realmente. La calificación como estafa ordinaria consumada toma en consideración este relevante dato, pero no refleja de ninguna forma el plus de gravedad que significa haber intentado instrumentalizar al juez para la defraudación. Hay un núcleo común que contemplarían ambas calificaciones. Pero al mismo tiempo cada una de ellas introduciría un elemento adicional no abarcado

por la otra. En esas condiciones las reglas del concurso de leyes nos llevan al principio de alternatividad (art. 8.4 CP).

Estafa: Inexistencia de prejudicialidad penal positiva en el proceso penal.

Nº de Recurso: 1568/2012
Nº de Resolución: 383/2013
Ponente: ANTONIO DEL MORAL GARCIA

En los motivos primero y tercero el condenado recurrente invoca como documentos varias sentencias recaídas en procesos seguidos contra el acusado. En una de ellas -la enarbolada en el motivo primero (sentencia de ocho de julio de 2005)- fue condenado por un delito de estafa. Está unida a los autos (págs. 365 a 378). En sus fundamentos de derecho, al hilo de la motivación fáctica, se expresa que no constaba acreditado que en 1999 el acusado tuviera problemas económicos o fuese insolvente. Esos problemas, según siempre esos razonamientos, aparecieron en los años 2000 y 2001. Esta apreciación sirvió de base a aquel pronunciamiento para excluir el dolo antecedente que discrimina entre una estafa y un incumplimiento civil, en las operaciones anteriores a esos años. *"En 1999 la apariencia de solvencia y la existencia de engaño es dudosa"* se afirmaba.
Las otras dos sentencias (motivo tercero) son absolutorias. En ambos procesos seguidos en sendos Juzgados de lo Penal de Madrid se acusaba al ahora recurrente por operaciones similares a la aquí enjuiciada (no entrega de vehículos ya abonados). Las dos resoluciones descartan la intención defraudatoria del recurrente. Su lectura evidencia que en esa decisión hubo de pesar indudablemente el acuerdo a que el recurrente había llegado con los adquirentes antes del juicio.
Los dos motivos están abocados al fracaso.
Desconocen tanto los condicionantes del art. 849.2º, como la inexistencia de prejudicialidad penal positiva en el proceso penal (lo que explica con rigor la otra parte recurrente en el primero de sus motivos).
Esos documentos solo muestran que el acusado fue condenado por un delito de estafa en 2005; y absuelto en otros dos procesos seguidos en Madrid. Esa realidad es compatible con los hechos que la sentencia ahora examinada da como probados. No habría ningún inconveniente en añadir a los hechos probados las aludidas sentencias, si se quiere incluso con todo su desarrollo. Pero sería una tarea vana: no se modificaría la subsunción jurídica.
De una parte, porque el hecho de que una sentencia haya declarado que a tenor de la prueba practicada en el juicio de que se conoció no ha quedado acreditado que en unas operaciones el acusado actuase con dolo antecedente por no constar que en 1999 atravesase ya dificultades económicas y por tanto que aparentara una solvencia inexistente, es compatible con que una persona solvente pueda defraudar en la forma que narran los hechos probados de esta sentencia; y también con la posibilidad de que en 1999 tuviese efectivamente dificultades económicas (la sentencia se limita a decir que no constaban). El delito de estafa objeto de condena tal y como se perfila por el Tribunal *a quo* no se vincula a una apariencia de solvencia, sino al fingimiento de un propósito de cumplimiento inexistente. Una situación de solvencia es cohonestable con aparentar que se está dispuesto a cumplir, no siendo así.
En otro orden de cosas, que en dos procesos por hechos semejantes fuese absuelto es también realidad armonizable con los hechos probados. Habría un problema, pero de cosa juzgada, si los hechos fuesen los mismos. Existiría un problema, también de cosa

Menú

juzgada pero con matices muy diferentes, si las previas sentencias fuesen condenatorias y pudiera hablarse de un delito continuado. Pero tratándose de sentencias absolutorias, por conductas distintas, para nada condicionan el enjuiciamiento de estos hechos. Constituyen unos datos valorables y, que la Sala de instancia ha podido valorar. Pero no son ni concluyentes, ni decisivos, ni tienen excesiva trascendencia.

DELITO DE APROPIACIÓN INDEBIDA:
-Evolución jurisprudencial: alcance del verbo "distraer".
Sentencia Nº: 378/2013
RECURSO CASACION Nº:1544/2012
Fallo/Acuerdo: Sentencia Estimatoria
Fecha Sentencia: 12/04/2013
Ponente Excmo. Sr. D.: Antonio del Moral García

La interpretación del delito de apropiación indebida ha evolucionado. Lo recuerda el Fiscal. Durante años se consideró mayoritariamente que el verbo "distraer" no añadía nada realmente diferencial a la conducta típica de "apropiarse". Pero en los últimos años el vocablo "distraer" ha servido para enriquecer los espacios de la apropiación indebida. Si antes se llegaba a afirmar que por mucha extensión que se quisiese dar al término "distraer" en oposición al término "apropiarse" el delito exigiría siempre el *animus rem sibi habendi* es decir la intención de incorporar al propio patrimonio una cosa ajena, hoy el panorama exegético imperante en la jurisprudencia llega a conclusiones mucho más matizadas en las que indaga el Fiscal en el solvente dictamen evacuado ante esta Sala impugnando el recurso.

Los títulos enumerados en el art. 252 de forma ejemplificativa -depósito, comisión, administración- tienen un denominador común: son títulos traslativos de la posesión pero no de la propiedad. No cualquier título que produzca la obligación de devolver o entregar es apto para integrar esa tipicidad; solo aquellos que habiendo transmitido la posesión no transmiten a la vez el dominio. Por eso ni el préstamo o mutuo, ni el depósito irregular, por más que generen una obligación de devolver, darán nunca vida a una infracción penal incardinable en el art. 252. Autor ha de ser el poseedor no propietario. La primera condición para **apropiarse** de algo es no ser dueño. Nadie puede **apropiarse** de lo que ya le pertenece.

Esas premisas son nítidas y evidentes, pero valen solo para la modalidad de **apropiación.** En los últimos años la jurisprudencia ha querido dotar al término **distraer** de un significado propio, distinto y complementario: si el legislador ha incluido los dos verbos hay que pensar que no es una mera redundancia. Para algunos se trataría de recoger los casos en que el objeto son bienes fungibles, esencialmente el dinero. **Distraer,** en otra línea**,** en la concepción hoy mayoritaria en la jurisprudencia significaría desviar del fin pactado. Por esa senda discurre la argumentación del bien fundado informe del Fiscal que se hace eco con fidelidad de la doctrina jurisprudencial: distraer es destinar lo recibido a un fin diferente al pactado con el *tradens.* Su objeto serían cosas fungibles, singularmente el dinero. El delito consistiría no tanto en incorporar el dinero recibido al propio patrimonio -donde ya quedó integrado aunque de forma condicionada- cuanto en invertirlo en fines distintos de los establecidos, irrogando con ello un perjuicio patrimonial a quien según lo acordado tenía derecho a que el dinero le fuese entregado o devuelto (STS 2339/2011, de 7 de diciembre).

Menú

-Apropiación indebida: el contrato de arrendamiento de obra no es idóneo para construir el delito de apropiación indebida salvo que exista aportación de materiales por parte del dominus; o, con ciertas condiciones, cuando aparezca singularizado el monto del importe total que ha de destinarse específicamente a la adquisición de los materiales necesarios.

Sentencia Nº: 378/2013
RECURSO CASACION Nº:1544/2012
Fallo/Acuerdo: Sentencia Estimatoria
Fecha Sentencia: 12/04/2013
Ponente Excmo. Sr. D.: Antonio del Moral García

Se considera que el art. 252 CP ha sido indebidamente aplicado. Los hechos probados no serían incardinables en tal precepto. Serían atípicos. Pese al carácter de *numerus apertus* de los títulos mencionados en el art. 252 como presupuesto de tal infracción penal, no cualquier relación que lleve aneja una obligación de reintegrar o devolver es idónea para cubrir las exigencias del delito de apropiación indebida. El arrendamiento de servicios, figura a la que quiere reconducirse la relación civil entre denunciantes y recurrentes, no sería uno de esos títulos en la medida en que no hubo aportación de materiales por parte de quien realizó el encargo. El metálico se entregó como pago del precio. El contratista lo recibió a título de dueño, en pago -en su caso, anticipado- de los trabajos a realizar.
… Solo cabría apropiación indebida si hubiese existido una aportación de materiales por parte del principal o dueño de la obra; pero no es viable conformar tal tipo penal cuando es el contratista quien está encargado por su cuenta y riesgo de acopiar los materiales. El dueño se obliga a entregar el precio global pactado; el contratista, a efectuar la obra y a todas las aportaciones necesarias para culminarla. Ambas modalidades de arrendamiento de obra merecen regulación divergente en los arts. 1588 y siguientes del Código Civil. Las diferencias obedecen a esa idea. Si el contratista se obliga a poner el material además de su trabajo, la pérdida fortuita de los materiales, su obtención a precio más o menos alto en relación a lo presupuestado o previsto, o cualquier otra incidencia carecerá de repercusión en el precio convenido.

-Apreciación del subtipo del art 250.1.6º: posible pero excepcional

Sentencia Nº: 295/2013
RECURSO CASACION Nº:892/2012
Fallo/Acuerdo: Sentencia Estimatoria Parcial
Fecha Sentencia: 01/03/2013
Ponente Excmo. Sr. D.: Antonio del Moral García

Menú

Ideada y diseñada para los delitos de estafa, la eficacia de esa agravación se proyecta también en los de apropiación indebida a través de la expresa remisión penológica que efectúa el art. 252. No obstante no puede perderse de vista esa inicial apreciación: el contexto y marco en el que el legislador pensó las agravaciones del art. 250 es el delito de estafa. Por eso algunas o no son en absoluto aplicables a la apropiación indebida (el

fraude procesal; “estafa procesal" propiamente a raíz de la reforma de 2010); o, siéndolo, han de ser analizadas con mucho rigor pues su compatibilidad con el delito de apropiación indebida es menos “natural”, por decirlo así (abuso de firma v.gr.) (STS 819/2006, de 14 de julio).

Esto último sucede con el subtipo ahora examinado. Su apreciación en opinión del recurrente representaría un atentado al non bis in idem pues es inherente a toda apropiación indebida ese abuso de confianza o de relaciones personales.
No se construye el motivo (lo que podría haberse hecho) fijándose en la condición de Sociedad mercantil de la perjudicada (a favor de la esa entidad se acuerda la indemnización). Y es que a estos efectos una sociedad de responsabilidad limitada, (o una anónima integrada por un número muy reducido de socios), permite “levantar el velo” para proyectar esas “relaciones personales” a que alude el precepto, al ente mercantil, sino a sus socios individuales.

Eso es lo que ha hecho la sentencia de instancia que apoya la agravación en la relación de amistad del recurrente con los otros dos socios, vínculos que determinaron su designación como administrador. Esa confianza y amistad habrían sido defraudadas y eso justificaría la subsunción de los hechos en el subtipo agravado.
El Fiscal, impugna el motivo pero antes, centra bien la cuestión: es de esencia de todo delito de apropiación indebida el quebrantamiento de unos deberes de lealtad y de la confianza previamente depositada en el autor. Convertirlo en administrador, arrendatario, mandatario… o en definitiva en poseedor de bienes cuya titularidad corresponde al futuro perjudicado supone por definición depositar en él, además de los bienes, una confianza. Es consustancial al delito del art. 252 quebrar la lealtad que se debe por esa previa confianza. Para encajar los hechos en el art. 250.1.7ª será necesario un plus, una confianza anterior y distinta a la que se crea con la relación que sirve de presupuesto a la apropiación indebida.

Hay que ser cuidadosos y restrictivos en la aplicación del art. 250.1.6º en los delitos de estafa para exigir “algo más” y soslayar el grave riesgo de incurrir en un bis in idem. No faltan posiciones en la dogmática que consideran un equilibrio imposible intentar descubrir como “dos” confianzas defraudadas: la genérica de toda apropiación indebida o estafa y otra superpuesta, determinante de la agravación. El principio de vigencia obliga a buscar un ámbito para ese subtipo querido por el legislador al menos con toda seguridad para el delito de estafa. Se encuentra ese espacio tal y como revela la jurisprudencia, exigiendo unas relaciones personales concretas entre víctima y defraudador, de las que se abuse específicamente en la dinámica comitiva y que representen un mayor desvalor
Si del campo de la estafa, nos trasladamos al de la apropiación indebida las cautelas con las que ha de manejarse ese subtipo han de acentuarse más. El quebrantamiento de vínculos de confianza o relaciones personales es elemento ínsito en toda apropiación indebida y la graduación entre una mayor o menor confianza defraudada es escala poco nítida para sentar fronteras claras entre el tipo básico y el agravado con el nada desdeñable incremento de pena que comporta la diferenciación. Será necesario señalar dos focos de confianza defraudados (en este caso el propio de la relación profesional de administrador y el de amistad), y un superior deber de lealtad violado al habitual; y que una de esas fuentes generadoras de confianza tenga su base en relaciones de tipo personal (las profesionales dan lugar a otro subtipo incluido en el mismo número) que

Menú

además sean previas a la relación jurídica presupuesto de la apropiación indebida (depósito, comisión, administración…).
Partiendo de esa postura restrictiva a la admisibilidad (la apreciación es posible pero la presunción es la de incompatibilidad) en este caso se entiende que no se da ese plus por cuanto las dos características que quieren diferenciarse (era administrador de la Sociedad y por otra parte era amigo de las víctimas) vienen a superponerse y a confundirse: en una sociedad limitada con tan reducido número de socios algún tipo de cercanía es justamente la que mueve ordinariamente a designar al administrador. No se detecta un "aliud" suficiente para dotar de contenido singular al subtipo agravado; máxime a la vista de la pobreza descriptiva de la sentencia sobre ese elemento. No se detalla qué nivel de amistad existía. Dentro del genérico concepto de amistad caben muchos grados. Sociológicamente la palabra "amigo" se usa para designar muy distintos niveles de relación. Es casi redundante, "predeterminante"e insuficiente referirse de manera genérica a la "confianza" que existía entre ellos. Hablar genéricamente de "relaciones personales de amistad y confianza" es descripción muy parca y ambigua para rellenar ese plus que exige el subtipo, lo que no obsta para retomar esas relaciones como elemento individualizador de la pena que además es expresamente mencionado por el art. 249 CP (relaciones entre autor y víctima).

DELITO DE RECEPTACIÓN. ART 298 CP

Tribunal Supremo Sala 2ª, S 17-5-2012, nº 378/2012, rec. 1045/2011. Pte: Moral García, Antonio del

Menú

El delito de receptación en la regulación que le ha dado el Código Penal de 1995 se ha ensanchado al atraer a su esfera típica algunos supuestos de favorecimiento real -o auxilio de complemento- retribuido que antes constituía en ocasiones una modalidad de encubrimiento. Al mismo tiempo está perdiendo algunos de sus espacios clásicos arrebatados por el delito de blanqueo de capitales en progresiva expansión desde su aparición en nuestro ordenamiento punitivo. Esta infracción ha ido cobrando mayor protagonismo en detrimento de la receptación, incluso al nivel simbólico de las rúbricas legales: el capítulo XIV del Título XIII del Libro II del Código Penal a partir de la reforma de 2010 ha cambiado su denominación adquiriendo sustantividad el blanqueo de capitales también en ese plano semántico, en el que antes era sencillamente una conducta "afín" al tradicional delito de receptación. Con arreglo al vigente art. 298 el delito de receptación, " requiere para su apreciación la concurrencia de los siguientes requisitos: 1º) Ha de existir la comisión de un delito contra el patrimonio o el orden socioeconómico, en el que el autor de este delito no haya intervenido ni como autor ni como cómplice; 2º) Ha de concurrir una actuación de aprovechamiento para sí de los efectos del delito, lo que constituye el núcleo de esta infracción y determina el momento de la consumación; en concreto, el tipo penal requiere un acto de ayuda a los responsables a aprovecharse de los efectos del mismo, o un acto receptor de encubrimiento, de manera que el autor reciba, adquiera u oculte tales efectos; 3º) Debe concurrir en el autor ánimo de lucro; y 4º) Ha de darse un elemento básico de carácter cognoscitivo, consistente en el conocimiento por el sujeto activo de la comisión antecedente de tal delito contra los bienes, conocimiento que no exige una noticia exacta, cabal y completa del mismo, sino un estado de certeza que significa un saber por encima de la simple sospecha o conjetura. Dicho conocimiento habrá de ser inferido

como hecho psicológico o interno, al faltar prueba directa en la mayoría de los casos, de datos externos y objetivos acreditados, con los que pueda establecerse un nexo causal y lógico, bastando de ordinario para entender cumplido dicho requisito con que el Tribunal de instancia emplee expresiones tales como «a sabiendas o con conocimiento de su origen ilícito» (sentencia de esta Sala 590/2010, de 2 de junio).

DELITO DE INCENDIO: ART 351

Tribunal Supremo Sala 2ª, S 13-11-2012, nº 1068/2012, rec. 2016/2011
Pte: Moral García, Antonio del

El recurrente, por fin, tímidamente sugiere en algún pasaje de su escrito que los hechos podrían ser calificados como falta o como delito de incendio en grado de tentativa.
El delito de incendio queda consumado tan pronto el fuego pasa del medio incendiario al objeto que se desea prender (STS 1457/1999, de 2 de noviembre, 753/2003, de 26 de abril 218/2003, de 18 de febrero). Es patente que el delito quedó consumado. Solo cabe imaginar formas imperfectas en relación al tipo agravado cuando la acción idónea para producir peligro a la integridad física o vida no provoca ese riesgo por causas ajenas a la voluntad del autor (STS 1263/2003, de 7 de octubre, ó 1068/2009, de 4 de noviembre). Pero habiéndose prendido el fuego y no habiéndose aplicado el tipo del art. 351.1, al excluirse el riesgo par la vida o la integridad, es inviable la tentativa.
En lo atinente a la reconducción de los hechos a una falta de daños, podría tener razón el recurrente: la sentencia niega que exista prueba sobre el valor de los daños ocasionados por el fuego, pero parte de un entendimiento a tenor del cual todo daño causado mediante incendio merecería la pena del art. 266 CP EDL 1995/16398 , con independencia de su alcance, por mor de la remisión efectuada por el art. 351.2. No puede aceptarse esa exégesis. El reenvío al art. 266 no es meramente penológico sino también material, por lo que han de cubrirse todos los requisitos del art. 266 que a su vez ha de integrarse con el tipo básico de daños del art. 263: daños en propiedad ajena por valor superior a 400 euros.

DELITOS CONTRA LA SALUD PÚBLICA: ART 368

DOSIS MÍNIMA DE SUSTANCIA ESTUPEFACIENTE

Tribunal Supremo Sala 2ª, S 16-5-2012, nº 377/2012, rec. 1187/2011. Pte: Moral García, Antonio del

De otra parte se enarbola la jurisprudencia de esta Sala que ha negado relieve penal a las transmisiones de cantidades de sustancia estupefaciente o psicotrópica tan "ínfimas" que permiten desechar todo riesgo de afectación de la "salud pública" (por todas, Sentencia 870/2008, de 16 de diciembre). La cantidad de cocaína transmitida e intervenida (1,37 gramos con una riqueza base de 20,47 %) -aún reducida a sustancia pura- rebasa en mucho la dosis mínima psicoactiva que se viene situando en 0,05 gr. (Sentencias 844/2006, de 20 de julio, 1.098/2006, de 6 de noviembre, o la más reciente 237/2012, de 29 de marzo, reflejo del Acuerdo del Pleno no Jurisdiccional de esta Sala de fecha 3 de febrero de 2005). Esa mera consideración aboca a la inacogibilidad del argumento y consecuente desestimación del motivo.

Menú

Fuente: J Huete

ESCASA ENTIDAD: ART 368.2 CP

Tribunal Supremo Sala 2ª, S 21-5-2012, nº 412/2012, rec. 186/2012. Pte: Moral García, Antonio del

El precepto vincula la atenuación a dos parámetros que no necesariamente han de exigirse acumuladamente basta una de las alternativas -o menor antijuricidad, o menor culpabilidad-, y no la concurrencia de ambas (Sentencias 32/2011, de 25 de enero; 51/2011, de 11 de febrero; y 448/2011, de 19 de mayo, entre otras). El juez o tribunal habrá de atender a ambas cuestiones - escasa entidad del hecho y circunstancias personales del culpable-, pero no necesariamente habrá de señalar elementos positivos en ambos ámbitos (uno vinculado a la antijuricidad -escasa entidad-; el otro referido más bien a la culpabilidad - circunstancias personales-). Por eso la aplicación del subtipo es viable si, constatada la escasa entidad, se valoran las circunstancias personales y no se encuentra ninguna que desaconseje la atenuación.

Serían supuestos en que concurre claramente uno de los parámetros, pero el otro, sin ser negativa, resulta simplemente neutro. Entendemos que, en este caso, el Tribunal podría apreciar la atenuación, pues el precepto sólo exige que atienda a la "escasa entidad del hecho y a las circunstancias personales del autor", realizando una ponderación completa y conjunta de ambos parámetros, pero sin exigir que concurran ambos, bastando con la concurrencia de uno de ellos y la inoperatividad del otro por resultar inexpresivo...

... En relación con el parámetro "escasa entidad del hecho" entendemos que se cumple, pues se trata de la venta de una dosis de heroína de 0,13 gramos. con pureza del 27,94%. Pues bien, tratándose de una cantidad tan reducida, la capacidad de lesión del bien jurídico protegido, salud pública, e incluso de la salud individual debe entenderse escasa. Fijémonos, que la ley permite aplicar el subtipo incluso en los casos en que concurran los supuestos del artículo 369 CP , que constituyen auténticos subtipos agravados, lo que debe abundar en la mayor posibilidad de ser aplicado en los casos de simple concurrencia primaria del artículo 368 CP , como tipo básico de referencia sobre el que aplicar la reducción de la pena en uno o dos grados. Nada se dice, por otro lado, en el relato histórico, sobre la contemplación de la escena por otras personas, eventuales prosélitos, o sobre el carácter de la zona como propensa o proclive a la venta habitual a consumidores, con denuncia de escandalizados vecinos, circunstancia que nos permitiría inferir el favorecimiento del delito, su impunidad, la convivencia del crimen con la vida ordinaria y el peligro abstracto, en suma real e intensificado para el bien jurídico protegido. En conclusión creemos que concurre el parámetro de la escasa entidad del hecho.

En cuanto a las "circunstancias personales", poco sabemos, pero sí lo suficiente. El acusado no tenía antecedentes, ni por el delito objeto de condena ni por ningún otro. Consta también que es extranjero y sin que conste su situación administrativa. Así entendida, la culpabilidad o responsabilidad personal por haber cometido el hecho antijurídico podría entenderse, sin duda, concurrente, pero no intensa. No es que actúe apremiado por razones de urgencia que no podemos presumir, pero su comportamiento se enmarca en la venta al menudeo de sustancia próxima a la dosis mínima psicoactiva, situación tal vez próxima a la situación de autofinanciación para costearse su propio consumo.

Fuente: J Huete

En fin que de acuerdo con la teoría normativa de la culpabilidad, su culpabilidad es existente y real, pero el reproche personal por haber cometido el hecho "de escasa entidad ", en ocasión aislada y en contexto vinculado á la ausencia de recursos económicos, también puede entenderse como más disculpable y de menor censura.
Por otro lado, y como hemos razonado, el juego de aplicación del precepto exige atender a la escasa entidad del hecho y a las circunstancias personales del autor de una manera global, con estudio de ambos parámetros, para llegar a una conclusión conjunta y ponderada que analice ambos parámetros, mas sin entenderlos como requisitos necesariamente concurrentes al modo de copulativas exigencias. En ese estudio global, e incluso en un estudio individual de los parámetros reglados, creemos que concurre el subtipo privilegiado por ser escasa la entidad del hecho y valorables las circunstancias personales como expresión de una culpabilidad igualmente de relevancia o intensidad menor".

Tribunal Supremo Sala 2ª, S 11-6-2012, nº 506/2012, rec. 1707/2011. Pte: Moral García, Antonio del
De cualquier forma también desde la otra posición exegética también podría revisarse por el Tribunal Supremo a través de este recurso extraordinario la concurrencia o no de los elementos que permiten la degradación. Eso es lo que solicita el Fiscal en su recurso: que se declare que no son apreciables esos presupuestos. Hay que detenerse, pues, en la glosa del art. 368.2º, desde esa perspectiva.
a) Se habla, primeramente de la "escasa entidad del hecho". Ese es un requisito insoslayable, que no puede eludirse de ninguna forma. Así como respecto de las circunstancias personales del autor el Código se limita a decir que han de ser valoradas por el Juzgador, sin exigir que concurra alguna favorable; en relación al hecho declara que ha de ser de "escasa entidad". Son términos muy valorativos, pero necesariamente han de interpretarse. Si eso es un presupuesto de la aplicación del art. 368.2º en casación ha de controlarse su concurrencia discriminando qué hechos son "de escasa entidad" y cuales no son susceptibles de atraer ese calificativo. El Tribunal Supremo habrá de rechazar la aplicación del subtipo cuando entienda que no es apreciable esa situación, por más que venga definida a través de unos conceptos muy vagos, que habrá que ir precisando casuísticamente.
b) No se alude a la cantidad de droga, sino a la entidad del hecho. No estamos ante la contrapartida del subtipo agravado de "notoria importancia" (art. 369.1.5ª). Hay que evitar la tentación de crear una especie de escala de menos a más: cantidad por debajo de la dosis mínima psicoactiva (atipicidad); escasa cuantía (368.2º); supuestos ordinarios (tipo básico: art. 368.1º); notoria importancia (art. 369.1.5ª); y cantidad superlativa (art. 370). El art. 368.2º se mueve en otra escala no coincidente con esa especie de gradación. Así viene a demostrarlo la posibilidad legal, introducida durante la tramitación parlamentaria del proyecto de ley, de aplicarlo a los casos del art. 369 y entre ellos, al menos por vía de principio, a supuestos en que la cantidad sea de notoria importancia. No se está hablando de "escasa cantidad", sino de "escasa entidad". Hay razones diferentes al peso reducido que pueden atraer para el hecho la consideración de "escasa entidad" (sin afán de sentar conclusión alguna, se puede pensar en labores secundarias; facilitación del consumo a través sencillamente de informaciones sobre lugares de venta; tareas de simple vigilancia realizadas por alguien externo al negocio de comercialización; suministro de droga por unas mal entendidas motivaciones compasivas; actuación puntual y esporádica que no supone dedicación y ajena a móviles lucrativos...).

Menú

c) Siendo conveniente la aclaración anterior, también lo es que la cuantía es uno de los criterios -no el único- que la ley toma en consideración para medir la gravedad de los delitos de tráfico de drogas. Lo evidencia la gradación que se acaba de hacer supra al dictado de los subtipos agravados de los arts. 369 bis y 370. No es el único parámetro para evaluar la gravedad (se maneja también la naturaleza de la sustancia -mayor o menor afectación de la salud-, los medios utilizados, la intervención plural organizada o puramente individual, las condiciones del destinatario de la droga...). Pero indudablemente la cantidad es un punto de referencia nítido para la ley. De ahí que uno de los principales datos que pueden llevar al intérprete a estimar en materia de delitos contra la salud pública que el hecho tiene "escasa entidad" será justamente la reducida cuantía de la droga manejada. De la misma forma, cuando, en atención al tipo aplicable la cuantía es alta (sin llegar a la prevista en el art. 370, donde está legalmente excluida la atenuación), habrá base para negar la "escasa entidad" del hecho. No significa que no pueda catalogarse como tal una conducta cuando se rebasan ciertos volúmenes; pero sí que las otras posibles circunstancias que lleven a esa consideración habrán de tener una significación más intensa o poderosa para contrarrestar ese dato.
d) Sin ánimo de enredarse con sutiles debates filológicos y sin pretender dotar a este argumento gramatical de más importancia de la que tiene, parece relevante el adjetivo elegido por el legislador: "escasa". La entidad -"importancia"- del hecho ha de ser "escasa". En otros subtipos atenuados se habla de "menor gravedad" (arts. 147 o 242 del Código Penal) o "menor entidad" (arts. 351 o 385 ter) lo que parece contener una exigencia menos intensa. El calificativo "escasa" evoca la nimiedad de la conducta. La locución "menor gravedad o entidad" introduce un factor de comparación con el tipo básico: los hechos han de tener no una gravedad ínfima por sí, sino una gravedad inferior a la ordinaria del tipo básico (vid. STS 329/2012, de 27 de abril). En el art. 368 se prescinde de ese índice comparativo y se sugiere más bien una idea de valoración objetiva en sí. Sin poder extremarse las consecuencias de esta observación, sí que se subraya de esa forma el carácter más excepcional de esta atenuación. El tipo ordinario, el previsto para los supuestos habituales, es el art. 368.1º. Ahí se incorpora el reproche que el legislador considera adecuado para esas conductas. La comprobación de que el mínimo de esa pena resultaba en algunos casos desproporcionado condujo al legislador, a impulsos de un acuerdo no jurisdiccional de esta Sala como se expresa en la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 5/2010 , a introducir un nuevo párrafo para permitir en esos casos atemperar su penalidad a su real gravedad. No es aventurado intuir que se pensaba especialmente en sustancias que causan grave daño a la salud donde el mínimo imponible de prisión era de tres años, aunque tanto la propuesta como su plasmación legal se extienden a las dos modalidades del art. 368.1º. El tipo básico sigue estando ahí: ese es el llamado a recoger en su ámbito los supuestos ordinarios. El subtipo atenuado es lo extraordinario. Sería contrario a la voluntad de la ley invertir los términos de forma que el art. 368.2º se convierta en la figura ordinaria, y el art. 368.1º en la residual. Esa praxis nos situaría en pocos años en la misma situación anterior a la reforma de 2010: la equiparación penológica de supuestos muy dispares estimularía para la elaboración de un nuevo subtipo atenuado para no dar la misma respuesta a casos de muy distinto relieve.
e) El precepto obliga a atender también a las circunstancias personales del autor. Pero así como en cuanto a la entidad del hecho sí requiere que sea "escasa", en este segundo parámetro se abstiene de exigir que concurran circunstancias que aconsejen la atenuación. Sólo obliga a valorar esas circunstancias personales, referente de otros muchos lugares del Código donde se dan orientaciones para las laborales individualizadoras (destacadamente en el art. 66.1.6ª; pero no en exclusiva: arts. 68,

Menú

153.4, 318 bis.5). La ponderación obligada de esas circunstancias (edad, grado de formación intelectual y cultural, experiencias vitales, extracción social, madurez psicológica, entorno familiar y social, actividades laborales, comportamiento posterior al delito...), simplificando las cosas, puede arrojar tres resultados. El primero, sería el descubrimiento de algunas circunstancias que militan a favor de la atenuación. En el extremo opuesto estaría la detección de factores subjetivos que la desaconsejan. Por fin es imaginable que ese examen no alumbre nada significativo; es decir, que ese parámetro sea neutro o indiferente. De acuerdo con la dicción legal no queda excluida radical y necesariamente la atenuación en los dos últimos supuestos; aunque en el segundo caso será exigible una intensidad cualificada del parámetro objetivo. Sí que es factible que pudiendo catalogarse el hecho como "de escasa entidad", concurran condiciones en el culpable que se erijan en obstáculo para la apreciación del subtipo. Como se dice en la STS 188/2012, de 16 de marzo, " siendo determinante el criterio objetivo basta que el subjetivo no lo obstaculice negativamente".

f) ¿Cabe valorar a través de esa mención a las circunstancias personales algunas que ya son contempladas en el Código Penal como agravantes o atenuantes?. La respuesta a este interrogante ha de ser cuidadosa para no llegar a modelos incoherentes. El Fiscal en su escrito de recurso se queja de que la condición de toxicómano haya sido tomada en cuenta para construir una atenuante (art. 21.2ª) con los correspondientes efectos penológicos (art. 66) y luego sea recuperada para una nueva atenuación de la mano del art. 368.2 º. En sentido inverso podría proyectarse igualmente ese argumento en relación, por ejemplo, a la reincidencia: si ya es apreciada como agravante no podrá a su vez traerse a colación para vetar la aplicación del art. 368.2º. Algunos precedentes de esta Sala, aunque de manera incidental, aluden al art. 67 insinuando que no se podrá valorar a estos efectos (art. 368.2º) lo que el legislador ya toma en consideración como atenuante o agravante (SSTS 62/2012, de 8 de febrero, 114/2012, de 29 de febrero, 86/2012, de 15 de marzo, o 374/2012, de 9 de mayo).

g) Esa conclusión no puede ser absoluta y de hecho no lo es. En este punto el argumento que maneja el Fiscal no es decisivo. Por una parte porque la Sala esgrime como dato personal positivo el sometimiento a un tratamiento para la deshabituación. Esa actitud no coincide con la base de la atenuante del art. 21.2ª. Puede darse la atenuante sin esa voluntad de someterse a tratamiento. Y viceversa. No son coincidentes ambas situaciones. Una cosa es que se atenúe la pena como consecuencia de una grave adicción que impulsa a realizar hechos tendentes a sufragarse esa adicción; y otra, relacionada, pero diferente, y por tanto susceptible de una valoración positiva adicional, es que el sujeto muestre su voluntad de abandonar esa dependencia con actos positivos.

Menú

h) Pero además, hay que matizar esa supuesta imposibilidad de doble valoración. No tendría sentido que la condición de toxicómano no pueda ser tomada en consideración cuando la misma se refleja en una atenuante; y que sin embargo sí que pudiera ser circunstancia determinante en su caso de una degradación mayor (art. 368.2º) cuando por no cumplirse todos los requisitos de la atenuante (adicción grave y funcional respecto del delito) no se le ha otorgado esa eficacia. Apreciando la atenuante se estaría haciendo un flaco favor al culpable pues se vedaría la degradación propiciada por el art. 368.2º, sustituida por la mitad inferior del tipo básico (art. 66.1.1ª). Sería preferible rechazar la atenuante para dar paso libre al art. 368.2º. Igual de incongruente que sería sostener que la apreciación de la agravante de reincidencia agota su eficacia en los efectos previstos en el art. 66 (mitad superior de la pena); y que en consecuencia será un elemento neutro en relación a valorar la aplicabilidad del art. 368. Y, sin embargo, frente a ello, utilizar otros casos en que la agravante no concurre (por ser delitos de distinta naturaleza; por tratarse de condenas referentes a hechos posteriores; por tratarse

de detenciones en actuaciones que todavía no han llegado a sentencia firme; por ser antecedentes cancelables...) para obstaculizar el subtipo. Si se parte de esa posición habría que desechar de raíz a estos efectos la ponderación de cualquier dato personal que tenga vinculación con una atenuante o agravante no apreciada y eso no parece acorde con la voluntad del legislador. En virtud de ello ya algunas sentencias de esta Sala han declarado tanto que la agravante de reincidencia no es un obstáculo insorteable para la aplicación del subtipo del art. 368.2º; como que la condición de toxicómano puede ser también tenida en cuenta a los efectos de propugnar esa atenuación privilegiada, aunque con ella se haya podido construir una atenuante. Por tanto en relación al asunto concreto que se está examinando no puede rechazarse que la valoración por la Sala de instancia para aplicar o no el art. 368.2º, se haya extendido a la no existencia de antecedentes penales (es decir, a que no concurría la reincidencia, lo que ya habría tenido repercusión al no aplicarse el art. 22.8ª del Código Penal); y al sometimiento a un tratamiento para superar su habituación al consumo de cocaína (lo que en alguna medida también ha sido tomado ya en consideración al apreciarse la atenuante del art. 21.2º).

i) En todo caso el excurso anterior conduce a una consideración de interés: las circunstancias personales juegan un papel secundario en el art. 368.2º. La clave principal de la que debe arrancarse es de la escasa entidad del hecho. Si la conducta no admite de ninguna forma esa catalogación el debate ha de darse por zanjado y cerrada la posibilidad de aplicar el art. 368.2º, en el bien entendido de que algunos factores de carácter predominantemente subjetivo y que por tanto encajarían en el concepto "circunstancias personales" también en ocasiones indirectamente abonan que el hecho tenga menor "entidad". Lo subjetivo es en muchos casos también un aspecto relevante del "hecho". Precisamente por eso por vía de principio no se encuentra impedimento alguno para que los partícipes en un mismo delito no respondan en virtud del mismo título. Son imaginables supuestos en que uno de los coautores (por la consideración objetiva de su aportación; o sus móviles) se haga acreedor de la atenuación del art. 368.2º; y otro, en cambio, responda por el tipo ordinario (por su intención, su papel más protagonista, su habitualidad en la actividad; o incluso el obstáculo que surge de una circunstancia personal).

OCTAVO.- El recorrido argumental anterior nos sitúa ante la pregunta básica a contestar para resolver el recurso del Fiscal: ¿ podemos hablar de hechos de "escasa entidad"? Ya se ha dicho que en la vertiente subjetiva no se detecta ninguna condición que lo impida, aunque la Audiencia también podría haber destacado otros datos que sí serían negativos y que ahora no se van a tomar en consideración (contar con un trabajo retribuido, hace más injustificable la dedicación a la comercialización de droga: vid. STS 163/2012 de 13 de marzo).

La respuesta a la cuestión planteada ha de ser negativa en virtud de la cantidad de droga ocupada y la inexistencia de otros datos objetivos aptos para menguar la gravedad. Aunque se sustraiga del total ocupado la sustancia que presumiblemente pudiera estar destinada al propio consumo -esporádico, no se olvide- como sugiere la Audiencia, estaríamos ante una cantidad que en una primera aproximación repele la etiquetación del hecho como de "escasa entidad". Como antes decíamos no se habla de "escasa cuantía", pero si la cuantía no es nimia y no existe ningún otro factor que denote una menor antijuricidad, quedan cerradas las puertas del art. 368.2º.

No será frecuente que lleguen a casación con el actual diseño legal, casos en que sea el tipo básico del art. 368.1º en relación a sustancias que no causan grave daño a la salud y en que se suscite el debate sobre la aplicabilidad del párrafo segundo, por obvias razones derivadas de las normas sobre competencia objetiva para el enjuiciamiento de

Menú

delitos. De hecho no existe ningún precedente jurisprudencial en el año y medio aproximado de vigencia de la norma. Pero sí se cuenta ya con un nutrido grupo de pronunciamientos que valoran esa circunstancia desde la perspectiva de sustancias que causan grave daño a la salud y que se centran básicamente en la cuantía para decidir la escasa entidad de la conducta. La proyección de la diversidad de cuantías según la sustancia de que se trate permite considerar que los criterios que se vienen utilizando para otras sustancias (cocaína o heroína) adaptados al haschís, determinan la inadmisibilidad del subtipo atenuado.
En efecto si atendemos a las cifras que esta Sala ha fijado para graduar la cantidad de notoria importancia a los efectos del art. 369.1.5 (Acuerdo de Pleno no jurisdiccional de 19 de octubre de 2001) y a partir de ellas realizamos los correctivos oportunos, tendremos que si 2.500 gr. de haschís es el peso que se corresponde con 750 gr. de cocaína o 300 gr. de heroína (pura en ambos casos); 190 gr. de haschís sería el equivalente aproximadamente a 57 gr. de cocaína; o a 22,8 gr. de heroína. Con pesos muy inferiores esta Sala ha rechazado el subtipo atenuado (por todas, SSTS 111/2012, de 6 de marzo, 323/2012, de 19 de abril, o 86/2012, de 15 de febrero). Podrá argüirse que son más lesivas para la salud la heroína o la cocaína. Pero eso ya está valorado por el legislador al diferenciar las penas del tipo básico. A los fines de decidir cuándo por su escasa cuantía el tráfico de haschís puede llevarnos al art. 368.2º, es un referente equilibrado esa ecuación: operar con los precedentes jurisprudenciales que serán mucho más frecuentes referidos a sustancias que causan grave daño a la salud y buscar las equivalencias partiendo de las cifras fijadas en relación al art. 369.1.5ª.

Sentencia Nº: 793/2012
RECURSO CASACION Nº:2121/2011
Fallo/Acuerdo: Sentencia Estimatoria Parcial
Fecha Sentencia: 18/10/2012
Ponente Excmo. Sr. D.: Antonio del Moral García

El art. 368.2º del CP. dispone: "No obstante lo dispuesto en el párrafo anterior, los tribunales podrán imponer la pena inferior en grado a las señaladas en atención a la escasa entidad del hecho y a las circunstancias personales del culpable. No se podrá hacer uso de esta facultad si concurriere alguna de las circunstancias a que se hace referencia en los artículos 369 bis y 370".
Hay que reiterar de la mano de una jurisprudencia ya consolidada que el art. 368.2º del CP. vincula la atenuación a dos parámetros que no han de exigirse acumulativamente. Basta una de las alternativas -o menor antijuricidad, o menor culpabilidad-. No es imprescindible la concurrencia de ambas (SS TS 32/2011, de 25 de enero; 51/2011, de 11 de febrero; y 448/2011, de 19 de mayo, o 570/2012, de 29 de junio, entre otras). El juez o tribunal habrá de atender a ambas cuestiones -escasa entidad del hecho y circunstancias personales del culpable-, pero no necesariamente habrá de señalar elementos positivos en ambos ámbitos (uno vinculado a la antijuricidad -escasa entidad-; el otro referido más bien a la culpabilidad -circunstancias personales-). Por eso la aplicación del subtipo es viable si, constatada la escasa entidad, se valoran las circunstancias personales y no se encuentra ninguna que desaconseje la atenuación. Sí queda legalmente excluida la atenuación cuando se da alguno de los supuestos de los arts. 369 bis ó 370 del Código Penal.

Menú

A los efectos de la capacidad de control casacional del uso de esa disposición tiene relevancia delimitar su naturaleza. Si se estima que estamos ante un subtipo atenuado

que, aún de contornos difusos, obliga a imponer una pena degradada, acrecerá la amplitud de la fiscalización en casación. Este Tribunal por la vía del 849.1º tendría en todo caso la última palabra sobre si es procedente o no la aplicación del art. 368.2º.

La literalidad del precepto podría alentar otra visión: la cláusula atenuatoria del art. 368.2º sería, según esa exégesis alternativa, de aplicación facultativa y no imperativa. Tendría una naturaleza análoga a la previsión, por ejemplo, del art. 65.3 del Código Penal. Desde ese prisma se estrecharían las facultades de revisión en casación. Podría cuestionarse si se dan los presupuestos necesarios para la atenuación; también si la decisión discrecional del Juzgador de instancia para hacer uso o no de la atenuación está motivada y es racional, no obedeciendo a puro decisionismo voluntarista. Pero, en último término, en el reducto final de la cierta discrecionalidad que alienta el precepto, sería una competencia exclusiva y excluyente del Tribunal de instancia. En ese núcleo, la decisión discrecional habría de respetarse siempre que se ajustase a la racionalidad. Si se trata de una facultad individualizadora discrecional, en casación solo podría controlarse que concurren los presupuestos que exige el art. 368.2º y que la decisión judicial -sea rechazando la degradación, sea admitiéndola- está razonada y es razonable y no arbitraria. En este segundo escenario comportaría mayores dificultades hacer uso per saltum de una facultad discrecional que no se planteó al Tribunal de instancia.

Esta Sala, tras iniciales vacilaciones, viene sosteniendo, a los efectos tanto de revisión de sentencias firmes como de control casacional, que el párrafo segundo del art. 368 ha de ser concebido como un subtipo atenuado y no una pura facultad discrecional. Esa aproximación a la exégesis del precepto, aún siendo discutible, propicia soluciones más satisfactorias a problemas de transitoriedad, así como una mayor capacidad de homogeneizar el uso del precepto a través del recurso de casación. Se razonó en ese sentido de forma extensa y clara en la sentencia 851/2011, de 22 de julio que se hacía eco de algunos pronunciamientos anteriores: "la reforma introduce un subtipo atenuado en el párrafo segundo, que no obstante referirse a la reducción en grado como mera posibilidad no significa que el Juez pueda libérrimamente rebajar o no la pena, sino apreciar discrecionalmente, es decir mediante valoración razonable y razonada, la concurrencia de los factores condicionantes de la reducción; pero sí los aprecia como concurrentes la rebaja debe entenderse como obligada".
Así pues, hay que partir de la máxima amplitud de fiscalización en casación de la decisión del Tribunal de instancia y concluir que también en casos como el presente en que no se ha suscitado la cuestión en la instancia podrá traerse a casación el debate sobre el art. 368.2º y concluir con su plasmación en la sentencia si se entiende que concurren los presupuestos que determinan su aplicación.

Menú

-COMPLICIDAD

Tribunal Supremo Sala 2ª, S 29-11-2012, nº 1073/2012, rec. 10595/2012
Pte: Moral García, Antonio del

Feliciano en un primer motivo no catalogado y carente de enunciado reivindica su condición de mero cómplice (lo que no hizo en la instancia), con una argumentación un tanto alambicada. Si se hubiese enrolado en la tripulación con el alijo ya embarcado, se dice, no podría hablarse de autoría. El motivo segundo del recuso de Leandro contiene igual pretensión: aplicación del art. 29 del Código Penal EDL 1995/16398 .

El razonamiento no es asumible. Aún en la hipótesis suscitada por el primero de los citados recurrentes no podría negarse la autoría. La amplitud de los verbos típicos del art. 368 obligan a encuadrar en las modalidades de autoría toda intervención relevante sea desde el momento inicial de la operación, sea exclusivamente en alguno de sus segmentos, intermedios o finales. Los recurrentes como miembros de la tripulación efectuaban un transporte de un alijo de droga en conjunción con otras personas, más allá de que pudiesen desempeñar un papel más secundario que otros. También la sentencia resolvió con acierto y con pertinente invocación de antecedentes jurisprudenciales esta cuestión. Su razonamiento puede ser asumido (párrafos finales el fundamento de derecho cuarto).
Los motivos carecen de aptitud para prosperar.

Menú

Tribunal Supremo Sala 2ª, S 7-2-2013, nº 184/2013, rec. 671/2012
Pte: Moral García, Antonio del

Tampoco puede convertirse en complicidad la coautoría. Una reiterada jurisprudencia se erige en un muro contra el que está condenada a estrellarse esa pretensión. Como es sabido, de manera muy excepcional y pese a la amplitud de los verbos típicos que maneja el art. 368. la jurisprudencia ha admitido casos de complicidad (vid, por todas, SSTS 1234/2005, de 21 de octubre, 198/2006, de 27 de febrero, 16/2009, de 27 de enero, 1041/2009, de 22 de octubre o 933/2009, de 1 de octubre). La conducta de los recurrentes desborda los singularísimos supuestos en que puede considerarse viable la complicidad en un tipo tan abierto como es el art. 368. Conductas como la aquí enjuiciada son catalogadas insistentemente por la jurisprudencia como "coautoría". Una cosa es que los acusados puedan actuar por cuenta y cumpliendo encargos y al servicio de otros y que ocupen un escalón no directivo, sino auxiliar o muy secundario, de meros peones (lo que serviría para excluir en su caso alguna de las agravaciones del art. 370); y otra muy distinta es que las actuaciones conjuntas y concertadas con pluralidad de partícipes obliguen a separar a los principales, para considerarlos coautores; de los subalternos, que serían cómplices pese a que su contribución objetivamente implica actos que el art. 368 considera de autoría. Son actividades que, sin duda alguna "facilitan y favorecen" el consumo ilegal de drogas tóxicas. Una consolidada línea jurisprudencial avala estas conclusiones: SSTS de 30 de mayo de 1991, 14 de abril de 1992, 9 y 19 de febrero de 1993 632/1993, de 15 de marzo, 435/1995, de 21 de marzo, 38/1996, de 26 de enero, 10 de marzo de 1997, 1226/1997, de 10 de octubre, 219/1998, de 17 de febrero, 6 de marzo de 1998, 1219/1998, de 15 de octubre ó 1213/2003 de 24 de septiembre.
La condición de mero peón contratado para tareas secundarias pero directamente relacionadas con la droga (descarga) integra un supuesto encajable en el art. 28 CP. EDL 1995/16398 En el plano de la individualización penológica podrá y deberá distinguirse entre el papel desempeñado por quienes aparecen como organizadores de la operación, o en unos niveles superiores; y aquellos cuyo aporte se mueve en un estadio muy secundario: descargadores, vigilantes...

-ACTITUD TOLERANTE DEL CONVIVIENTE EN CUANTO A LA ACTIVIDAD DE VENTA

Sentencia Nº: 163/2013
RECURSO CASACION (P) Nº:10762/2012 P
Fallo/Acuerdo: Sentencia Estimatoria
Fecha Sentencia: 23/01/2013
Ponente Excmo. Sr. D.: Antonio del Moral García

Con toda corrección la sentencia de instancia toma como punto de partida de la valoración jurídica de la conducta de la acusada la jurisprudencia, luego alegada también por la recurrente, a tenor de la cual la mera convivencia -y consiguiente conocimiento de su actividad- con quien se dedica a comercializar drogas no convierte en partícipe del delito al conviviente (Por todas, SSTS 1227/2006, de 15 de diciembre, 904/2008, de 12 de diciembre, 901/2009, de 24 de septiembre, ó 446/2008, de 9 de julio). Abstenerse de denunciar esos hechos no solo no está elevado a la categoría de delito (vid. art. 450 CP), sino que además tratándose del cónyuge (o por analogía, persona ligada por una relación de afectividad equiparable a la matrimonial) concuerda con la exención del deber genérico de denunciar los delitos públicos (art. 261 LECrim). No solo cuando existe una manifestada oposición a esa actividad del cónyuge "traficante" la conducta será atípica. Tampoco adquiere relieve penal cuando se detecta tolerancia, o incluso cierta connivencia o beneplácito. Hace falta algo más: un consorcio delictivo, una colaboración con la actividad del conviviente mediante acciones que supongan esa facilitación de su ilícito negocio o cooperación con el mismo. Más aún, incluso acciones que objetivamente contribuyen a esas tareas pero que pueden ser catalogadas como "neutras" quedarán fuera del campo de lo punible (repostar el vehículo común aún sabiendo que va a ser utilizado para distribuir la droga; comprar papel de aluminio para uso doméstico, aún con conciencia de que será aprovechado también para preparar las dosis por el conviviente; tareas de limpieza de la vivienda compartida donde se lleva a cabo la labor de venta; abrir la puerta ocasional y esporádicamente a algún comprador, sin más implicación en su atención…). Es necesario un plus, la prueba que demuestre que se ha dado el salto de un consorcio meramente afectivo a un consorcio criminal.

-POSIBLE COMISIÓN POR OMISIÓN DE LA ENCARGADA DEL LOCAL EN EL QUE SE REALIZA LA ACTIVIDAD DE VENTA

Sentencia Nº: 163/2013
RECURSO CASACION (P) Nº:10762/2012 P
Fallo/Acuerdo: Sentencia Estimatoria
Fecha Sentencia: 23/01/2013
Ponente Excmo. Sr. D.: Antonio del Moral García

Menú

No existe un deber de garante residenciado en los camareros de un establecimiento que los eleve a categoría de coautores por omisión de los delitos contra la salud pública que se puedan perpetrar en el local. Ni siquiera cuando se ostente un rango superior al de simple empleado y por tanto con mayores responsabilidades. Es indudable que tienen un deber de denunciar esos hechos. Incluso desde la perspectiva de su relación laboral. Pero esa omisión no es equivalente en el sentido del art. 11 CP a la actividad de venta de sustancias estupefacientes. Es más, en el caso de quien mantiene una relación marital con el traficante ese deber de denunciar se desvanece en virtud del principio de no exigibilidad (que inspira también la exención del art. 454 CP).

La indicación de que le "permitía" desarrollar esa actividad en el bar es insuficiente para concluir que se trataba de una actuación conjunta, en la que la acusada se sintiera concernida e implicada. Para la condena sería necesario que los hechos afirmasen eso con apoyo en datos expresos que avalasen esa estimación. El bagaje probatorio solo permite llegar a una sospecha fundada, pero insuficiente, de su implicación efectiva, más allá del mero conocimiento y tolerancia, en el negocio ilícito. No es baladí a ese respecto que no fuese la única que atendía en el local. No se duda de que tuviera conocimiento de los hechos que desarrollaba el acusado. Y su actitud, según se deduce, dista mucho de la propia de alguien que los rechaza. Pero de ahí a actos de autoría propia subsiste todavía un trecho que ni siquiera se colmaría con un nivel de complacencia superior a la mera tolerancia. Sería necesario acreditar esa asunción de la actividad como algo propio, sin perjuicio de quién fuese el encargado de la efectiva venta. La sentencia no ofrece datos para dar ese salto. Lo mismo que la tolerancia por parte de un empleado de un local de esa actividad por algunos clientes no lo convierte en coautor; ni el empleo de la vivienda común por uno de los moradores para la actividad más o menos regular de venta de droga, arrastra a todos los moradores a la coautoría por el mero hecho de tolerarla, la actuación que de la acusada se describe en la sentencia no llega a alcanzar relieve penal. No es posible objetivar racionalmente una conducta esperada y exigible penalmente de la acusada que hubiere evitado los hechos y en cuya omisión podría basarse la aplicación del art. 11 CP: ¿denunciar al coacusado? ¿amenazarle con romper la relación si proseguía con su actividad? ¿impedirle la entrada al bar? ¿de qué forma?. No puede subsumirse la actitud resignada o tolerante o complaciente (es indiferente) de la acusada en el art. 368 del Código Penal lo que deberá llevar a un pronunciamiento absolutorio tras la casación de la sentencia en este particular.

-TENTATIVA INIDÓNEA

Tribunal Supremo Sala 2ª, S 7-2-2013, nº 184/2013, rec. 671/2012
Pte: Moral García, Antonio del

En lo atinente al grado de ejecución los recurrentes se apoyan en la doctrina jurisprudencial que admite la figura del delito imposible (tentativa inidónea punible) en las infracciones de tráfico de drogas, cuando la intervención se produce en un momento en que la policía ha abortado la operación.

Menú

En efecto, excepcionalmente la jurisprudencia admite la tentativa en los delitos contra la Salud Pública (Sentencias de 4 de febrero de 1985, 27 de febrero de 1990, 27 de junio de 1991 ó 16 de octubre de 1991), siempre que no haya llegado a existir posesión -ni inmediata ni mediata- de la sustancia estupefaciente y concurran otros requisitos. No es éste uno de esos casos, marcadamente excepcionales (vid. SSTS 36/2005 de 14 de enero). Desde el momento en que se constata un previo acuerdo y se comienza la tarea de descargar la droga, hay que desechar la tentativa. Incluso en la hipótesis -que la sentencia no admite- de que alguno en concreto de los acusados no hubiese llegado a tomar contacto material con la droga. La colaboración de los recurrentes se produce en un momento previo a la intervención policial. No importaría que ellos en concreto no hubiesen llegado a descargar algún fardo de droga o que su concurso haya devenido finalmente inútil como consecuencia de la actuación policial. Desde el instante en que la droga ha entrado en el circuito de transporte puede considerarse "a disposición" del destinatario final (entre otras, Sentencias de 30 de mayo, 9 de junio de 1994 ó 1279/1997, de 22 de octubre). Todos los que tienen comprometida su colaboración en

esa circulación o transporte de la droga se convierten en autores de un delito consumado. El delito estará consumado para todos, aunque alguno o algunos de los concertados no hayan accedido a la sustancia por virtud de la intervención policial. El art. 368 CP EDL 1995/16398 no contempla como único verbo típico la posesión de drogas para promover su consumo ilegal por terceros. Son también actividades que colman las exigencias típicas las de "promover", "favorecer" o "facilitar" de cualquier modo ese consumo ilegal. Quien se concierta con terceros para recibir o transportar droga o se compromete a brindar su colaboración, desde el momento en que esos otros "compañeros" de operación acceden a la sustancia con tales fines se puede afirmar que está participando en una actividad de promoción del consumo ilegal de drogas tóxicas. Lo mismo que las promesas de ayuda posterior a la consumación son catalogadas por la jurisprudencia como participación en el delito (Sentencias de 21 de marzo de 1993, 17 de mayo de 1993 ó 824/1998, de 17 de octubre: "los actos posteriores que han sido concertados o convenidos previamente o al tiempo de la ejecución del delito, aunque materialmente se produzcan ex post son reprochables ex ante"), también la promesa de participación mediante actos consumativos en el delito, convertirá en responsable de toda la actividad al partícipe, aunque su colaboración no haya podido llevarse a cabo con plenitud.
Corroboran estas consideraciones en supuestos parangonables al aquí examinado las SSTS 960/2009, de 16 de octubre, 315/2009, de 25 de marzo, 53/2008, de 30 de enero ó 683/2010, de 20 de julio.
Concurre no obstante un factor diferencial que es esgrimido por el recurso. Se viene a decir que en el momento en que se produce la intervención de los recurrentes (colaboración para la descarga del alijo), la operación ya estaba controlada por la policía y, por tanto, sería aplicable la tesis elaborada alrededor de las entregas vigiladas. En el momento en que se activa la colaboración que iban a prestar los recurrentes sería ya inidónea para atentar contra el bien jurídico "salud pública" a través de la difusión de la droga, pues ya podía pronosticarse, sin temor a error, el fracaso de la operación; no habría posibilidades reales de que esa droga llegase al mercado aunque siguiese en posesión de los autores, pues estaba ya de hecho bajo control policial (STS 2104/02, de 9 de diciembre).
Siendo correcta la jurisprudencia que se evoca, y siendo sugerente la tesis planteada, encierra un sofisma la equiparación de un supuesto como éste a los de entrega vigilada o los de delito provocado. Hay diferencias esenciales. No puede hablarse de control policial absoluto hasta que la droga llega a ser efectivamente incautada. El supuesto es muy diferente al que se produce en las entregas vigiladas en que la sustancia sigue circulando pero por decisión de los agentes policiales. Aquí todavía no ha culminado la operación policial. La droga no está a disposición de la fuerza policial. No puede asegurarse que ante un oportuno aviso se pudiese sustraer a la acción policial, ni puede descartarse que el operativo fracase por imaginables eventualidades. La consideración de los hechos como tentativa inidónea exige como presupuesto que en el momento en que se concierta la colaboración la sustancia esté ya de facto bajo control policial y no meramente iniciadas unas investigaciones con visos, mayores o menores, de culminar exitosamente.

Menú

-<u>376.2 CP:</u> su apreciación exige que se haya culminado con éxito el tratamiento rehabilitador. El simple sometimiento a tratamiento no es una atenuante, aunque es circunstancia individualizadora valorable.

Nº de Recurso: 2212/2012

Fuente: J Huete

Nº de Resolución: 420/2013
Procedimiento: RECURSO CASACIÓN
Ponente: ANTONIO DEL MORAL GARCIA

El motivo segundo lucha por la incardinación de los hechos en el art. 376.2º CP : eventual degradación en uno o dos grados cuando el autor es drogodependiente en el momento de la comisión y acredita que ha finalizado con éxito un tratamiento de deshabituación.
Se dan dos de los requisitos exigidos por el precepto: que no se trate de cantidad de notoria importancia y que el beneficiario fuese drogodependiente al cometer los hechos. Tal condición está recogida en el *Facttum*. Ha servido para fundar una atenuante analógica.
La petición se formuló en la instancia en el trámite de calificación definitiva: se invocó como alternativa a la atenuante cualificada de drogadicción. Lo referido a la drogadicción se canalizaba principalmente a través de la solicitud de una atenuante muy cualificada, que la Sala ha reconducido correctamente al num. 7 del art. 21 CP . De manera subsidiaria se citó el art. 376.2. Aunque para repeler el argumento la Audiencia ha centrado su discurso equivocadamente en el art. 376.1 CP , es inviable la petición.
Ni en los hechos probados de la sentencia, ni en su fundamentación jurídica aparece, como destaca el Ministerio Público, uno de los requisitos esenciales para hacerse acreedor de tan relevante beneficio penológico: que haya finalizado con éxito el tratamiento. Tan solo se indica que comenzó en mayo de 2009. No se añade nada más, porque ninguna base existe en los autos. El informe obrante al folio 79 al que se refiere el Fiscal se limita a verificar que al condenado " *se le pautaron controles toxicológicos"* y que " *desde diciembre de 2011 no ha repetido".* Coinciden tales datos con el informe aportado por la defensa en el acto del juicio oral. Se habla de asistencia y controles con motivo de su drogodependencia. Pero la fecha del documento es 4 de noviembre de 2011.
Ciertamente la interrupción en esa fecha puede deberse no solo al abandono voluntario, como sugiere el Fiscal. Pero es un salto en el vacío deducir de esas lacónicas referencias que el tratamiento ha finalizado con éxito como exige el precepto. Es de notar que se decretó su libertad por estos hechos. Eso implica que tampoco puede encontrarse explicación a la discontinuidad en una privación de libertad originada por este suceso. El visionado de la grabación pone de relieve que el acusado en sus declaraciones durante el juicio oral insiste en la necesidad de rehabilitación y tratamiento. Es patente por ello que no se ha alcanzado el objetivo de deshabituación que el art. 376 exige como requisito. En el momento de la última palabra en el plenario, el recurrente con muestras de cierta angustia recalca la necesidad de ayuda para tratarse. No solo no se ha acreditado el éxito del tratamiento, sino que más bien queda probado lo contrario.
Si el tratamiento comenzó dos años antes de los hechos -mayo de 2009-, y en la fecha en que sucedieron se mantenía un grado de dependencia suficientemente alto como para haber determinado la aplicación de una atenuante, hay que suponer demasiado (y el art. 376 exige acreditación y no conjeturas) para afirmar que el tratamiento ha finalizado con éxito, éxito que desde luego no había llegado en octubre de 2011. Deducir como hace la defensa de esa ausencia de nuevos controles el triunfo del tratamiento, justo dos meses después de los hechos, es una conclusión si no ilógica, sí al menos ilusoria y bienintencionada. Eso no implica que el tratamiento haya acabado felizmente. Puede significar muchas cosas y entre otras, como apunta el Fiscal, una que lamentablemente es muy frecuente: que se haya abandonado voluntariamente.

Menú

El simple sometimiento a tratamiento no puede constituir por sí mismo una atenuante, sino un elemento a valorar, en su caso, a través del art. 66 CP . Y, desde luego, resultaría un fraude someterse a tratamiento para "prefabricar" una atenuación por hechos que se realizan posteriormente.
El art. 849.1º, vía elegida, exige partir de los hechos probados (art. 884.3º). Con esos materiales es imposible construir la base necesaria para aplicar el art. 376.2º.
El motivo no puede llegar a buen puerto

DE LAS FALSEDADES DOCUMENTALES: 390 y ss

FALSEDAD IDEOLÓGICA COMETIDA POR PARTICULARES: Diferencias entre "contrato simulado" y "documento simulado".

Menú

Sentencia Nº: 876/2012
RECURSO CASACION Nº:2466/2011
Fallo/Acuerdo: Sentencia Estimatoria Parcial
Fecha Sentencia: 24/10/2012
Ponente Excmo. Sr. D.: Antonio del Moral García
Estamos ante un problema de subsunción jurídica. Ateniéndonos al relato de hechos probados, la conducta que la Sala califica como falsedad en documento consistió en la aportación al concurso convocado por el Pleno del Ayuntamiento de Benegiles (Zamora) entre toda la documentación exigida, de un aval fechado el día 11 de junio de 2003 que aparecía emitido por la entidad Corporación Financiera Casa (COFICASA) que se constituía en avalista frente a la Corporación Municipal por un importe máximo de 4.181,89 euros, haciéndose constar que el aval quedaba inscrito en el Registro de Avales con el número 2.003/2136. No se ajustaba a la realidad esa afirmación. La entidad, por otra parte, no estaba inscrita ni en el Registro Mercantil ni en el Registro de entidades del Banco de España.

El fundamento de derecho séptimo justifica la catalogación jurídico penal asignada en la sentencia refiriéndose ahora tanto al inciso segundo como al tercero del art. 390.1º: simulación en todo o en parte de un documento; suposición de intervención en un acto de personas que no la tuvieron.

No hay cuestión sobre la consideración del aval como documento mercantil.

Pero no basta la inveracidad relativa a la irreal inscripción de la entidad avalista en el registro especial para convertir en "simulado" al documento, amén de que no es eso específicamente lo que se dice en el documento como se desprende de su examen y hace notar uno de los recurrente). En todo caso, estaríamos ante una simple mendacidad realizada por un particular por escrito. Eso es una de las falsedades ideológicas que el legislador de 1995, tal y como venía reclamando la doctrina, quiso expulsar de la esfera de lo punible. Las manifestaciones de particulares documentadas no gozan por sí solas de un especial valor probatorio que haya de ser protegido penalmente. No se dice ni que la sociedad avalista fuese inexistente (tan solo que no estaba inscrita); ni que se fingiese la firma de quien realiza el aval en nombre de aquélla o que tal persona no ostentase la representación de la entidad: del relato fáctico no se infiere que se atribuya a ninguna persona una intervención que no haya tenido. Los hechos probados se limitan a reflejar

la no inscripción en los dos registros mencionados. Lo que exige el art. 390.1.2º es que el documento sea simulado; no el contrato. Cuando el documento es auténtico, en el sentido de que los intervinientes están conformes en otorgarlo, en sus propios términos, pero la operación es fingida, podrá hablarse de contrato simulado, pero no de simulación de documento. Esa consideración nos desplaza del ámbito de las falsedades a las defraudaciones (estafa impropia del art. 251.3º). La condena por un delito de estafa de los arts. 248 y 250 hace superfluo adentrarse en otras tipicidades de esa naturaleza que, de concurrir, estarían embebidas por la estafa genérica.

Ya en la sentencia anterior de esta Sala Segunda recaída en este mismo proceso (STS 154/2011, de 16 de marzo) se anticipaba que el simple dato de que la entidad avalista no estuviese registrada "por sí solo, sería insuficiente para determinar la simulación del documento". Consciente de ello, el Fiscal realiza un meritorio pero insuficiente esfuerzo por integrar el hecho probado con algunas afirmaciones contenidas en los fundamentos de derecho que, sin embargo, tampoco son concluyentes. No se llega a negar de manera rotunda la existencia de la entidad, ni que el firmante del aval fuese realmente el apoderado de tal sociedad. Que no conste su constitución o inscripción no significa que no estuviese constituida. Es cierto, como argumenta de forma bien documentada el Fiscal, que la falsedad ideológica cometida por particulares no ha quedado totalmente destipificada en nuestro Código. Tan solo se despenalizó la modalidad consistente en "faltar a la verdad en la narración de los hechos". Pero en la forma en que está descrita la conducta en los hechos probados no se llega más lejos de esa modalidad en relación al documento sobre el que la sentencia construye la condena por el delito del art. 392. Ni se dice de manera clara que se haya supuesto la intervención de alguna persona que no la haya tenido; ni se puede hablar de un documento "simulado". Del documento se puede afirmar que es inveraz, pero no que sea inauténtico. No se ha declarado probado que quien lo firma como apoderado de esa entidad, no lo fuese realmente. Tampoco en el aval se dice que la entidad estuviese inscrita en el Registro Especial de Entidades del Banco de España. Que la sociedad avalista no reuniese las condiciones exigidas administrativamente para afianzar un contrato público no es actividad falsaria, como razona uno de los recursos.

Como es sabido, y recuerda el Fiscal, la cuestión del alcance de la destipificación de las falsedades ideológicas cometidas por particulares ha sido objeto de debate plasmando en un Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de esta Sala Segunda fechado el 26 de febrero de 1999. Pero aquí estamos en un caso diferente: en la descripción que se hace en el factum no se proclama con rotundidad la absoluta ficción del documento. No se puede dar el salto de la falsedad de las manifestaciones que se vierten en un documento auténtico, a la falta de genuinidad o autenticidad del documento o ficción absoluta del mismo (SSTS 1647/1998, de 28 de enero de 199, 1044/1999, de 25 de junio; 514/2002, de 29 de mayo, 1954/2002, de 29 de enero de 2003, 900/2006, de 22 de septiembre, 35/2010, de 4 de febrero, 815/2007, de 5 de octubre). La relación fáctica carece de la riqueza necesaria para concluir que los hechos son incardinables en alguno de los tres primeros números del art. 390.1 y, por tanto, habrá de decretarse la absolución por el delito de falsedad.

Menú

- **HOMOGENEIDAD ENTRE FALSIFICACIÓN DE TARJETAS DE CRÉDITO (art 399 BIS) Y TENENCIA DE ÚTILES PARA COMETER EL DELITO (art 400).**

Fuente: J Huete

Tribunal Supremo Sala 2ª, S 23-1-2013, nº 90/2012, rec. 10856/2012 Pte: Moral García, Antonio del

La acusación por falsificación de tarjetas de crédito habilita para la condena por un delito de tenencia de útiles para cometer tal delito. Éste es en definitiva un acto preparatorio de aquél, elevado al rango de delito autónomo. La acusación por aquél engloba la acusación por éste: entre ambas infracciones no sólo hay igualdad de bien jurídico protegido, sino desde el punto de vista sustantivo una relación de consunción determinada por la progresión delictiva. Pocos casos más claros de homogeneidad pueden encontrarse: el delito del art. 399 bis embebe al del art. 400 que se construye por referencia a aquél. No se ha producido variación fáctica. El Tribunal se ha limitado a suprimir las referencias de las acusaciones (folios 349 y ss. del Tomo X y 56 y ss. del Tomo XI) que consideraban que se había dado el siguiente paso en el iter criminis (confección de algunos documentos falsos), pero no ha añadido ningún hecho. No hay alteración ni factual ni jurídica imprevista o imprevisible. El art. 400 -lo apunta tanto el Fiscal como la sentencia EDJ 2012/183946 - resulta residual respecto del tipo previsto en el art. 399 bis.

DERECHO PROCESAL

ENTREGA VIGILADA-TENTATIVA INIDÓNEA

Tribunal Supremo Sala 2ª, S 11-12-2012, nº 1072/2012, rec. 767/2012. Pte: Moral García, Antonio del

Una última hipótesis que ha sido examinada por la jurisprudencia es aquella en la que la primera intervención del receptor o receptores acaece cuando ya la droga está policialmente controlada. Se remitió la droga en virtud de un acuerdo con otras personas. Unos terceros se involucran en la operación en un momento en que la policía ya ha descubierto el contenido del paquete y está en marcha una operación de entrega vigilada. La jurisprudencia ha admitido en esos casos y solo para esa última persona la calificación como tentativa inidónea. Habrá tentativa inidónea punible respecto de quienes decidieron ayudar en un momento en que la operación estaba ya controlada policialmente; y consumación respecto de todos los que participaron en el acuerdo previo al envío, aunque la intervención policial haya frustrado el objetivo final. La condena por tentativa inidónea sólo procederá cuando en el momento en que se produce la intervención policial no ha surgido todavía una decisión de intervenir por parte del partícipe. En todos los casos en que se ha cerrado ya ese pacto, todos los concertados colaboradores se convierten en autores de un delito consumado desde el momento en que la droga está a disposición de alguno de ellos. En el presente caso los hechos probados afirman con rotundidad la existencia de un acuerdo previo y la prestación de una ayuda también previa se facilita una dirección y se asume un compromiso de recepción. Eso hace inaplicable esa doctrina.
Ahora bien, en el juicio histórico descrito se advierte un matiz novedoso que introduce alguna peculiaridad frente a las hipótesis enumeradas. Ninguna duda puede suscitarse en

Menú

relación al primer envío. Los dos condenados han facilitado al remitente un domicilio. Se ha producido un acuerdo previo a la puesta en circulación de la droga que atrae para todos los concertados la condición de autores de la infracción consumada. Pero cuando se intercepta la segunda remesa los destinatarios -los ahora recurrentes- se encuentran en prisión preventiva por virtud de la interceptación de la primera. El 26 de marzo de 2009 habían sido detenidos. El segundo paquete se detecta en Frankfurt el 31 de marzo de 2009 (no el 3 de abril, aunque a los efectos de esta argumentación es indiferente), unos días después. ¿Cabe hablar ahí también de una tentativa inidónea dada la imposibilidad de los destinatarios de alcanzar la disponibilidad de la droga?
La discusión sería ociosa si el primer envío -respecto de cuya virtualidad para integrar un delito consumado no hay duda- reuniese las características exigibles para ser albergado por el art. 369. Pero el peso de la sustancia contenida en ese primer paquete no alcanzaba los 750 gr. netos. Ese dintel solo se supera si sumamos la sustancia ocupada en la segunda remesa. Solo contemplando conjuntamente el total de la sustancia resultan ubicables los hechos en el art. 369.1.6ª (actual 5ª). ¿Puede hablarse de infracción consumada en relación a ese segundo envío? ¿Es proyectable sobre este supuesto la jurisprudencia antes aludida sobre la posibilidad de una tentativa inidónea? De contestarse afirmativamente, se abriría una panoplia de interrogantes con diversos recovecos y aristas: ¿estaríamos ante el tipo básico del art. 368 consumado? ¿ante el subtipo agravado del art. 369.1.5ª en grado de tentativa? El tema planteado no es baladí: en el caso concreto tendría relevancia. Sin embargo, no es necesario adentrarse en esas cuestiones por mor de una premisa básica: no puede hablarse de tentativa inidónea pese a la situación de prisión. También la acción concretada en el segundo paquete, aunque los receptores no hayan llegado a tener su disponibilidad, ni capacidad para alcanzarla, puede calificarse como delito consumado. Desde el momento en que se concertaron con el remitente o remitentes para el envío mediante un auxilio tan esencial como es facilitarle una dirección para hacerse cargo de esos envíos y tanto el primero como el segundo inician su andadura libres, al margen de todo control policial, se puede hablar de cooperación en una infracción consumada. No haber alcanzado la disponibilidad de la sustancia no es relevante en la medida en que prestaron su colaboración a esa operación de exportación/importación de cocaína que efectivamente fue remitida en condiciones que en un juicio ex ante eran idóneas para alcanzar su finalidad. La consumación anticipada que caracteriza este tipo de infracciones priva de viabilidad a la tesis del recurrente. Es coautor (junto con los remitentes no identificados) de un delito agravado contra la salud pública en grado de consumación. Tratándose de envío de droga por correo u otro sistema de transporte (SSTS 989/2004, 9 de septiembre o 766/2008, de 27 de noviembre), es doctrina consolidada que si el acusado hubiese participado en la solicitud u operación de importación, o bien figurase como destinatario de la misma, debe estimársele autor de un delito consumado, por tener la posesión mediata de la droga remitida (SSTS 2108/1993 27 de septiembre, 383/94, 23 de febrero, 947/1994 5 de mayo, 1226/1994, 9 de septiembre, 357/1996, 23 de abril, 931/98, 8 de julio y 1000/1999, 21 de junio). El delito se consuma siempre que existe un pacto o convenio entre los implicados para llevar a efecto la operación, en cuanto que, en virtud del acuerdo, la droga queda sujeta a la solicitud de los destinatarios, siendo indiferente que no se hubiese materializado una detentación física del producto. La situación de prisión no inhabilita para ser autor a quien ya ha prestado una colaboración esencial. Según se afirma en la STS 162/1997, 12 de febrero, el haber proporcionado un domicilio y un destinatario del envío de la droga, implica una colaboración que facilita la comisión del delito. En la STS 887/1997, 21 de junio, se razona que el tráfico existe desde que una de las partes activa el mecanismo de transporte de la droga, que el

Menú

receptor había previamente convenido. Puede considerarse que quedará en grado imperfecto el delito de tráfico de drogas, expresa la STS 766/2008 citada, si la acción del sujeto no determina un desplazamiento territorial de la droga mediante su transporte, pero quedará consumado el delito si la acción del acusado origina un traslado geográfico del estupefaciente libre de vigilancia policial, aunque no se consiguiera el desplazamiento posesorio pretendido, por haber sido interceptada la droga antes de su entrega al destinatario.

CONEXIDAD: ART 300 LECrm

Num_Sentencia: 578
Año_Sentencia: 2012
fecha: 26/06/2012
Ponente: Antonio del Moral García
Recurso_Numero: 1536
Recurso_Año: 2011

Menú

Un análisis de lo que significa la conexidad y sus razones últimas lleva a negar en el caso que ahora se examina toda relevancia a la cuestión de la necesidad de un enjuiciamiento conjunto que se plantea ahora por las defensas. Procesalmente el efecto primordial de la conexidad es la necesidad de enjuiciamiento conjunto en una sola causa que impone el art. 300 LECriminal ¿Es una necesidad legal? Los términos del art. 300 parecen imponer esa interpretación: siempre que haya delitos conexos es obligada la tramitación conjunta. Pese a ello resulta de enorme interés la propuesta interpretativa de algunos comentaristas que, apoyándose en razones prácticas y acudiendo a ejemplos de derecho comparado, entienden que la acumulación y tramitación conjunta podrá rechazarse cuando no concurran las razones de fondo que sirven de base al art. 300. Si la necesidad de acumulación va a suponer un retraso injustificado e inútil en la tramitación y no existe peligro de sentencias contradictorias, no será obligada la acumulación al no concurrir las causas teleológicas que fundamentan la institución, pese a existir conexidad. Ésta solo operará a efectos de acumulación cuando se cumplan las finalidades de la institución. La acumulación y enjuiciamiento conjunto sí serán obligados cuando tengan repercusiones en la penalidad (piénsese especialmente en los casos de concurso ideal medial o en los delitos continuados). Por eso se ha llegado a hablar de una conexidad necesaria y una conexidad por razones de conveniencia (vid. STS de 5 de marzo de 1993 y en la misma línea de relativización de la necesidad de enjuiciamiento conjunto, STS 471/1995, de 30 de marzo). Si los arts. 17 y 300 LECriminal responden a razones de agilización de trámites y celeridad, no debe procederse a esa acumulación cuando de la misma solo se van a derivar dilaciones. La STS 29 de julio de 2002 añade a esas razones otra de fondo. La citada STS de 5 de marzo de 1993 argumenta así: "La conexión es, prima facie, una aplicación del principio de indivisibilidad de los procedimientos, pero no implica (a diferencia de cuando se trata de un hecho único) la necesariedad de esa indivisibilidad. La indivisibilidad obliga a reunir en el enjuiciamiento todos los elementos de un mismo hecho de forma que responda aquélla a la existencia de una única pretensión punitiva cuya resolución no puede fraccionarse. La conexidad, por el contrario, agrupa hechos distintos (al menos desde el punto de vista normativo, al ser susceptibles de calificación separada) que por tener entre sí un nexo común, es aconsejable se persigan en un proceso único por razones de eficacia del enjuiciamiento y de economía procesal. Ese nexo puede resultar

de la unidad de responsables, de una relación de temporalidad (simultaneidad en la comisión) o de un enlace objetivo de los hechos. Pero la fuerza unificadora del nexo, no es la misma en todos los casos, especialmente en el de coetaneidad de la ejecución, en el que la simple coincidencia temporal de delitos individualizados y diferentes, puede permitir su enjuiciamiento en causas separadas, mientras no lo permite, en cambio, la comisión conjunta por varios partícipes, obrando de acuerdo, de unos mismos hechos simultáneos. Esta distinción entre conexidad necesaria y conexidad por razones de conveniencia o economía procesal, aparece reconocida en la actual regla 7ª del art. 784 (tras la reforma de 2002,
art. 762.6ª) LECr... con lo que viene a reconocer que hay casos en los que la regla del enjuiciamiento conjunto de los delitos conexos no es una regla imperativa y de orden público y hasta debe ceder ante razones de simplificación o rapidez del proceso".

SECRETO SUMARIAL: ART 302 LECrm

Menú

Tribunal Supremo Sala 2ª, S 29-11-2012, nº 1073/2012, rec. 10595/2012
Pte: Moral García, Antonio del

La indefensión que habría provocado la medida de secreto interno de toda la fase de investigación constituye el nervio conductor del segundo de los motivos de este recurrente, Dimas. Con ello se habría cancelado toda posibilidad de defensa durante esa fase inicial del proceso. Habría existido un abuso de la institución del secreto sumarial, impidiendo la intervención de las partes pasivas en esa etapa procesal, y confinándola a la fase intermedia y de juicio oral.
Hay que convenir con el recurrente en que el secreto interno del sumario ha de ser una medida excepcional. La reforma procesal de diciembre de 1978 inauguró una nueva concepción de la fase de investigación (arts. 118 y 302 LECrim EDL 1882/1) trayendo a ella algunas consecuencias de una mayor vigencia del principio de contradicción. Una investigación verificada en su integridad a espaldas de las partes pasivas no es compatible con el proceso penal de un estado democrático de derecho. La operatividad del derecho de defensa no puede quedar arrinconada al acto del juicio oral.
Es verdad que hace también muchos años que el Tribunal Constitucional convalidó la práctica habitual de considerar que el plazo de un mes al que se refiere el legislador (art. 302) consentía prórrogas (vid. el temprano ATC 860/1987, de 8 de julio o la STC 176/1988, de 4 de octubre). Pero eso no puede llevar a situaciones que de facto comporten retroceder a épocas pretéritas legislativamente superadas. El Alto Tribunal desconecta el secreto interno del sumario del derecho a un proceso público, vinculándolo al derecho de defensa (STC 174/2001, de 26 de julio). Por eso en todo caso se fija un límite temporal insoslayable: el secreto ha de alzarse antes de finalizar la investigación, con una antelación de al menos diez días. Sólo así se abre a las partes el conocimiento de lo actuado y la posibilidad de enriquecer la investigación con su propia perspectiva o de neutralizar los indicios que puedan militar en su contra. Esa previsión legal (art. 302) situada en sede de procedimiento ordinario es de aplicación supletoria en el procedimiento abreviado (art. 758). Eso explica la incompatibilidad de esta medida con un juicio rápido (art. 795.3).
La prolongación excesiva del secreto más allá de su estricta necesidad; o la inobservancia, como sucede en este caso, de esa prescripción legal (levantamiento con una antelación de diez días al auto de conclusión de las diligencias previas del art. 779) pueden vulnerar el derecho de defensa. Aquí ambas resoluciones -levantamiento del secreto y auto de conclusión de las diligencias- llevan la misma fecha: 9 de mayo de dos

mil once (folios 1019 y 1022). No se ajusta esa práctica a la legalidad pues supone en contra de la voluntad del legislador haber expulsado totalmente de la fase de investigación la publicidad interna y toda dosis de contradicción.
Sin embargo, siendo ello cierto, no puede derivarse de ahí sin más un efecto anulatorio. Vinculada la garantía al derecho de defensa, será necesario un plus : constatar que en efecto se han disminuido de manera relevante las posibilidades de defensa, no en abstracto y por vía de principios, sino en concreto. Hay que preguntarse si se ha privado a las partes de algún medio relevante de defensa que pudiese ser ahora recuperado mediante la nulidad y consiguiente retroacción. En esa dirección nada razona el recurrente porque ciertamente no cabe imaginar ninguna línea de defensa apta. Ni al hacer tal alegación en la instancia, ni al formalizar el recurso, ni al contestar a la impugnación del Fiscal apunta el recurrente ninguna prueba o diligencia que hubiese planteado en la instrucción y que no propuso precisamente por esa declaración de secreto.
En efecto: si se decretó el secreto de la investigación fue, no para profundizar en los hechos imputados a este recurrente y los coimputados detenidos cuya prisión estaba decretada, sino para indagar sobre la identidad de otros posibles responsables, en labor que finalmente no arrojó resultado positivo alguno. En las investigaciones desarrolladas bajo esa declaración de secreto no se buscaban nuevas pruebas contra los entonces ya imputados: de hecho las pruebas blandidas contra ellos en el acto del juicio oral fueron las que se conocían desde el principio, desde la intervención de la policía aduanera. Eso es así hasta el punto que podrían suprimirse de la causa todas esas diligencias de investigación practicadas bajo secreto sin que se viese afectado el resultado final. De ahí se concluye que los acusados podían conocer desde el principio todo el bagaje probatorio existente frente a ellos y que nada les impedía plantear aquellos medios de defensa de que hubiesen dispuesto tendentes a destruir el poder convictivo de la situación de flagrancia en que fueron sorprendidos; o a introducir cuestiones fácticas capaces de atemperar su responsabilidad por la vía de una atenuación. Ninguno de ellos esboza ni siquiera un mínimo razonamiento tendente a mostrar qué estrategia defensiva en fase de investigación le ha sido hurtada por esa opacidad total. El razonamiento de la Sala de instancia en este punto es acogible. Si los acusados " habían sido detenidos en el interior de la embarcación teniendo en su poder la sustancia estupefaciente"... "las diligencias que hubieran pretendido solicitar en aclaración de tal hecho no estaban impedidas por el secreto de las actuaciones ya que lo que a ellos afectaba era obvio".
La "prueba del nueve" de la corrección de ese razonamiento consiste en comprobar las diligencias de prueba solicitadas por las defensas en sus escritos de conclusiones; así como las pruebas sobre las que la Sala edifica su convicción en absoluto vinculadas a la infructuosa investigación realizada bajo secreto.
El abuso del secreto del sumario o su prolongación más allá de lo permitido legalmente solo puede ocasionar una nulidad cuando efectivamente se haya causado indefensión (vid. STC 174/2001, de 26 de julio o STS 1179/2001, de 20 de julio). Sucedería eso si, por ejemplo, no se ha podido preguntar contradictoriamente a un testigo (deficiencia soslayable si posteriormente ya alzado el secreto hay posibilidad de un nuevo interrogatorio: STC 174/2001 o STS 1179/2001, de 20 de julio en decisión que luego ha considerado conforme con el Convenio Europeo de Derechos Humanos la STEDH-caso Vaquero Hernández y otros contra España de 2 de noviembre de 2010); o si se ha impedido proponer una prueba cuya práctica luego deviene imposible.
Reconocer con el recurrente la irregularidad no puede ir acompañado de la estimación del motivo que en consecuencia ha de decaer.

Menú

PRUEBA PRECONSTITUIDA: Art 433.2 y 448.3 y 4 LECrm

Tribunal Supremo Sala 2ª, S 8-11-2012, nº 925/2012, rec. 406/2012. Pte: Moral García, Antonio del
No siendo pacífico admitir la preconstitución probatoria durante la fase de investigación o instrucción (arts. 433.2 y 448.3 y 4 L.E.Crim) como sustitutivo de la deposición de los menores en el acto del juicio oral, sí que lo es convenir que en supuestos como el examinado ese tipo de preconstitución facilita el enjuiciamiento pues impide la contaminación del material probatorio e introduce desde el primer momento en una prueba de especial fragilidad como es el testimonio de niños, la garantía de la contradicción. De esa forma además se logra una más eficaz tutela de la víctima menor en consonancia con la Decisión Marco del Consejo de la Unión Europea de 15 de marzo de 2001 relativa al estatuto de la víctima en el proceso penal, ("Los Estados miembros garantizarán, cuando sea necesario proteger a las víctimas, y sobre todo a las más vulnerables, de las consecuencias de prestar declaración en audiencia pública, que éstas puedan, por resolución judicial, testificar en condiciones que permitan alcanzar ese objetivo, por cualquier medio adecuado compatible con los principios fundamentales de su Derecho"); con la muy reciente Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y el Consejo de 25 de octubre (Diario Oficial de la Unión Europea de 14 de noviembre; arts. 20 a 24, singularmente); o con la Convención del Consejo de Europa sobre protección de la infancia contra la explotación y el abuso sexual, hecha en Lanzarote el 25 de octubre de 2007, firmada por España el 12 de marzo de 2009 (arts. 30 o 35 que alientan una serie de medidas como la necesidad de que las declaraciones de niños y niñas, se desarrollen en lugares adecuados y sean conducidas por expertos especialmente capacitados para ello y que su número sea limitado y el estrictamente necesario, así como que se adopten medidas para que dichas entrevistas sean grabadas y que dichas grabaciones puedan ser aceptadas como prueba en el juicio oral: posiblemente la forma en que se desarrolló el interrogatorio de los menores es expresivo de esa conveniencia de auxiliarse de expertos).
Como se ha argumentado por los especialistas, no se trata solo de consideraciones victimológicas, que por sí mismas serían suficientes, sino que también concurren poderosas razones epistémicas que aconsejan esa práctica: se elude el riesgo de empobrecimiento de los testimonios ocasionado por el transcurso del tiempo o de contaminación a los que se muestran especialmente permeables los testimonios de niños de corta edad. La concurrencia de un profesional experto en la realización de esas entrevistas tiene un valor especial, aunque desde luego resulta irrenunciable la dirección y supervisión judicial y la contradicción asegurada por la presencia de todas las partes (STEDH caso S.N. contra Suecia, de 2 de julio de 2002; Sentencia del Tribunal de Luxemburgo en el conocido caso PUPINO, de 16 de junio de 2005 -TJCE, 2005, 184-; así como STC 174/2011, de 7 de noviembre, y STS 96/2009, de 10 de marzo).
Pero la omisión de esa grabación en el presente caso no invalida la solidez probatoria del binomio declaraciones de los menores- informe pericial que se apoyan y complementan recíprocamente.

Menú

INFORME PERICIAL: Art 456 y ss

-NO ES IMPRESCINDIBLE LA RATIFICACIÓN EN JUICIO ORAL SI NINGUNA DE LAS PARTES LO IMPUGNA.

Sentencia Nº: 276/2013
RECURSO CASACION Nº:755/2012
Fallo/Acuerdo: Sentencia Estimatoria Parcial
Fecha Sentencia: 18/02/2013
Ponente Excmo. Sr. D.: Antonio del Moral García

No parece muy próximo a la buena fe procesal guardar el más espeso de los silencios hasta los momentos finales del acto del juicio oral (folio 117 del rollo de Sala) para exteriorizar entonces, y solo entonces, una impugnación del informe pericial sobre la sustancia intervenida que parece obedecer más a razones de estrategia que a un real afán de contradicción. Lo que es irrenunciable es la posibilidad de contradicción de las pruebas y no la efectiva y concreta contradicción de cada una de ellas. Que la defensa renuncie a interrogar al testigo de cargo después de que le dirija preguntas la acusación no invalida esa prueba por no haber sido sometida a contradicción: ha existido posibilidad de contradicción. Cosa distinta es que la defensa, por estrategia, por considerarlo innecesario, o por los motivos que sea, no ejerza ese derecho a contradecir. Igual sucede con los análisis oficiales -pruebas periciales documentadas-. La defensa tenía conocimiento del análisis y no lo impugnó, ni propuso como prueba la comparecencia al acto del juicio oral de los funcionarios que lo habían elaborado para preguntarles sobre los puntos que estimaba necesitados de aclaración. Conociendo que el Fiscal proponía como prueba la comparecencia del perito, salvo que no fuese impugnado el informe por la defensa (folio 27 del rollo de la Audiencia), ésta en su escrito de calificación no solo no dijo nada al respecto, sino que además efectuó un relato de hechos en el que venía a admitir que lo ocupado era droga (folio 30 y 31 del rollo). Las conclusiones así formuladas fueron elevadas a definitivas. No solo tuvo la posibilidad efectiva de contradecir tal informe sino que además mostró su conformidad implícita con sus conclusiones en su escrito de defensa. El principio de contradicción se ha salvaguardado: si no se citó a juicio al perito fue como consecuencia de esa actitud de la defensa.

Menú

La precedente argumentación cuenta con el respaldo de la jurisprudencia constitucional. La STC 127/1990, de 5 de julio recordaba, trayendo a colación el art. 726 LECrim, que los informes practicados en la fase previa que se basen en conocimientos técnicos especializados con constancia documental en autos que permita su valoración y contradicción en juicio pueden ser utilizados para destruir la presunción de inocencia, sin que sea absolutamente imprescindible en tal supuesto -puntualiza el Alto Tribunal- la presencia en el acto del juicio de quienes lo realizaron para su interrogatorio.

El informe sobre la naturaleza, cantidad y calidad de la sustancia intervenida es valorable desde el momento en que no se impugnó en tiempo.
El principio de práctica de la prueba en el juicio oral no excluye que en determinados casos, cuando resulte innecesario y no lo reclame parte alguna pueda prescindirse de la ratificación de informes periciales estandarizados que en ese caso se convertiría en un ritualismo formal, no muy distinto al que se derivaría de exigir v. gr. que el certificado de antecedentes penales hubiese de ser ratificado por quien lo emitió.

Esa especialidad era contemplada con toda lógica en el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2011, que, no teniendo obviamente valor normativo,

encierra la autoridad que le confiere representar un intento serio de cristalizar en una norma positiva la jurisprudencia constitucional sobre el proceso penal.

La previsión general sobre la necesidad de que la prueba se practique en el acto del juicio oral sufría modulaciones importantes, totalmente fundadas, en el caso de los informes periciales. Aunque en principio los peritos habían de comparecer en el plenario para someterse a las preguntas y aclaraciones de las partes (art. 586 ALECrim 2011), se matizaba (art. 588) en sintonía con lo que la jurisprudencia viene entendiendo y con lo que de forma confusa y no totalmente afortunada quiere afirmar el art. 788.2º LECrim tras la reforma de 2002, que "el dictamen pericial de los laboratorios oficiales emitido durante la investigación no precisa de ratificación en juicio salvo que se haya impugnado de forma concreta su contenido y se haya propuesto la declaración de los peritos autores del informe, con la debida justificación de las razones que la hacen necesaria" (vid. también arts. 526.4 y 548.2.b) ALECrim 2011).

Esa tendencia a una matizada "documentalización" del informe pericial tiene fundadas raíces prácticas y no es exclusiva de nuestro ordenamiento, sino lógica expresión de un mundo tecnificado. Ni siquiera en los sistemas adversariales más paradigmáticos como el americano en que no existe investigación judicial y, el enjuiciamiento se realiza por Jurado puro se mantiene esa exigencia de contradicción y reproducción de la prueba pericial en toda su pureza. Hay excepciones llenas de sentido y en absoluto lesivas de garantías irrenunciables. La exigencia básica y tradicional de que las pruebas se practican en el juicio y consiguiente inutilizabilidad de las diligencias de investigación se extiende a la prueba pericial en principio. Pero ha evolucionado. Desde la sentencia Ohio v. Roberts, de 1980 del Tribunal Supremo EEUU se viene admitiendo como prueba la declaración emitida fuera del juicio -en concreto en una audiencia preliminar- sin necesidad de la comparecencia ulterior del testigo en juicio, siempre y cuando quede acreditado que dicho medio de prueba reviste suficiente fiabilidad. El criterio es aplicable a la declaración del perito (expert witness). El informe pericial puede ser valorado sin la presencia del experto siempre que su fiabilidad sea elevada Para valorar la fiabilidad del informe y, por tanto, la posibilidad de obviar la presencia del perito, el tribunal ha de considerar, la utilidad de la confrontación con el perito en el caso concreto. Si se prevé que ni el interrogatorio cruzado ni la declaración del perito van a alterar el contenido y alcance del informe, se puede prescindir de la contradicción efectiva. También cuando la probabilidad de incidir en las conclusiones ya efectuadas sea meramente remota. En la sentencia White v. Illinois, el Tribunal Supremo fue más allá: ciertos informes periciales documentados por escrito en ciertas condiciones satisfacen de manera automática las exigencias del sometimiento al interrogatorio cruzado. Los informes periciales escritos serán admisibles como prueba si son business records o public records (informes profesionales u oficiales), incluso sin la presencia en el juicio del experto que lo haya elaborado.

Menú

-NO ES NECESARIA LA DUALIDAD DE PERITOS SI PROVIENE DE UN ORGANISMO OFICIAL.

Sentencia Nº: 276/2013
RECURSO CASACION Nº:755/2012
Fallo/Acuerdo: Sentencia Estimatoria Parcial
Fecha Sentencia: 18/02/2013
Ponente Excmo. Sr. D.: Antonio del Moral García

No es tampoco aceptable la queja sobre la no concurrencia de dos peritos razón formalmente aducida para esa retórica y tardía impugnación. Sobre ese punto también se ha pronunciado ya ese Tribunal en una larga serie de sentencias que toman como referente el pleno no jurisdiccional de 1 de mayo de 1999. La STS 806/1999 de 10 de junio es una de las primeras de esa extensa relación. Declaraba: "la exigencia de dualidad de perito en cada dictamen pericial obedece a la mayor garantía de acierto que representa la posible coincidencia de pareceres de dos peritos frente a la opinión única...". La "finalidad de la norma -se dice más adelante- queda satisfecha en el caso de dictámenes periciales emitidos por Órganos oficiales dotados de equipos técnicos altamente cualificados integrados por distintos profesionales que intervienen como tales participando cada uno de sus miembros en el trabajo común dentro de la división de tareas o funciones. En tales casos, el mero dato formal de estar suscrito el informe por uno solo de los profesionales del equipo (...) no puede ocultar el hecho real de que el dictamen no es obra de un solo individuo, es decir, de un perito, sino del trabajo de equipo normalmente ejecutado según procedimientos científicos protocolizados en los que intervienen varios expertos, desarrollando cada uno lo que le compete en el común quehacer materializado por todos". En esa dirección abundan las sentencias 1642/2000, de 23 de octubre, 7 de marzo de 2001 ó 1255/2002, de 4 de junio, entre muchas otras.

Menú

En el procedimiento abreviado se canceló legalmente la exigencia de dualidad de peritos que, para el procedimiento ordinario, establece el art. 459 LECrim. Y la jurisprudencia ha matizado enormemente esa regla para el procedimiento ordinario. En la línea iniciada por el Acuerdo recién aludido, más recientemente la STS 510/2009, de 12 de mayo, insiste en que "sobre el número de peritos que han de emitir los informes judiciales, en las SSTS 537/2008, 12 de septiembre y 106/2009, 4 de febrero, nos hacíamos eco de la jurisprudencia de esta Sala que, pese al tenor literal del art. 459 de la LECrim. -'se hará por dos peritos'-, ha precisado que la duplicidad de informantes no es esencial. Este fue el criterio proclamado en el Acuerdo de esta misma Sala fechado el día 21 de mayo de 1999, cuyo alcance fue precisado en el Pleno de 23 de febrero de 2001. Conviene tener presente, en fin, que si la validez de una prueba pericial, su adecuación a las exigencias de un proceso justo, se explicara a partir de un entendimiento puramente cuantitativo, que atendiera exclusivamente al número de peritos que hubiera participado en la elaboración del informe, nos veríamos obligados a aceptar que el procedimiento abreviado se aparta de los requerimientos constitucionales, en la medida en que acepta el dictamen pericial suscrito por un único perito (cfr. art. 778.1 LECrim.). En definitiva, la validez de la prueba, su virtualidad para desplazar la presunción de inocencia, mira más que a la concurrencia numérica de los expertos, al respeto a los principios de contradicción y defensa, verdaderas fuentes de legitimación del proceso penal…".

PRISIÓN PROVISIONAL: ART 502 y SS LECrm

IMPARCIALIDAD DEL TRIBUNAL QUE ACUERDA LA PRISIÓN PROVISIONAL

Fuente: J Huete

Num_Sentencia: 578
Año_Sentencia: 2012
fecha: 26/06/2012
Ponente: Antonio del Moral García
Recurso_Numero: 1536
Recurso_Año: 2011

El segundo motivo de este recurrente invoca el derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley (art. 24.2 CE) y lo hace en una doble vertiente. La primera, exclusiva de su recurso, sostiene que los tres integrantes de la Audiencia Provincial que le enjuiciaron tenían que haberse abstenido al haber decretado previamente su prisión provisional.

El motivo ha de ser rechazado fundamentalmente por razones procesales, aunque se aludirá también a la perspectiva de fondo.

a) El artículo 6 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, reconoce el derecho a ser juzgado por un Tribunal independiente e imparcial establecido por la Ley. En el mismo sentido se pronuncia el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 14.1, y la Declaración Universal de los Derechos Humanos, en el artículo 10. La doctrina del Tribunal Constitucional ha establecido que el derecho a un Juez imparcial, aunque no aparezca expresamente contemplado, forma parte del derecho fundamental a un proceso con todas las garantías del artículo 24.2 de la Constitución (STC 45/2006, de 13 de febrero). La imparcialidad efectivamente puede quedar en entredicho si el Tribunal que enjuicia previamente ha adoptado resoluciones o ha entrado en conocimiento de la causa en forma tal que puedan haber despertado prejuicios. Pero en todo caso, la imparcialidad objetiva no se evapora por cualquier tipo de pronunciamiento anterior (fundamento jurídico 11 STC 170/2002, de 30 de septiembre). Habrá pérdida de la imparcialidad cuando esos pronunciamientos previos presupongan que el juez afectado ha entrado ya a valorar un material probatorio fáctico generado durante la instrucción y, por tanto, con la ausencia de las garantías propias del plenario, y puedan dar a entender que se ha producido ya un prejuicio sobre la culpabilidad. No basta haber adoptado algunas decisiones sobre el asunto para que un Magistrado o un Tribunal quede "contaminado" en la expresión que ha hecho fortuna. En este terreno hay que moverse guiados por un sano casuismo y así lo hacen tanto este Tribunal como el Constitucional y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

Menú

La STEDH de 24 de mayo de 1989 (caso HAUSCHILDT) proclama que no basta el simple dato de haber tomado decisiones de fondo. Y la sentencia del mismo Tribunal de 25 de julio de 2002 (caso PEROTE) precisa que sí habrá motivo para dudar de la imparcialidad objetiva cuando esas decisiones previas impliquen un prejuicio sobre la culpabilidad del acusado. En materia de decisiones sobre prisión la STEDH de 26 de febrero de 1993 (asunto PADOVANI) considera que la orden de prisión no empañaba la imparcialidad del Magistrado que la dictó: mantenía su legitimación para proceder al enjuiciamiento. La de 24 de agosto de 1993 (asunto NORTIER) no es menos elocuente: el Juez que previamente había resuelto hasta cuatro veces sobre la petición de prisión para el imputado no quedaba impedido para el enjuiciamiento en cuanto que no había sido recusado cuando se tuvo oportunidad de hacerlo, y la orden de prisión se había adoptado constatando "indicios serios". La sentencia de 24 de mayo de 1989 (asunto

HAUSCHILDT) llega a una conclusión distinta, aunque no sin antes sentar que lo decisivo es que los temores de parcialidad estén objetivamente fundados y que el dato de haber resuelto sobre la prisión no basta si ésta se adopta con una valoración exclusiva de la fundamentabilidad de las sospechas. Cosa distinta, como sucedía en ese caso es que la decisión sobre la prisión (se había prorrogado en nueve ocasiones), supusiese un juicio sobre la culpabilidad. La sentencia de 16 de diciembre de 1992 (asunto SAINT-MARIE) trata igualmente el tema de la confirmación previa de un auto de prisión por los magistrados llamados al enjuiciamiento, negándose su contaminación por limitarse en esa decisión a valorar de forma sumaria la consistencia de las sospechas policiales y si había riesgo de fuga.

La sentencia del citado Tribunal Europeo de 10 de febrero de 2004 (asunto DEPIETS c. FRANCIA) recuerda esa doctrina «…la imparcialidad en el sentido del art. 6, parágrafo 1 del Convenio se evalúa según un doble test: el primero consiste en tratar de determinar la convicción personal de tal o cual juez en tal ocasión; el segundo tiende a asegurar que ofrece garantías suficientes para excluir en ese aspecto toda duda legítima. (GAUTRIN Y OTROS C. FRANCIA, sentencia de 20 de mayo de 1998, Rep. 1998-III, pp. 1030-1031, § 58)…. 33. La segunda faceta conduce a preguntarse, cuando se trata de un órgano colegiado, si, con independencia de la actitud personal de alguno de sus miembros, ciertos hechos verificables autorizan a poner en cuestión su imparcialidad. En esta materia, incluso las apariencias pueden revestir importancia. De ahí resulta que para pronunciarse sobre la existencia en un asunto concreto de una razón legítima para temer de una jurisdicción falta de imparcialidad, el punto de vista del interesado ha de ser tenido en cuenta pero no juega un papel decisivo. El elemento definitivo consiste en saber si sus sospechas pueden considerarse objetivamente justificadas. (GAUTRIN Y OTROS CONTRA FRANCIA, ya citada, § 58)…. La respuesta a esta cuestión varía según las circunstancias del caso. El simple dato de haberse tomado ya decisiones por un juez durante el proceso no justifica por sí solo sospechas sobre su imparcialidad. Lo que cuenta es la naturaleza y alcance de las medidas adoptadas por el Juez anteriormente. Incluso el conocimiento en profundidad del expediente por el juez no comporta necesariamente un prejuicio que impida tenerlo como imparcial en el momento del juicio sobre el fondo. En definitiva, la valoración inicial de los datos disponibles no podría considerarse sin más como condicionante de la valoración final (…) (vid., especialmente, mutatis mutandis, Hauschildt c. Dinamarca, sentencia de 24 de mayo de 1989, serie A no 154, p. 22, § 50 ; Nortier contra Países Bajos, sentencia de 24 de agosto de 1993, serie A no 267, p. 15, § 33 ; Saraiva de Carvalho contra Portugal, sentencia de 22 de abril de 1994, serie A nº 286-B, p. 38, § 35 ; Morel contra Francia, ya citada, § 45)".

Menú

A conclusiones similares se llega si volvemos la mirada a la jurisprudencia interna. La resolución sobre la situación o la adopción previa sobre medidas cautelares puede afectar a la imparcialidad (sentencias 145/1988, 11/1989 ó 320/1993 del Tribunal Constitucional), pero eso no siempre y necesariamente. La existencia de un debate contradictorio previo (sentencia 106/1989), o la ubicación del órgano que resuelve sobre la medida cautelar en una posición menos implicada en la instrucción (sentencia 60/1995) pueden representar circunstancias que eviten la contaminación y permitan enjuiciar los hechos con plena legitimidad constitucional al órgano judicial que resolvió previamente sobre una medida tan gravosa como es la privación de libertad cautelar (sentencia 60/1995 que analiza el tema en relación con el proceso de menores). La resolución sobre recursos contra autos de prisión no necesariamente arroja una sospecha

de parcialidad en los magistrados que resuelven (Auto del Tribunal Constitucional 100/1998).

La más reciente STC 143/2006, de 8 de mayo analiza un caso similar: el enjuiciamiento por una Sala dos de cuyos integrantes habían dictado previamente un auto de prisión. Tras la inicial aseveración de que la adopción de una medida cautelar como la prisión provisional es una de las actuaciones que, abstractamente consideradas, pueden generar en quienes las efectúan un prejuicio o idea preconcebida acerca de la participación del imputado en los hechos enjuiciados y de su culpabilidad, no hay que anudar a ella necesaria e inevitablemente esa pérdida de imparcialidad objetiva. En el caso concreto analizado el hecho de que la medida de prisión provisional hubiese sido acordada por la Audiencia Provincial cuando ya está abierto el juicio oral, y por tanto otro órgano judicial ha considerado que existen indicios suficientes para considerar a los imputados autores de una infracción penal, que, por otra parte, está ya calificada por la Acusación con una petición concreta de penas y una descripción de los hechos que el Juez de Instrucción ha reputado razonablemente fundada, lleva al Tribunal Constitucional a denegar la petición de amparo. No habría motivos para dudar de la imparcialidad: la delimitación de los hechos a enjuiciar y la participación en ellos que se atribuye al acusado es realizada por el Juez de Instrucción. Por tanto, la valoración indiciaria que de lo actuado se deriva le viene dada a la Audiencia Provincial. Ese órgano ha de adoptar las medidas necesarias paraasegurar la celebración del juicio.

Es cierto que no puede exacerbarse el valor de ese precedente pues es precisamente el que fue analizado por el TEDH en su sentencia de 26 de octubre de 2010 (caso CARDONA SERRAT) a la que alude el recurrente. La Corte supranacional llegó a una conclusión diferente a la del Tribunal
Constitucional: los términos utilizados por la Audiencia para decretar la prisión y especialmente la referencia al art. 503.3 LECrim llevaron a la estimación de la demanda. Hay que hacer notar aquí que se está contemplando una antigua redacción de tal precepto en el que se decía que la adopción de la medida de prisión preventiva exigía como tercer presupuesto "Que aparezcan en la causa motivos bastantes para creer responsable criminalmente a la persona contra quien se haya de dictar el auto de prisión". No es argumento, según el Tribunal, para evaporar las dudas sobre la parcialidad, el hecho de que funcionalmente el ordenamiento interno sitúe en el órgano de enjuiciamiento las decisiones sobre libertad en esa última fase del proceso.

Menú

En todo caso conviene advertir que el Tribunal sigue manteniendo esa forma casuística de abordar estos problemas de imparcialidad objetiva. Antes de llegar a esa conclusión la referida sentencia se ha cuidado de puntualizar recordando su previa doctrina que no toda decisión que suponga la privación de libertad cautelar de una persona lleva anudada necesariamente esa "contaminación" y que in casu sólo la apreciación de los términos concretos usados en la decisión puestos en relación con el citado art. 503 conducía al Tribunal a su decisión proclamando que se había producido una violación del art. 6.1 del Convenio.

Tal resolución sin duda milita a favor del argumento del recurrente. Pero no es concluyente en absoluto. Hay motivos para considerar que en el presente asunto no cabe ofrecer la misma solución:

1.- Se trata de una resolución dictada tras una vista contradictoria y a instancia de la Acusación. El Tribunal no pierde su posición imparcial frente a partes contrapuestas ni adopta iniciativa alguna.

2.- No estamos ante una actividad de instrucción, sino ante una medida cautelar que en la fase en que nos encontramos debe adoptar el Tribunal. No existe incompatibilidad funcional (noción preferida por algunos para analizar esta materia frente a la de imparcialidad objetiva) como sí existe entre las funciones de enjuiciar e investigar.

3.- La Audiencia no necesita entrar en contacto con el material recabado durante la investigación para realizar un juicio indiciario sobre su solidez. Esa valoración previa -el llamado "juicio de acusación"- ha sido verificado ya por otro órgano judicial que ha decretado la apertura del juicio oral, considerando de esa forma indiciariamente fundado el relato de hechos y la atribución de su participación a los acusados realizado por la Acusación Pública.

REITERACIÓN DELICTIVA

Num_Sentencia: 578
Año_Sentencia: 2012
fecha: 26/06/2012
Ponente: Antonio del Moral García
Recurso_Numero: 1536
Recurso_Año: 2011

Se habla igualmente en la resolución de la necesidad de evitar una "reiteración delictiva". La expresión no es afortunada, pero esa inadecuación no es atribuible a la Audiencia sino a una nomenclatura legal tan poco precisa como extendida. La fórmula "evitar la reiteración de hechos delictivos" es una cláusula de estilo que no es atinada si se analiza con rigor, pero que tal y como se utiliza habitualmente -tanto en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos como en la propia legislación- no supone un juicio de culpabilidad respecto de la condición de culpable de quien por definición solo es imputado. Cuando, el reformado art. 503.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal habla de acordar la prisión preventiva para "evitar el riesgo de que el imputado cometa otros hechos delictivos" literalmente está dando por supuesto que hay que suponer cometido el que ha determinado la prisión preventiva (lo cual por definición sería contrario a la presunción de inocencia). El uso de esa cláusula clásica sin embargo es el que autoriza esa grave imprecisión que, sin embargo, ningún jurista entiende en el sentido literal y que por tanto no permite extraer deducciones sobre prejuicios. Como no son extraíbles de los pasajes, nada infrecuentes, de la jurisprudencia constitucional que recogen expresiones similares: por ejemplo la sentencia 33/1999, de 8 de marzo que establece entre los fines de la prisión provisional el de prevenir "la reiteración delictiva" (en términos similares, sentencia 47/2000). En algún asunto concreto (Auto TC de 13 de enero de 1997) se dice expresamente que la medida de prisión era constitucionalmente legítima pues pretendía conjurar el "riesgo de continuidad delictiva".
Como tampoco ha de entenderse en ese sentido literal en la jurisprudencia europea que utiliza términos muy semejantes y que encierran igual equívoco para hablar de los fines y presupuestos de la prisión preventiva (de la capacidad del imputado para repetir los actos delictivos, habla la sentencia del caso MATZNETTER y B contra Austria), o de

Menú

otras legislaciones de nuestro entorno (art. 144 del Código de Procedimiento Penal francés que señala como posible fin de la prisión preventiva el de prevenir la reiteración del delito; o el alemán reformado en 2001 que establece como uno de los motivos por los que puede decretarse esa prisión el riesgo de que el sujeto "continuará con la acción delictiva" en determinados casos; art. 204 del Código Portugués "continuación de la actividad delictiva"; Dinamarca: cuando haya razones para pensar que cometerá otros delitos...) y a diferencia de otras legislaciones que son más cuidadosas y utilizan un cierto retruécano (Código Italiano "si hay peligro de que cometa un delito de la misma especie de aquél por el que se procede"). Incluso en el art. 5 del Convenio se desliza un lapsus semejante ("cuando se estime necesario -la prisión- para... que huya después de haber cometido -una infracción"), dando a entender que se da ya por supuesto que la infracción ha sido cometida, cuando es de esencia de la prisión preventiva que el hecho no haya sido juzgado y por tanto que ha de prevalecer la presunción de inocencia).

ENTRADA Y REGISTRO DOMICILIARIO: ART 550 y SS LECrm

Motivación suficiente del Auto autorizando la entrada y registro. Necesidad de valoración contextual

Sentencia Nº: 860/2012
RECURSO CASACION (P) Nº:10688/2012
Fallo/Acuerdo: Sentencia Desestimatoria
Procedencia: Sección Primera de la Audiencia Provincial de Jaén.
Fecha Sentencia: 05/11/2012
Ponente Excmo. Sr. D.: Antonio del Moral García

La autorización judicial exigida por el art. 18.2 de la CE para que ceda la inviolabilidad domiciliar es algo más que un requisito formal. Se está imponiendo no solo un placet rituario emanado de la autoridad judicial, sino la necesidad de que un Juez, como garante de los derechos fundamentales, realice una valoración propia sobre la proporcionalidad y necesidad de la medida que se le pide y la suficiencia de los indicios que sustentan esa petición. Solo cuando el Instructor constate la presencia de indicios razonables de que mediante esa medida se van a encontrar instrumentos o efectos del delito que pueden servir para su descubrimiento y comprobación (art. 546 LECrim.) y no aparezcan otras vías alternativas menos gravosas para alcanzar igual fin, estará legitimada constitucionalmente la injerencia en ese derecho fundamental. Como dice el recurrente, eso es sustancialmente diferente a un acto de fe o confianza ciega en la legitimidad de la petición policial. La decisión corresponde al Juez en un juicio de ponderación que es indelegable y para el que resulta imprescindible contar con los indicios objetivos obtenidos y no solo con la interpretación que de los mismos hace la policía.

Menú

Esta idea básica es compatible con que el auto judicial autorizante no tenga que reproducir íntegramente todo el contenido de la investigación policial aportada y pueda remitirse a ella, sin necesidad de reiterar todos y cada uno de los datos, vigilancias, investigaciones o conversaciones de los que han surgido los elementos indiciarios. El Auto se dicta en el seno de unas actuaciones con un contexto, lo que permite complementarlo con esos antecedentes que sería superfluo copiar y leerlo a la luz de ellos. Si está consentida constitucionalmente la motivación por remisión al oficio policial (SSTC 49/1999, de 5 de abril, 139/1999, de 22 de julio o 56/2003, de 24 de marzo), aunque diste mucho de lo deseable, más lo estarán aquellos casos en que

existiendo en el auto judicial una motivación autónoma expresa y propia, se parte como presupuesto de los datos recogidos en las previas actuaciones e investigaciones. Esto es sustancialmente distinto de esa motivación "por remisión" que se situaría en el dintel mínimo de lo permitido.

-INTERESADO A LOS EFECTOS DE PRESENCIAR UN REGISTRO DOMICILIARIO ES EL MORADOR ACTUAL

Sentencia Nº: 1064/2012
RECURSO CASACION Nº:707/2012
Fallo/Acuerdo: Sentencia Desestimatoria
Procedencia: Sección Trigésima de la Audiencia Provincial de Madrid.
Fecha Sentencia: 12/11/2012
Ponente Excmo. Sr. D.: Antonio del Moral García
La misma recurrente en el motivo segundo pretende la expulsión del resultado del registro domiciliario practicado en la Avda. de los Andes de Fuenlabrada por no haber estado presente pese a estar detenida. Invoca el Art. 569 de la LECrim.

La recurrente ya no era moradora del domicilio registrado según se expresa en la sentencia y se acepta por ella. La ley no impone su presencia. No tendría sentido exigir la presencia en un registro de todos los anteriores moradores. No es verdad que si no se presencia el registro la prueba carezca de contradicción. La contradicción queda salvada con el interrogatorio de los agentes que participaron en la diligencia en el acto del juicio oral (SSTC 259/2005, de 24 de octubre, 219/2006, de 3 de julio y 197/2009 de 28 de septiembre); diligencia que, por otra parte, ofrece la garantía de la fe pública judicial.
Además, pese a algún antecedente jurisprudencial que parece razonar en otra dirección, la conceptuación que quién es "interesado" a los efectos del art. 569 LECrim no es diáfana. Si lo que se trata de reforzar es la protección del domicilio lo esencial será alguna vinculación con ese derecho (solo el morador actual, no el pasado, tendría la calidad de "interesado"). Si se está pensando en exigencias del principio de contradicción se llegaría a resultados diferentes. Pero entonces quedaría sin explicación por qué no existe en la Ley igual previsión cuando se habla del registro de otros lugares que no son domicilio, o por qué el art. 550 al utilizar el mismo término -interesado- está de forma evidente (otra cosa llevaría al absurdo) refiriéndose al usuario del domicilio y no a cualquier imputado o posible afectado por la medida (el argumento sistemático queda reforzado con la lectura de los arts. 552, y 570 de la Ley Procesal Penal). Solo desde la perspectiva de que el interés al que alude tal norma está referido a la inviolabilidad del domicilio, adquiere explicación coherente la asimetría: no es imprescindible la presencia del detenido para efectuar registros urgentes en otros lugares (un almacén, un vehículo de otra persona…). En esos casos también está concernido el principio de contradicción. Desde esa óptica al imputado le resulta indiferente que el lugar registrado sea un domicilio (de otro) o un almacén. No le es indiferente al titular del domicilio que por eso sí que tiene un interés especial en estar presente. La STS 503/2008, de 17 de julio diferencia ambos casos a efectos de consecuencias. La ausencia de quien no es titular del domicilio pero es imputado nunca dará lugar a la nulidad pues la contradicción está salvada.

Menú

INTERVENCIONES TELEFÓNICAS: ART 579 y ss LECrm

Fuente: J Huete

INFORMACIÓN CONFIDENCIAL COMO BASE PARA ACORDAR UNA INTERVENCIÓN TELEFÓNICA

Tribunal Supremo Sala 2ª, S 13-7-2012, nº 658/2012, rec. 10236/2012. Pte: Moral García, Antonio del

a) Una información confidencial en la que permanezca anónima la fuente no constituye nunca una base suficiente por sí sola para acordar una intervención telefónica puesto que el juez al decidir no puede hacer dejación de las funciones que le atribuye la Constitución para ser él quien pondere la suficiencia de los indicios haciéndolas descansar en el puro criterio policial. Si el Juez no tiene posibilidad de acceder a la fuente, carece de un elemento imprescindible para decidir. El juicio sobre la fiabilidad de la fuente no puede estar exclusivamente en manos de la policía
b) Esas informaciones sí que pueden ser el desencadenante de una investigación policial en la que se recaben datos que permitan contrastar la fiabilidad de la fuente.
c) Cuando esos datos parecen confirmar lo apuntado por la fuente confidencial, podrá surgir una base indiciaria suficiente para la medida. El instructor ha de valorar objetivamente los elementos aportados distinguiendo lo que son juicios de valor u opiniones de los agentes, de lo que son circunstancias objetivas. Está obligado a una interpretación autónoma de esos datos sin confiar sin más en la explicación que se le ofrece. Por eso es tan aconsejable que en la solicitud se consignen sobre todo los elementos objetivos y no sencillamente la interpretación que les dan los investigadores. Afirmar que una persona al conducir realiza maniobras evasivas o de despiste como si estuviera alertado frente a posibles seguimientos es una opinión. Es más correcto relatar en qué consisten esos movimientos para que, sin perjuicio de que en la solicitud se pueda consignar una interpretación de los mismos, sea la autoridad judicial quien sopese si efectivamente esos movimientos reflejan una actitud de alerta o pueden tener otras explicaciones muy diferentes. En los supuestos en que la solicitud de intervención sea prolija en juicios de valor o interpretaciones y parca en datos objetivos que permitan al Instructor realizar su propia valoración de los indicios, no será legítimo constitucionalmente un mandamiento de intervención telefónica pues el Juez no sería como quiere la Constitución y la ley el garante de que no se procede a la suspensión del derecho al secreto de las comunicaciones sin motivos suficientes. Abdicaría de esa función convirtiéndose en un mero convalidador de la valoración policial. En este caso es de subrayar que en el oficio inicial, sin perjuicio de determinadas interpretaciones, no se sustraen del Instructor expuestos a veces de forma minuciosa los datos externos que respaldan a esas opiniones (v.gr., se describen los movimientos que consideran "sospechosos", lo que permite al Juzgador decidir por sí si efectivamente lo son o la catalogación policial peca de suspicacia o es una mera fórmula vacía de contenido real).
d) La existencia de esas informaciones confidenciales puede sumarse al resto de indicios que se hayan recabado durante esa investigación y que vengan a confirmar su fiabilidad. Algunas conductas externas (maniobras con un vehículo, recogida de paquetes, relación con ciertos ambientes, posesión de muchos vehículos) pueden obedecer a mil razones diferentes la mayoría de las cuales no guardan la más mínima relación con una actividad delictiva. Pero cuando confluyen varias de ellas y adquieren plena coherencia y explicación si se ponen en relación con las informaciones confidenciales que la policía relata haber recibido, éste no es un dato neutro: es un indicio más que adquiere mayor valor por esos puntos de confirmación.

Menú

Fuente: J Huete

CONTROL JUDICIAL DE LA INTERVENCIÓN TELEFÓNICA

Tribunal Supremo Sala 2ª, S 13-7-2012, nº 658/2012, rec. 10236/2012. Pte: Moral García, Antonio del

El otro argumento blandido se refiere a la supuesta ausencia de control judicial que privaría de legitimidad a las sucesivas prórrogas. Mientras no cese la intervención, las deficiencias en el control o en la incorporación de las escuchas pueden incidir en el derecho al secreto de las comunicaciones (por todas, SSTC 49/1999, de 5 de o 220/2006, de 3 de julio del mismo Tribunal), máxime cuando se acuerda una prórroga o una nueva intervención, basándose en las anteriores escuchas no controladas. Es esta una alegación tópica en este tipo de asuntos.
Aquí se denuncia en primer lugar que la primera prórroga se acordó sin que de las escuchas hasta ese momento llevadas a cabo hubiese surgido ningún elemento que confirmase las sospechas. El planteamiento de los recurrentes es inicialmente correcto. Aunque existan indicios suficientes, si la intervención no está arrojando ningún resultado perderá su legitimidad pues no solo se estarán diluyendo esos indicios, sino sobre todo y especialmente se estará poniendo de manifiesto la falta de necesidad de la medida, lo que constituye una de las vertientes del juicio de proporcionalidad. De hecho el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2011 incluía un art. 282.3 que ordenaba la cancelación de la intervención de las comunicaciones cuando en un plazo de quince días no hubiesen arrojado ningún resultado útil para la investigación. Eso, pese a que en ese texto, con valor meramente doctrinal y orientativo, el plazo para una intervención y sus prórrogas se ampliaba a tres meses. La previsión es elogiable, aunque la concreción de un plazo tan exiguo ha sido objeto de críticas. La experiencia pone de manifiesto que en determinado tipo de actividades delictivas, precisamente aquéllas en las que las intervenciones telefónicas se erigen a veces en un medio de investigación no sustituible y por eso imprescindible, en la mayoría de las ocasiones no se obtienen resultados "útiles" en ese brevísimo plazo, salvo que el término "útil" se interprete de manera muy generosa lo que se compadece mal con su carácter de norma limitadora de un derecho fundamental. Posiblemente sea prudente que el legislador establezca un plazo, transcurrido el cual la intervención haya de cancelarse si no se ha derivado de ella ningún elemento relevante, y no abandonar esa cuestión en exclusiva al criterio prudencial del Instructor (Fiscal o juez de garantías en el Anteproyecto), pero también la experiencia aconseja ampliar algo más ese periodo mínimo a partir del cual la ausencia de cualquier resultado relevante o útil convierte en ilegítima la intervención.
Hoy por hoy hay que manejarse con la insuficiente normativa de la Ley vigente completada con todo el aparato jurisprudencial que la ha ido recreando en tanto se enmienda ese déficit legal, a lo que como es conocido viene invitando el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Desde esa base ha de contestarse al recurrente. Hay que rechazar tajantemente su punto de partida: decir que no hubo resultados relevantes antes de acordarse la primera prórroga es una apreciación que no soporta su contraste con las actuaciones. Si el Auto se dictó el 3 de agosto de 2010, el día 5 de ese mes aparece una conversación de la que se deduce el intento de pasar droga a un interno hermano de Mario Florentino; el día siguiente otra conversación para confirmar la entrega. Ese mismo día se producen otros dos diálogos telefónico evocadores de la actividad que se investigaba.
En cuanto al control judicial se alega que en los sucesivos informes que se iban facilitando al Instructor para recabar una nueva prolongación de las intervenciones la selección de las conversaciones relevantes era efectuada por la policía y no por el

Instructor. Hay un error de planteamiento en ese razonamiento. No puede equipararse control judicial con audición y transcripción previa de todas las grabaciones por parte del Juez. Control judicial no significa inmediata audición de todas las grabaciones por el titular del juzgado. Para acordar la prórroga de una intervención telefónica no es necesario contar ya con la transcripción exacta de las previas conversaciones, sino tan solo con datos que pueden expresarse mediante un informe que sean justificativos de la procedencia de esa prolongación. Sirve de aval a estas consideraciones un pasaje de la sentencia 26/2010, de 27 de abril del Tribunal Constitucional : " Denuncia también la demandante la falta de control judicial en el seguimiento de la intervención. Al respecto, hemos afirmado que para dicho control no es necesario que la policía remita las transcripciones íntegras y las cintas originales y que el Juez proceda a la audición de las mismas antes de acordar prórrogas o nuevas intervenciones, sino que resulta suficiente el conocimiento de los resultados obtenidos a través de las trascripciones de las conversaciones más relevantes y de los informes policiales (SSTC 82/2002, de 22 de abril, FJ 5; 184/2003, de 23 de octubre, FJ 12; 205/2005, de 18 de julio, FJ 4; 239/2006, de 17 de julio, FJ 4; 197/2009, de 28 de septiembre, FJ 6), que sin lugar a dudas es lo que acontece en el presente supuesto, en el que, como ya se ha afirmado, el oficio policial en el que se solicita la prórroga, además de contener la información referida a los resultados de la investigación, se acompaña de las transcripciones de las conversaciones mantenidas en los teléfonos intervenidos. Por ello, puede afirmarse que por el órgano judicial se ha efectuado el pertinente seguimiento de la medida".
No puede confundirse control judicial con una inexistente necesidad de que el Instructor antes de proceder a la prórroga de una intervención oiga directamente o cuente con la transcripción literal adverada por el fedatario judicial de las escuchas. Para acordar la prórroga de unas escuchas no se impone esa audición: basta con que el Instructor haya podido valorar con examen del informe policial los resultados de las escuchas hasta ese momento practicadas. El control judicial imprescindible para que la intervención sea respetuosa con el art. 18.3 de la Constitución no exige que la autoridad judicial antes de acordar cada prórroga tenga un conocimiento exhaustivo de todas y cada una de las conversaciones y que éstas hayan sido transcritas y adveradas mediante la fe judicial. Es suficiente con que conozca las vicisitudes de las intervenciones en sus datos esenciales y no en todos y cada uno de sus pormenores. Los informes de quienes están materialmente realizando las escuchas y la exposición de las conversaciones más relevantes son suficientes a tal fin, por estar siempre abierta la facultad del instructor de a la vista de tales informes exigir nuevas explicaciones o concreciones (vid. sentencia del Tribunal Constitucional 82/2002, de 22 de abril o 205/2.005, de 13 de julio).

Sentencia Nº: 1077/2012
RECURSO CASACION Nº:847/2012
Fallo/Acuerdo: Sentencia Desestimatoria
Procedencia: Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Oviedo.
Fecha Sentencia: 28/12/2012
Ponente Excmo. Sr. D.: Antonio del Moral García

Menú

Se formaliza por la representación procesal del recurrente el primer motivo de recurso al amparo del art. 852 LECrim, proyección específica en el proceso penal del más general art. 5.4 de la LOPJ, aduciendo vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones y del derecho a un proceso con todas las garantías (arts. 18.3 y 24.2 CE). Se argumenta que las escuchas telefónicas ordenadas por el Juez instructor han escapado al control judicial sin que ni siquiera algunas de las cintas o DVDs conteniendo las trascripciones

(sic) hayan sido entregadas al juzgado, ni hayan sido adveradas por el Secretario. La anulación del resultado de las escuchas telefónicas por inexistencia de control contaminaría el resto de las pruebas practicadas en la vista oral. La consecuencia sería la ausencia de prueba de cargo válidamente obtenida para enervar la presunción de inocencia del recurrente.

El exigible control judicial que requiere la ejecución de una medida de intervención de las comunicaciones telefónicas puede resultar ausente o deficiente cuando no se han fijado temporalmente los períodos en que deba darse cuenta al Juez del resultado de la restricción, cuando la policía los incumpla, o cuando el Juez se desentiende de las vicisitudes de la medida o permanece al margen. No es suficiente con la autorización inicial. Se hace necesaria una continuada supervisión judicial dada la naturaleza invasiva persistente de la intimidad que es inherente a la medida. Si el Juez que autorizó la restricción no efectúa un seguimiento de las incidencias, desarrollo y cese de la misma y desconoce el resultado obtenido en la investigación, llegando a acordar prolongaciones sin capacidad por falta de información para formarse un juicio propio y autónomo, no puramente vicario de la estimación policial, sobre la utilidad que está arrojando tal medida de investigación la intervención podría perder su inicial legitimidad tras esas prórrogas acordadas por inercia, intuitivamente o haciendo descansar la decisión en el criterio policial. La falta de control se produce y puede dar lugar a la lesión del derecho "si no se fijan períodos para dar cuenta al Juez de los resultados de la intervención" (STC 82/2002, de 22 de abril, F. 6) o si, por otras razones, el Juez no efectúa un seguimiento de las vicisitudes del desarrollo y del cese de la intervención o no conoce los resultados de la investigación".

Menú

El conocimiento de la marcha de la investigación necesario para satisfacer esa exigencia de control judicial puede obtenerse desde luego mediante la audición de las grabaciones por el Instructor. Pero eso no significa que no puedan utilizarse otras fuentes para acceder al mismo, y que incluso esas otras fórmulas puedan ser más efectivas y, por ello, más habituales. Cuando el volumen de grabaciones es alto pretender que el instructor proceda a su completa, personal e íntegra audición, no solo es irreal sino que incluso podría devaluar la calidad del control. Puede garantizar plenamente el control judicial que el Instructor cuente con la transcripción de las conversaciones efectuada por la Policía o con información suficiente de su contenido. El control judicial es algo mucho más sustancioso que contrastar que las transcripciones efectuadas policialmente no contienen errores o son fieles. Se trata de que el juez evalúe con datos objetivos, que le podrán ser proporcionados por la policía, los resultados de la medida y la necesidad y utilidad de su prórroga. La transcripción bajo la fe del secretario judicial o, alternativa o cumulativamente, su audición directa en el Plenario servirá posteriormente para dotar a las escuchas de valor probatorio (así lo apunta certeramente el Fiscal en su dictamen: las conversaciones relevantes se reprodujeron en el juicio oral). Pero a efectos de control judicial y posibles prórrogas no es imprescindible ni la audición directa de las conversaciones ya efectuadas ni su transcripción bajo la fe pública judicial. Es suficiente con que el juez cuente con la información relevante a esos efectos. Ningún precepto impone al Juez de Instrucción la obligación de oír las grabaciones de las conversaciones intervenidas para acordar la prórroga de las intervenciones ya autorizadas. El Juez puede formar criterio a través de la información escrita o verbal de los funcionarios policiales que hayan interesado y practiquen la intervención. Lo esencial es que efectúe el juicio de ponderación y de proporcionalidad con base en

datos, y no simples deducciones o estimaciones, que la policía le facilite. La policía ha de proporcionar esos datos objetivos y no sus simples deducciones.

El material probatorio viene constituido en realidad por las cintas grabadas y no por su transcripción, cuya única misión es permitir el más fácil manejo de su contenido. Lo decisivo es que las cintas originales están a disposición de las partes para que puedan solicitar, previo conocimiento de su contenido, su audición total o parcial. La verdadera prueba en cuanto al contenido incriminador de las conversaciones telefónicas y que subsana cualquier posible irregularidad en su incorporación al proceso, es la audición de las cintas en el juicio oral, sometiéndose así a contradicción por las partes (STS 986/2011 de 4 de octubre).

La sentencia de instancia avala la legitimidad constitucional de la medida de intervención telefónica habida cuenta del cumplimiento de todos los requisitos afectantes a la regularidad de su adopción. De hecho, el recurrente no cuestiona más que la inexistencia de cotejo o de entrega de cintas. Pero, aun siento cierto, como invoca el recurrente, que el propio Ministerio Fiscal al impugnar el recurso, afirma que no constan incorporadas a la causa cintas o DVD de las conversaciones intervenidas y no hay consiguientemente adveración del Secretario, a lo largo de la extensa y prolija instrucción obran transcripciones y resúmenes de las conversaciones intervenidas, aportadas por los agentes investigadores, que -junto al variado y abundante material restante que se contiene en el sumario, como resultado de la investigación policial- ofreció al Juez instructor el conocimiento necesario y suficiente del estado y vicisitudes de la intervención, proporcionándole la información necesaria para decidir en cada momento fundadamente sobre el mantenimiento o prolongación de la misma.

Menú

En cuanto a la vertiente de utilización como medio probatorio (no ya de control judicial), en el escrito de acusación consta la solicitud de escucha en el acto del plenario -petición efectuada también por la defensa de la coacusada- de los discos CD con las grabaciones de las escuchas, y en el acta de reanudación de la vista oral, la práctica de la prueba "Documental, reproducción de las intervenciones telefónicas, contenidas en los Discos nº 9, 11, 12, 13 y 14. Se adjunta a la presente la minuta con la descripción de los archivos de audio que se reproducen". A continuación, aparece documentada la práctica de la prueba, detallándose, respecto de los discos indicados, cada archivo de audio con indicación del minuto en que comienza la reproducción, la fecha y la hora.

INDICIOS NECESARIOS PARA PROVOCAR LA INJERENCIA EN EL DERECHO AL SECRETO DE LAS COMUNICACIONES

Num_Sentencia: 578
Año_Sentencia: 2012
fecha: 26/06/2012
Ponente: Antonio del Moral García
Recurso_Numero: 1536
Recurso_Año: 2011

En la estimación de los recurrentes el auto autorizante inicial carecería del sustento indiciario necesario para tal injerencia en el derecho fundamental al secreto de las comunicaciones. Para que sea constitucionalmente legítima esa autorización el Juez ha

de verificar la presencia de unos indicios constatables por un tercero y no meras afirmaciones apodícticas de sospecha. El órgano judicial ha de valorar no sólo la gravedad y naturaleza de los delitos que se pretende investigar; y la necesidad de realizar esa injerencia en un derecho fundamental para esa investigación. Es imprescindible igualmente que efectúe un juicio ponderativo sobre el nivel cualificativo de los indicios que avalan las sospechas. La suficiencia de los indicios para llegar a afirmar la probabilidad de esas conclusiones justificativas de las escuchas es una valoración que no puede hurtarse al Juez de Instrucción ni puede descansar exclusivamente en los agentes policiales. No basta con que éstos afirmen que tienen sospechas fundadas. Es necesario que aporten al instructor los elementos objetivos que generan ese juicio de probabilidad. La constatación de la solidez de esos indicios es parte esencial del proceso discursivo y valorativo que debe realizar el Juez antes de conceder la autorización. El Instructor ha de sopesar el grado de probabilidad que se deriva de los indicios. Sólo cuando éste adquiera ciertas cotas que sobrepasen la mera posibilidad, estará justificada la injerencia. No basta una intuición policial; ni una sospecha más o menos vaga; ni deducciones basadas en confidencias. Es necesario algo más como han repetido hasta la saciedad tanto el TC como esta Sala de casación. Sobre este tema la STC 49/1999 es un punto de referencia básico. Consideraciones similares pueden encontrarse en las SSTC 299/2000, de 11 de diciembre, ó 136/2000, de 29 de mayo. La concreción del delito investigado, de la persona a investigar y del teléfono cuya intervención se reclama no suplen la carencia de elementos objetivos indiciarios que justifiquen la intervención (STC de 11 de septiembre de 2006). El éxito posterior de la investigación, por otra parte, tampoco puede convalidar lo que en sus raíces nacía podrido: se trata de un juicio ex ante (SS TC 165/2005, de 20 de junio o 259/2005, de 24 de octubre).

RELEVANCIA DE LAS CONFIDENCIAS A LOS EFECTOS DE DECRETAR UNA INTERVENCIÓN TELEFÓNICA

Num_Sentencia: 578
Año_Sentencia: 2012
fecha: 26/06/2012
Ponente: Antonio del Moral García
Recurso_Numero: 1536
Recurso_Año: 2011

Menú

Las informaciones iniciales a que se alude en el informe del servicio de aduanas se remiten en definitiva y en su origen a fuentes confidenciales.
Eso es un dato objetivo, pero insuficiente pues no permite al Juez valorar la credibilidad de esas informaciones. Es claro que no basta con una desnuda remisión a ese tipo de fuentes para cumplir los cánones mínimos que exigen la jurisprudencia constitucional y ordinaria. Es indispensable filtrar y contrastar. Y eso se ha hecho aquí: las informaciones de ese tipo son tan solo utilizadas como desencadenante de una comprobación mediante investigaciones ulteriores que vienen a confirmar la credibilidad de esas fuentes. No son el elemento nuclear y principal del cuadro indiciario ofrecido al juzgador como soporte de la solicitud de intervención; pero una vez extraídos otros datos objetivos, sí que vienen a reforzar a éstos.

Para que tales informaciones, anónimas en su origen, puedan servir de base para una intervención telefónica no es absolutamente necesario que se tenga constancia de la identidad de la fuente. Ahora bien será indispensable que ese dato vaya seguido de unas indagaciones posteriores mediante las que se haga acopio de elementos que permitan graduar su fiabilidad y la consiguiente verosimilitud de esa "información". En este caso esos nuevos elementos no solo confirman que las informaciones tenían base sino que incluso por sí solos se erigen en una panoplia de indicios consistente a estos efectos. Se proporcionan al Juez datos objetivos que le permiten discriminar entre un rumor o una vaga sospecha o una información confidencial no concretada, insuficiente para una injerencia en el secreto de las comunicaciones; y los indicios -que no pruebas- que habilitan ese tipo de medidas. Muchas veces, y en algún aspecto el presente caso podría ser un ejemplo de ello, las informaciones confidenciales son finalmente sustituidas a efectos de reclamar la intervención por un conglomerado de elementos objetivos que se han recabado en unas indagaciones previas.

En el presente caso, no estamos ante una mera información anónima. Hay una laboriosa tarea policial de depuración. Cuando las informaciones vienen acompañadas de otros datos corroboradores, o ellas mismas son las que funcionan como elemento corroborador de otros y, por supuesto sin necesidad de desvelar la identidad del informador, unas noticias confidenciales pueden constituir la base indiciaria necesaria para una intervención de las comunicaciones (SSTS 27/2004, de 13 de enero ó 77/2007, de 7 de febrero). La STS 834/2009, de 29 de julio aclara en ese sentido que la policía no tiene que revelar la fuente inicial de
investigación cuando se trata de un confidente, pero que en ese caso esa no puede ser la única base para una medida restrictiva de derechos, de lo que se infiere que sí puede ser el desencadenante de la investigación y además un dato complementario de una base indiciaria plural.

Menú

VALORABILIDAD DE LAS TRANSCRIPCIONES TELEFÓNICAS

Num_Sentencia: 578
Año_Sentencia: 2012
fecha: 26/06/2012
Ponente: Antonio del Moral García
Recurso_Numero: 1536
Recurso_Año: 2011

La feliz recuperación de la importancia del acto del plenario como escenario idóneo para desplegar la actividad probatoria no puede llevar a instalarse en tesis radicales que, amén de violentar el sentido común, no suponen objetivamente ningún refuerzo de garantías procesales. La fórmula de "dar por reproducida" la prueba documental durante muchos años fue la coartada para obviar la esencialidad de la práctica de la prueba en el acto del juicio oral, con la consiguiente merma de los principios de publicidad, inmediación y contradicción. Ahora bien, la justa proscripción de esa práctica viciosa y contraria a los pilares básicos de la arquitectura del proceso penal que levantó el legislador de finales del siglo diecinueve, no supone descalificar de manera absoluta ese mecanismo abreviado de práctica de la prueba documental. Que la prueba haya de practicarse en el acto del juicio oral, no significa que todos, absolutamente todos los documentos aportados o unidos a las actuaciones hayan de ser leídos en ese momento, so pena de quedar invalidados como posible medio de convicción.

Eso es absurdo y llevaría a la absoluta inmanejabilidad de determinados procesos penales en que la prueba es básicamente documental y además de un volumen enorme.

Lo esencial es que queden a salvo esos principios de inmediación, contradicción y publicidad. Ninguno de ellos padece si el Tribunal examina al amparo del art. 726 LECriminal la hoja de antecedentes penales -por descender a ejemplos- que fue propuesta como prueba documental por el Fiscal, y que obra en las actuaciones de las que se dio vista -o en su caso copia- a la defensa, aunque en el acto del juicio oral no se haya procedido a una premiosa lectura de ese certificado introducido en el juicio por el sencillo expediente de "dar por reproducido" lo que todos conocen. Si la impugnación lo es por su origen y no por la falta de fiabilidad de su contenido adverado por el fedatario judicial no se llega a conclusiones diferentes. Si se trata en efecto de prueba documental y ha sido expresamente propuesta por una de las partes con conocimiento de las demás, al darse por reproducida sin protesta, o sin que se reclame su lectura o, en su caso, la audición de las cintas, nadie podrá quejarse de que el Tribunal en cumplimiento de la obligación -que no facultad- que le impone el art. 726 LECrim examine directamente ese documento. Que este tipo de grabaciones son prueba documental es algo que desde antiguo viene afirmando el Tribunal Constitucional (sentencia de 27 de junio de 1988), que es relativamente pacífico en la doctrina (aparte de posturas minoritarias que hablan de prueba monumental) y que aparece también de manera recurrente en la jurisprudencia de esa Sala. Por tanto puede proyectarse sobre ellas tanto lo dispuesto en el art. 726 LECriminal como la posibilidad de omitir por razones procesales su reproducción material y completa en el juicio oral, teniéndola por practicada cuando ninguna de las partes interesa específicamente esa audición o lectura de algo que sin duda ya conocen: la prueba documental ya aportada se caracteriza por su "invariabilidad": está ahí; nada distinto determinará en ella su lectura (o audición) y ahí seguirá inmutada en condiciones de plena idoneidad para ser examinada directamente por el Tribunal.

Menú

Así pues no es obligada la reproducción en el acto de juicio oral de la integridad de las grabaciones. La audición de las cintas no es requisito imprescindible para su validez (STC 76/2000, de 27 de marzo: fundamento jurídico segundo o STC 26/2010 de 27 de abril del Tribunal Constitucional.

-INSUFICIENCIA DE LA MOTIVACIÓN: MOTIVACIÓN POR REMISIÓN

Sentencia Nº: 1064/2012
RECURSO CASACION Nº:707/2012
Fallo/Acuerdo: Sentencia Desestimatoria
Procedencia: Sección Trigésima de la Audiencia Provincial de Madrid.
Fecha Sentencia: 12/11/2012
Ponente Excmo. Sr. D.: Antonio del Moral García

En relación a la primera de las supuestas causas de invalidez -insuficiencia de la motivación- ha de recordarse con el Ministerio Fiscal y la sentencia de instancia -que trata toda esta cuestión en el primero de los apartados de su motivación de manera tan clara como modélica- que en este tipo de autos la motivación por remisión está aceptada jurisprudencialmente, lo que se justifica por el carácter contextual que siempre acompaña a una motivación. No se hace en el vacío sino en un marco determinado en el que existe una petición y unos antecedentes. Reiterar su contenido puede ser superfluo y

redundante. El auto habilitante fechado el 12 de junio de 2009 es, en efecto, lacónico. Extremadamente lacónico. Pero en su único antecedente y en el primero de los fundamentos de derecho se remite de manera expresa a la solicitud policial, lo que autoriza, según una doctrina jurisprudencial conocida y citada en la sentencia de instancia, a integrar el contenido de la resolución judicial con la exposición de la solicitud que el Instructor no cree necesario reproducir. Estamos ante una "motivación por remisión" que, distando de lo deseable, colma los estándares mínimos. La remisión a la solicitud policial y a sus conclusiones permite deducir inequívocamente que el Instructor tuvo a la vista la petición, que valoró autónomamente los datos que se le proporcionaban y que se formó un juicio propio al concluir como se expresa en el fundamento de derecho que, en efecto, de los elementos expuestos se inferían indicios que sugerían la probabilidad de que el usuario del teléfono 672531811 estuviese implicado en actividades falsarias relacionadas con la inmigración ilegal

-AUSENCIA DE TESTIMONIO DE LAS ACTUACIONES EN QUE SE BASABAN LAS INTERVENCIONES: CONSECUENCIAS

Sentencia Nº: 1064/2012
RECURSO CASACION Nº:707/2012
Fallo/Acuerdo: Sentencia Desestimatoria
Procedencia: Sección Trigésima de la Audiencia Provincial de Madrid.
Fecha Sentencia: 12/11/2012
Ponente Excmo. Sr. D.: Antonio del Moral García
En este punto se enlaza con la insinuación efectuada antes sobre la estrategia defensiva que ha sido objeto de reprobación por el Fiscal. Se ha unido a la presente causa toda la serie de autos dictados en el seno de las diligencias previas seguidas en un Juzgado de Instrucción de Palma de Mallorca. En el curso de esa investigación surgieron los indicios del delito contra la salud pública aquí enjuiciado. Se dedujeron los oportunos testimonios para la incoación de una causa penal por separado en el Juzgado territorialmente competente. No se aportó, testimonio de todas las actuaciones de aquella causa (oficios policiales, conversaciones telefónicas, incidencias de las investigaciones…) pues nadie lo solicitó y no era necesario. Las defensas han podido recabar los testimonios que les interesasen. Si dudaban de la suficiencia de los indicios apuntados en cada uno de los autos de intervención o de prórroga, nada les impedía denunciarlo. Pero no es dable mantener silencio sobre tal punto o limitarse a una genérica impugnación de las conversaciones telefónicas sin aducir más razón que la genérica falta de motivación, (que no falta de fundamento) para posteriormente introducir tardíamente como argumento que no se han incorporado los antecedentes en que se basaba el auto y por tanto discutir su legitimidad y la veracidad o consistencia de sus afirmaciones o valoraciones desde una posición ventajista. Las partes tienen la carga de hacer constar de forma clara, y no sibilina o escondida, esas sospechas para que la contraparte pueda reaccionar. No es lógico, cuando nada hace dudar de la legitimidad de una decisión judicial y nadie ha expresado dudas sobre determinados puntos (en este caso, suficiencia de los indicios) trasladar por sistema de uno a otro procedimiento todas las voluminosas actuaciones. Lo que es exigible en todo caso es comprobar que las intervenciones que han determinado el descubrimiento del delito investigado y que se hacen valer como prueba están constitucionalmente legitimadas pues han sido autorizadas motivadamente por la autoridad judicial. Remontarse en la cadena de autos es exigible cuando alguna parte denuncia que estaban viciadas causalmente por una deficiencia relevante y contaminante en los sucesivos eslabones. Pero no es razonable

Menú

exigir a la acusación en cada caso y en cada uno de los procedimientos que hayan podido derivarse del inicial que acredite la conformidad con la Constitución de unas actuaciones judiciales no impugnadas. El principio in dubio no conduce a entender que de no estar plenamente acreditado lo contrario los autos judiciales carecían de base indiciaria suficiente. Menos en un supuesto como el presente en el que, como se ha dicho, el auto autorizante inicial se remite a un oficio policial que estaba respaldado por investigaciones cuyos hitos principales constan en esta causa en un atestado posterior que resume la investigación.

El derecho a la presunción de inocencia no comporta presumir la invalidez de los medios de prueba sobre los que una parte tardíamente arroja una sospecha fundada de incorrección. La presunción de inocencia obliga a presumir que una persona es inocente en tanto no concurran pruebas que acrediten su culpabilidad. Pero no obliga a presumir que las pruebas inculpatorias son ilegítimas mientras no conste de manera plena lo contrario (SSTS 6/2010 de 27 de enero y 406/2010, de 11 de mayo). La acusación no está obligada a adivinar dudas no exteriorizadas o a hacer frente a inexistentes alegaciones sobre la legitimidad de un medio probatorio. Si alguien quiere hacer valer esas dudas ha de alegarlas en momento apto para no sorprender la buena fe de las otras partes. La alegación tardía de dudas habrá de ser resuelta a favor de la utilizabilidad del medio de prueba, máxime cuando el examen de las actuaciones revela la inconsistencia de esas dudas. Está en juego también el derecho fundamental a valerse de los medios de prueba pertinentes que no puede ser limitado sin una base probatoria sólida. El fundamento del principio in dubio estriba en evitar a toda costa la condena de una persona inocente. Pero no se ha pensado para evitar la condena de una persona culpable en virtud de pruebas que probablemente sean lícitas. Una persona probablemente culpable ha de ser absuelta y tenida a todos los efectos como inocente. Una persona cuya culpabilidad ha quedado plenamente acreditada en virtud de pruebas probablemente lícitas puede ser condenada.

Menú

En relación a la cuestión concreta aquí examinada se ha producido ya un cuerpo de doctrina al que alude el Fiscal. El supuesto no es infrecuente: una causa iniciada por deducción de testimonios de otra. La parte pasiva alega que al no constar la regularidad de las iniciales escuchas de las que dimanan las demás, habrá que anular todas. Trata de fundar la ilicitud de la prueba en la no constancia de las iniciales actuaciones de las que emanan otras. Al no unirse a la segunda causa testimonio de toda la cadena de investigación, no puede saberse si las iniciales intervenciones estaban amparadas en indicios fundados o, si por el contrario, adolecían de defectos que las convertían en inutilizables y arrastraban la ilicitud de todas las medidas subsiguientes. Ni el principio de presunción de inocencia ni el principio in dubio llegan hasta el punto de tener que presumirse por mandato constitucional que, salvo que se acredite lo contrario, las actuaciones de las autoridades son ilegítimas e ilícitas. Y tampoco el in dubio juega en relación con hechos impeditivos o excluyentes de la validez de una prueba. Si se quiere demostrar que unas declaraciones han sido obtenidas mediante tortura hay que alegarlo y en su caso acreditarlo aportando los medios de prueba pertinentes; o, al menos, un principio de prueba que genere dudas fundadas. Y si se quiere hacer valer la supuesta ilegitimidad de una prueba hay que alegarlo, para trasladar a la acusación la carga de justificar su regularidad...

La STS 223/2011 de 31 de marzo contiene una adecuada exposición de la doctrina que puede considerarse vigente:

3.- El Pleno no jurisdiccional de esta Sala adoptó el 26 de mayo de 2009 el siguiente acuerdo:

"En los procesos incoados a raíz de la deducción de testimonios de una causa principal, la simple alegación de que el acto jurisdiccional limitativo del derecho al secreto de las comunicaciones es nulo, porque no hay constancia legítima de las resoluciones antecedentes, no debe implicar sin más la nulidad".
"... en tales casos, cuando la validez de un medio probatorio dependa de la legitimidad de la obtención de fuentes de prueba en otro procedimiento, si el interesado impugna en la instancia la legitimidad de aquel medio de prueba, la parte que lo propuso deberá justificar de forma contradictoria la legitimidad cuestionada. Pero, si, conocido el origen de un medio de prueba propuesto en un procedimiento, no se promueve dicho debate, no podrá suscitarse en ulteriores instancias la cuestión de la falta de constancia en ese procedimiento de las circunstancias concurrentes en otro relativas al modo de obtención de las fuentes de aquella prueba".
Posteriormente hemos tenido ocasión de resolver conforme a tales criterios, entre otras, en la Sentencia de esta Sala de 24 de junio de 2010 en la que se trataba de un supuesto en el que no se han aportado a la causa los testimonios de las diligencias en las que se acordó la injerencia en las conversaciones de los investigados en el hecho, diligencias que han sido origen de las que constituyen el objeto del procedimiento en el que recae la resolución de este Tribunal Supremo. En la misma los recurrentes expresan su oposición afirmando que esa ausencia documental de las injerencias les imposibilita cuestionar su regularidad y licitud, su acomodación a la ley y a la Constitución, por lo que su ausencia determina la nulidad de las mismas y, en consecuencia, por efecto del artículo 11.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, de las diligencias posteriores causalmente relacionadas con la intervención telefónica que califican de nula e ilícita. Como en el caso ahora juzgado, la sentencia de instancia consideró acreditada la existencia de la autorización judicial no trasladada por testimonio, pero la cuestión se traslada a la constatación de la legitimidad de aquélla.
Al respecto dijimos: Cuando se trata de injerencias que han sido adoptadas en otra causa de la que se ha desgajado, si bien no existe una presunción de ilegalidad de lo actuado en otro proceso, ni el principio "in dubio pro reo" autoriza a cuestionar, y sospechar de ilicitud a lo allí actuado, sí que es preciso traer al enjuiciamiento los presupuestos de actuación que habilitan las diligencias subsiguientes acordadas en otros procesos, bien es verdad que el cuestionamiento ha de ponderar que se trata de una causa diferente a la original en la que el testimonio remitido se refiere a los elementos sustanciales que permiten ese control.
Y se concluye: En la presente causa el cuestionamiento de la injerencia fue oportunamente interesado por las defensas y frente a esa intención, legítima y procedente desde el derecho de defensa que ejercita, no reaccionó quien podía realizarlo, la acusación pública, dado el momento procesal en que la pretensión de revisión se produjo y en el que el tribunal de instancia no debiera actuar aportando de oficio medios de prueba que interesen a una de la parte. Esa inacción de la acusación ha propiciado que el debate planteado por la defensa de los recurrentes no haya podido resolverse y quede sin respuesta la pretensión de la defensa de análisis de la injerencia.
Consecuentemente, procede estimar esta impugnación presentada por las defensas de los recurrentes y apartar del acervo probatorio las diligencias que traen causa, directa o indirecta, conforme al art. 11 de la LOPJ, de la intervención telefónica , cuya depuración ha sido cuestionada por la defensa de los recurrentes en el momento del enjuiciamiento y que no ha podido ser controlada jurisdiccionalmente pues quien intentó valerse de la prueba no la introdujo en el enjuiciamiento para el análisis de su regularidad.

Menú

El acuerdo citado fue asumido también por las Sentencias de esta misma Sala de 26 de julio de 2010 y num. 1138/2010 de 16 de diciembre en la que se recuerda que "en definitiva, la legitimidad de la intervención telefónica no ha de presumirse, sino que debe acreditarse, y no es la defensa la que tiene la obligación de llevar a la nueva causa los antecedentes y las Resoluciones que se refieren a la intervención telefónica.
Lo que es compatible con la advertencia de que, solo si el interesado (defensa) impugnara en la instancia la legitimidad de aquel medio de prueba, la parte que lo propuso (en este caso el Ministerio Fiscal) debe justificar de forma contradictoria la legitimidad cuestionada…".

En sintonía con esos argumentos hay que rechazar la petición de nulidad de ese auto inicial por cuanto:

a) Aparece suficientemente motivado, a la vista de que se autoriza esa motivación por remisión.

b) Constan en la causa elementos concretos que permiten deducir fundadamente que la investigación policial había recabado datos sobrados para proceder a esa injerencia con motivo de una investigación por delitos de falsedad relacionados con la inmigración ilegal.

Menú

c) La defensa no introdujo temporáneamente el debate sobre esa cuestión. No puede aducirla sorpresivamente, privando a la acusación de la posibilidad de justificar la base de esa intervención que antes no se había puesto en duda de manera concreta y específica.

El auto de 14 de julio de 2009 mediante el que se hace cesar la intervención del primero de los teléfonos y se acuerda la de otro cuenta con iguales elementos de justificación. No es necesario que esté identificado el usuario. Basta con que existan indicios de que ese no identificado titular se dedica probablemente a actividades delictivas cuyo esclarecimiento aconseja la interceptación de las comunicaciones. Constando ya la identidad del usuario de esa línea (folio 31) y constatado que había comenzado a valerse de otra (632134642) es obvia la procedencia de la nueva intervención. La detención con motivo de la presentación de un certificado eclesiástico de matrimonio era un nuevo indicio muy relevante aparecido que se sumaba a los ya existentes. La motivación por remisión en ese contexto satisface las exigencias constitucionales.

-FACULTADES DE LA POLICÍA PARA RECABAR DE LA COMPAÑÍA AÉREA EL NÚMERO DE TELÉFONO DE UNA PERSONA QUE ESTA SIENDO INVESTIGADA

Sentencia Nº: 197/2012
RECURSO CASACION (P) Nº:10968/2011 P
Fallo/Acuerdo: Sentencia Estimatoria
Fecha Sentencia: 23/01/2013
Ponente Excmo. Sr. D.: Antonio del Moral García
Primeramente se ponen en entredicho las facultades de la policía para recabar de la compañía aérea el número de teléfono. La STS 130/2007, de 19 de febrero que se invoca contempla un supuesto de hecho esencialmente diferente: la obtención del número de teléfono a través de medios técnicos. Ninguna posibilidad existe de asimilar

a ese sistema, el tradicional, ajeno a cualquier moderna tecnología y muy prosaico método de preguntar a los empleados de una oficina de reclamaciones de una aerolínea el teléfono que acaba de facilitar una persona que está siendo investigada pues se sospecha fundadamente que está gestionando la llegada por vía aérea de una cantidad de cocaína. Siendo muy importantes y trascendentes tanto el derecho a la autodeterminación informativa, como la intimidad no llegan hasta el punto de reclamar previa intervención judicial para ese tipo de actuaciones (petición de una información muy concreta por parte de la policía judicial a un particular). Facilitar sin más un número de teléfono del que se dispone legítimamente y que no está integrado en un archivo a requerimiento de funcionarios policiales es no solo actuación permitida, sino obligada, aunque no se cuente con el consentimiento del titular. Es absurdo lo que sugiere el recurrente. Si los arts. 1 y 6 de la Ley 25/2007, de 18 de octubre de conservación de datos relativos a las comunicaciones electrónicas y redes públicas de comunicación obliga a las operadoras de esos servicios a ceder esos y otros datos mucho más sensibles a la policía judicial, sería ilógico introducir aquí la exigencia de una intervención judicial.

Menú

AUSENCIA DE LA PETICIÓN DE APERTURA DEL JUICIO ORAL EN EL SUMARIO ORDINARIO: ART 627 LECrm

Tribunal Supremo Sala 2ª, S 21-1-2013, nº 70/2013, rec. 10942/2012. Pte: Moral García, Antonio del

Se argumenta que no existió una acusación válidamente constituida puesto que se procedió a la apertura del juicio oral por la Audiencia sin contar con una solicitud de parte acusadora.
Ciertamente, al evacuarse el traslado para instrucción previsto en el art. 627 LECrim el Ministerio Fiscal solicitó la revocación del auto de conclusión para la práctica de una nueva diligencia. La Acusación Particular se limitó a mostrarse instruida obviando articular alguna de las peticiones alternativas a que aboca el citado art. 627. Por su parte la defensa, reclamó el sobreseimiento provisional, decisión que solo hubiese sido procesalmente viable si todas las partes lo hubiesen solicitado (art. 645 LECrim y STC 171/1988 de 30 de septiembre).
Denegada la revocación del auto de conclusión tal y como permite la Legislación procesal (así se interpretaron tempranamente tales normas como pone de manifiesto la Circular de 13 de julio de 1926 de la Fiscalía del Tribunal Supremo), la Audiencia, sin ulterior trámite y en unidad de acto (lo que por más que sea praxis muy frecuente no se concilia bien con los arts. 630 y 632 que desdoblan ambos momentos, seguramente para dejar abierta la posibilidad de un recurso de súplica), decretó la apertura del juicio oral sin contar con petición de una parte acusadora. Eso supondría una quiebra del principio acusatorio y por tanto generaría un vicio insubsanable que debiera dar lugar a la nulidad, según entiende el recurrente.

Se ha producido una inocultable incorrección en la tramitación de la causa. La literalidad de la LECrim no contempla los casos en que la confirmación del auto de conclusión del sumario se ha declarado en discrepancia con la petición de todas o alguna de las acusaciones. La Ley remite sin solución de continuidad y sin nuevo traslado a la decisión sobre la apertura del juicio oral o sobreseimiento. Pero de una interpretación conjunta de la normativa y, sobre todo, de la ponderación de sus postulados más básicos, se desprende la necesidad de intercalar un nuevo traslado que, si no está expresamente contemplado, es por considerarse obvio. Esa es la práctica que impera desde antiguo y que, por otra parte, alcanza también al más moderno procedimiento abreviado donde tampoco se prevé expresamente un nuevo trámite cuando se han rechazado las diligencias pedidas por el Fiscal u otras acusaciones (art. 780.2 LECrim).
Y es que, en efecto, la apertura del juicio oral en el sistema acusatorio mixto de la Ley de Enjuiciamiento Criminal exige dos presupuestos:
a) Que exista una parte distinta del Tribunal, dispuesta a sostener la pretensión acusatoria (nemo iudex sine actore). Los arts. 642 a 644 LECrim así lo ponen de manifiesto. Ante la petición de sobreseimiento de todas las acusaciones y agotadas las fórmulas -no exentas de críticas doctrinales- para "buscar" a un acusador, el tribunal tiene que acordar el sobreseimiento.
b) Que la pretensión acusatoria goce de "razonabilidad", es decir que concurran indicios de que han sucedido los hechos y de que en ellos ha participado el acusado; y que revistan caracteres delictivos. Es el juicio de acusación que, como demostró algún ilustre tratadista, en nuestro ordenamiento se encuentra encerrado en el auto de procesamiento. El auto de procesamiento supone depositar en manos de la acusación la llave para la apertura del juicio oral que, en ese caso, no podrá ser rechazada más que por falta de acusación, o por la atipicidad de los hechos (art. 645 LECrim). Eso explica que solo sea ese auto el que puede ser revisado en casación mediante un juicio jurídico (art. 848).

Menú

No puede faltar ninguno de los presupuestos. Una vez concluido el sumario se inicia un trámite para comprobar: a) si la investigación está correctamente clausurada y por tanto el procedimiento ha de seguir adelante; b) en caso afirmativo, si existe una parte que enarbole la pretensión acusatoria -lo que solo puede hacer cuando está vigente el procesamiento (auténtico juicio de acusación); y c) si los hechos que se imputan con suficiente fundamento (procesamiento) son delictivos pues en otro caso no tendría sentido celebrar el juicio la cuestión se puede solventar sin necesidad de actividad probatoria pues es una pura discusión jurídica.
La Ley Procesal Penal , introduce al comienzo de la fase intermedia un doble trámite para las acusaciones: a) un primer traslado para solicitar la revocación, el sobreseimiento o la apertura del juicio oral; b) otro diferente y posterior, en su caso, para formular el escrito de conclusiones una vez abierto el juicio oral. Se dijo con razón (y a esas observaciones han respondido las modalidades posteriores: sumario de urgencia, en su día; y en la actualidad procedimiento ante el Tribunal del Jurado y procedimiento abreviado) que no tenía sentido esa dualidad. Cuando una acusación reclama la apertura del juicio oral es porque ya ha calificado los hechos, aunque sea internamente. Se postuló por eso desde antaño la refundición de ambos trámites por resultar más lógico. Así se ha hecho en todos los tipos procesales introducidos con posterioridad. Pero el régimen descrito ha permanecido inalterado en el procedimiento conocido como sumario ordinario (aunque el nombre legal que parece evocar que estamos ante el procedimiento usual o más común no se corresponda con la realidad).

Es por tanto rigurosamente cierto que no puede decretarse la apertura del juicio oral sin la petición de una acusación. El Tribunal a quo seguramente por virtud de esa distorsión lógica del doble trámite, por la ausencia de una específica previsión legal, y en virtud de un claro sobrentendido, se ha equivocado al resolver, tras la denegación de la revocación del sumario, sobre la apertura del juicio oral sin que mediase solicitud de parte alguna. Tras rechazar la revocación instada por el Fiscal tenía que haber conferido un nuevo traslado a las acusaciones cuya única finalidad legal sería la apuntada: constatar que existe alguna parte dispuesta a sostener la acusación. Si todas las acusaciones solicitan el sobreseimiento se impone esa decisión (fuera de los casos de los arts. 642 a 644). En otro supuesto -manifestación de una parte de que va a sostener la acusación- es obligada la apertura del juicio oral, con la única excepción de que se entiende que los hechos recogidos en el procesamiento carezcan de relevancia penal (art. 645). Sin oír a las partes acusadoras al respecto, el Tribunal no puede acordar el sobreseimiento pues su decisión está " muy tasada" legalmente, lo cual también está imbuido de una rigurosa lógica: dotar de mayor margen de discrecionalidad al Tribunal en este momento enturbiaría su imparcialidad. Si es legalmente irregular decretar la apertura del juicio oral sin petición de una acusación, más lo es decretar el sobreseimiento sin antes haber oído a las acusaciones sobre tal punto. Si la primera irregularidad se mueve no a nivel de principios o material, sino puramente procedimental; la segunda sí que acarrearía una nulidad radical.
En lo sustancial lo que el principio acusatorio requiere es que no se celebre el juicio oral, y menos aún que se produzca una condena, sin previa petición de una parte legitimada para sostener la acusación. Para evitar ese resultado se introducen algunos filtros. Aquí se ha anticipado erróneamente uno de ellos. Pero luego ha quedado constatado que el principio (decisión de la acusación de sostener su pretensión) estaba cumplido y no padecía. Cosa diferente sería si se hubiese comenzado el juicio oral sin una acusación o se hubiese dictado condena sin que nadie la reclamase. Eso sí que supondría una deficiencia insubsanable. Pero haber alterado el orden de los trámites cuando se comprueba ex post que nada hubiese cambiado no conduce a la nulidad. Sería absurdo reponer las actuaciones al momento anterior al auto de apertura del juicio oral para constatar que las acusaciones estaban dispuestas a mantener su pretensión, cuando eso ha quedado completamente demostrado con su actuación posterior (formulación de las conclusiones acusatorias).
No es que las partes acusadoras no hayan pedido la apertura del juicio oral (lo que sí que sería un vicio insubsanable: que pese a que hubiesen postulado el sobreseimiento se hubiese decretado la apertura del juicio oral), sino que se ha acordado la apertura del juicio oral sin haberlas oído sobre ese extremo, lo que resultaba obligado so pena de causarles indefensión. Si se hubiese decretado sin más el sobreseimiento sí que hubiese sido necesario acordar una nulidad y la consiguiente retroacción del proceso.
Por eso las consecuencias no pueden ser las que pretende el recurrente. Aún detectándose un desorden procedimental, no ha existido afectación de ningún principio esencial. La nulidad no procede (art. 243 LOPJ). No se ha lesionado el principio acusatorio: existían dos partes decididas a mantener la acusación; así lo han evidenciado a lo largo de todo el proceso y la condena guarda congruencia con las peticiones de las partes.

Menú

ESCRITOS DE ACUSACIÓN: ART 650 LECrm

CONSECUENCIAS DE LA PRESENTACIÓN TARDÍA DE LOS ESCRITOS DE ACUSACIÓN

Tribunal Supremo Sala 2ª, S 22-5-2012, nº 437/2012, rec. 1346/2011. Pte: Moral García, Antonio del

La presentación tardía de un escrito de acusación no acarrea sin más su ineficacia. Si se trata del Fiscal, fuera del caso previsto en el art. 800.5 de la LECrim , estaremos ante una irregularidad que podrá influir, si el retraso fuese insólito o desmesurado, para valora la concurrencia de la atenuante de dilaciones indebidas; o en el ámbito interno de la Institución pero sin repercusiones en el proceso. Si, como en este supuesto, la queja se refiere a una acusación no pública, tampoco puede automáticamente anudarse a esa extemporaneidad su expulsión inmediata del proceso, si no ha mediado previo requerimiento judicial. Agotado el plazo señalado para evacuar el traslado conferido con el fin de formular el correspondiente escrito de acusación sin que se haya presentado éste, habrá que proceder como dispone el art. 215 de la LECr : señalamiento de un nuevo plazo, sin perjuicio de la imposición de la correspondiente multa. Sólo si, transcurrido ese nuevo término judicial, se omite la presentación del escrito de acusación habrá que entender precluido el trámite por aplicación supletoria de la Ley de Enjuiciamiento Civil (art. 136), lo que, en definitiva, se traducirá en una suerte de desistimiento tácito o legal de la acusación particular, privada o popular (STC 101/1989, de 5 de junio). Dadas las drásticas consecuencias que pueden aparejarse a la omisión del trámite en el término fijado, parece aconsejable que el señalamiento de ese segundo plazo previsto en el art. 215 vaya acompañado de la advertencia formal de tener por apartada del proceso a la parte acusadora de que se trate si no se evacua en tiempo el traslado conferido. Anudar al mero incumplimiento del plazo el efecto de tener por precluido el trámite sin más y, por tanto, por apartada del proceso a la acusación de que se trate, sería desproporcionado. Las SSTS 73/2001 de 19 de enero y 1526/2002 de 26 de septiembre avalan esta interpretación que, por otra parte, encuentra apoyo legal en el art. 242.2 LOPJ.

CÓMPUTO DE PLAZO DE PRESENTACIÓN DEL ESCRITO DE ACUSACIÓN

Tribunal Supremo Sala 2ª, S 22-5-2012, nº 437/2012, rec. 1346/2011. Pte: Moral García, Antonio del

Menú

Más aún: en el presente supuesto ni siquiera resulta correcto hablar de presentación extemporánea de tal escrito. Da por supuesto la recurrente que en ese plazo de diez días han de computarse también los inhábiles por virtud del art. 201 LECr , al no haberse abierto aún la fase de juicio oral. No se puede estar conforme con tal entendimiento. El citado precepto dispone: “Todos los días y horas del año serán hábiles para la instrucción de las causas criminales”. La redacción proviene de la reforma operada por la Ley 1/2000, de 7 de enero por la que se aprobaba la Ley de Enjuiciamiento Civil . Antes tal precepto rezaba así “Los días en que los Juzgados y Tribunales vacaren con sujeción a la Ley, serán sin embargo hábiles para las actuaciones del sumario”. Pudiera parecer una modificación estilística, tendente a enterrar una terminología rancia y

adecuarla al art. 184 de la LOPJ. Pero tras las palabras se intuye también un cambio de paradigma: es la actividad material de instrucción de las causas criminales la que exige esa declaración de habilidad de todos los días y horas. De ahí no cabe deducir sin más que en los plazos procesales establecidos en esa fase inicial del proceso deban computarse los días inhábiles. La explicación de esa aparentemente inocua modificación que se lleva a cabo en una reforma de tanto fuste como es la promulgación de una Ley de Enjuiciamiento Civil no puede radicar en una simple mejora literaria. Es legítimo entender que el legislador quiso mediar entre dos interpretaciones de esa norma con consecuencias muy diferentes y ambas compatibles con la Constitución Española (STC 1/1989, de 16 de enero). Según la primera esa declaración supondría que en aras de la agilidad todos los plazos procesales durante la fase de instrucción comprenderían todos los días. El entendimiento alternativo reclamaría un sentido distinto para la disposición: en lo que se está pensando es en la actividad que materialmente puede ser calificada de instrucción -práctica de diligencias con las finalidades previstas en el art. 299 LECr - pero no en actos de parte como la presentación del escrito de acusación o un recurso contra una resolución interlocutoria. La Ley ya no habla de las actuaciones del sumario, sino de la instrucción de las causas criminales, locución que concuerda mucho mejor con esa segunda interpretación. Con esa forma de cómputo el escrito estaría presentado en el plazo legal, incluso presumiendo que la notificación de la resolución por la que se ordenaba dar traslado para calificar fue acompañada de la entrega material de las copias (STC 208/1998, de 26 de octubre). En efecto, la notificación se llevó a cabo el día 25 de octubre de 2007 (folio 353 vuelto); y el escrito se presentó el 6 de noviembre siguiente (o día 7) cuando, si se descuentan los días no laborables, todavía no había transcurrido el plazo de diez días establecido en la ley.

PRUEBA:
-PERTINENCIA Y NECESIDAD:

Sentencia Nº: 881/2012
RECURSO CASACION (P) Nº:10337/2012 P
Fallo/Acuerdo: Sentencia Desestimatoria
Procedencia: Sección Cuarta; Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional.
Fecha Sentencia: 28/09/2012
Ponente Excmo. Sr. D.: Antonio del Moral García

Menú

Para la anulación de una resolución judicial por no práctica de alguna prueba (ya se canalice tal motivo por el clásico quebrantamiento de forma del art. 850.1º, ya venga enfocado como en este caso desde la óptica constitucional del derecho a usar los medios de prueba pertinentes: art. 24 CE) es necesario que la prueba cuya omisión va a determinar la retroacción del procedimiento para ser practicada, sea no solo pertinente sino también necesaria. La necesidad es un requisito inmanente a todos los motivos de casación (o de otros recursos contra sentencias) en los que se solicita la anulación para practicar pruebas omitidas. Si la prueba no practicada podía ser pertinente en un juicio ex ante, pero carece de utilidad o necesidad a la vista del desarrollo del juicio oral y de la resolución recaída, el motivo no podrá prosperar. No tendría sentido, v.gr., anular una sentencia parcialmente absolutoria por haberse rechazado una prueba que se quería hacer valer precisamente para acreditar la inocencia respecto de ese delito excluido de la condena por muy pertinente que fuere esa prueba y por improcedente que fuere su denegación. Como señala la STS 250/2004 de 26 de febrero de 2004, mientras la

pertinencia se mueve en el ámbito de la admisibilidad de las pruebas, la necesidad se desenvuelve en el terreno de la práctica de manera que medios probatorios inicialmente admitidos como pertinentes pueden lícitamente no realizarse, por muy diversas circunstancias, entre ellas la decisión del Tribunal de no suspender el juicio pese a la incomparecencia de algún testigo, adoptada al amparo de lo prevenido en el artículo 746.3 de la LECrim; o, trasladándonos a la fase de recurso la ponderación sobre si la anulación de la sentencia y repetición del juicio se revela como indispensable para salvaguardar los derechos del recurrente. Si la prueba carece de aptitud para variar el sentido del fallo, pese a su eventual pertinencia, no puede arrastrar una nulidad que redundaría negativamente en el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas. La STC 142/2012, de 2 de julio, aunque desde una perspectiva diferente (amparo constitucional por vulneración del art. 24.2 de la CE) así lo expresa: "…este Tribunal ha reiterado que la vulneración del derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa exige, en primer lugar, que el recurrente haya instado a los órganos judiciales la práctica de una actividad probatoria, respetando las previsiones legales al respecto. En segundo lugar, que los órganos judiciales hayan rechazado su práctica sin motivación, con una motivación incongruente, arbitraria o irrazonable, de una manera tardía o que habiendo admitido la prueba, finalmente no hubiera podido practicarse por causas imputables al propio órgano judicial. En tercer lugar, que la actividad probatoria que no fue admitida o practicada hubiera podido tener una influencia decisiva en la resolución del pleito, generando indefensión al actor. Y, por último, que el recurrente en la demanda de amparo alegue y fundamente los anteriores extremos (por todas, STC 14/2001, de 28 de febrero, FJ 2)."

No bastaría por tanto para que el motivo prosperase concluir que la prueba era pertinente en un juicio ex ante; o que la Audiencia debería haberse pronunciado sobre ella, a pesar de que objetivamente se propuso fuera de plazo, o que hubiese sido aconsejable mayor flexibilidad en la interpretación de la ley… Habría que llegar a la convicción de que la prueba era necesaria en el sentido de que su resultado podía haber incidido en el fallo, en una valoración ex post. Y aquí, conforme expresa la Audiencia, puede concluirse que la prueba no era necesaria. El recurrente no solo no acierta a defender esa necesidad, sino que, según casi se intuye de la lectura de su recurso, renuncia a justificarla: se omite decir que la mayoría de las pruebas se practicaron y se elude explicar por qué las documentales no llevadas a cabo podían haber variado el signo de la sentencia. Y la petición final se concreta en la anulación de las actuaciones reponiéndolas al momento anterior al juicio para practicar esas pruebas, lo que por su inutilidad sería una dilación "indebida" en el sentido del art. 24 de la CE.

Menú

-RELATIVIZACIÓN DE LA DISTINCIÓN ENTRE PRUEBA DIRECTA E INDIRECTA

Sentencia Nº: 276/2013
RECURSO CASACION Nº:755/2012
Fallo/Acuerdo: Sentencia Estimatoria Parcial
Fecha Sentencia: 18/02/2013
Ponente Excmo. Sr. D.: Antonio del Moral García

El recurrente sitúa en el frontispicio de su discurso una premisa que no es correcta si se analizan las cosas desde la perspectiva de la jurisprudencia más asentada: que la prueba que soporta su condena es de naturaleza indiciaria. Es verdad que existe una fundada

línea doctrinal, clásica por otra parte, que tacha de artificial la diferenciación entre prueba indiciaria y directa "Toda la prueba es indiciaria" proclamó hace más de cien años un reputado procesalista. Pero también es verdad que tanto el Tribunal Constitucional como esta Sala segunda y la jurisdicción penal en general manejan esa distinción de la que se extraen benéficas consecuencias garantistas protocolizando y acentuando las consecuencias de la presunción de inocencia cuando solo se cuenta con la llamada prueba indiciaria, es decir aquella que no demuestra directamente los hechos sino que requiere de un razonamiento discursivo -no tan lineal e inmediato como el que permite en ocasiones la denominada prueba directa-, para concluir que pueden considerarse acreditados determinados hechos.
No es este escenario adecuado para enredarse en disquisiciones sobre la legitimidad conceptual o los puntos débiles (que no faltan) de esa distinción que, más allá de su soporte teórico, es útil. Lo relevante a efectos de contestar el recurso es que la prueba que ha usado la Audiencia para llegar a la certeza de culpabilidad "más allá de toda duda razonable", según el conocido canon, no puede ser catalogada en su totalidad de "indiciaria" o "indirecta" según la concepción que se maneja habitualmente de esa categoría.
Lo que podrían considerase indicios (lugar donde es ocupada la droga, titularidad del establecimiento, confidencias que llegan a los agentes policiales, metálico y balanza de precisión ocupados y forma de distribución del dinero…) no son la base de la condena, sino el definitivo refrendo de la veracidad de las declaraciones del comprador, armónicas con lo observado por los agentes policiales en una concreta transacción. Está fuera de lugar, por tanto, el intento de testar ese cuadro probatorio con los estándares de la prueba indiciaria, (pluralidad de indicios, motivación, carácter concluyente) que, por otra parte, también quedarían holgadamente colmados.

Menú

-DENEGACIÓN DE PRUEBA: NO SUSPENSIÓN DEL JUICIO ORAL POR INCOMPARECENCIA DE TESTIGOS. LA TESTIFICAL HA DE SER POSIBLE Y NECESARIA

Sentencia Nº: 277/2013
RECURSO CASACION Nº:738/2012
Fallo/Acuerdo: Sentencia Desestimatoria
Procedencia: Sala de lo Civil y Penal de Valencia. Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana.
Fecha Sentencia: 13/02/2013
Ponente Excmo. Sr. D.: Antonio del Moral García

La estimación de un motivo por denegación de prueba (art. 850.1 LECrim, en cuyo radio de acción encaja igualmente la denegación de suspensión ante la incomparecencia de un testigo admitido), requiere diversos requisitos que son bien conocidos y están desarrollados en una nutrida jurisprudencia. Algunos son formales (que la prueba estuviese propuesta en tiempo, que se alce la oportuna protesta ante la denegación de la suspensión, que se hagan constar los extremos sobre los que versaría el interrogatorio); y otros materiales (que la prueba fuese posible y necesaria). Hay que ser más estrictos con los requisitos de fondo. Pero los formales tampoco se conciben como meros obstáculos procesales. Obedecen a principios que han de ser salvaguardados.

Aquí faltan varios de esos requisitos.

Entre los de tipo formal se ha hecho alusión a la falta de indicación de la materia del interrogatorio. Puede soslayarse ese defecto en la medida en que era fácilmente intuible por el contexto: exigir esa precisión podría convertirse en este caso en un formalismo enervante.

Sin embargo faltan los dos presupuestos materiales: la prueba ni era posible ni era indispensable.

No podía citarse a los testigos pues se desconocía su paradero. Uno estaba en el extranjero al haber sido expulsado. Era implanteable su comparecencia. Los otros dos no estaban localizados. No se trata de reprochar nada a quienes asumieron la dirección letrada del recurrente. Ni sería justo recriminar al inicial letrado por no haber propuesto tal prueba en la fase inicial del procedimiento, ni tampoco lo sería reconvenir a quien asumió posteriormente la defensa, con profesionalidad y rigor no cuestionables, por no haber advertido anteriormente a la Sala para evitar la suspensión del juicio oral (aunque, desde luego, era compatible esa indicación al Tribunal con las propias y simultáneas gestiones del recurrente para ampliar el abanico de posibilidades de localización). Que su actuación venga impulsada por el deseo de salvaguardar en la mayor medida posible los intereses de su defendido, no impide considerar que objetivamente acceder a su petición hubiese supuesto generar una "dilación" innecesaria en el enjuiciamiento y por tanto indebida. En el momento en que la Sala de instancia tuvo que decidir se encontraba ante unos testigos no localizados, sin datos que permitiesen aventurar que su paradero podría ser averiguado en un plazo razonable de tiempo; y la necesidad de enjuiciar unos hechos sucedidos casi tres años antes. Si a esos datos se une la más que discutible relevancia de esos testimonios a la vista del resultado del resto de las pruebas practicadas la decisión adoptada -no suspensión- fue correcta. En esa ponderación había de primar el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas frente a una suspensión para realizar averiguaciones cuyo éxito en absoluto estaba asegurado.
El acierto de la Audiencia acordando la celebración del juicio se torna todavía más claro valorando la "necesidad" de esa prueba. Y es que "posibilidad" y "necesidad" pueden jugar conjuntamente. Una prueba absolutamente indispensable, puede requerir apurar al máximo todas las posibilidades de efectiva realización, claudicando solo cuando se haya comprobado su razonable imposibilidad. Para rechazar la suspensión ante la incomparecencia de un testigo cuyo testimonio difícilmente va a aportar nada relevante o a añadir algo trascendente, no es exigible el mismo grado de agotamiento de las posibilidades.

Menú

En efecto, para la anulación de una resolución judicial por no práctica de alguna prueba (ya se canalice tal motivo por el clásico quebrantamiento de forma del art. 850.1º, ya venga enfocado como en este caso desde la óptica constitucional del derecho a usar los medios de prueba pertinentes: art. 24 CE) es necesario que la prueba cuya omisión va a determinar la retroacción del procedimiento para ser practicada, sea no solo pertinente y posible sino también necesaria. La necesidad es requisito inmanente a todos los motivos de casación en los que se solicita la anulación para practicar pruebas omitidas. Si la prueba no practicada podía ser pertinente en un juicio ex ante, pero carece de utilidad a la vista del desarrollo del juicio oral y de la resolución recaída, el motivo no podrá prosperar. No tendría sentido, v.gr., anular una sentencia parcialmente absolutoria por haberse rechazado una prueba que se hacía valer precisamente para acreditar la inocencia respecto de ese delito excluido de la condena por muy pertinente que fuere esa prueba y por improcedente que fuere su denegación. Como señala la STS 250/2004

de 26 de febrero de 2004, mientras la pertinencia se mueve en el ámbito de la admisibilidad de las pruebas, la necesidad se desenvuelve en el terreno de la práctica de manera que medios probatorios inicialmente admitidos como pertinentes pueden lícitamente no realizarse, por muy diversas circunstancias, entre ellas la decisión del Tribunal de no suspender el juicio pese a la incomparecencia de algún testigo, adoptada al amparo de lo prevenido en el artículo 746.3 LECrim; o, trasladándonos a la fase de recurso la ponderación sobre si la anulación de la sentencia y repetición del juicio se revela como indispensable para salvaguardar los derechos del recurrente. Si la prueba carece de aptitud para variar el sentido del fallo, pese a su eventual pertinencia, no puede arrastrar una nulidad que redundaría negativamente en el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas.

-DENEGACIÓN DE PRUEBA: NECESIDAD DE PREVIA PROTESTA: ART 659 LECrm

Sentencia Nº: 327/2013
RECURSO CASACION Nº:1459/2012
Fallo/Acuerdo: Sentencia Desestimatoria
Procedencia: Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Sevilla.
Fecha Sentencia: 04/03/2013
Ponente Excmo. Sr. D.: Antonio del Moral García

Menú

En cuanto a las conversaciones entre víctima y acusado, hace notar también el fiscal el incumplimiento de un requisito exigido por la Ley Procesal (art. 659.4 LECrim): la preparación del recurso mediante la oportuna protesta. Estamos ante un procedimiento ordinario. En el procedimiento abreviado el momento previsto para efectuar esa protesta es el inicio de las sesiones del juicio oral tras un nueva tentativa de admisión de la prueba. En el procedimiento ordinario, según una clásica jurisprudencia que es recordada por el Ministerio Público, la reclamación, que conecta con lo dispuesto en el art. 884.5 LECrim, ha de elevarse tras la notificación del Auto denegatorio. Ante la falta de indicación legal la jurisprudencia ha oscilado entre los cinco días previstos para la interposición del recurso de casación o los tres días propios del recurso de súplica. La jurisprudencia más reciente se inclina por la analogía con la preparación de una casación, pero en ningún caso ha prescindido de esa exigencia que es algo más que un mero obstáculo formal

INTERROGATORIO DE TESTIGOS:
-PREGUNTAS SUGESTIVAS, CAPCIOSAS E IMPERTINENTES. ART 709 LECrm

Tribunal Supremo Sala 2ª, S 8-11-2012, nº 925/2012, rec. 406/2012. Pte: Moral García, Antonio del
Sirve ese excurso como introducción a un tema que no ha pasado desapercibido a este Tribunal: las fórmulas empleadas en el interrogatorio durante la vista oral con un sesgo muchas veces claramente sugestivo, por más que se trasluzca que haya estado motivado por el bienintencionado afán de minimizar el eventual impacto psíquico sobre los menores y alejar el potencial efecto traumatizador del recuerdo de ese tipo de hechos. En el art. 709 L.E.Crim. proscribe las preguntas sugestivas. La defensa no alzó protesta alguna en su momento, lo que obedecía seguramente también a ese propósito de reverencial respeto a quien comparecía como víctima y como víctima especialmente

vulnerable por su edad. Tampoco aduce nada al respecto en su bien armado motivo. La misma tónica caracterizó el interrogatorio del otro testigo menor. Una y otro casi se limitaban a asentir o negar a las preguntas que se les formulaban, con una llamativa pobreza verbalizadora consecuencia que es fruto no solo del asunto sobre el que versaba el interrogatorio y su contexto -imputación de abusos sexuales a un familiar-; de la escasa edad y consiguiente inmadurez y del tiempo transcurrido desde los hechos; sino también de la escasez de recursos a la hora de extraer mayor rendimiento narrativo de esos testigos abordándolos con otras fórmulas que no supusiesen la inducción de la respuesta esperada. Tratándose de testimonios de menores adquiere especial importancia el llamado "recuerdo libre" y no la respuesta sugerida, aunque en las edades más bajas el recuerdo libre tienda a ser menos expresivo.
La ausencia de toda reclamación o protesta en el acto no es óbice para abordar la cuestión desde el prisma de la presunción de inocencia. Si la prohibición de las preguntas impertinentes del art. 709 es un tributo que se paga al buen orden procesal (otro, entre los muchos ejemplos, de previsión con igual fundamento lo encontramos en el art. 445 de la Ley); la repulsa de preguntas capciosas (formuladas con artificio o astucia para provocar confusión o una respuesta viciada por el engañoso planteamiento), o sugestivas (sugieren y condicionan abierta o sutilmente la respuesta, privando de espontaneidad al testimonio) es garantía de las partes pues robustece la credibilidad de la prueba testifical (vid. igualmente la previsión del art. 436.2º o la del art. 437). Las preguntas sugestivas en otros sistemas se permiten en el contrainterrogatorio (por la finalidad de réplica o desmontaje de lo expuesto que caracteriza éste), pero nunca en boca de la parte que ha propuesto al testigo.
Estamos, pues, ante una "garantía" en el más amplio sentido de la expresión. Pero dentro de esa amplia noción cabe una graduación que el propio Tribunal Constitucional ha establecido al señalar insistentemente que el derecho fundamental a un proceso con todas las garantías no comporta la constitucionalización de todo el derecho procesal. Hay garantías básicas, irrenunciables, estructurales, esenciales (derecho a no declarar contra sí mismo, principio de contradicción, exigencias del derecho a ser informado de la acusación que respecto de la defensa llevan todavía más lejos el principio de contradicción...). Su afectación inutiliza toda la actividad procesal contaminada. Hay otras garantías que se mueven en un plano legal y no constitucional. Entre estas segundas el alcance de sus repercusiones es también dispar. Con unos ejemplos se explicará mejor que con un argumento lo que se quiere exponer.
La presencia del Secretario Judicial en una diligencia de entrada y registro o la presencia del letrado cuando un detenido presta el consentimiento para que se acceda a su vivienda no son exigencias constitucionales, sino legales. Aunque no sin algunas vacilaciones iniciales, la jurisprudencia ordinaria concuerda en identificarlas como garantías esenciales.
También son garantías la necesidad de que se advierta al testigo de las penas con que está sancionado el delito de falso testimonio (art. 433 de la LECrim.); la prestación de promesa o juramento (art. 706 y 434 de la LECrim. , aunque sociológicamente esta garantía esté tan devaluada que en algunos países se ha prescindido de ella); la incomunicación entre sí de los testigos mientras no presten su declaración (art. 704); o la preferencia del intérprete titulado sobre el que carezca de esa habilitación para actuar como traductor (arts. 441 y 711). Pues bien, su vulneración (se omitieron las advertencias legales o la prestación de promesa; un testigo estaba presente en la sala mientras deponían otros testigos; se acudió por comodidad a un intérprete no titulado cuando había disponibilidad de otros cualificados...) no arrastra la nulidad de las actuaciones que puedan verse afectadas por la irregularidad. Si se trata de una actividad

probatoria es exigible que se evalúe en cada caso cómo ha podido afectar a la fiabilidad esa deficiencia que en todo caso ha de reprobarse. Eso es lo que ha proclamado reiteradamente esta Sala en relación a la previsión del art. 704. No significa que se destierren al limbo de lo intrascendente esas irregularidades procesales. Nunca es nimia o despreciable una garantía procesal. En ocasiones la constatación de la vulneración de esas reglas procesales será justamente la causa en virtud de la cual se niega la capacidad convictiva de un testimonio (el testigo de cargo al declarar había escuchado las respuestas dadas por el acusado por lo que la defensa se vio privada de estrategias de interrogatorio aptas. para cuestionar su credibilidad). Pero sería no solo contrario a la norma, sino también ilógico, que de esas irregularidades normativas se diese un acrobático salto a la nulidad radical, atribuyendo efectos sustantivos (al modo de una eximente), por el camino de la presunción de inocencia (privación de valor a la actividad probatoria), a lo que es la contravención de una norma que ocupa un nivel inferior en la escala de las garantías. Hay que respetar todas las previsiones legales cualquiera que sea su alcance; y estimular, alentar y exigir su estricto cumplimiento especialmente cuando tienden a tutelar los derechos de las partes y la corrección del enjuiciamiento. Pero no es lo mismo olvidar que un testigo debe prestar juramento; que no conceder por descuido el derecho a la última palabra; omitir las advertencias previstas en el art. 416 L.E.Crim ; o celebrar el juicio en ausencia sin que lo haya reclamado alguna de las acusaciones o sobrepasando la pena solicitada la duración de dos años; o practicar unas intervenciones telefónicas sin que medien unos indicios suficientes.
En ese marco es donde hay que situar las repercusiones que en el caso concreto pueden anudarse a esos interrogatorios enturbiados por el tono sugerente de algunas de las preguntas. Ninguna le ha atribuido el recurrente que tampoco alzó protesta durante los interrogatorios. Eso es un signo que no permite concluir con rotundidad pero que sí es sugestivo de que no estimó que la prueba testifical quedase inservible y contaminada. Hay que coincidir con esa apreciación: el cuadro probatorio existente examinado globalmente, y en el contexto procesal concreto (testimonios de referencia de otras personas, declaraciones previas de los menores, informe pericial...) lleva a la conclusión de que la fiabilidad de las declaraciones no quedaba empañada o anulada. De la incorrecta formulación de muchas de las preguntas no se sigue necesariamente la invalidación del testimonio. En esa idea abunda el hecho de que la Ley Procesal haya previsto como motivo de casación en su art. 850 la indebida denegación de preguntas (privación de un medio de prueba); pero no su reverso (admisión de preguntas que no debieran haberse formulado), lo que no significa, como se ha expuesto anteriormente, que eso no pueda ser tomado en consideración en unión con otros datos y que pueda llegar a alcanzar en algunos supuestos relieve casacional.

MODIFICACIÓN DE CONCLUSIONES: ART 732 LECrm

Tribunal Supremo Sala 2ª, S 12-6-2012, nº 518/2012, rec. 10122/2012. Pte: Moral García, Antonio del

En un segundo apartado de este motivo se queja el recurrente de la vulneración de su derecho a ser informado de la acusación (art. 24 de la Constitución) dada la modificación de conclusiones realizada por el acusación pública en el acto del juicio oral, mutando al grado de consumación, la tentativa del delito de robo que figuraba en el escrito de acusación.

Menú

La modificación se basó en las declaraciones testificales realizadas en el juicio oral a través de las cuales el Fiscal entendió acreditada la sustracción definitiva de dos mil euros que logró llevarse el otro interviniente no identificado. Igualmente se incrementó la indemnización que se reclamaba como responsabilidad civil por las lesiones.
Se argumenta que tal modificación no estaría autorizada por la legislación procesal. Pero esa aseveración no puede aceptarse.
En principio, las partes gozan de la más absoluta libertad para realizar en sus conclusiones definitivas, a la vista del desarrollo del juicio, todas las alteraciones que estimen convenientes. Ese principio de libertad rige sin fisuras para las defensas. Tratándose de las partes activas han de establecerse algunos límites: no caben mutaciones esenciales que supongan una alteración de los elementos básicos identificadores de la pretensión penal tal y como quedó plasmada provisionalmente en los previos escritos de acusación. El derecho de defensa exige el conocimiento previo de la acusación. Han de proscribirse imputaciones sorpresivas en los momentos finales del procedimiento, que impidan o dificulten la utilización de los medios pertinentes -de prueba y alegaciones- para una eficaz defensa. Para blindar ese derecho de defensa el legislador ha previsto un mecanismo, como apunta el Ministerio Fiscal en su dictamen, que es el art. 788.4 de la LECrim que el recurrente no consideró conveniente utilizar.

El recurrente sostiene que no es posible una modificación de los hechos para agravar la calificación. Aceptar eso significaría que las acusaciones o habrían de prescindir a esos efectos del desarrollo del juicio oral, momento en que se desenvuelven las pruebas; o habrían de formular un escrito de acusación hipertrofiado previendo posibles incidencias en el desarrollo de la prueba que perjudicasen al acusado.
Es verdad que no toda modificación de conclusiones es admisible. Hay que respeta el principio de unidad de objeto del proceso penal proclamado en el art. 300 de la LECrim , con las excepciones derivadas de la conexidad (art. 17) que se mencionan en la misma disposición. El objeto del proceso penal es un "factum" y no un crimen. La modificación de conclusiones no puede suponer nunca una vulneración de tal norma: si como consecuencia de la actividad probatoria del juicio oral aparecen hechos distintos no conexos a los que son objeto de enjuiciamiento, en principio no es dable introducirlos en la calificación definitiva.
Lo que hay que respetar es la identidad sustancial del hecho. En todo lo accidental, también en aquello que, no suponiendo mutación sustancial fáctica, tiene relevancia jurídica (base fáctica de las atenuantes o agravantes o del grado de participación o ejecución) la libertad para modificar las conclusiones provisionales carece de límites, si bien está compensada para disipar cualquier atisbo de indefensión por el mecanismo del art. 788.4º.
Claramente lo afirmaba la STS 1185/2004 de 22 de octubre con cita de abundantes precedentes, también del Tribunal Constitucional (STC 33/2003, de 13 de febrero): " si bien las modificaciones del escrito de calificaciones provisionales al fijarse las definitivas que suponga una calificación más grave no lesiona el derecho a no ser condenado sin acusación, pues al ceñirse a las definitivas el órgano judicial habrá respetado este derecho, sin embargo, esas modificaciones pueden vulnerar el derecho de defensa contradictoria si el acusado no ha podido ejercer la defensa de forma plena en el juicio oral, ni proponer las pruebas que estimara pertinentes, al no conocer con carácter previo a su apertura dicha acusación (por todas STC 9/1982, de 10 de marzo). Ahora bien, tampoco esa vulneración se produce con carácter automático derivada de la introducción de modificaciones esenciales en el escrito de calificaciones definitivas si el

Menú

acusado ha ejercido el derecho de defensa contra dicha acusación a partir de su conocimiento".
Muchos otros precedentes jurisprudenciales abundan en ese principio general de modificabilidad de las conclusiones provisionales. Su inalterabilidad dejaría vacío de contenido al art. 732 y al mismo juicio oral (sentencias de 15 de febrero de 1986; 11 de noviembre y 30 de diciembre de 1992; 1437/1993, de 9 de junio ó 1356/1993, de 10 de junio). Se afirma simultáneamente que esa posibilidad no es absoluta. Las eventuales limitaciones no alcanzan a la introducción de un elemento fáctico -no recuperación de parte del metálico sustraído- inescindible del hecho principal.
La sentencia de 19 de junio de 1990 dice que la modificación ha de mantenerse «dentro del marco de la acción penal ejercitada». La STS 2491/1993, de 10 de noviembre en un obiter dicta insinúa que en todo caso debe rechazarse la introducción de hechos nuevos pues se originaría indefensión (en línea semejante, sentencia de 13 de noviembre de 1992). Pero se está pensando no en la modificación del hecho objeto de acusación enriqueciéndolo con nuevos elementos fácticos sino en nuevos "objetos" procesales.
La STS 1185/2004 de 22 de octubre perfila con carácter general las relaciones entre el derecho de defensa y el principio acusatorio en relación con el trámite procesal de la modificación de conclusiones, delimitando los recursos de la defensa ante una posible modificación de conclusiones: suspensión de juicio oral por vía del art. 733 o 746. Y en la sentencia 1498/05 de 5 de diciembre de 2005 puede leerse: "...carece de todo fundamento legal y doctrinal la alegación de que la modificación de las conclusiones acusatorias efectuadas en el acto del Juicio Oral, signifique una reducción de los derechos de defensa del acusado. Dicho trámite, como es notorio, está previsto tanto en el art. 732 como en el 793.6 LECriminal , y, en términos generales, su inexistencia convertiría poco menos que en inútil toda la actividad procesal que se desarrolla en el acto trascendental del Juicio Oral y que constituye la fase esencial de todo el proceso (véanse, por ejemplo, SS.T.S. de 28 de octubre de 1.997, 12 de enero, 20 de julio, 7 de octubre y 18 de noviembre de 1.998 y, entre las más recientes, 28 de febrero de 2.001). De ahí que en dichas resoluciones se haya mantenido que el verdadero instrumento procesal de la acusación es el escrito de conclusiones definitivas, por lo que la sentencia debe resolver sobre ellas y no sobre las provisionales. El derecho a ser informado de la acusación, junto con la interdicción de la indefensión - S. de esta Sala de 6 de abril de 1.995 - suponen, de un lado, que el acusado ha de tener pleno conocimiento de la acusación contra él formulada, tanto en su contenido fáctico como jurídico, debiendo tener la oportunidad y los medios para defenderse contra ella, y de otro, que el pronunciamiento del Tribunal ha de efectuarse precisamente sobre los términos del debate, tal y como han sido formulados por la acusación y la defensa. El conocimiento de la acusación se garantiza inicialmente mediante las conclusiones provisionales y, una vez finalizada la actividad probatoria en el acto del juicio oral, mediante las definitivas en las que, naturalmente, se pueden introducir las modificaciones fácticas y jurídicas demandadas por aquella actividad, siempre que se respete la identidad esencial de los hechos que han constituido el objeto del proceso. La posibilidad de que en las conclusiones definitivas de la acusación se operen cambios, incluso relevantes, se deduce con toda claridad del art. 793.7 LECriminal , que concede al Juez o Tribunal, "cuando la acusación cambie la tipificación penal de los hechos, o se aprecie un mayor grado de participación o de ejecución, o circunstancias de agravación de la pena", la facultad de "conceder un aplazamiento de la sesión hasta el límite de diez días, a petición de la defensa, a fin de que ésta pueda aportar los elementos probatorios y de descargo que estime convenientes"».

Menú

En la jurisprudencia del Tribunal Constitucional también se encuentran afirmaciones generales que avalan tal entendimiento (SSTC 12/1981, 20/1987, de 19 de febrero o 33/2003).
La necesidad de salvaguardar el debate contradictorio y las posibilidades de la defensa justifican la previsión del art. 788.4º que el recurrente despreció y que le hubiese permitido tanto reclamar un nuevo interrogatorio de los testigos sobre esos particulares, como solicitar la suspensión para preparar una mejor defensa jurídica. Otra cosa es que en este supuesto, como también hace notar el Fiscal en su dictamen, hubiese sido procedente tal suspensión pues la modificación era perfectamente pronosticable a la vista del interrogatorio efectuado a los testigos y las respuestas que dieron los mismos. El recurrente tuvo ocasión de repreguntar sobre los mismos extremos. Pero en cualquier caso si entendía que se menoscababa su derecho de defensa estaba en su mano acudir al remedio del art. 788.4 tan citado.
Estamos aquí ante la introducción de nuevos hechos en la 1ª de las conclusiones con la correlativa mutación de la 2ª de las conclusiones para ajustar el grado de ejecución. El art. 788.4 sólo contempla variaciones jurídicas de la calificación provisional pero no alteraciones de los hechos. De forma consciente o inconsciente el legislador no se refiere expresamente a alteraciones fácticas, a la introducción de nuevos hechos en el escrito de calificación definitiva: sólo se alude a mutaciones de las conclusiones 2ª a 4ª. Algún autor ha querido encontrar ahí un argumento legal para negar la posibilidad de introducir hechos nuevos. Pero no puede extremarse esa exégesis. Aunque el precepto no se refiere explícitamente a la modificación de los hechos, resulta evidente que las alteraciones expresamente previstas -y entre ellas la modificación del grado de ejecución- vendrán acompañadas normalmente de un previo cambio en los hechos (1ª de las conclusiones), mutación que, por tanto, implícitamente está contemplada en la norma. Se hace difícil pensar que el precepto solo prevé errores jurídicos en la calificación provisional corregidos en el trámite de conclusiones definitivas. Estas consideraciones habría que modularlas mucho cuando se quieren introducir hechos distintos y constitutivos de otro delito que hasta ese momento no habían sido en modo alguno objeto de investigación. Ahí los términos del debate serán radicalmente diferentes.
En todos los casos en que se considera admisible la modificación de conclusiones, siempre quedará a la defensa, lo que disipa todo atisbo de indefensión, la facultad que le reconoce el art. 788.4 de la LECrim. Si la eventual afectación del derecho de defensa se puede evitar con esa posibilidad de suspensión y la defensa no la reclama la indefensión será achacable a su indiligencia.
Sirvan como refrendo de estas conclusiones unos reveladores fragmentos de la STC 40/2004, de 22 de marzo : " Comenzando por la primera de las vulneraciones denunciadas en ambos recursos de amparo, como recientemente afirmábamos en la STC 33/2003, de 13 de febrero, FJ 3, "desde la STC 12/1981, de 12 de abril, este Tribunal ha reconocido que en el ámbito de las garantías integradas en el derecho a un proceso equitativo (art. 24.2 CE) se encuentra el derecho a ser informado de la acusación y que éste se conecta con el derecho de defensa. En concreto, desde entonces hemos declarado que la información, a la que tiene derecho el acusado, tiene por objeto los hechos considerados punibles, de modo que 'sobre ellos recae primariamente la acusación y sobre ellos versa el juicio contradictorio en la vista oral', pero también la calificación jurídica, dado que ésta 'no es ajena al debate contradictorio' (FJ 4)".
Ese derecho a ser informado de la acusación, en términos suficientemente determinados para poder defenderse de ella de manera contradictoria (SSTC 12/1981, de 10 de abril, FJ 4; 95/1995, de 19 de junio, FJ 3.a; 302/2000, de 11 de diciembre, FJ 2), se convierte

Menú

en un instrumento indispensable para poder ejercitar el derecho de defensa, del que forma parte esencial el derecho a contradecir la pretensión acusatoria (SSTC 105/1983, de 23 de noviembre, FJ 3; 33/2003, de 13 de febrero, FJ 3), pues mal puede defenderse de algo quien no sabe qué hechos en concreto se le imputan (por todas, SSTC 11/1992, de 27 de enero, FJ 3; 36/1996, de 11 de marzo, FJ 4; 19/2000, de 31 de enero, FJ 4; 278/2000, de 27 de noviembre, FJ 14; 182/2001, de 17 de septiembre, FJ 4; 170/2002, de 30 de septiembre, FJ 3).
Por ello, hemos sostenido que una modificación de los hechos y de la calificación jurídica del escrito de calificaciones provisionales, al fijar las definitivas, puede ocasionar la lesión del derecho de defensa contradictoria, "pues si, como acabamos de recordar, no puede contradecirse lo que se desconoce y la defensa se ejerce primeramente en el juicio oral, el acusado no habrá podido ejercer de forma plena su defensa, respecto de las modificaciones fácticas y jurídicas introducidas en las calificaciones definitivas, al final del juicio oral" (STC 33/2003, de 13 de febrero, FJ 4).
Ahora bien, como también afirmábamos en esta Sentencia, ha de recordarse que dicha vulneración no se produce con carácter automático por la mera introducción de cualquier modificación en el escrito de calificación definitiva, sino que se requiere que dichas modificaciones sean esenciales respecto de la concreta figura delictiva por la que finalmente se condena, porque las diferentes garantías conectadas con el principio acusatorio se asientan en la inalterabilidad de los elementos esenciales del hecho constitutivo de infracción penal a partir de la fijación formal de la acusación en las calificaciones provisionales (por todas, SSTC 105/1983, de 23 de noviembre, FFJJ 4, 5 y 6; 36/1996, de 11 de marzo, FJ 5; 302/2000, de 11 de diciembre, FJ 3; 87/2001, de 2 de abril, FJ 6; 174/2001, de 26 de julio, FJ 5; 4/2002, de 14 de enero, FJ 4; 228/2002, de 9 de diciembre, FJ 5). En consecuencia, la existencia de diferencias sobre elementos no esenciales del hecho constitutivo de delito entre las calificaciones provisionales y las definitivas no suponen la vulneración del derecho de defensa (STC 33/2003, de 13 de febrero, FJ 4).
E incluso en el supuesto de que se introduzcan modificaciones que incidan sobre elementos esenciales del hecho constitutivo de delito o que impliquen una nueva calificación jurídica, para declarar vulnerado el derecho de defensa hemos exigido que el acusado ejerza las facultades que le otorga la Ley de enjuiciamiento criminal (arts. 746.6 en relación con el art. 747 y el art. 793.7 LECrim), solicitando la suspensión del juicio, para poder articular debidamente su defensa (SSTC 20/1987, de 19 de febrero, FJ 5; 278/2000, de 27 de noviembre, FJ 16), exigencia que responde a la aplicación de la doctrina general de que la indefensión constitucionalmente proscrita es la que deriva de la actuación del órgano judicial y no la que ocasiona la falta de diligencia procesal de la parte en la defensa de sus intereses (STC 33/2003, FJ 4)".
La defensa ni protestó ante la modificación de conclusiones ni buscó el amparo del art. 788.4. No cabe la suspensión de oficio. Ha de acordarse «a petición de la defensa», como declara expresamente el precepto (STS 955/1998, de 20 de julio). Sólo la defensa puede decidir si está preparada o no para debatir la nueva calificación y si precisaría de nuevos elementos de prueba. Aquí la defensa ni formuló queja alguna sobre la modificación, ni reclamó la suspensión para proceder a un nuevo interrogatorio que ahora arguye hubiese formulado y que, por otra parte, no parece que hubiese arrojado luz nueva alguna.

Menú

Fuente: J Huete

SEGUIMIENTO DE UN PROCEDIMIENTO INADECUADO: CONSECUENCIAS: ART 760LECrm

Sentencia Nº: 1077/2012
RECURSO CASACION Nº:847/2012
Fallo/Acuerdo: Sentencia Desestimatoria
Procedencia: Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Oviedo.
Fecha Sentencia: 28/12/2012
Ponente Excmo. Sr. D.: Antonio del Moral García

Se formula el quinto y último motivo al amparo también del art. 849.1 LECrim denunciando inaplicación indebida del art. 21.6 CP que habría que derivar de la paralización de la causa entre el 7 de julio de 2010 y el 29 de julio de 2011 por culpa exclusiva –según se dice- del Ministerio Fiscal y del Juez instructor, que cometieron un error de tramitación en la instrucción. La tramitación por el procedimiento conocido legalmente como "abreviado" era incorrecta y hubo necesidad de acomodar el cauce procesal al régimen del sumario ordinario lo que provocó esos retrasos.

Es bien conocida la jurisprudencia de esta Sala acerca de la atenuante analógica por dilaciones indebidas, incorporada como atenuante simple en el artículo 21.6 tras la reforma operada en el Código Penal por la Ley Orgánica 5/2010. En esta regulación se exige que se trate de una dilación extraordinaria, que no sea atribuible al propio inculpado y que no guarde proporción con la complejidad de la causa. En la jurisprudencia se ha resaltado la necesidad de examinar el caso concreto, y se ha vinculado la atenuación a la necesidad de pena, debilitada si el transcurso del tiempo es relevante y si las particularidades del caso lo permiten. Asimismo, la jurisprudencia la ha relacionado con el perjuicio concreto que para el acusado haya podido suponer el retraso en el pronunciamiento judicial. Ambos aspectos deben ser tenidos en cuenta al determinar las consecuencias que en la pena acarrea la existencia de un retraso en el proceso que no aparezca como justificado (STS 184/11 de 17 de marzo).

Es evidente que, como el propio motivo detalla, no ha habido tal paralización de un año como retóricamente se aduce. Como, narra el recurrente, tras la incorrecta determinación del procedimiento a seguir, se instó la nulidad de lo actuado, se incoó sumario en octubre de 2010, con práctica de la declaración indagatoria en marzo de 2011, y posterior tramitación hasta el juicio oral. La sentencia recurrida razona que lo determinante ha de ser la valoración en conjunto y como un todo, para examinar el proceso y ver si el tiempo en que fue juzgado es o no razonable. El derecho a ser juzgado sin dilaciones, no puede confundirse con el simple incumplimiento de los plazos procesales.

Iniciado el proceso por denuncia de 6 de noviembre de 2008, se enjuiciaron los hechos en enero de 2012. La tramitación no se ha prolongado de forma excesiva, más allá de lo que resulta acorde a su envergadura, como constata el fundamento de derecho sexto de la sentencia recurrida. La dilación alegada por la defensa se originó por la adecuación del procedimiento a los trámites del sumario.

Si el fundamento de la atenuante estriba en compensar de alguna forma el cierto padecimiento que supone para el imputado la existencia de un proceso en su contra (incertidumbre, obligación de presentaciones periódicas u otras medida cautelares…), el

inicio del cómputo a estos efectos ha de establecerse justamente en el momento en que se adquiere la condición de imputado que en este caso es un tiempo después de la denuncia (octubre de 2009). Es cierto que el incorrecto seguimiento de los trámites del procedimiento abreviado provocó una ralentización, pero no tanto porque se produjesen paralizaciones, sino porque el procedimiento ordinario impone un ritmo más lento: obliga a dictar un auto de procesamiento inexistente en el procedimiento abreviado, a practicar la declaración indagatoria, y a dictar auto de conclusión, para luego abrirse el doble trámite (apertura del juicio oral y calificación) que hay que practicar en la Audiencia con todas las partes y además no de manera simultánea (como se permite en el procedimiento abreviado) sino sucesiva. Fue esta defensa la que promovió un incidente de nulidad de actuaciones ante la errónea senda que había adoptado el procedimiento. Lo correcto no era la nulidad, sino sencillamente la acomodación del trámite tal y como prevé el art. 760 LECrim: "sin retroceder" en el procedimiento, aunque sí con necesidad de realizar aquellas actuaciones que son indispensables según el nuevo formato procesal. En este caso era ineludible el dictado del correspondiente procesamiento y la toma de declaraciones indagatorias. Se llevaron a cabo tales actuaciones en un tiempo razonable. El error en la elección del procedimiento arrojó un retraso cuantificable solo en dos meses. El mero retardo que se hubiese podido derivar de la práctica de diligencias que reclamó la defensa (folio 1700) fue acertadamente abortado pues se había dictado ya auto de conclusión del sumario. Esa incidencia, en todo caso, revela que no existía tanto perjuicio derivado de que la agilidad no fuese la óptima ni tanto interés en una resolución pronta y rápida. Valorado globalmente el tiempo invertido en el enjuiciamiento es razonable y dista mucho de los parámetros que atraerían la atenuante.

ASISTENCIA LETRADA AL IMPUTADO: ART 767 LECrim:
-Inutilidad de las declaraciones prestadas ante la policía por un imputado sin asistencia letrada.

Sentencia Nº: 299/2013
RECURSO CASACION Nº:735/2012
Fallo/Acuerdo: Sentencia Estimatoria
Fecha Sentencia: 27/02/2013
Ponente Excmo. Sr. D.: Antonio del Moral García

Menú

- Se coincide con la sentencia de instancia en rechazar la validez probatoria de la declaración prestada en policía sin asistencia letrada. Nada hay que objetar a la fundada argumentación que aboca a esa inutilizabilidad. Las razones aducidas por la recurrente principal en reproducción de las blandidas como apelada en su día no menoscaban la fuerza de esa argumentación. El hecho de que el acusado acudiese voluntariamente a la comisaría de policía, declarase también voluntariamente y no estuviese privado de libertad no eximía de la asistencia letrada que, si bien no es necesariamente exigida por la Constitución en esos casos, sí que lo es por la legislación procesal a partir de la reforma de 2002.

La declaración del inculpado prestada sin las debidas garantías procesales, no puede ser valorada (SSTS de 6 de junio de 1990, 25 de octubre de 1991, 175/1998 de 11 de febrero, ó 1179/2001 de 20 de julio). Es verdad que tanto el Tribunal Supremo como el

Tribunal Constitucional siguiendo la literalidad del artículo 520 de la Ley Procesal, venían estimando que la asistencia letrada sólo era preceptiva en los casos de detención: SSTS de 21 de diciembre de 1995, de 19 de octubre de 1995, 4 de marzo de 1996, 1140/1998 de 5 de octubre, 685/2000 de 14 de abril, 1999/2001 de 29 de octubre; y la SSTC 229/1999, de 13 de diciembre y 38/2003, de 27 de febrero. Ésta última alude ya a la reforma llevada a cabo por Ley 38/2002, de 24 de octubre, que generalizó a través del art. 767 LECrim la preceptiva asistencia de letrado a todo imputado, esté o no detenido, configurando, este derecho, como indisponible. Como tal reforma entró en vigor con posterioridad a los hechos a los que se refería el asunto analizado no se estimó el amparo. Y es que, en efecto, del artículo 767 de la Ley Procesal según la redacción conferida por la Ley 38/2002 se deduce la imperatividad de esa asistencia letrada, aunque lo sea en términos difícilmente armonizables con la dicción del artículo 118 LECrim que no se vió alterada. Considerar que la asistencia letrada al imputado solo rige en el procedimiento abreviado (el art. 767 tiene esa ubicación sistemática) no es asumible. No sería coherente que precisamente para los delitos más graves el régimen de garantías fuese más relajado. La tesis más segura es la suscrita por el tribunal de apelación: considerar extensible la previsión del artículo 767 a todos los procedimientos por delito, también al ordinario y al del jurado.

La STC 208/2007, de 24 de septiembre fue invocada por la parte apelada para rebatir esa exégesis. Pero esa sentencia aún insistiendo en la inexigencia constitucional de asistencia letrada al encausado no detenido, contemplaba seguramente, según parece deducirse de sus antecedentes, unos hechos anteriores a la vigencia de la aludida reforma de 2002. Además acaba por desestimar el amparo porque la declaración no había sido utilizada como prueba. Como la declaración ante la policía se había efectuado libremente y luego fue reiterada, ya con presencia de letrado, en sede judicial, la posible irregularidad no tendría alcance alguno pues la condena se sustentaba en esa segunda declaración ya ante la autoridad judicial: "*…Por otra parte, y desde la perspectiva del derecho a un proceso con todas las garantías y del derecho a la defensa consagrados en el art. 24.2 CE, las irregularidades en la declaración policial que se denuncian y, en concreto, la ausencia de lectura de derechos, asistencia letrada e intérprete, sólo podrán ser relevantes en la medida en que generen indefensión material (por todas, SSTC 94/1983, de 14 de noviembre, FJ 4; 70/2002, de 3 de abril, FJ 3). Lo que -como pone de relieve el Ministerio Fiscal- no sucede en el presente caso, en el que las declaraciones policiales forman parte del atestado policial en las diligencias preliminares de investigación del delito y se incorporaron al proceso como parte del atestado y sin más que el de éste, el de simple denuncia, pero no se les ha otorgado validez como prueba de cargo preconstituida. Como se desprende de la lectura de las resoluciones impugnadas (FJ 1 de la Sentencia de instancia y FJ 1 de la de apelación), cuando el recurrente compareció ante el Juez de Instrucción y prestó declaración en calidad de imputado, lo hizo asistido de Letrado y de intérprete, al igual que en el acto del juicio, siendo estas declaraciones prestadas con todas las garantías, y no aquéllas, las utilizadas como prueba de cargo. Por tanto, y en la medida en que las declaraciones policiales no tuvieron ninguna trascendencia material en la condena, las eventuales irregularidades en la práctica de las mismas no generaron la indefensión material que se denuncia, lo que excluye la relevancia constitucional de la queja también desde la perspectiva del art. 24.2 CE".*

Menú

La ausencia de letrado impide la valoración como prueba de esa declaración policial. A la vista del art. 767 LECrim puede dudarse sobre la posibilidad de renunciar a esa

asistencia no en general, que no es posible, sino para una concreta diligencia de declaración. La redacción no es totalmente concluyente. De cualquier forma aquí ni consta que se informase de esos derechos; ni consta la posterior declaración en sede judicial. No es viable como propone expresamente la recurrente reclamar del Juzgado de Instrucción esa primera declaración como imputado en sede judicial cuyo contenido no se conoce. No solo por ser incompatible esa petición con un recurso de casación, sino, sobre todo, porque el material acopiado durante la instrucción en un proceso de jurado queda inutilizado: no es parte de la causa de enjuiciamiento más que en los concretos particulares que la Ley especial establece (art. 34 LOPJ). Para rescatar e introducir dentro del material probatorio las declaraciones realizadas durante la fase de investigación es necesario que lo pida una parte, que ha de aportar su testimonio, y que lo haga en el único momento previsto para ello: el interrogatorio de ese acusado o testigo en el plenario, y ante la única eventualidad que autoriza esa introducción –la detección de contradicciones- (arts 34.3, y 46.5 LOPJ). Esas actuaciones que quedaron en el Juzgado de Instrucción no constituyen parte de la causa o de los autos a los efectos previstos en el art. 899 LECrim. En el procedimiento del Tribunal del jurado se levanta deliberadamente un muro entre la fase de investigación y la de juicio oral. El material de investigación queda confinado. Da la sensación de que existió una errata por parte de la acusación al reclamar los testimonios de que quería valerse en su caso en el acto del juicio oral. Se limitó a designar los folios referidos a la información de derechos realizada en el Juzgado de Instrucción al imputado pero no a su declaración. No puede subsanarse tal desliz ahora en casación convirtiendo en material probatorio lo que en el procedimiento especial de la ley del jurado no puede serlo más que con unos fines y en ciertas condiciones; y, por supuesto, siempre a propuesta de una parte.

CONSECUENCIAS DE LA OMISIÓN DE UNOS HECHOS EN EL AUTO DE TRANSFORMACIÓN: ART 779.1.4º

Sentencia Nº: 326/2013
RECURSO CASACION Nº:1208/2012
Fallo/Acuerdo: Sentencia Desestimatoria
Procedencia: Sección Primera Audiencia Provincial de Jaén.
Fecha Sentencia: 01/04/2013
Ponente Excmo. Sr. D.: Antonio del Moral García

Menú

El recurrente aduce (motivo primero) que no se aportó testimonio de las diligencias seguidas por la ocupación de los 100 gr. de cocaína. Además, argumento en el que insistía en el motivo segundo, se queja de que el conocido como auto de transformación (art. 779.1.4 y 780.1 LECrim) se refería exclusivamente a la tenencia de Marihuana y no a la cocaína, que apareció en las diligencias complementarias solicitadas por el Fiscal de donde pasarían a su escrito de acusación de manera sorpresiva. Este desajuste supondría una irregularidad que afectaría, en su criterio, a su derecho a ser informado de la acusación.

Se habría producido una indebida ampliación del objeto procesal fijado en el auto de transformación.

El objeto de enjuiciamiento en el proceso penal se va perfilando progresivamente a través de distintas actuaciones procesales.

En el proceso ordinario los hitos básicos son procesamiento, apertura del juicio oral, escritos de calificación provisional y conclusiones definitivas. Para que unos hechos punibles concretos, pasen a ser objeto definitivo del proceso y puedan ser enjuiciados necesitan atravesar todos esos tamices: en principio, la calificación provisional no podrá incorporar hechos no contenidos en el procesamiento, o hechos que no hayan sido objeto de investigación en la fase de instrucción. De esa forma se salvaguarda el derecho de defensa no sólo en los últimos estadios del proceso, sino también en todo su desarrollo, sin privar al acusado de los mecanismos de defensa de que dispone en la fase de instrucción (proposición de pruebas; impugnación del procesamiento) encaminados a evitar la apertura del juicio oral. Hay que puntualizar y esto repercute en alguna medida en el asunto ahora analizado, que en la jurisprudencia la función del procesamiento como delimitador del objeto del proceso penal, ha sido muy diluida: SSTS de 12 de junio de 1990, 20 de mayo de 1991, ó 30 de junio de 1992, 25/2005, de 25 de enero y 1070/2004 de 24 de septiembre. En esta última se minimiza la omisión de un delito en el procesamiento, considerando que ello no produjo indefensión alguna a la defensa que conoció la imputación de dicho delito desde el inicio de la actuación sumarial y luego enmarcada en el escrito de acusación provisional del Ministerio Fiscal.

En el ámbito del procedimiento abreviado, antes de la modificación introducida por la Ley 38/2002, de 24 de octubre no existía ninguna expresa resolución judicial de imputación que sirviera para concretar judicialmente el objeto del proceso. Esa carencia fue sustituida, con más voluntad que base legal, en la jurisprudencia constitucional por la declaración como imputado. Sin la previa adquisición del status de imputado, a través de la citación y declaración en tal calidad, no era procesalmente viable la acusación. Subjetiva (imputado) y objetivamente (hechos objeto de interrogatorio) se fijaba así en la fase de instrucción el thema decidendi del proceso. Esa delimitación habría de pasar luego otros dos filtros: el escrito de acusación dirigido contra ese imputado; y la apertura del juicio oral. En los aspectos objetivos la delimitación a cargo del órgano judicial mediante la declaración como imputado quedaba, con la anterior regulación, ciertamente difuminada.

Menú

La reforma de 2002 arrojó alguna luz en esta materia acogiendo la doctrina del Tribunal Constitucional reforzada por la exigencia de una específica delimitación en el auto de conclusión de las diligencias previas (art. 779.1.4ª): "si el hecho constituyera delito comprendido en el art. 757, seguirá el procedimiento ordenado en el capítulo siguiente. Esta decisión, que contendrá la determinación de los hechos punibles y la identificación de la persona a la que se le imputan, no podrá adoptarse sin haber tomado declaración a aquélla en los términos previstos en el art. 775". La declaración como imputado se configura así legalmente como una actuación definidora del objeto del proceso y de las personas contra las que se dirige. Los hechos contemplados en el auto indicado, así como las personas que la misma resolución declare imputadas a las que deberá haberse recibido declaración previa en esta condición, fijan el ámbito del proceso al que han de ajustarse los ulteriores trámites.

Tras los escritos de acusación, el auto de apertura del juicio oral determinará con carácter definitivo el objeto del debate. En dicho auto se limita el Instructor a realizar un juicio de razonabilidad de la acusación y de la procedencia de celebrar juicio oral o en su caso decretar el sobreseimiento (art. 783.1).

Queda así esbozada una panorámica de los temas que sirven de trasunto a la cuestión planteada por el recurrente.

Tiene razón el recurrente al señalar que la secuencia procesal no fue totalmente correcta. La acusación por unos hechos en el procedimiento abreviado exige según se ha visto unos presupuestos:

a) Que el imputado haya sido informado de los hechos y haya declarado (o al menos, haya podido declarar) sobre ellos. A esta idea se refirió en extenso la muy conocida STC 186/1990, de 15 de noviembre.

b) Que en el auto de transformación (art. 779.1.4 LECrim) se haya ordenado proceder por tales hechos: es un filtro que ha de efectuar el Juez de Instrucción depurando el objeto procesal de forma que expulse mediante el sobreseimiento aquellos hechos investigados respecto de los que no haya indicios fundados de comisión; y ordene la prosecución respecto de aquellos otros que cuentan con una base indiciaria sólida. Es esta una primera vertiente del irrenunciable juicio de acusación que en el procedimiento abreviado aparece de forma no muy lógica desdoblado en dos momentos diferentes complementarios. Esta función de esta resolución que o no tenía en la normativa anterior a la reforma de 2002, o que aparecía de forma muy desvaída, fue recuperada o, mejor, introducida por tal modificación legislativa.

Menú

c) Que exista una parte legitimada que formule acusación por tales hechos.

d) Que el Juez de Instrucción a la vista de la acusación realice una nueva evaluación (segundo filtro del juicio de acusación) constatando si son típicos y si hay fundamento para abrir el juicio oral (en este segundo aspecto se reproduce una valoración del material que ya debió efectuarse antes). En caso contrario habrá de decretar el oportuno sobreseimiento.

Con esa secuencia, como aduce el recurrente, la ley quiere garantizar también en la fase de investigación el derecho de defensa y la presencia de una valoración judicial sobre la fundabilidad de la acusación (para evitar acusaciones infundadas que, por más que acaben rechazadas en una futura sentencia absolutoria, siempre producen perjuicios). La fase de investigación tiene por objeto, preparar el juicio oral, pero también una función de filtro: evitar la apertura de juicios innecesarios.

Esa secuencia no se ha respetado escrupulosamente en este procedimiento. El auto de transformación no contemplaba una parte importante de los hechos enjuiciados. Al menos, no lo hacía de manera expresa, aunque implícitamente contenía alguna referencia a otras sustancias diferentes a la marihuana al hablar de restos de “papelinas”. Tampoco decretaba el sobreseimiento (folio 120) por esos otros hechos que habían aparecido en la investigación (venta y transporte de cocaína). Esos hechos sí estaban ya incluidos en el ámbito del proceso. Se refería a ellos el atestado inicial que además hablaba de transacciones concretas de cocaína. En la declaración prestada por el imputado se le preguntó expresamente por el transporte de cocaína (folios 47 y 48). Es verdad que lo más correcto era que el Instructor hubiese mencionado esos hechos en el auto de transformación; o que se hubiese ampliado tal auto contemplando explícitamente el transporte de 100 gr. de cocaína por cuenta del imputado tras las diligencias recabadas por el Fiscal. Se limitó el Instructor a retomar el trámite antes

conferido mediante una simple providencia. Será el Fiscal quien, ya sí, introduzca en su escrito de acusación ese objeto procesal asumido por el auto de apertura del juicio oral.

Si en ese momento se hubiese denunciado tal omisión, habría sido procedente retroceder en el procedimiento para ampliar el auto. La defensa consintió con esos trámites y formuló su escrito de defensa. Con eso venían a subsanarse las deficiencias.

En efecto, una vez que se le ha dado traslado del escrito de acusación no puede aducir desconocimiento sobre los términos de la pretensión acusatoria. Y, estando personado en la causa, tampoco podía ignorar esas imputaciones sobre las que se preguntó expresamente en la declaración como imputado.

En el escrito de defensa se plantearon todos los medios de prueba que le interesaban. En ningún momento se ha producido indefensión, lo que ni siquiera insinúa el recurrente.

Por fin, el acusado declaró en el acto del juicio oral alegando todo lo que tuvo por conveniente frente a todas las imputaciones.

Menú

El auto de apertura del juicio oral, así como la posterior sentencia condenatoria han acreditado que la acusación era fundada. Señalar ahora una omisión en el auto de transformación resulta extemporáneo y no conduce a ninguna decisión operativa concreta.

No tendría sentido reabrir el trámite para recorrer idéntico itinerario. Es verdad que ha existido algún defecto, pero la secuencia procesal posterior ha demostrado que no ha acarreado indefensión alguna, y que todas las garantías que tiende a salvaguardar el trámite omitido han sido respetadas.

ACTA DEL JUICIO ORAL: ART 788.6 LECrm

Tribunal Supremo Sala 2ª, S 5-6-2012, nº 503/2012, rec. 10025/2012. Pte: Moral García, Antonio del

El art. 788.6 LECr regula el acta del juicio oral en el Procedimiento Abreviado. Tras la Ley 13/2009, de 3 de noviembre, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina judicial el precepto se remite íntegramente al procedimiento ordinario : " En cuanto se refiere a la grabación de las sesiones del juicio oral y a su documentación, serán aplicables las disposiciones contenidas en el artículo 743 de la presente Ley ". El aludido art. 743 LECr. en la redacción actual, vigente ya en el momento en que se celebró el juicio oral y por tanto aplicable establece:
"1. El desarrollo de las sesiones del juicio oral se registrará en soporte apto para la grabación y reproducción del sonido y de la imagen. El Secretario judicial deberá custodiar el documento electrónico que sirva de soporte a la grabación. Las partes podrán pedir, a su costa, copia de las grabaciones originales.
2. Siempre que se cuente con los medios tecnológicos necesarios el Secretario judicial garantizará la autenticidad e integridad de lo grabado o reproducido mediante la utilización de la firma electrónica reconocida u otro sistema de seguridad que conforme

a la ley ofrezca tales garantías. En este caso, la celebración del acto no requerirá la presencia en la sala del Secretario judicial salvo que lo hubieran solicitado las partes, al menos dos días antes de la celebración de la vista, o que excepcionalmente lo considere necesario el Secretario judicial, atendiendo a la complejidad del asunto, al número y naturaleza de las pruebas a practicar, al número de intervinientes, a la posibilidad de que se produzcan incidencias que no pudieran registrarse, o a la concurrencia de otras circunstancias igualmente excepcionales que lo justifiquen, supuesto en el cual el Secretario judicial extenderá acta sucinta en los términos previstos en el apartado siguiente.
3. Si los mecanismos de garantía previstos en el apartado anterior no se pudiesen utilizar el Secretario judicial deberá consignar en el acta, al menos, los siguientes datos: número y clase de procedimiento; lugar y fecha de celebración; tiempo de duración, asistentes al acto; peticiones y propuestas de las partes; en caso de proposición de pruebas, declaración de pertinencia y orden en la práctica de las mismas; resoluciones que adopte el Juez o Tribunal; así como las circunstancias e incidencias que no pudieran constar en aquel soporte.
4. Cuando los medios de registro previstos en este artículo no se pudiesen utilizar por cualquier causa, el Secretario judicial extenderá acta de cada sesión, recogiendo en ella, con la extensión y detalle necesarios, el contenido esencial de la prueba practicada, las incidencias y reclamaciones producidas y las resoluciones adoptadas.
5. El acta prevista en los apartados 3 y 4 de este artículo, se extenderá por procedimientos informáticos, sin que pueda ser manuscrita más que en las ocasiones en que la sala en que se esté celebrando la actuación carezca de medios informáticos. En estos casos, al terminar la sesión el Secretario judicial leerá el acta, haciendo en ella las rectificaciones que las partes reclamen, si las estima procedentes. Este acta se firmará por el Presidente y miembros del Tribunal, por el Fiscal y por los defensores de las partes."
Así pues, la documentación de las vistas ha de efectuarse de una forma u otra dependiendo de los medios técnicos de que disponga el órgano judicial: "en cascada" o con carácter subsidiario. La regla general es la grabación del juicio oral que constituye el acta a todos los efectos. En un segundo escalón se admite la combinación de grabación con acta cuando no existen mecanismos para garantizar autenticidad e integridad (art. 743.3). En tercer lugar, se encuentra el supuesto previsto en el art. 743.4: cuando no es posible el uso de medios técnicos de grabación, será suficiente el acta extendida por el Secretario judicial elaborada por medios informáticos. Por fin la ausencia de ese tipo de medios habilita para la tradicional redacción manuscrita. El acta deberá recoger, con la extensión y detalle necesario, todo lo actuado.
La regulación del acta del juicio oral contenida en la Ley 13/2009, de 3 de noviembre , representa, pues, un cambio importante en relación a la normativa anterior. En efecto, el número 6 del art. 788 de la LECr establecía: « Del desarrollo del juicio oral se levantará acta que firmarán el Juez o el Presidente y Magistrados, el Secretario, el Fiscal y los Abogados de la acusación y la defensa, reseñándose en la misma el contenido esencial de la prueba practicada, las incidencias y reclamaciones producidas y las resoluciones adoptadas, pudiendo completarse o sustituirse por cualquier medio de reproducción mecánica, oral o escrita, de cuya autenticidad dará fe el Secretario ». El art. 230 LOPJ reforzaba la posibilidad de utilizar medios técnicos, informáticos y telemáticos que de cualquier forma eran un medio complementario, no alternativo, del acta escrita.
En la actualidad la forma clásica de documentar el acta es la última de las posibilidades, pero tan válida como el resto de las previstas que son desde luego más acordes con las

Menú

tecnologías actuales que tienden a penetrar en la Administración de Justicia con un considerable retraso si se compara con otros ámbitos, también de la esfera pública.

El acta es esencial a efectos de recurso. En ella se incorpora la indispensable constancia documental de las formalidades observadas durante el desarrollo del juicio, las incidencias y reclamaciones que hubieran podido formularse durante las sesiones y el contenido esencial de la actividad probatoria. Por eso su levantamiento y corrección se puede vincular con el derecho a la tutela judicial efectiva y una de sus facetas que es el derecho a interponer los recursos de acuerdo con las previsiones legales. Esa relevancia del acta ha llevado a esta Sala de casación a declarar la nulidad del juicio oral cuando ha desaparecido el documento o no se ha producido la grabación, o la misma es tan defectuosa que deviene imposible su reproducción. " La sentencia que dicta un Tribunal sin contar con la documentación del acta del juicio oral es nula » (STS de 26 de abril de 1989). Incluso en algún caso se ha llegado a la solución, más discutible por suponer un salto entre planos diferentes, de anudar a la pérdida del acta la consecuencia de la absolución, aunque en ese supuesto el extravío se extendía a otras actuaciones (STS 525/1995, de 1 de abril).

Menú

Tras la reforma de la Ley 13/2009 el art. 743.5 exige que el acta, cuando se extienda, debido a la ausencia de mecanismos de garantía de la grabación (apartado 3) o porque no se puede grabar la vista (apartado 4), ha de efectuarse por procedimientos informáticos, prohibiendo que la misma sea manuscrita, salvo que la sala carezca de dichos medios informáticos. Así pues, en la previsión legal la extensión del acta de puño y letra del Secretario será lo excepcional.

En todo caso no sobra recalcar aquí a la vista de las alegaciones de las partes que la grabación no modifica la naturaleza y límites de cada tipo de recurso. La posibilidad de visionar mediante la reproducción de la grabación la vista no altera los márgenes del recurso de casación marcados por la necesidad de respetar la valoración de la prueba efectuada en la instancia, con las garantías que proporciona el principio de inmediación. En ningún caso, la grabación del juicio implicará que el Tribunal Supremo pueda valorar de nuevo la prueba practicada ante la Audiencia. Dicha función corresponde exclusivamente al Tribunal de instancia. Así lo reseña entre otras la STS 503/2008, de 17 de julio, Fundamento de Derecho Segundo. Incluso a efectos de un recurso de apelación tampoco se puede exacerbar su valor (STC 120/2009, de 18 de mayo).

El examen del acta extendida por el secretario judicial en este caso evidencia lo infundado de las quejas de las partes. Se ha cumplido escrupulosamente lo previsto en el art. 734.4 LECr , superando holgadamente los estándares mínimos exigibles. Las partes tuvieron ocasión antes de firmar el acta de hacer las observaciones que hubiesen estimado oportunas interesando algún complemento o aclaración. El acta es manuscrita pero resulta perfectamente legible. La utilización de esa modalidad en lugar de procedimientos informáticos está autorizada cuando no se dispone de éstos. Pero aunque se demostrase que era posible su uso, estaríamos ante una mera irregularidad que desde luego es manifiestamente inhábil para provocar la anulación del juicio oral.

El contenido de las declaraciones de los testigos y acusados está recogido en los términos básicos en ese acta. Y, como se ha dicho ya y se insistirá más adelante, no es compatible con un recurso de casación un reexamen de la prueba personal al margen del principio de inmediación. La imposibilidad de contar con la grabación de alguna sesión es irrelevante a efectos de resolver este recurso de casación y los empeños de los recurrentes en demostrar lo contrario no convencen.

RECURSO ADHESIVO POR MOTIVOS NO COINCIDENTES CON LOS DEL RECURSO PRINCIPAL: ART 790.1 Y 846 BIS

Sentencia Nº: 243/2013
RECURSO CASACION Nº:628/2012
Fallo/Acuerdo: Sentencia Estimatoria
Fecha Sentencia: 25/01/2013
Ponente Excmo. Sr. D.: Antonio del Moral García

Ha introducido el Fiscal en su impugnación un motivo autónomo, lo que ha de admitirse. Su propuesta, en su caso, podría ser aceptada sin necesidad de buscar refugio en la teoría de la voluntad impugnativa: el Fiscal, como el resto de las partes recurridas, están habilitadas para introducir motivos que se aparten del recurso principal (lo que sin duda alguna cabe en el procedimiento abreviado y en el procedimiento ante el Tribunal del Jurado: arts. 790.1 y 846 bis b) LECrim y SSTC 158/2006, de 22 de mayo, 234/2006, de 17 de julio, 43/2007 de 26 de febrero) por vía de adhesión (más propiamente, recurso supeditado). Si esa admisibilidad se ha discutido cuando se trata de motivos que operan en contradicción con los intereses y posiciones del recurrente principal, no hay duda alguna sobre su procedencia, también en casación, cuando, como en este caso, se trata de un alegato diferente e independiente pero que favorece al recurrente principal. Éste, sin embargo, nada ha aducido sobre ese particular en la fase de instrucción que ha dejado transcurrir sin presentar escrito alguno.

OTROS:

PREDETERMINACIÓN DEL FALLO

Tribunal Supremo Sala 2ª, S 4-6-2012, nº 464/2012, rec. 1481/2011. Pte: Moral García, Antonio del
Es bastante insólito encontrar en los repertorios de jurisprudencia de los últimos años supuestos en que haya prosperado un motivo por "predeterminación del fallo". La razón de ello no radica en una actitud reticente de esta Sala, sino en lo inhabitual que resulta detectar una sentencia que incurra en ese vicio, que en otros momentos históricos pudo ser más frecuente; y en las exigencias del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas que obliga a llegar a soluciones de nulidad -que siempre comportan retrasos- solo cuando sea ineludible esa respuesta.
Para que concurra ese defecto que arrastraría la anulación de la sentencia para devolverla al Tribunal a fin de que subsane la deficiencia, es necesario que se haya eludido la obligación de incluir una narración de los hechos que se consideran probados despojada de valoraciones jurídicas. No debe anticiparse en los hechos probados la subsunción jurídico-penal con el nomen iuris de la infracción o con otros conceptos técnicos cuya concurrencia ha de analizarse en el plano de la argumentación penal -contrastando la categoría jurídica con el hecho probado-, y no en el nivel previo de la valoración probatoria. Obviamente el relato se hace desde la finalidad de valorar penalmente los hechos: en ese sentido lo que dicen los hechos probados está condicionando el fallo. No puede ser de otra forma. Lo que se prohíbe es el uso de conceptos estrictamente jurídicos, con un significado técnico no homologable al vulgar, que permitirían luego omitir la argumentación jurídica encaminada a la subsunción penal y, al mismo tiempo, burlarían las posibilidades de control casacional. Si en los

Menú

hechos probados se proclama que "se produjo un apoderamiento con fuerza en las cosas", y la Sala de casación ha de respetar los hechos probados, no sería posible analizar la corrección jurídica de esa calificación penal, que no hecho. En los hechos probados han de recogerse hechos y no conceptos penales. Si por conveniencia de la redacción se consigna algún concepto penal, el defecto no será tal si en el contexto o en otros apartados del "factum" se expresa a qué se está refiriendo el Tribunal con esa expresión.
Podría ser predeterminación del fallo -o, mejor, falta de claridad- utilizar únicamente el vocablo "drogas". La palabra en sentido vulgar -también se habla de "drogas legales"- puede no corresponderse totalmente con el alcance que tiene en el art. 368 del Código Penal . El intérprete ha de acudir a una profusa normativa, también internacional, para discriminar a estos efectos entre unas sustancias y otras. Pero si unas líneas más adelante se aclara que al hablar de "droga" la Audiencia alude a cocaína, es patente que no se está incurriendo en insuficiencia descriptiva o en un exceso conceptual. Se ha recogido en la sentencia de forma inteligible para quien carece de conocimientos de derecho penal los hechos, sin implícitas conceptuaciones jurídicas.
Algo semejante de puede decir de la expresión "tráfico ilícito". Hablar sin más de "ilicitud" sería un concepto jurídico, si antes no se ha expresado qué es lo que se está considerando contrario a derecho. Pero la plasmación de ese adjetivo para referirse a lo que ha quedado antes expresado -distribución mediante precio de haschís- es totalmente correcto. El defecto de predeterminación del fallo tiene un sentido instrumental y ha de ser valorado en su funcionalidad. No puede llevar a encorsetar la redacción en la falsa idea de que cualquier palabra utilizada por el Código Penal ha quedado secuestrada y no puede aparecer en unos hechos probados.

CADENA DE CUSTODIA

Tribunal Supremo Sala 2ª, S 11-6-2012, nº 506/2012, rec. 1707/2011. Pte: Moral García, Antonio del

Tribunal Supremo Sala 2ª, S 11-12-2012, nº 1072/2012, rec. 767/2012. Pte: Moral García, Antonio del

Menú

La regularidad de la cadena de custodia es un presupuesto para la valoración de la pieza o elemento de convicción ocupado. Se asegura de esa forma que lo que se analiza es justamente lo ocupado y que no ha sufrido contaminación alguna. El decaído proyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2011 contenía una sintética regulación de esa materia (arts. 357 a 360), hoy ausente, al menos en esa visión integrada, en nuestra Legislación procesal, sin perjuicio de algunas inequívocas referencias (vid. art. 334, entre otros). Con el valor puramente doctrinal que cabe atribuir a ese texto, se establecía por vía de principio la obligación de cuantos se relacionan con las fuentes de prueba de garantizar su inalterabilidad, o dejar constancia de las eventuales modificaciones que hayan podido producirse como consecuencia de su depósito, recogida, inspección, análisis o depósito. Disposiciones de rango reglamentario estarían llamadas a regular un procedimiento de gestión de muestras, cuyos hitos básicos, que habían de documentarse, se reflejaban legalmente: dejar constancia de las circunstancias del hallazgo, personas y lugares que hayan tenido a su cargo la muestra, tiempo y motivo de

los sucesivos traspasos, así como detalle de las técnicas que hayan podido aplicarse y el estado inicial y final de las muestras (art. 359).
Sin necesidad de tan específicas disposiciones a nivel legal es exigible también hoy asegurar y documentar la regularidad de la cadena para garantizar la autenticidad e inalterabilidad de la fuente de prueba. Cuando se comprueban deficiencias en la secuencia que despiertan dudas razonables, habrá que prescindir de esa fuente de prueba, no porque el incumplimiento de alguno de esos medios legales de garantía convierta en nula la prueba, sino porque su autenticidad queda cuestionada. No se pueden confundir los dos planos. Irregularidad en los protocolos establecidos como garantía para la cadena de custodia no equivale a nulidad. Habrá que valorar si esa irregularidad (no mención de alguno de los datos que es obligado consignar; ausencia de documentación exacta de alguno de los pasos...) es idónea para despertar dudas sobre la autenticidad o indemnidad de la fuente de prueba. Ese es el alcance que se atribuía a la regularidad de la cadena de custodia en la normativa proyectada aludida: " El cumplimiento de los procedimientos de gestión y custodia determinará la autenticidad de la fuente de prueba llevada al juicio oral... El quebrantamiento de la cadena de custodia será valorado por el tribunal a los efectos de determinar la fiabilidad de la fuente de prueba " (art. 360). No es una cuestión de nulidad o inutilizabilidad, sino de fiabilidad.

POSIBILIDAD DE INTRODUCIR "CUESTIONES NUEVAS" EN VÍA DE RECURSO

Tribunal Supremo Sala 2ª, S 19-7-2012, nº 657/2012, rec. 1295/2011. Pte: Moral García, Antonio del

Como advierte el Ministerio Público en el informe evacuado al impugnar el recurso de casación estamos ante el problema de la "cuestión nueva", es decir, la posibilidad de plantear por vía de recurso lo que no se suscitó en la instancia. El tema está perfectamente desarrollado en el citado dictamen en sintonía con una doctrina jurisprudencial muy reiterada. Algunos de esos pronunciamientos son recogidos en tal informe con toda pertinencia. La síntesis de esa doctrina se articula en dos puntos:
a) El ámbito de la casación y en general de los recursos se ciñe a las cuestiones, temas o pretensiones que fueron planteadas formalmente en la instancia por las partes. No pueden introducirse per saltum cuestiones diferentes, hurtándolas del necesario debate contradictorio en la instancia y de una respuesta que a su vez podría haber sido objeto de impugnación por las otras partes. Es consustancial al recurso de casación circunscribirse al examen de errores legales que pudo cometer el Tribunal de instancia al enjuiciar los temas que las partes le plantearon (SSTS. 545/2003 de 15 de abril, 1256/2002 de 4 de julio, 344/2005 de 18 de marzo o 157/2012 de 7 de marzo).
b) Ese principio general admite algunas excepciones. De una parte, la alegación de infracciones de rango constitucional que puedan acarrear indefensión (la letra a) del art. 846 bis c) de la LECriminal proporciona cierta base legal, aunque en un ámbito muy específico, para esa excepción). De otra, la vulneración de preceptos penales sustantivos cuya aplicación hubiese beneficiado al reo. El ejemplo paradigmático es la apreciación de una atenuante, como sucede en este caso. Para admitir esa excepción se suele exigir

Menú

la constancia en la sentencia de todos los requisitos exigibles para la aplicación de la atenuante. Si no se abriese esa puerta se llegaría, en palabras de la STS 707/2012, de 26 de abril, citada por el Fiscal, " a una injusticia manifiesta, contraria a la dignidad humana y al respeto a la persona en el ámbito procesal, porque obligaría al Juez a condenar a un inocente que no alegó dato o a condenar a una persona más gravemente, estando en una situación de atenuación de su responsabilidad, tan sólo porque su alegación no costa en el acto del juicio, expresa o formalmente aducida por su Abogado defensor" (STS 157/2012 de 7 de marzo). Cuando la omisión de la invocación en la instancia está rodeada de una explicación coherente desde la estrategia defensiva, más o menos acertada, como sucede aquí, debe minorarse el rigor con que en principio hay que aplicar el postulado general de prohibición de alegación de cuestiones nuevas en vía de recurso.

Sorteado ese inicial escollo, no puede negarse la concurrencia de los presupuestos de la atenuante, lo que es aceptado por el Ministerio Fiscal. Es tan palmaria la concurrencia de todos los requisitos que resulta ocioso entretenerse en su examen. Se restituyó íntegramente la cantidad defraudada con mucha antelación a la celebración del juicio oral.

Sí podrían discutirse en este punto dos temas accesorios. De un lado si la atenuante ha de afectar a todo el delito continuado de estafa. De otro, si puede proyectarse su eficacia a los delitos de falsedad en relación de concurso medial con la estafa.

Los dos interrogantes han de ser resueltos afirmativamente. El primero por la potísima razón de que la otra acción defraudatoria no llegó a consumarse y por tanto no debía generar indemnización alguna. La deuda existente entre el condenado y "FICIES-PORT, S.L." como razona con acierto el fundamento jurídico quinto de la sentencia de instancia, era previa. No era un perjuicio derivado del delito. La imposibilidad de cobrar el pagaré frustró el eventual perjuicio patrimonial de "M.B., S.L." pero no era capaz de generar un nuevo crédito nacido del delito a favor de la otra entidad; ni de mutar la naturaleza de esa deuda previa, convirtiéndola en responsabilidad civil ex delicto. Toda la defraudación continuada ha de verse beneficiada por la atenuación pues todo el perjuicio económico causado ha sido reparado.

En cuanto a la incidencia de la atenuante en el delito continuado de falsificación la conclusión ha de ser la misma, sin necesidad de acudir al art. 77 del Código Penal (en los casos de concurso ideal no siempre la circunstancia modificativa correspondiente a una infracción se extiende al conjunto: dependerá de la fórmula penológica). La jurisprudencia viene interpretando los conceptos que maneja la atenuante del art. 21.5 (reparación del daño o disminución de sus efectos) con una enorme amplitud fijándose significativamente en lo que representa de exteriorización de un actus contrarius. El acto reparador no solo favorece a la víctima. Además implica por parte del infractor el reconocimiento de que ha infringido la norma lo que contribuye a reforzar la efectividad y vigencia del orden jurídico transgredido (SSTS 1323/2009, de 30 de diciembre o 1063/2009, de 29 de octubre). En los delitos de falsedad, singularmente aquellos cuyo objeto son documentos mercantiles, además de la confianza en el tráfico jurídico mercantil, subyace también un fondo patrimonial. De ahí que la jurisprudencia haya aceptado en ciertos casos ligar una indemnización por vía de responsabilidad civil a determinados delitos de falsedad cuando a los mismos se anuda un perjuicio económico (vid. SSTS 33/2003, de 22 de enero, 1046/2009, de 27 de octubre, o 1333/2004, de 19 de noviembre). Es congruente con esa doctrina que en casos como el presente sea compatible la atenuante de reparación mediante el abono de las cantidades defraudadas con el delito de falsedad que se constituyó en medio para la defraudación. A estos efectos una y otra infracción han de considerarse inescindibles. La atenuante alcanza a

Menú

la actividad falsaria cuyos efectos de lesión de esa confianza en el tráfico jurídico también se han visto disminuidos como consecuencia del reconocimiento de los hechos y abono de los perjuicios económicos por parte del autor.

DOCTRINA DE LA PENA JUSTIFICADA

Tribunal Supremo Sala 2ª, S 19-7-2012, nº 657/2012, rec. 1295/2011. Pte: Moral García, Antonio del

Pese a lo expuesto el Fiscal acaba impugnando el motivo por entender aplicable la doctrina de la pena justificada. Tras realizar exquisitamente las operaciones marcadas por las reglas dosimétricas concluye que la pena privativa de libertad impuesta -dos años, cuatro meses y quince días de prisión- es procedente aún aplicándose tal atenuante. La Sala de instancia habría errado al imponer esa pena concreta que estaría un día por debajo del mínimo posible, según la calificación jurídico-penal de la sentencia.
Siguiendo las pautas correctamente desarrolladas en el dictamen del Fiscal y orillando de momento la pena pecuniaria prevista como conjunta en el delito de falsedad hay que revisar esas operaciones. La pena prevista en los arts. 392 y 249 es la de prisión comprendida entre seis meses y tres años (es aplicable retroactivamente la modificación del art. 249 operada por Ley Orgánica 15/2003). Tratándose de un delito continuado habrá que acudir a la mitad superior (art. 74 CP en la redacción vigente en el momento de los hechos), lo que nos lleva a sendas penas comprendidas entre un año y nueve meses; y tres años de prisión.
En la alternativa que abre el art. 77 CP -mitad superior de la pena del delito más grave; o punición por separado- la Sala de instancia se inclinó por la penalidad conjunta, lo que era coherente con la apreciación de una única atenuante (dilaciones indebidas). Eso suponía una penalidad que oscilaba entre dos años cuatro meses y dieciséis días; y tres años. Sin embargo se impuso una pena de dos años cuatro meses y quince días, desliz más que disculpable a la vista de la complejidad que el legislador se empeña en introducir en la dosimetría penal. Las dos mitades en que se descomponen las penas tienen una frontera y no un punto intermedio común. La división bipartita de las penas ha de derivar en dos tramos iguales salvo que por la indivisibilidad del día devenga imposible.
La pena de multa del art. 392 comprendida entre seis y doce meses, había de ser fijada en la mitad superior de la mitad superior (juego sucesivo de los arts. 74 y 77 CP). Eso nos llevaría a una horquilla comprendida entre diez meses y dieciséis días; y 12 meses. La Sala de instancia ha elegido la pena de multa de diez meses y dieciséis días.
Si como se ha concluido en el fundamento anterior hay que apreciar la atenuante de reparación del daño será obligada la degradación simple o doble de todas las penas (art. 66.1.2ª) puesto que serían dos las atenuantes concurrentes.
De ahí se deduce que rebajada en un grado la pena de prisión oscilaría entre un año dos meses y siete días y dos años, cuatro meses y quince días; y la de multa entre cinco meses y siete días y diez meses y quince días.
Es cierto, como apunta el Fiscal que la pena impuesta es también "imponible" apreciada la nueva atenuante. No puede decirse lo mismo de la pena de multa. Pero incluso en el supuesto de que fuese así la doctrina de la pena justificada no puede degenerar en una

Menú

doctrina de la pena "imponible". Estableciendo un paralelismo con el régimen transitorio de las últimas reformas: la operatividad de la doctrina de la pena justificada no es equiparable a la regla de la disposición transitoria segunda de la Ley Orgánica 5/2010 que, clonada de reformas anteriores, niega la revisión de una sentencia firme cuando la pena impuesta fuese también "imponible", abstracción hecha del arbitrio judicial. La doctrina de la pena justificada permitirá concluir la falta de practicidad del recurso cuando se llegue a la conclusión de que también contando con una nueva atenuación apreciada o una subsunción jurídica más beneficiosa, el ejercicio del arbitrio judicial llevaba -y no simplemente "podía llevar"- a idéntico resultado. Eso sucederá singularmente cuando la pena resultante sea la mínima posible con arreglo tanto a la sentencia impugnada como a la que hubiese sido procedente. Pero en los demás casos rechazar el recurso con el argumento de que el Tribunal podría haber impuesto ese máximo cuando se ha decantado por lo que estimaba el mínimo y no ha contado con la atenuante apreciada supone privar al justiciable de las facultades de ponderación e individualización conforme a criterios de proporcionalidad y racionalidad que establece el Código Penal . El hecho de que el Tribunal mencione al explicitar los criterios de individualización la circunstancia de que la cantidad ha sido devuelta es insuficiente para concluir que se hubiese fijado esa pena privativa de libertad en la extensión máxima posible de haber sopesado las posibilidades abiertas por el art. 66.1.2ª CP que no pudieron influir en su razonamiento pues la atenuante ni fue invocada, ni fue apreciada.

Ciertamente esta Sala se ha referido en muchas ocasiones a esa doctrina de la pena justificada (además de las citadas por el Ministerio Fiscal y por ir a uno de los más recientes pronunciamientos, STS 376/2012, de 17 de mayo). Pero esa tradicional doctrina ha de ser objeto de ciertas modulaciones.

La STC 12/1981 de 10 de abril aceptándola, insistió en que no podía afectar al derecho de defensa. Cuando la rectificación sustantiva suponía introducir un delito heterogéneo, la doctrina de la pena justificada no convalidaba la condena errónea por implicar una merma del derecho a ser informado de la acusación.

Sentencias posteriores del TC han vuelto sobre esa doctrina. La STC 205/1989, de 11 de diciembre invita a desterrar especulaciones en la forma de razonar por la que transita la doctrina de la pena justificada. Es aventurado pronosticar qué hubiese hecho el Tribunal de instancia de haber partido de la calificación correcta de los hechos. " No puede, por tanto, - explica la sentencia- justificarse la vulneración constitucional en que incurrió el Tribunal de instancia con el argumento de que la pena señalada al demandante podía haber sido impuesta, aunque no se hubiera apreciado la agravante, puesto que dicha pena excede de los límites de la facultad de graduación de la pena, que corresponde al Tribunal sentenciador y no es de aceptar tal argumento, porque no existe dato alguno que permita sostener que la agravación de la pena viniera motivada en circunstancia distinta a la de la reincidencia y, por tanto, es de suponer que, de no apreciarse esta agravante, el Tribunal hubiera dado al demandante el mismo trato punitivo que a los otros coprocesados, cuya acusación se formuló en idénticos términos que la dirigida contra él, y, además, la graduación de la pena corresponde al Tribunal de instancia y, por tanto, debe ser este Tribunal el que, eliminada la posibilidad de que pueda apreciar la reincidencia, proceda a señalar la que corresponde al demandante, que podría ser distinta de la de los otros acusados en el supuesto de que la Audiencia Provincial, en uso conforme a la Ley de su potestad jurisdiccional, aprecie la concurrencia de otras circunstancias que, dentro de los límites de la acusación, le autorice razonablemente a graduar la pena de manera diferente a como lo hizo con los otros dos acusados".

Menú

La más reciente STC 21/2008, de 31 de enero incide también en esta materia aunque de forma transversal. Si se atiende a su contenido se desprende una clara conclusión: la doctrina de la pena justificada no puede convertirse en un expediente para soslayar la necesaria motivación en la fijación de una concreta pena. Si la motivación en la instancia se realizó sobre unas bases erróneas (porque no se contó con una atenuante); y en vía de recurso se concluye que la pena era imponible pese a proceder la atenuación, se habrá privado al recurrente no formalmente, pero sí materialmente de una motivación correcta que arranque de presupuestos reales. La inicial motivación se derrumba si hemos quitado uno de sus pilares o hemos modificado sus presupuestos o añadido algo tan relevante como es la apreciación de otra atenuante.
En casación al dictar la segunda sentencia obligada al apreciarse un motivo ex artículo 849.1º, ha de realizarse una nueva individualización penológica sobre las nuevas bases sustantivas al recuperar esta Sala la instancia. Sería posible mantener la pena impuesta razonándolo expresamente, pues, en efecto, es una pena imponible. Eso es lo que sugiere el ATC 22/2007, de 29 de enero admitiendo incluso una motivación implícita o deducible del contexto. Pero lo que no es posible es hurtar al justiciable a través de una cómoda interpretación de la doctrina de la pena justificada (que ha estado presente en la jurisprudencia de esta Sala en ocasiones) una decisión individualizadora de la pena realizada motivadamente y sobre bases correctas y no erróneas y corregidas solo "formalmente". No puede anticiparse que carece de repercusiones prácticas la apreciación de una atenuante, sin antes detenerse a reexaminar las operaciones individualizadoras con ese nuevo dato, nada intrascendente. Y en este supuesto no hay razones para "justificar" la imposición de la pena en su más elevada duración posible. Además la pena de multa sobrepasa en un día el máximo posible.
El motivo ha de ser estimado casándose la sentencia en ese particular para apreciar la atenuante de reparación del art. 21.5ª y proceder a una nueva individualización.

HOMOGENEIDAD DELITO CULPOSO Y DOLOSO

Menú

Num_Sentencia: 706
Año_Sentencia: 2012
fecha: 24/09/2012
Ponente: Antonio del Moral García
Recurso_Numero: 2178
Recurso_Año: 2011

No es difícil encontrar sentencias que niegan la homogeneidad entre un delito doloso y otro culposo, pese a que el bien jurídico protegido pueda ser el mismo. Pero en materia de principio acusatorio y de homogeneidad, o no, de delitos no puede partirse de soluciones apriorísticas. Se trata de comprobar si en el caso concreto la variación del título de imputación ha supuesto una alteración sustancial de los hechos frente a la que no haya podido defenderse el acusado o la introducción de nuevos elementos en el debate que no estaban antes presentes y que por tanto no tuvo ocasión de rebatir el acusado.

La homogeneidad o heterogeneidad de delitos no es campo propicio para sentar dogmas. Es una materia que ha de resolverse casuísticamente: comprobando cada asunto concreto y huyendo de generalizaciones no matizables. Las circunstancias singulares de cada supuesto condicionarán la solución. El criterio orientador básico será

dilucidar si en el supuesto contemplado la variación del titulus condemnationis implica indefensión; si supone haber privado a las partes de alguna posibilidad de defensa. Cuando in casu se puede sostener con rotundidad que no existe disminución alguna ni del derecho a ser informado de la acusación ni de las posibilidades de haberse defendido, habrá que afirmar la legitimidad de esa modificación, lejos de fórmulas sacramentales o apriorísticas.

A mayor abundamiento, en muchos supuestos de discusión sobre la concurrencia de dolo eventual, no puede descartarse la homogeneidad con un delito de imprudencia grave, en su versión de culpa consciente. Las difusas fronteras entre esas dos formas de culpabilidad permiten afirmar esa homogeneidad y considerar correcta una sentencia en la que, excluyéndose la pretensión de la acusación de condena por delito doloso, en la modalidad de dolo eventual, se condene por imprudencia grave (vid. STS 1187/2011, de 2 de noviembre).

No hay en la sentencia nada que haya podido resultar sorpresivo para la defensa. El discurso del recurrente en casación se limita al marco teórico: delito doloso y culposo son heterogéneos. Pero no desciende al caso concreto para mostrar qué argumentos hubiese hecho valer o qué pruebas hubiese propuesto de aparecer también en alguna de las calificaciones la imputación a título de imprudencia de los resultados lesivos. Estamos ante otra evidencia de la ausencia de indefensión. En esas circunstancias no puede hablarse ni de violación del principio acusatorio (los hechos no se han mutado; la pena impuesta es inferior a la solicitada por el Fiscal; todos los hechos relevantes para la condena aparecían en la calificación de la acusación); ni de vulneración del derecho a ser informado de la acusación o del derecho de defensa (el definitivo título de condena -conducción temeraria- estaba abarcado implícitamente por la calificación de algunas acusaciones y aparecería de manera explícita en otras).

Lo decisivo tratándose del derecho a ser informado de la acusación, no ha de ser el ajuste mimético de la sentencia con la acusación, sino consideraciones más de fondo que lleven a indagar si ha habido menoscabo de las posibilidades de defensa por no haberse explicitado la acusación.

Sentencia Nº: 745/2012
RECURSO CASACION Nº:725/2012
Fallo/Acuerdo: Sentencia Desestimatoria
Procedencia: Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Tarragona.
Fecha Sentencia: 04/10/2012
Ponente Excmo. Sr. D.: Antonio del Moral García

Menú

La ley, sin especial acierto, considera que sería posible si confluyen esas dos realidades aludidas: respeto esencial al hecho objeto de acusación y no introducción de un objeto de tutela diferenciado.

Doctrinal y jurisprudencialmente se habla de homogeneidad cuando se pueden predicar esas dos condiciones; y de delitos heterogéneos cuando la nueva figura penal que no fue objeto de acusación se aparta del delito invocado en términos que impiden o

dificultan una efectiva defensa. Más que de identidad de bien jurídico protegido, se evoca la identificación de ambos delitos con una misma línea de ataque de intereses jurídicos. La salud -objeto jurídico de los delitos de lesiones- estaría en la misma dirección de ataque que la vida, bien tutelado por el delito de homicidio. La misma afirmación cabría hacer por vía de principio, aunque no sin un mayor esfuerzo argumentativo, de la libertad y el sentimiento de seguridad protegidos por el delito de amenazas y la vida, como contenido sustancial del delito del art. 138 del Código Penal. Atacándose la vida, también está padeciendo la libertad y la seguridad (vid STS 1986/2000, de 22 de diciembre).

Esta última caracterización (homogeneidad versus heterogeneidad) es la conceptuación y terminología por la que, en sintonía con las aducidas directrices jurisprudenciales, se decantaba el Anteproyecto de L.E.Crim. de 2011 (art. 603). Aunque tampoco con esas expresiones quedan clarificadas totalmente las cosas. Bastaría según ese texto con proclamar la imposibilidad de cambiar substancialmente los hechos objeto de acusación, para que la condena por un delito menos grave homogéneo sea congruente. Pero no será jurídicamente congruente la condena por un delito menos grave heterogéneo, salvo que previamente se haya dado ocasión a las partes de rebatir ese punto de vista jurídico no invocado mediante una "audiencia de contradicción" (el equivalente a la actual tesis acusatoria del art. 733) que preveía la citada propuesta prelegislativa.

RELATIVIZACIÓN DEL PRINCIPIO DE UNIDAD DE ALEGACIONES

Sentencia Nº: 793/2012
RECURSO CASACION Nº:2121/2011
Fallo/Acuerdo: Sentencia Estimatoria Parcial
Fecha Sentencia: 18/10/2012
Ponente Excmo. Sr. D.: Antonio del Moral García

Eso no es obstáculo para abordar la cuestión suscitada ante esta Sala de casación. La prohibición del planteamiento por vía de recurso de cuestiones nuevas que no han sido objeto de tratamiento en la instancia no es un muro sin fisuras. Admite excepciones. Esta es una de ellas. Pueden esgrimirse en casación preceptos penales sustantivos favorables al reo, aunque no hayan sido invocados en la instancia si su aplicabilidad se deriva con naturalidad de los hechos probados. El ejemplo paradigmático es la apreciación de una atenuante. Para admitir esa excepción se suele exigir la constancia en la sentencia de todos los requisitos exigibles para la atenuante. Si no se abriese esa puerta, se llegaría, en palabras de la STS 707/2012, de 26 de abril "a una injusticia manifiesta, contraria a la dignidad humana y al respeto a la persona en el ámbito procesal, porque obligaría al Juez a condenar a un inocente que no alegó dato o a condenar a una persona más gravemente, estando en una situación de atenuación de su responsabilidad, tan sólo porque su alegación no costa en el acto del juicio, expresa o formalmente aducida por su Abogado defensor" (STS 157/2012 de 7 de marzo). Reitera esa doctrina la STS 438/2012, de 16 de mayo: "En efecto este criterio, como señala la STS 707/2004 de 20 de abril, se fundamenta esencialmente en dos razones, una referida a los principios del proceso penal y otra a la naturaleza del recurso de casación, pero que están íntimamente relacionadas. Respecto de la primera se señala que la aceptación

Menú

de cuestiones nuevas en la casación obligaría al Tribunal Supremo a decidir, por primera vez y no en vía de recurso, sobre temas que no fueron discutidos en el plenario ni, por tanto, aparecen expresamente razonados y resueltos en la sentencia de instancia, no habiéndose sometido a la debida contradicción. Respecto de la segunda se argumenta que es consustancial al recurso de casación que el mismo se circunscriba el examen de los errores legales que pudo cometer el Tribunal de instancia al enjuiciar los temas que las partes le plantearon, sin que "ex novo" y "per saltum" formular alegaciones jurídicas no formalmente planteadas ni debatidas por las partes. En tal caso el Tribunal de casación estaría resolviendo por primera vez, es decir como si actuase en instancia y no en vía de recurso, sin posibilidad de ulterior recurso sobre lo resuelto en relación con estas cuestiones nuevas (SSTS 1.7.2002, 4.7.2002, 15.4.2003).
La doctrina jurisprudencial -por ejemplo STS 357/2005 de 22.3, 707/2002 de 26.4- admite no obstante, dos clases de excepciones a este criterio. En primer lugar cuando se trate de infracciones de preceptos constitucionales que puedan ocasionar materialmente indefensión. Y en segundo lugar, cuando se trate de infracciones penales sustantivas cuya subsanación beneficie al reo y que puedan ser apreciadas sin dificultad en el trámite casacional, porque su concurrencia conste claramente en el propio relato fáctico de la sentencia impugnada.

Estamos aquí ante este segundo supuesto. Las defensas, ciertamente, pueden efectuar conclusiones alternativas, incluso con carácter subsidiario. Pero sería en exceso riguroso cerrar todas las puertas a esos planteamientos más beneficiosos por el hecho de que en la instancia se blandió una única pretensión principal absolutoria y no se articularon formalmente otros pedimentos subsidiarios que afloran por primera vez en vía de recurso.

Por otra parte como se razonó supra en relación al anterior motivo tampoco es causa de inadmisión la desarmonía entre los escritos de preparación y formalización que también se aprecia en relación a este segundo motivo.

PROCEDIMIENTO CONTRA PERSONAS AFORADAS:

-DISTRIBUCIÓN DE FUNCIONES ENTRE EL INSTRUCTOR Y LA SALA DE ENJUICIAMIENTO

Sentencia Nº: 815/2012
RECURSO CASACION Nº:2201/2011
Fallo/Acuerdo: Sentencia Desestimatoria
Procedencia: Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía.
Fecha Sentencia: 26/10/2012
Ponente Excmo. Sr. D.: Antonio del Moral García

Menú

El procedimiento contra personas aforadas está necesitado de una regulación legal más completa. Las carencias legales han sido subsanadas de una u otra forma por una jurisprudencia que es ya copiosa. Entre ellas se encuentra la cuestión de la distribución de funciones entre el Instructor y la Sala de enjuiciamiento. En efecto, en los supuestos atribuidos a la competencia de los Tribunales Superiores de Justicia, como sucede con los asignados a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo, la LOPJ prevé que la instrucción se lleve a cabo por un Magistrado designado de entre los de la propia Sala de acuerdo con un turno preestablecido; Magistrado que luego no podrá formar parte de

la Sala de enjuiciamiento. Se quiere preservar el principio "el que instruye no puede juzgar" al que anudó tan importantes consecuencias en nuestro derecho la Sª TC 145/1988, de 12 de julio entendiéndolo una exigencia derivada del art. 24 CE. (arts. 57.2, 73.4 LOPJ). El reparto de competencias entre la Sala y el Magistrado-Instructor no está perfilado en la ley. Se hace necesario clarificarlo. La finalidad de ese desdoblamiento del órgano judicial -evitar la confusión entre las funciones instructoras y las de enjuiciamiento- es el criterio orientador básico para proceder a ese reparto de cometidos.

En principio todas las actividades de instrucción han de encomendarse al Instructor y las de enjuiciamiento a la Sala. Ahora bien, no se trata de una distribución puramente cronológica, al modo que sucede en los procedimientos ordinarios. Hay que atender más bien a un criterio material y así lo viene entendiendo esta Sala Segunda. Regla primaria es que todo lo que sustancialmente deba catalogarse como actividad instructora (práctica de pruebas, decisiones sobre la investigación...) ha de corresponder exclusivamente al instructor. La Sala no puede adoptar ninguna decisión sobre práctica de declaraciones o de otras diligencias de prueba. Ello supondría invadir las competencias del Instructor. Si se inmiscuyese en actividades instructoras, con independencia de otras posibles consecuencias, quedaría inhabilitada para luego proceder al enjuiciamiento.

Sin embargo, resoluciones de fondo que, aunque cronológicamente se enmarquen en la fase de instrucción, y en los procedimientos ordinarios de la Ley Procesal Penal estén residenciadas en el Juez de Instrucción, no son propiamente actividad de instrucción (admisión de la querella, conclusión de la instrucción, decisión de archivo o sobreseimiento…). Pese a ello y a que en línea de principio podría sostenerse que debían ser asumidas por la Sala y que no podría adoptarlas el instructor, en la práctica, con fundadas razones, se ha seguido un sistema mixto que discrimina según el tipo de decisión: la admisión a trámite de la denuncia o la querella la ha de adoptar la Sala y no el instructor cuyo nombramiento no recaerá hasta un momento posterior. Igual cabe decir de la aceptación de la competencia o acuerdos posteriores que determinen la inhibición. No obstante, una reiterada práctica viene habilitando al Instructor para las decisiones de archivo de las actuaciones o sobreseimiento, sin perjuicio del ulterior recurso ante la Sala.

Esa praxis arrastra a otra idea no perfilada en la ley pero pacífica en la actualidad: en materia de recursos contra resoluciones del instructor han de considerarse admisibles los mismos que sería procedentes contra autos del Juez de instrucción. Actuará como Tribunal ad quem la Sala de Enjuiciamiento en la posición que ocupa normalmente la Audiencia Provincial para resolver los recursos de apelación o queja. La regulación de los recursos contra resoluciones interlocutorias del Juez de instrucción opera como marco de referencia aplicable supletoriamente, aunque no estemos ante dos órganos diferentes (es Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia tanto el Instructor como la Sala de enjuiciamiento). .

La tramitación llevada a cabo en la presente causa se ha ajustado a esas pautas. Eso nos sitúa ante un escenario en que el Instructor ha de ser equiparado al Juez de Instrucción en el procedimiento abreviado; y la Sala a la Audiencia Provincial.

Menú

- ADMISIBILIDAD DEL RECURSO DE CASACIÓN CONTRA AUTO QUE ESTIMA APELACIÓN CONTRA EL AUTO DE PROSECUCIÓN: NO CABE CASACIÓN

Sentencia Nº: 815/2012
RECURSO CASACION Nº:2201/2011
Fallo/Acuerdo: Sentencia Desestimatoria
Procedencia: Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía.
Fecha Sentencia: 26/10/2012
Ponente Excmo. Sr. D.: Antonio del Moral García

La otra cuestión controvertida consiste en especificar en qué casos cabe recurso de casación contra autos en el procedimiento abreviado. El tema, ha sido muy debatido originando una profusa jurisprudencia que ya está relativamente asentada. El silencio de la Ley, a tenor de la cual nunca cabría ese recurso salvo frente a algunos autos de competencia o dictados en la fase de ejecución, ha de suplirse con la doctrina de esta Sala Segunda.

A tenor de los arts. 636, 847 y 848 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal la resolución impugnada no sería atacable en casación. Sólo cabe tal recurso frente a Autos en los casos expresamente previstos por la Ley, entre los que no se encuentran las resoluciones de un Tribunal resolviendo recursos contra autos del Instructor. La modificación del art. 848 operada con motivo de la Ley Orgánica del Tribunal del Jurado se refiere a los autos dictados por los Tribunales Superiores de Justicia resolviendo un recurso de apelación. Pero está pensando en ese procedimiento especial y no en las causas contra aforados. En todo caso su dicción no incide en los razonamientos que siguen.

La afirmación del párrafo segundo del citado art. 848 relativa a la recurribilidad de los autos de sobreseimiento (solo pueden recurrirse en casación cuando el sobreseimiento es libre y existe un auto de procesamiento) es clara. Pero ha de ser profundamente modulada a la vista de esa aludida jurisprudencia que cristalizó finalmente en el Acuerdo no Jurisdiccional del Pleno de esta Sala Segunda de fecha 9 de febrero de 2005.

Como en el procedimiento abreviado la fase intermedia se desplazó del órgano sentenciador al órgano Instructor, es éste habitualmente el llamado a abortar el procedimiento anticipadamente mediante el sobreseimiento. Esta reordenación procesal cercenó significativamente la posibilidad de recurso de casación frente a autos en el procedimiento abreviado. Los autos de sobreseimiento dictados por el Instructor no son en principio susceptibles de casación, sino solo de apelación. La resolución de la apelación cierra como norma general la instancia. La jurisprudencia más tradicional negó la posibilidad de casación frente a tales autos (Autos de la Sala 2ª del Tribunal Supremo de 8 y 31 de octubre de 1990, 26 de febrero y 2 de octubre de 1992; y 9 de junio de 1993). No obstante en la primera mitad de la década de los noventa se abrió una brecha en esa posición iniciándose una tendencia jurisprudencial, que ya puede considerarse enraizada, favorecedora de un entendimiento que no cancelase de manera absoluta la posibilidad de casación. La STS de 21 de mayo de 1993 es la primera de una larga serie de resoluciones favorables a la recurribilidad en casación de los autos de

Menú

sobreseimiento libre en el procedimiento abreviado, siempre que se den ciertos requisitos construidos a través de una interpretación recreadora del art. 848 de la Ley Procesal Penal. El citado Acuerdo del Pleno de esta Sala Segunda de 9 de febrero de 2005 ha reconducido esa línea jurisprudencial a unos parámetros comunes. Hay que exigir ciertos requisitos para no desbordar la aplicación analógica del art. 848 de la Ley y no llegar a la perversa y paradójica consecuencia de instaurar un régimen de recursos más flexible y amplio en el procedimiento abreviado que en el ordinario.

El punto de partida es el citado art. 848: sólo cabe recurso de casación contra los autos definitivos dictados por la Audiencias cuando se trate de sobreseimiento libre y exista una persona procesada. Como en el procedimiento abreviado no existe auto de procesamiento, no puede exigirse esa condición pero sí será necesario que se haya producido una resolución equivalente. El aludido acuerdo del Pleno no Jurisdiccional de esta Sala Segunda se refiere a tres requisitos que presenta con carácter compilador:

a) Es indispensable que estemos ante un sobreseimiento libre (art. 848) y no ante un sobreseimiento provisional. Sólo el primero permite una revisión adecuada en casación a través del art. 849.1º.

b) Se exige igualmente que el enjuiciamiento de las infracciones objeto del procedimiento por su penalidad estuviese atribuido a la Audiencia y no al Juzgado de lo Penal (entre otras, sentencia 1467/1998, de 25 de noviembre). Con ello se quiere evitar el sinsentido de que el auto de sobreseimiento pudiese llegar a casación y no la sentencia.

c) No puede faltar algún tipo de resolución o acto procesal equivalente al procesamiento (auto de 31 de mayo de 1999, o sentencia 1097/1999, de 1 de septiembre). Este es quizás el punto de más difícil concreción y en el que pueden tropezar con mayor facilidad los intentos de aplicar el art. 848 al procedimiento abreviado. Identificar el equivalente al procesamiento en el procedimiento abreviado no es fácil. Tiene que ser algo más que la simple y casi obligada y automática toma de declaración como imputado, pero sin llegar a la exigencia de adopción de alguna medida cautelar.

En este caso no existe duda alguna en cuanto a la concurrencia de los dos primeros requisitos.

Tratándose de una causa especial a enjuiciar por el Tribunal Superior de Justicia la sentencia sería siempre recurrible en casación (art. 847).

Dado el tipo de resolución examinada (decisión estimando un recurso de apelación contra el auto denominado de "prosecución") puede suscitarse alguna cuestión sobre si estamos ante acuerdo equiparable a un sobreseimiento libre. La naturaleza de la argumentación desplegada en el auto combatido lleva a una respuesta afirmativa a este segundo interrogante: el Tribunal Superior de Justicia considera que aunque los hechos quedasen probados no sería constitutiva de delito la actuación de la aforada, lo que es sustancialmente una decisión de sobreseimiento libre del art. 637.2º que, como tal, puede ser debatida en casación.

Menú

La resolución prevista en el art. 779.1.4ª de la Ley puede erigirse en el acto asimilable al procesamiento en cuanto supone que el Instructor está descartando la adopción de los otros acuerdos previstos en el citado artículo. Es claro el parentesco existente en la actualidad entre el procesamiento del procedimiento ordinario y esa resolución en el abreviado.

El tradicional auto de procesamiento de nuestro sistema procesal clásico según detectó la doctrina constituye el equivalente al juicio de acusación. Solo la decisión de un Juez estimando que existen indicios bastantes para sostener la acusación por unos hechos, permite entrar en el acto del juicio oral. Sin procesamiento no cabe acusación en el procedimiento ordinario. La suficiencia de la base indiciaria es sentada por el Instructor al decretar el procesamiento. En momentos posteriores podrá el Tribunal de enjuiciamiento valorar la existencia de los otros requisitos necesarios para abrir el juicio oral: que existe una parte dispuesta a sostener la acusación y que esos hechos indiciariamente fijados revisten caracteres de delito (arts. 642 a 645 LECrim.).

La supresión del auto de procesamiento en los procedimientos de urgencia llevó a buscar otras resoluciones que sustituyesen ese "juicio de acusación" que encierra el procesamiento. Primero fue un auto "de inculpación" que se pergeñó en el rodaje de la nueva legislación. Con la introducción del procedimiento abreviado se difuminó la cuestión. La doctrina contenida en la conocida STC 186/1990 de 15 de noviembre, reivindicaba la necesidad de una valoración judicial de los indicios previa a la apertura del juicio oral y de que el imputado tuviese capacidad para oponerse eficazmente mediante un recurso a esa decisión. De ahí que, no sin cierto forzamiento de lo que se desprendía de la ley, se proclamase la exigencia de una imputación judicial anterior a la acusación a cargo de un juez (toma de declaración como imputado); y la posibilidad de que el auto por el que el Instructor daba traslado a las acusaciones para formular sus pretensiones al considerar clausurada la fase de investigación, fuese susceptible de recurso de queja. La irrecurribilidad del auto de apertura del juicio oral sentada diáfanamente en la ley no abría otro cauce para salvar ese principio. De esa forma las funciones del irrenunciable "juicio de acusación" se distribuían en tres momentos: la inicial decisión judicial de tomar declaración en calidad de imputado; y, sobre todo, las decisiones de "no archivar" y por tanto dar traslado a las acusaciones (frente a la que cabía un recurso devolutivo), y finalmente de decretar la apertura del juicio oral (pese al cierto aroma de contradicción que podía significar una decisión divergente en esos dos momentos, el tenor de la ley reservaba sin duda al instructor la capacidad de decretar el sobreseimiento frente a la pretensión acusatoria. Otra cosa es que la imposibilidad de recurrir en ese momento, obligó al TC a desplazar parte del contenido nuclear de esa decisión a un momento anterior -el auto de prosecución que preveía el antiguo art. 790 LECrim.- para habilitar un cauce impugnativo que se antojaba irrenunciable). De esa forma se dibujaban unos equilibrios semejantes a los del procedimiento ordinario.

La reforma de 2002 tradujo a normas legales esa doctrina del Tribunal Constitucional, confiriendo a la decisión del art. 779.1.4ª (asimilable a la prevista en el anterior art. 790) un mayor contenido expreso, para erradicar el aire de disposición de mera tramitación que revestía en la legislación previgente y que el Tribunal Constitucional había desmentido. Aflora ya de manera expresa la función que la doctrina constitucional quiso conferir a ese auto como equivalente, mutatis mutandi, al de procesamiento en el procedimiento ordinario. Se hace necesario a partir de esa

Menú

reforma legal delimitar el ámbito objetivo y subjetivo del proceso (determinación de los hechos punibles y posibles partícipes). La amplitud que se confería en el procedimiento modificado al recurso de apelación (art. 766), en contraste con la legislación anterior donde la queja era el medio generalizado de impugnación (art. 787) reforzaba las nuevas funciones del auto de "prosecución": frente a él cabía un recurso devolutivo de la máxima amplitud como es la apelación. De esa manera se articulaba una posibilidad de oposición a la apertura del juicio oral que era imprescindible según la jurisprudencia constitucional (STC 66/1989 de 17 de abril).

A esa normativa se ha ajustado la tramitación de esta causa.

El auto de prosecución dictado por el Instructor, aún luego revocado, ¿permite tener por cumplimentado el requisito de que exista un procesamiento a los efectos del art. 848.2º?

Más allá de ejercicios especulativos, la solución surgirá con naturalidad si proyectamos la secuencia procesal seguida en este caso sobre la regulación del procedimiento ordinario en el que está pensando el original art. 848. Si las actuaciones hubiesen seguido la tramitación de tal tipo procesal, el instructor hubiese dictado el correspondiente auto de procesamiento al amparo del art. 384 de la Ley Procesal. Ese auto hubiese sido susceptible de recurso de apelación (art. 384). Frente al auto estimatorio del recurso ("desprocesamiento") no cabria ulterior recurso (art. 384). Y llegada la fase intermedia, si no se hubiese producido otra decisión de procesamiento en el trámite de instrucción (arts. 627, 630 y párrafos antepenúltimo y penúltimo del art. 384 LECrim.) atendiendo la reproducción de la petición de procesamiento, la causa estaría abocada a un auto de sobreseimiento que no sería en ningún caso recurrible en casación por faltar el presupuesto de un auto de procesamiento vigente.

Estas consideraciones hacen concluir que si bien la resolución prevista en el art. 779.1.4ª cumple las funciones del procesamiento a los efectos del art. 849.2º, es imprescindible que la resolución no haya sido legalmente privada de eficacia a través de un recurso.

No sería coherente que la aplicación analógica del art. 848.2 llegase a producir como resultado que una decisión que no hubiese podido recurrirse en casación en un procedimiento ordinario, sí lo sea en un procedimiento abreviado. Si estuviésemos ante una infracción que por su penalidad rebasase los contornos legales del procedimiento abreviado, sería el Tribunal Superior de Justicia quien tendría la última palabra en este momento procesal sobre la cuestión dilucidada. No cabría casación ni contra el auto que estimando el recurso de apelación hubiese dejado sin efecto el procesamiento (art. 384); ni contra el auto rechazando la revocación del auto de conclusión ante la reproducción de la petición de procesamiento (arts. 384 y 632); ni contra el auto de sobreseimiento dictado ante la ausencia de procesamiento (art. 848.2º).

Menú

No puede hacerse más fiscalizable esa decisión estando en un procedimiento abreviado. El auto estimando el recurso de apelación frente a la decisión de proseguir el procedimiento dando traslado a las acusaciones no puede tener un régimen de impugnación más generoso que la estimación de una apelación frente al procesamiento; o que el sobreseimiento dictado en un procedimiento ordinario donde no está procesada la persona frente a la que se quiere ejercitar la acusación.

El auto no es susceptible de recurso de casación como no lo son otros equivalentes (auto de inadmisión de la querella, v. gr.). En el diseño legal la decisión final en ese caso está residenciada en el Tribunal Superior de Justicia sin que sea posible la revisión en casación.

Existiendo una causa de inadmisibilidad (art. 884.2 LECrim.) que se detecta en fase de decisión, habrá de desestimarse el recurso sin necesidad de analizar el fondo y con imposición de las costas a los recurrentes.

DECLARACIÓN DEL COIMPUTADO

Sentencia Nº: 881/2012
RECURSO CASACION (P) Nº:10337/2012 P
Fallo/Acuerdo: Sentencia Desestimatoria
Procedencia: Sección Cuarta; Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional.
Fecha Sentencia: 28/09/2012
Ponente Excmo. Sr. D.: Antonio del Moral García
Como es bien conocido, cuando estamos ante la declaración de un co-imputado el Tribunal Constitucional ha introducido unas ciertas reglas valorativas. Sin la observancia de esas reglas o elementos complementarios la declaración del coimputado sería "insuficiente" en abstracto (más allá de las circunstancias del supuesto concreto) para desmontar la presunción de inocencia. No ya "inutilizable", sino "insuficiente". Tal doctrina jurisprudencial que esta Sala ha hecho suya como no podía ser de otra forma, también ha tenido reflejo en la propuesta legislativa de nueva Ley de Enjuiciamiento Criminal que se presentó en 2011. Es obvia la ineficacia normativa de tal texto, pero tiene el valor que le confiere representar un serio intento de convertir en norma la doctrina constitucional. El art. 600 del Anteproyecto proclamaba el tradicional principio de libre valoración de la prueba ("de acuerdo con los criterios de la experiencia, la lógica y la razón"). Pero en el párrafo tercero introducía una "cuña" en ese principio, imponiendo legalmente el sentido absolutorio de la decisión, entre otros supuestos, en los casos en que la prueba de cargo consista exclusivamente en "la declaración de coacusados", salvo que concurran otros elementos probatorios "que racionalmente corroboren la información que aquellos proporcionan". Quedaba así plasmada sintéticamente la doctrina constitucional cuya evolución conviene recordar antes de descender al examen de este supuesto concreto.

Menú

Hay que remontarse a los años ochenta para encontrar las primeras referencias en esta Sala a este problema. La doctrina elaborada inicialmente en el seno de la Sala segunda con inocultable influencia de las reflexiones generadas en algún país de nuestro entorno, fue completándose, perfilándose y enriqueciéndose en una progresiva evolución en la que finalmente asumió un papel más protagonista la jurisprudencia constitucional. La valoración de las declaraciones de coimputados no es solo un problema de fiabilidad en concreto, sino también de reglas de valoración abstractas que excluyen su capacidad para fundar en determinadas condiciones una condena. La constatación de que estamos ante una prueba peculiar que engendra inicialmente una cierta desconfianza constituye el sustrato de esa singularidad. Respecto de esta prueba no bastan las normas generales de las demás: que sea lícita, que se practique bajo el principio de contradicción, que esté racionalmente valorada y motivada… Hace falta algo más: unas condiciones externas, verificables desde fuera, más allá de que el

proceso racional por el que un Tribunal ha llegado a darles credibilidad esté fuertemente asentado y sea convincente. Si pese a ello faltan esas garantías externas y, en lo que aquí interesa, fundamentalmente la corroboración, habrá de declararse contraria a la presunción de inocencia la condena fundada en ese elemento de convicción. No basta la racionalidad y consistencia de la motivación. Hace falta algo más. Ese plus viene constituido por unos criterios de valoración interna (test de fiabilidad); y por la necesidad de un complemento (corroboración externa).

En el primer plano se mueven unos cánones paralelos a los elaborados para las declaraciones de la víctima, aunque en este caso suponen algo más que meras orientaciones. Necesariamente han de ser tomados en consideración. En ese nivel está la reforzada necesidad de motivar valorando especialmente los supuestos en que el coimputado puede actuar impulsado por motivos espurios (animadversión) o por el deseo de acogerse a unos beneficios penológicos (legales o pactados con las acusaciones). En el caso ahora analizado no existe cuestión sobre ese punto. Ni una inexistente animadversión o no alegada enemistad, ni el acogerse a esos beneficios podría explicar la implicación de este recurrente en los hechos realizada por el coimputado.

Sí que se configura como requisito sine qua non del valor probatorio de la declaración del coimputado la concurrencia de una corroboración externa. En efecto el Tribunal Constitucional ha proclamado el valor de las declaraciones del coimputado para destruir la presunción de inocencia siempre que reúnan ciertas condiciones (STC 115/1998, de 1 de junio) que progresivamente ha ido incrementando. Como el acusado no está obligado a decir verdad, ni presta promesa o juramento con ese objeto, sus manifestaciones son menos fiables. Puede mentir con impunidad.

En este caso las imputaciones se hicieron cuando el co-acusado todavía no estaba enjuiciado. En el juicio oral se rectifican. Por tanto la doctrina es aplicable sin matización alguna derivada del hecho de que al acto del juicio oral (donde se retractó de las imputaciones) compareciese cuando ya había sido enjuiciado (aunque incidentalmente puede apuntarse que aún en el supuesto de que la imputación se hiciese en el juicio oral por el ya enjuiciado habría que exigir estos requisitos a esa declaración: STS 440/2011 de 25 mayo). Hay que rechazar por eso el argumento del Fiscal que destaca esa sobrevenida condición de testigo del ya enjuiciado.

En todo caso y antes de seguir avanzando conviene matizar algo la afirmación general que se ha hecho y de la que parte todo el desarrollo de las especialidades en la valoración de esta prueba. El hecho de que el procesado no esté obligado por juramento o promesa a decir verdad y que no pueda ser reo de falso testimonio, no supone que pueda mentir y acusar a otros de manera impune. Las acusaciones inveraces a otros imputados pueden ser constitutivas de un delito de acusación y denuncia falsa (STS 1839/2001, de 17 de octubre, aunque alguna aislada resolución de esta Sala, precisamente en este contexto de argumentación, lo haya cuestionado). En este punto también aporta luz el ALECrim 2011. En el art. 11 del anteproyecto de Ley Orgánica de desarrollo de derechos Fundamentales vinculados al proceso penal anejo al texto principal se aclara que el imputado no podrá ser perseguido por delito de falso testimonio derivado de sus declaraciones "salvo por las manifestaciones incriminatorias falsas que causen perjuicio a terceros". La citada STS de 17 de octubre de 2001 explica que "por el hecho de que el procesado no esté obligado por juramento o promesa a decir verdad, y quede excluido de la posibilidad de ser reo de falso testimonio, no supone que pueda mentir en lo que a otros concierne, ni acusarles impunemente. Las acusaciones

Menú

inveraces a otros imputados podrían ser constitutivas de un delito de acusación y denuncia falsa". Idéntica observación se encuentra en la STS 522/2008, de 29 de julio. El derecho a no declararse culpable no abarca un inexistente derecho fundamental a mentir (STC 142/2009, de 15 de junio); aunque, obviamente, fuera de los casos de imputación falsa a otras personas, las mentiras del acusado vertidas en su declaración son impunes.

En ese marco se ubica la exigencia de que las manifestaciones aparezcan corroboradas por otros datos colaterales. No basta la pura y desnuda declaración de los coprocesados para sustentar una sentencia condenatoria. Además esas corroboraciones no pueden ser puramente internas, intrínsecas a las propias declaraciones, o circulares. Han de ser datos externos que confirmen en algunos puntos, más o menos accesorios o principales, la veracidad de las declaraciones (SSTC 233/2002, de 9 de diciembre o 142/2003, de 14 de julio). Pueden bastar elementos periféricos que, no siendo pruebas suficientes por sí mismos, robustezcan la declaración del co-procesado en lo relativo a la imputación del delito y no a otros extremos marginales. Esta concepción sobre la necesidad de corroboración -"mínima" corroboración dice la jurisprudencia- queda bien reflejada en la STC 190/2003, de 27 de octubre: "constituye corroboración mínima la existencia de hechos, datos o circunstancias externas que avalen de manera genérica la veracidad de la declaración" (vid. también SSTC 68/2002, de 11 de marzo, 181/2002, de 14 de octubre, 233/2002, de 9 de diciembre o 17/2004, de 23 de febrero). La STC 142/2006 de 8 de mayo contiene una excelente síntesis de la doctrina sobre esa necesidad de corroboración:

"La declaración incriminatoria del coacusado, que es una prueba constitucionalmente legítima, ha de venir corroborada mínimamente por algún hecho, dato o circunstancia externa para constituir prueba de cargo bastante en orden a destruir la presunción de inocencia, puesto que al acusado, a diferencia del testigo, le asiste el derecho, reconocido en el art. 24.2 CE, a guardar silencio total o parcialmente, a no decir nada (SSTC 153/1997, de 29 de septiembre, FJ 6; 49/1998, de 2 de marzo, FJ 5; 115/1998, de 1 de junio, FJ 5; 68/2001, de 17 de marzo, FJ 5; 57/2002, de 11 de marzo, FJ 4; 207/2002, de 11 de noviembre, FJ 2; 65/2003, de 7 de abril, FJ 5; 55/2005, de 14 de marzo, FJ 1; y 1/2006, de 16 de enero, FJ 6). De otro lado, y como quiera que no es posible una fijación globalmente válida de lo que ha de considerarse mínima corroboración, se deja a la casuística la determinación de los supuestos en que puede estimarse que aquélla existe, atendiendo, por tanto, a las circunstancias concurrentes en cada caso concreto (SSTC 68/2001, de 17 de marzo, FJ 5; 181/2002, de 14 de octubre, FJ 3; 57/2002, de 11 de marzo, FJ 4; 207/2002, de 11 de noviembre, FJ 2; 65/2003, de 7 de abril, FJ 5; 118/2004, de 12 de julio, FJ 2; y 1/2006, de 16 de enero, FJ 6), si bien, en sentido negativo, hemos afirmado que los elementos de veracidad objetiva que puedan rodear la declaración, tales como su coherencia interna o la inexistencia de resentimiento, no constituyen factores externos de corroboración (SSTC 190/2003, de 27 de octubre, FJ 6; 118/2004, de 12 de julio, FJ 2; y 55/2005, de 14 de marzo, FJ 1). Debe tenerse en cuenta igualmente que la declaración de un coimputado no constituye corroboración mínima de la declaración de otro coimputado (SSTC 72/2001, de 26 de marzo, FJ 5; 181/2002, de 14 de octubre, FJ 3; 65/2003, de 7 de abril, FJ 5; 152/2004, de 20 de septiembre, FJ 3; 55/2005, de 14 de marzo, FJ 1), siendo por tanto necesaria la adveración de las declaraciones mediante algún dato externo también en el caso de pluralidad de coacusados. Finalmente la corroboración ha de estar referida necesariamente a la participación del acusado en los hechos punibles que el juzgador haya considerado probados (SSTC 181/2002, de 14 de octubre, FJ 4; 118/2004, de 12 de julio, FJ 2; 55/2005, de 14 de marzo, FJ 5; y 1/2006, de 16 de enero, FJ 6)".

Menú

Reitera igual doctrina la STC 277/2006, de 25 de septiembre de 2006:

"De la doctrina elaborada por este Tribunal, llena de matices y llamadas a la consideración de las circunstancias del caso concreto, hay que destacar, por su relación con el supuesto analizado, aquellos pronunciamientos que subrayan que los datos externos que han de corroborar o avalar la veracidad de la versión incriminatoria del coimputado han de referirse no a cualquier elemento de sus declaraciones sino, muy concretamente, a la participación del acusado en los hechos punibles que el órgano judicial hubiera considerado probados (SSTC 181/2002, de 14 de octubre, FJ 4; 207/2002 de 11 de noviembre, FJ 4; 118/2004, de 12 de julio, FJ 2; 55/2005, de 14 de marzo, FJ 5; y 1/2006, de 16 de enero, FJ 6)".

La STC 125/2009, de 18 de mayo abunda en iguales ideas: "Como recuerda la reciente STC 57/2009, de 9 de marzo, FJ 2, este Tribunal ha reiterado que las declaraciones de los coimputados carecen de consistencia plena como prueba de cargo cuando, siendo únicas, no resultan mínimamente corroboradas por otros datos externos. La exigencia de corroboración se concreta, por una parte, en que no ha de ser plena, sino mínima y, por otra, en que no cabe establecer qué ha de entenderse por corroboración en términos generales, más allá de que la veracidad objetiva de la declaración del coimputado ha de estar avalada por algún hecho, dato o circunstancia externa, debiendo dejarse al análisis caso por caso la determinación de si dicha mínima corroboración se ha producido o no. Igualmente, este Tribunal ha afirmado que los diferentes elementos de credibilidad objetiva de la declaración -como pueden ser la inexistencia de animadversión, el mantenimiento o no de la declaración, o su coherencia interna- carecen de relevancia como factores de corroboración, siendo necesario que existan datos externos a la versión del coimputado que la corroboren, no en cualquier punto, sino en relación con la participación del recurrente en los hechos punibles que el órgano judicial considera probados. Por último, también se ha destacado que la declaración de un coimputado no puede entenderse corroborada, a estos efectos, por la declaración de otro coimputado (por todas, SSTC 153/1997, de 29 de septiembre, FJ 3; 72/2001, de 26 de marzo, FJ 4; 147/2004, de 13 de septiembre, FJ 2; 10/2007, de 15 de enero, FJ 3; y 91/2008, de 21 de julio, FJ 3). "...".

...De igual modo, hemos reiterado que la corroboración no se predica de cualquier elemento fáctico que pudiera reforzar el juicio de credibilidad del testimonio del coimputado , sino que tiene que proyectarse directamente sobre la intervención del acusado en el hecho delictivo,"..."

Y en fechas más recientes, la STC 111/2011, de 4 de julio que además, en línea con la que antes se apuntó, demuestra que el hecho de que el co-imputado en este caso compareciere como testigo por haber sido ya objeto de enjuiciamiento no altera el régimen de valoración de su declaración:
"... nuestra doctrina ha venido considerando la declaración de un coimputado en la causa como "una prueba sospechosa" (entre otras, SSTC 30/2005, de 14 de febrero, FJ 4 y 102/2008, de 28 de julio, FJ 3), que despierta una "desconfianza intrínseca" (STC 233/2002, de 9 de diciembre, FJ 5), por lo que hemos venido disponiendo una serie de cautelas, como ya hemos dicho, para que esta declaración alcance virtualidad probatoria, en concreto "un plus probatorio consistente en la necesidad de una corroboración mínima de la misma" (STC 142/2006, de 8 de mayo, FJ 3). De esta

Menú

forma, la problemática de este tipo de declaraciones ha sido abordada por este Tribunal Constitucional desde el trascendental aspecto de su credibilidad y eficacia probatoria como prueba de cargo para desvirtuar el derecho constitucional a la presunción de inocencia, cuidando de garantizar los derechos del acusado que podría ser condenado en base al contenido de las mismas.
Desde esta perspectiva, la cuestión nuclear que ha de resolverse, conforme con los valores y principios constitucionales a cuya preservación se dirige la anterior doctrina, no es tanto si la persona citada a declarar por el Tribunal ha sido o no parte en la causa que entonces se enjuicia, sino si ésta fue o no partícipe en los hechos, pues es evidente que la coparticipación en el delito (por los sentimientos e intereses que pueden haber surgido desde su comisión) es un dato relevante a tener en cuenta para ponderar la credibilidad de su testimonio. En consecuencia, aun cuando una mera concepción formal de la condición de coimputado conllevaría que la exigencia de la mínima corroboración de su declaración sólo fuese aplicable a quien fuese juzgado simultáneamente en el mismo proceso, esto es, a quien tiene la condición formal de coacusado, hemos de extender esta garantía de la mínima corroboración de la declaración incriminatoria también a los supuestos en los que tal declaración se presta por quien fue acusado de los mismos hechos en un proceso distinto y que, por esta razón, comparece como testigo en un proceso posterior en el que se juzga a otra persona por su participación en la totalidad o parte de estos hechos, como ocurre en el caso sometido a nuestra consideración".

Y por cerrar el elenco de referencias jurisprudenciales hay que mencionar la STC 126/2011, de 18 de julio (que no 129/2011 como seguramente por un disculpable lapsus es citada en algún pasaje del bien argumentado recurso).

Los diversos elementos corroboradores que se esfuerza la sentencia de instancia en señalar en la motivación fáctica (fundamento de derecho tercero a sexto, singularmente éste) y que llega a enumerar hasta hacer un total de ocho no serían tales según la argumentación que desarrolla el recurrente. Unos se limitarían a avalar la credibilidad intrínseca de la declaración de Oscar Calabozo y en todo caso su regularidad pero no reforzarían la convicción de que el recurrente participó en los hechos (testifical de los agentes que tomaron esa declaración; incautación de efectos del comando; anotaciones en la agenda que estaba en poder de García Gaztelu, declaraciones de Xavier Zabalo y de quienes desactivaron el explosivo). Otra sería equívoca y no concluyente (alusión al comando "Bulueta" en la "cantada" del recurrente). Por fin, la valoración del testimonio de Oscar Calabozo en la anterior sentencia condenatoria -y en esto hay que dar la razón al recurrente de manera plena- no es un elemento corroborador distinto de las mismas declaraciones y diferenciable de ellas. La valoración en otra sentencia de esa confesión ni duplica su valor probatorio ni le añade nada externo. Como todas las pruebas personales su valoración probatoria es divisible. Se le puede conferir credibilidad a algunos puntos y no en otros. Por tanto es admisible como explica el recurrente esgrimiendo alguna resolución de esta Sala que la declaración que se considera creíble y por tanto suficiente para enervar la presunción de inocencia de quien la hace no lo sea al proyectarla sobre el coimputado.

Menú

Es verdad que un buen número de esos señalados como "elementos corroboradores" no apuntan directamente a la participación del recurrente. Por tanto no son "corroboradores" en el sentido exigido por la jurisprudencia, se limitan a robustecer la credibilidad de las iniciales manifestaciones de Oscar Calabozo. De ellos se puede

deducir con lógica que esas declaraciones de Calabozo se ajustaban a la realidad y que puede desecharse cualquier hipótesis imaginable que pretenda explicar por qué ante un Juez, Oscar Calabozo relató esos hechos. Pero lo que exige la jurisprudencia para construir sobre el testimonio impropio de un co-imputado una sentencia condenatoria es algo más que ese refuerzo interno o intrínseco de la credibilidad de su declaración. Se precisa algún dato ajeno a la misma declaración que se refiera precisamente a la culpabilidad del co-imputado y no a otros extremos de su declaración.

Siendo ello cierto hay que puntualizar varias cuestiones que conducen a la desestimación del motivo:

a) Los datos que refuerzan la verosimilitud de la atribución de responsabilidad realizada por el co-imputado no son neutros o ajenos a la valoración probatoria global. Cuando se acumulan razones para estimar creíbles y ajustadas a la realidad esas imputaciones, persistiendo la exigencia de un elemento corroborador externo, podrá atemperarse o modularse su capacidad convictiva aislada. El elemento corroborador no es una prueba autónoma o autosuficiente. Eso es evidente y pertenece a su propia esencia. Si fuese de otra forma, sobraría la declaración del coimputado que sería prescindible. Es un elemento externo complementario de la declaración del coimputado que se erige en garantía imprescindible para conjurar el riesgo para la presunción de inocencia que supone una condena basada exclusivamente en una prueba sospechosa como son las declaraciones de quien no está legalmente obligado a decir la verdad. Pero no puede exacerbarse ese valor complementario: si el poder convictivo de la declaración del co-imputado es alto por consideraciones inmanentes a su propia declaración (v.gr. no se detecta ninguna explicación verosímil que justifique una imputación falsa de otra persona, existen otros coimputados que emiten declaraciones coincidentes) el elemento corroborador puede venir constituido por un dato con menos fuerza autónoma convictiva. En este punto extenso el razonamiento que hace la Sala de instancia para descartar cualquier motivo de incredibilidad en las declaraciones de Oscar Calabozo prestadas a presencia judicial ratificando algunas de las afirmaciones hechas en la sede policial, pero no todas puede ser asumido íntegramente.

b) Esa declaración a presencia judicial no limitándose a una genérica ratificación aporta detalles y coincidencias luego comprobadas por datos objetivos y objetivables que refuerzan su credibilidad intrínseca. En lo que respecta a la imputación de este recurrente existe un reconocimiento fotográfico, la explicación de que fue quien le captó personalmente, la firma realizada en la fotografía y reconocida también en el acto del juicio oral, y la vacilante y poco convincente retractación en el acto del juicio oral que la Sala también analiza. Puede asumirse aquí todo ese extenso razonamiento. La riqueza narrativa de la declaración refuerza su poder de convicción que la Sala expresa.

Menú

c) La Audiencia ha descartado de forma concluyente que existiesen presiones o malos tratos que pudiesen explicar esa imputación, reiterada a presencia judicial. En la misma declaración judicial se alegan esos supuestos malos tratos, lo que robustece la credibilidad de lo refrendado a presencia del Instructor.

d) Todo lo anterior serían elementos intrínsecos, que por más que tengan un robusto poder convictivo no bastarían para satisfacer las exigencias constitucionales para sustentar una condena en una declaración de co-imputado. Pero a ellas se une un elemento corroborador explícito. No sería suficiente constatar la acreditada pertenencia

a la banda terrorista ETA de este recurrente, que no se basa exclusivamente en las declaraciones del coacusado, pues no sería expresiva de la participación concreta en los hechos objeto de condena es un dato que no puede sin más obviarse. Refuerza externamente la imputación. Pero junto a eso la relación del recurrente con el comando Bulueta, el que desarrolló esta acción, que la Audiencia deduce de la referencia al mismo en la "cantada" juega ese papel de elemento corroborador periférico externo que legitima la condena. Obviamente por sí solo ese dato es como señala el recurrente equívoco. Pero es suficiente para servir de mínimo complemento necesario para que la convincente y detallada imputación realizada por Oscar Calabozo a presencia judicial, inexplicable si no es por su veracidad, se convierta en base suficiente para la condena dictada por la Audiencia que no ha dudado de la certeza de esa imputación. Es verdad que ese dato permite otras lecturas como sugiere el recurrente. Pero no olvidemos que se usa no como dato decisivo sino como ndicio corroborador. En el contexto descrito la referencia a Bulueta apuntala la declaración del coimputado convirtiéndose en un elemento periférico de gran carga simbólica.

-Siendo varios los coimputados que incriminan se acrecienta la fiabilidad de sus declaraciones
Sentencia Nº: 197/2012
RECURSO CASACION (P) Nº:10968/2011 P
Fallo/Acuerdo: Sentencia Estimatoria
Fecha Sentencia: 23/01/2013
Ponente Excmo. Sr. D.: Antonio del Moral García

Es verdad que el Tribunal Constitucional ha expresado que las declaraciones de un coimputado no pueden servir para corroborar las de otro. Ahora bien no puede dudarse que tiene mayor poder suasorio la declaración concorde de varios imputados que la exclusiva de uno de los coimputados. Es obvio que la declaración inculpatoria respecto de un tercero de una pluralidad de co-imputados es objetivamente más verosímil que la declaración exclusiva de uno: que una pluralidad de personas carezcan de escrúpulos para hacer acusaciones falsas frente a otra y que todos tengan esos motivos espurios es necesariamente menos posible que si estamos en presencia de una única acusación. Si el número es muy alto, se puede llegar a hablar de alta improbabilidad de que las acusaciones de todos ellos fuesen falsas.

-Testimonio obtenido mediante promesa de reducción de pena.
Sentencia Nº: 243/2013
RECURSO CASACION Nº:628/2012
Fallo/Acuerdo: Sentencia Estimatoria
Fecha Sentencia: 25/01/2013
Ponente Excmo. Sr. D.: Antonio del Moral García

Menú

Ciertamente la reforzada necesidad de razonar la credibilidad del coimputado se acentúa en el caso de declaraciones de quien puede obtener beneficios personales con esa actitud procesal. En esos supuestos hay que argumentar convincentemente la fiabilidad del coimputado. Existe toda una tradición doctrinal que contempla con recelo el otorgamiento de beneficios por la delación. Ahora bien, no es extraña a esa política

nuestra legislación: admitida por la ley esa mecánica, el intérprete no puede sustraerse a ella por la vía indirecta del ámbito procesal. Varios artículos del Código Penal de los que el 376 es un paradigma, así como la interpretación jurisprudencial de la atenuante analógica en relación con la confesión acreditan que en nuestro derecho está admitida y favorecida esa forma de acreditamiento. El hecho de que se deriven beneficios de la delación ha de ser sopesado en consideración pero no lleva ineludiblemente a negar valor probatorio a la declaración del coimputado. Ese dato puede empañar su fiabilidad. Pero si no basta para explicarla y, pese a ello, se revela como convincente y capaz de generar certeza pueden servir para dictar una sentencia condenatoria. La posibilidad de beneficios penológicos no es suficiente por sí sola para negar virtualidad probatoria a las declaraciones del coimputado como demuestra la existencia del art. 376 del Código Penal precisamente en materia de delitos contra la salud pública. Sólo será así cuando de ahí quepa racionalmente inferir in casu una falta de credibilidad. El Tribunal Constitucional ha afirmado que el testimonio obtenido mediante promesa de reducción de pena no comporta una desnaturalización que suponga en sí misma la lesión de derecho fundamental alguno (Autos 1/1989, de 13 de enero ó 899/1985, de 13 de diciembre). Igualmente este Tribunal ha expresado que la búsqueda de un trato de favor no excluye el valor de la declaración del coimputado, aunque en esos casos exista una mayor obligación de graduar la credibilidad (por todas STS 279/2000, de 3 de marzo). La Decisión de inadmisión del TEDH de 25 de mayo de 2004, recaída en el asunto CORNEILS v. Holanda abunda en esas ideas: se rechaza la demanda del condenado por pertenecer a una organización dedicada al tráfico de drogas, condena que se basaba en las declaraciones de otro integrante de la organización que había llegado a un pacto de inmunidad con el Fiscal. En la medida en que el demandante pudo contradecir esas pruebas y cuestionar su fiabilidad y credibilidad, aunque no llegase a tener acceso a todas las conversaciones entre el procurador y el testigo inmune, no habría afectación de ninguno de los preceptos del Convenio.

En el supuesto ahora analizado es claro que a las declaraciones de los coimputados se han anudado beneficios penológicos. Pero eso no las desacredita ni ensombrece su fiabilidad. De una parte, porque no se trata de un único imputado, sino de dos coimputados (aunque uno finalmente se retractó) que apuntan al recurrente. Es verdad que el Tribunal Constitucional ha expresado que las declaraciones de un coimputado no pueden servir para corroborar las de otro. Ahora bien no puede dudarse de que tiene mayor poder suasorio la declaración concorde de varios imputados que la exclusiva de uno de ellos. Es obvio que la declaración inculpatoria respecto de un tercero de una pluralidad de co-imputados es objetivamente más verosímil que la declaración exclusiva de uno: que una pluralidad de personas carezcan de escrúpulos para hacer acusaciones falsas frente a otra y que todos tengan esos motivos espurios es necesariamente menos posible que si estamos en presencia de una única acusación. Si el número es muy alto, se puede llegar a hablar de alta improbabilidad de que las acusaciones de todos ellos fuesen falsas.

Además aquí concurren unos poderosos elementos corroboradores que la Sala se cuida de destacar.

En efecto, no basta la pura y desnuda declaración de los coprocesados para sustentar una sentencia condenatoria. Además esas corroboraciones no pueden ser puramente internas, intrínsecas a las En efecto, no basta la pura y desnuda declaración de los coprocesados para sustentar una sentencia condenatoria. Además esas corroboraciones no pueden ser puramente internas, intrínsecas a las propias declaraciones, o circulares. Han de ser datos externos que confirmen en algunos puntos, más o menos accesorios o principales, la veracidad de las declaraciones (SSTC 233/2002, de 9 de diciembre o 142/2003, de 14 de julio). Pueden bastar elementos periféricos que, no siendo pruebas suficientes por sí mismos, robustezcan la declaración del co-procesado en lo relativo a la imputación del delito y no a otros extremos marginales. Esta concepción sobre la necesidad de corroboración -"mínima" corroboración dice la jurisprudencia- queda bien reflejada en la STC 190/2003, de 27 de octubre: "constituye corroboración mínima la existencia de hechos, datos o circunstancias externas que avalen de manera genérica la veracidad de la declaración" (vid. también SSTC 68/2002, de 11 de marzo, 181/2002, de 14 de octubre, 233/2002, de 9 de diciembre o 17/2004, de 23 de febrero).

Menú

-Condenado que comparece al acto del juicio oral celebrado para otra persona implicada

Sentencia Nº: 326/2013
RECURSO CASACION Nº:1208/2012
Fallo/Acuerdo: Sentencia Desestimatoria
Procedencia: Sección Primera Audiencia Provincial de Jaén.
Fecha Sentencia: 01/04/2013
Ponente Excmo. Sr. D.: Antonio del Moral García

El condenado que comparece al acto del juicio oral celebrado para otra persona implicada en los mismos hechos, no es propiamente un testigo. A efectos de valoración de prueba rigen para esa declaración esas pautas que se han tratado de sintetizar No varía su condición. Es discutible que haya que reclamarle juramento o promesa, pese a que formalmente sea un testigo. Es un testigo peculiar. Sin ser necesario profundizar más, incluso es más que discutible que la falsedad de sus declaraciones en ese escenario pudieran ser constitutivas de un delito de falso testimonio. La opinión más segura es la negativa.

-Tratamiento de los supuestos en que se acoge a su derecho al silencio en el acto del juicio oral con la consiguiente falta de contradicción plena.

Sentencia Nº: 339/2013
RECURSO CASACION Nº:975/2012
Fallo/Acuerdo: Sentencia Desestimatoria
Procedencia: Audiencia Provincial de Alicante. Sección Segunda.
Fecha Sentencia: 20/03/2013
Ponente Excmo. Sr. D.: Antonio del Moral García

No puede negarse la valorabilidad de la declaración sumarial del coimputado aunque luego fuese rectificada, tanto en el acto del juicio oral como previamente durante la instrucción (folio 1613). Ha existido posibilidad de contradicción de esas declaraciones que, por otra parte, no han sido rectificadas en cuanto a lo relativo al viaje a Venezuela y la colaboración de este recurrente. La posibilidad de someter a contradicción esas manifestaciones del coimputado ha estado salvada: durante toda la instrucción la defensa personada de este recurrente pudo instar su declaración e intervenir en aquellas posteriores a la inicial que fueron acordadas. Al igual que en las declaraciones testificales aquí hay que subrayar que el principio de contradicción exige la posibilidad de ella, pero no la efectiva contradicción (STEDH de 5 de diciembre de 2002 -asunto CRAXI contra ITALIA-). La negativa del coimputado a contestar en el acto del juicio oral a las preguntas del Fiscal tampoco es obstáculo insalvable para valorar esas declaraciones. Esta recurrente no reclamó expresamente en ese momento interrogar a este coimputado. Pero ni siquiera aunque hubiese existido una negativa expresa a contestar a sus preguntas, sus declaraciones anteriores serían "invalorables". No es una situación insólita. Se ha presentado en la jurisprudencia (ATC 224/1996, de 22 de julio).

INFORME PSICOLÓGICO SOBRE CREDIBILIDAD DEL TESTIMONIO

Tribunal Supremo Sala 2ª, S 8-11-2012, nº 925/2012, rec. 406/2012. Pte: Moral García, Antonio del
No se pueden confundir los roles. El perito no puede suplantar ni al juez ni al testigo.
Ni puede usurpar la función de valoración de la prueba que corresponde al Juez. Éste no puede convertirse en un mero espectador de la valoración realizada por los peritos, especialmente en un territorio como es la evaluación de declaraciones de menores en que existen unos parámetros de examen que pertenecen al bagaje común de las máximas de experiencia, por más que según viene destacando la literatura especializada si se confía esa valoración a la pura intuición es grande el riesgo de errores. No estorba por eso, antes bien es una ayuda a veces irremplazable, la aportación de conocimientos de la Psicología que se constituyen en una prueba científica que, como todas, aportará solo probabilidades y no seguridades.
Ni puede el perito sustituir el testimonio directo de los menores de manera que éstos solo fueren oídos a través del tamiz del contenido de la entrevista que comunique el experto al Tribunal. Aquí el Tribunal oído directamente a los menores.

Hubiera sido deseable que el contenido de esa entrevistas psicóloga- menores, que ha servido de fuente de información a través del informe pericial, hubiese sido grabado en forma adecuada, para que tal bagaje entrase en el plenario y pasase a conocimiento de las partes no solo mediante interrogatorio de la perito por ambas partes (y por tanto bajo

Menú

el filtro de la contradicción), sino también mediante el visionado de las entrevistas. Es una buena práctica alentada tanto desde el ámbito jurídico, como desde el mundo de la psicología forense, hasta el punto de propugnarse que la declaración de la víctima menor en el plenario pueda ser sustituida por la reproducción de esa grabación; siempre, claro está, que la diligencia en la fase de instrucción haya sido dotada de las notas de contradicción, judicialidad y demás garantías, con todas las peculiaridades exigidas por la naturaleza de tal actuación (interacción con la menor víctima solo a través de los profesionales; presencia no advertida por la misma...) que han de adornar cualquier prueba con vocación de fundar una acusación y una eventual sentencia condenatoria. No se ha hecho así aquí, pero eso no impide constatar que el bagaje probatorio conjuntamente valorado es racionalmente apto para llegar al convencimiento que ha movido a la Sala de instancia a dictar un pronunciamiento condenatorio. La hipótesis alternativa ofrecida por el recurrente para explicar esas imputaciones se refuta con facilidad. La forma de desenvolverse los menores, sus mismas reticencias a la hora de relatar los hechos (que también puso de manifiesto la psicóloga ofreciendo las pertinentes explicaciones sobre ese dato), la reacción de la menor en el examen que trató de realizar la forense, sus declaraciones,... constituyen un cuadro probatorio que es suficiente para que sea constitucionalmente legítimo un pronunciamiento condenatorio dictado por el órgano judicial que presenció y valoró con racionalidad la prueba.

Tribunal Supremo Sala 2ª, S 2-12-2012, nº 1069/2012, rec. 10664/2012
Pte: Moral García, Antonio del

En esa línea ha de rechazarse todo valor para argumentar en casación alrededor de la presunción de inocencia al supuesto menoscabo que para la fiabilidad de la declaración de un menor se derivaría de haberla vertido primeramente ante quienes carecen de conocimientos de psicología; o a hipotéticas carencias del informe psicológico de credibilidad.
El cuadro probatorio -declaración de la menor víctima, examen psicológico sobre la credibilidad de su relato; testimonio de su hermana mayor y de la madre; información sobre el primer reconocimiento proporcionado por la Médico Forense que la atendió- soporta sólidamente la convicción probatoria a que ha llegado la Sala de instancia. El Tribunal a quo expone en los fundamentos de derecho tercero y cuarto de manera minuciosa, rigurosa y contundente las razones de su certeza, no limitándose a fórmulas estereotipadas. Usa los tres cánones ya tópicos en torno a la valoración de las declaraciones de la víctima -ausencia de motivos de incredibilidad, persistencia, datos periféricos corroboradores-. No hay indicio alguno que permita encontrar en las manifestaciones de la menor una motivación diferente a la propia realidad de los hechos. La forma en que se expresaba entre sollozos y con respuestas monosilábicas supuso para la Sala de instancia un especial indicio de veracidad que destaca en su motivación. No hay animadversión, razones para hacer una imputación falsa, eventual sugestionabilidad por parte de quienes sí pudieran albergar esos espurios móviles... La versión se ve reforzada por las manifestaciones de la hermana mayor que presencia una escena especialmente significativa (su hermana saliendo a medio vestir del baño donde se encontraba también el acusado); y que describe con especial viveza la secuencia posterior, las reticencias de la víctima para revelar los abusos, la denuncia formulada por ella misma años antes frente al acusado, luego retirada... Las declaraciones de la madre -testigo de referencia- apuntalan la veracidad de las manifestaciones de la menor. El examen médico de ésta evidencia su desfloramiento. Las psicólogas forenses

descartan por fin que las informaciones proporcionadas por la menor pudiesen obedecer a sugestión, fabulación o fantasía. Esa pericial es un elemento corroborador más, no definitivo, pero sí útil e importante. El perito no puede usurpar la función de valoración de la prueba que corresponde al Juez. Éste no puede convertirse en un mero espectador o convalidador de las apreciaciones de los peritos, especialmente en un territorio como es la evaluación de declaraciones de menores en que existen unos cánones de examen que pertenecen al bagaje común de las máximas de experiencia, por más que según viene subrayando la literatura especializada si se confía esa valoración a la pura intuición es grande el riesgo de errores. No estorba por eso, antes bien es una ayuda a veces irremplazable, el concurso de conocimientos de la Psicología. Es una prueba científica que, como todas, aportará solo probabilidades y no seguridades.
El informe sobre la credibilidad de la testigo menor que ha coadyuvado a esa convicción de la Sala es más contundente de lo que pretende el recurrente. La terminología científica propia de la Psicología discurre por derroteros no coincidentes -no podría ser de otra forma- con los jurídicos. Como se deduce de la consulta de bibliografía sobre ese punto, la expresión "probablemente creíble" denota una muy alta credibilidad y, desde el punto de vista científico, significa que la posibilidad de estar ante fabulaciones es muy reducida. Lo que no se encontrará nunca en un dictamen psicológico sobre credibilidad es una afirmación de fiabilidad total o segura. Eso comportaría no solo un improcedente intento de usurpar la función judicial, sino que sería también signo de escaso rigor. En los parámetros en que se mueve esa ciencia no es posible proclamar de manera apodíctica esa credibilidad absoluta, en ningún caso. Las calificaciones al uso oscilan entre la "incredibilidad" y la "credibilidad" pasando por la "imposibilidad de determinar" o el "probablemente creíble" o "increíble". Para llegar a la certeza es necesario manejar otros criterios no estrictamente científicos que sí han de ser tomados en consideración en la tarea de enjuiciamiento. Por eso el juicio del psicólogo jamás podrá suplantar al del Juez, aunque sí podrá ayudar a conformarlo. El peritaje sobre credibilidad de la declaración de un menor establece al contras-tar sus declaraciones con los datos empíricos elaborados en esa ciencia, si existen o no elementos que permitan dudar de su fiabilidad. Pero esos informes no dicen, ni pueden decir, ni se les pide que digan, si las declaraciones se ajustan o no a la realidad. Esa es tarea del Tribunal que, entre otros elementos, contará con su percepción directa de las manifestaciones y con el juicio del psicólogo sobre la inexistencia de datos que permitan suponer fabulación, inducción, manipulación o invención (vid. STS 403/1999, de 23 de marzo, fundamento de derecho 4º o SSTS 1131/2002, de 10 de septiembre. 255/2002, de 18 de febrero, 1229/2002, de 1 de julio y 705/2003, de 16 de mayo).

Menú

RECONOCIMIENTO VISUAL DEL IMPUTADO

Tribunal Supremo Sala 2ª, S 30-11-2012, nº 968/2012, rec. 10529/2012. Pte: Moral García, Antonio del

El Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2011 con un criterio no pacífico estimaba que la identificación visual no podría servir de base exclusiva de un pronunciamiento condenatorio (art. 600). Pero a continuación apostillaba que tal reconocimiento unido a alguna corroboración sí que merecía ser objeto de valoración y apto para fundar la convicción de culpabilidad. Aquí la certeza a que ha llegado la Sala de instancia es más que razonable y la argumentación en que se apoya compartible y persuasiva (fundamento de derecho primero).

RECONOCIMIENTO FOTOGRÁFICO DEL IMPUTADO

Tribunal Supremo Sala 2ª, S 30-11-2012, nº 968/2012, rec. 10529/2012. Pte: Moral García, Antonio del
Las identificaciones en fotografía en sede policial no pueden tildarse de irregulares: suponen un inicial medio de investigación legítimo. Baste en este particular un somero repaso a algunos pronunciamientos jurisprudenciales. La STC 36/1995, de 6 de febrero confirma que el reconocimiento fotográfico es un medio legítimo de investigación policial. Sólo cuando en el mismo confluyan irregularidades y no existan otros medios de prueba independientes, podría cuestionarse no su regularidad como medio de investigación, sino su valor probatorio y su solidez para sustentar como elemento aislado un pronunciamiento de culpabilidad (vid. también, entre otras muchas, la STS 673/2007, de 19 de julio que cita el Ministerio Fiscal). La STC 205/1998, de 26 de octubre, tras explicar que la existencia de un previo reconocimiento fotográfico no priva de valor probatorio ni contamina el posterior reconocimiento personal, recuerda que cuando lo que se denuncia no es la ausencia de actividad probatoria, sino la discrepancia con la valoración que se ha hecho de la misma, no puede hablarse de vulneración de la presunción de inocencia pues "no corresponde a este Tribunal revisar la valoración y apreciación que de las pruebas practicadas hacen los órganos judiciales una vez verificada, como ocurre en este caso, la existencia de actividad probatoria directa respecto de los hechos objeto de condena y de la participación del condenado en los mismos (entre otras SSTC 17/1984, 177/1987; 150/1989; 82/1992; 79/1994 : y 82/1995)". La puntualización vale también en sede de casación. No se olvide que la posición de este Tribunal al examinar un motivo de casación por infracción de la presunción de inocencia como precepto constitucional es semejante a la del Tribunal Constitucional. Además, como se anunciaba antes, esos reconocimientos están refrendados por una pluralidad de elementos corroboradores.

VALORABILIDAD DE LA CONFESIÓN EN DEPENDENCIAS POLICIALES

Tribunal Supremo Sala 2ª, S 30-10-2012, nº 977/2012, rec. 303/2012. Pte: Moral García, Antonio del

Se expone por el recurrente la doctrina de esta Sala sobre la valorabilidad de la confesión en dependencias policiales plasmada en el Acuerdo del Pleno de 28 de noviembre de 2006 y luego desarrollada en un grupo de sentencias que no siempre reflejan una posición pétrea y uniforme. Sintetiza el recurrente bien esa doctrina: la declaración en sede policial no es prueba en sí, sino un hecho (el detenido realizó esas manifestaciones en ese momento y en esas condiciones) que ha de ser probado (mediante la propia declaración o la declaración de quienes estaban presentes, en el acto del juicio oral) y del que podrán derivarse consecuencias por vía indirecta. No es una confesión procesal; sino la acreditación de una confesión extra-judicial realizada en un contexto muy específico. Precisaría, en el entendimiento de la SSTS 540/2010 de 8 de junio y 1070/2005 de 30 de septiembre que son citadas en el escrito de recurso la

concurrencia de otros elementos que permitan comprobar la veracidad de esa autoinculpación. En esa dirección apunta también la STC 86/2010, de 18 de octubre.
Las SSTC 80/1986, de 17 de junio, 137/1988, de 7 de julio, 107/1989, de 8 de junio, 201/1989, de 30 de noviembre entre muchas otras han aclarado que, en los supuestos de declaraciones de acusados (o testigos) en el acto del juicio oral, las anteriores manifestaciones de éstos prestadas ante la Policía y ante el Juez Instructor pueden ser tenidas en cuenta por el órgano judicial para formar su convicción. La STC 80/1991, de 15 de abril, reconoció eficacia probatoria a la confesión realizada ante la Policía, con presencia de Letrado, pese a negar ante el Juez y en el juicio oral.
Como ponen de relieve las SSTC 161/1990, de 19 de octubre y la citada 80/1991, de 15 de abril, lo determinante es que se dé efectiva oportunidad a quien declaró para que explique las diferencias entre sus diversas declaraciones; esto es, que el Tribu-nal pueda valorar con inmediación la rectificación producida, teniendo en cuenta los propios datos o razones aportadas por los declarantes.
Para que esto sea así es preciso que la declaración previa (policial o judicial) se introduzca en el juicio oral, lo que podrá hacerse, no sólo mediante su lectura, conforme al artículo 730 LECrim , sino también «por el juego de las preguntas que se formulen en tal acto, así como las respuestas dadas a aquéllas, siendo objeto de controversia en el plenario» (STS 161/2007, de 4 de febrero).

Menú

Aquí las manifestaciones realizadas por Simon Inocencio en sede policial y luego ratificadas ante el juzgado han sido objeto de interrogatorio en el acto del juicio oral. El recurrente no niega haberlas efectuado aunque trata de justificarlas en el estado anímico producido por la actuación policial. Tras oír también a quienes las recibieron la Audiencia ha otorgado crédito a esas primeras manifestaciones. Es material probatorio utilizable.
El rechazo del testimonio de referencia podría usarse como argumento para negar la posibilidad de que los agentes que tomaron la declaración se constituyan en prueba de su veracidad. Pero, aun reconociendo que en este caso ese rechazo podría obedecer a una prescripción legal (artículo 297.2 LECrim que, sin embargo permite también una lectura no excluyente), las cautelas con que ha de contemplarse ese testimonio no juegan en este caso. El testimonio de referencia es admisible en términos generales. Lo que se ha preocupado de subrayar la jurisprudencia a todos los niveles, es que esa admisibilidad genérica no puede convertirse en una coartada para eludir la comparecencia y declaración bajo el principio de contradicción del testigo presencial. Eso no significa que cuando concurran testigo directo y testigo de referencia siempre y en todo caso haya que dar prevalencia a la declaración de aquél. Se quiere decir que el testigo de referencia no puede utilizarse como medio de sustraer al principio de contradicción el testimonio directo. Pero, contándose con ambos testimonios, será factible formar razonable y razonadamente la convicción conjugando ambas declaraciones y dando preferencia a una u otra si son contradictorias. Máxime si el testigo directo, en efecto, no niega que haya manifestado al testigo de referencia lo que éste relata y no aporta una explicación verosímil de esa manifestación extrajudicial. Eso es lo que sucede en este caso.
Del examen de la jurisprudencia constitucional se desprende que cuando la declaración policial, la forma en que ésta se hizo, su contenido, la observancia en su realización de todas las garantías, ha sido sometida a contradicción mediante el interrogatorio al propio confesante y a quienes intervinieron en la misma (miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad) esa declaración puede ser el soporte de una sentencia condenatoria (SSTC 303/1993, 79/1994 ó 51/1995, de 23 de febrero). Las matizaciones posteriores de la jurisprudencia constitucional no afectan a los casos como el presente en que existe

una ratificación en sede judicial (vid. SSTC 7/2004 de 9 de febrero): «... las declaraciones vertidas en el atestado policial carecen de valor probatorio si no son posteriormente ratificadas a presencia judicial por los particulares declarantes, o bien, en ausencia de lo anterior, confirmadas por los funcionarios policiales mediante su testimonio en el acto del juicio oral).

Sentencia Nº: 277/2013
RECURSO CASACION Nº:738/2012
Fallo/Acuerdo: Sentencia Desestimatoria
Procedencia: Sala de lo Civil y Penal de Valencia. Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana.
Fecha Sentencia: 13/02/2013
Ponente Excmo. Sr. D.: Antonio del Moral García

Si el atestado carece de valor probatorio; no puede decirse lo mismo de las declaraciones que emiten quienes lo levantaron: art. 297 LECrim.

En el acto del juicio oral los agentes expusieron cómo el acusado reconoció en las dependencias de la Guardia Civil ser el causante del incendio y cómo se desarrolló esa declaración. Así mismo relataron su intervención al llegar al lugar de los hechos, las conversaciones, y reacciones y actitud del recurrente… (grabación del acto del juicio oral: video 17, a partir del minuto 8:39). Explicaron cómo el recurrente les alertó sobre otro foco de inicio del fuego que señaló. Ese conocimiento admite pocas explicaciones pausibles distintas a la hipótesis de que esa persona tuviese que ver directamente con la causación del incendio. De igual forma relataron dos de los agentes como al día siguiente se trasladaron al lugar del incendio con el acusado asistido de letrado. era aquél quien les iba conduciendo y quien les marcó los lugares clave, explicándoles cómo se había producido el incendio. Los detalles que adornan ese relato (hallazgo del paquete de "Malboro" y lata de "coca-cola") le dotan de una credibilidad singular.

El jurado alude también a las manifestaciones contradictorias del recurrente. Y es que, en efecto, pudieron contrastar su muy extensa (videos 5 a 9) declaración en el plenario, no solo con la efectuada ante la guardia civil (que pudieron conocer a través de las manifestaciones de los agentes en el plenario: es intrascendente ahora si fue correcta la unión al acta de la declaración en sede policial en la medida en que no había sido propiamente objeto de ratificación ni de lectura en la emitida ante el Juzgado), sino también mediante la lectura en el juicio y posterior examen y consulta de la declaración que hizo en el Juzgado de Instrucción. En ella había reconocido en concordancia con sus previas manifestaciones que apagó un cigarrillo envuelto en una servilleta de papel y

Menú

luego, trescientos metros más lejos, "descapulló" otro cigarro, mientras fumaba al tiempo que circulaba en la moto, casi sin solución de continuidad, y que avisó al 112 "cuando vio lo que había hecho". Como argumenta el Fiscal en su dictamen, los intentos del recurrente de ofrecer una explicación verosímil de esas iniciales manifestaciones son estériles y distan mucho de alcanzar su objetivo. No es creíble, y no lo ha creído el jurado, que fuesen el fruto de una actuación delictiva -conminativa y coactiva- de los agentes, amparada por un complaciente juez de Instrucción; con la cómplice pasividad del abogado que le asistía.

NECESIDAD DE LA LECTURA DE LAS DECLARACIONES SUMARIALES PARA SU VALORABILIDAD

Tribunal Supremo Sala 2ª, S 30-10-2012, nº 977/2012, rec. 303/2012. Pte: Moral García, Antonio del

En cuanto a la necesidad de lectura hay que traer colación otros pronunciamientos jurisprudenciales.

El Tribunal Constitucional ha precisado que si bien para la valorabilidad de las declaraciones sumariales es necesario que hayan pasado al acto del juicio oral, no es imprescindible su lectura íntegra. Puede servir a tales fines el interrogatorio sobre esas declaraciones. Esa presencia en el acto del juicio oral, permite tomar como material probatorio esas declaraciones y convierte en legítima, desde el punto de vista de la presunción de inocencia, una condena que buscase su soporte probatorio en esa confesión suma-rial. Son innumerables las sentencias del Tribunal Constitucional que apuntan en esta dirección. Muestra representativa de este postulado es la STC 284/2006, de 9 de octubre : «Por otro lado -explica la sentencia citada en el tercero y cuarto de sus fundamentos jurídicos-, respecto de las declaraciones efectuadas durante la fase de instrucción cuyo resultado se pretenda integrar en la valoración probatoria, este Tribunal ha exigido en los supuestos previstos en los artículos 714 y 730 LECrim que el contenido de la diligencia practicada en la instrucción con los testigos o imputados se reproduzca en el acto del juicio oral mediante la lectura pública del acta en la que se documentó, o introduciendo su contenido a través de los interrogatorios, pues de esta manera, ante la rectificación o retractación de la declaración operada en el acto del juicio oral, o ante la imposibilidad material de su reproducción, el resultado de la diligencia accede al debate procesal público ante el Tribunal, cumpliendo así la triple exigencia constitucional de toda actividad probatoria: publicidad, inmediación y contradicción. En el caso de que en el acto del juicio oral un testigo o un imputado modifique o se retracte de anteriores manifestaciones se le puede sugerir que explique la diferencia o contradicción, siendo este interrogatorio posterior a la lectura de las anteriores declaraciones, realizado en presencia y con el protagonismo de las partes, el que hemos considerado que satisface las exigencias de contradicción precisas para des-virtuar la presunción de inocencia; de manera que, si se cumplen las exigencias indicadas, el órgano sentenciador se encuentra ante pruebas válidas y puede dar credibilidad a uno u otro testimonio y fundar sobre él la condena, ya que la defensa puede impugnar su contenido haciendo las alegaciones que considere oportunas (SSTC 265/1994, de 3 de octubre, F. 5; 155/2002, de 22 de julio, F. 10; y 190/2003, de 27 de octubre, F. 3, entre otras).

Menú

Eso ha sucedido aquí. El Fiscal preguntó al recurrente sobre esas declaraciones y sobre su ratificación judicial. Como una cantinela en los interrogatorios insistía el representante del Ministerio Público en que las exigencias de publicidad y contradicción le obligaban a esa lectura. Es absurdo exigir otra lectura "formal". No es necesario más, como una especie de fórmula ritual. Al ratificarse judicialmente en su declaración policial, ésta pasó a convertirse en contenido de aquélla. Por tanto tampoco tiene el relieve que quiere darle el recurrente a que el énfasis se pusiese en las manifestaciones ante la policía.

POSIBLE VALORACIÓN DE LAS DECLARACIONES SUMARIALES DEL ACUSADO QUE GUARDA SILENCIO EN EL ACTO DEL JUICIO ORAL

Tribunal Supremo Sala 2ª, S 30-10-2012, nº 977/2012, rec. 303/2012. Pte: Moral García, Antonio del

Por otra parte es factible la valoración de las declaraciones sumariales del acusado, aunque luego haya guardado silencio en el acto del juicio oral. Esa suerte corrieron algunas preguntas formuladas a Simon Inocencio y la totalidad de las dirigidas por la acusación a otros procesados. El derecho a no declarar del acusado no comporta un derecho de exclusividad sobre las propias declaraciones hechas voluntariamente en momentos anteriores. Ese derecho no comprende la facultad de «borrar» o «aniquilar» las declaraciones que haya podido efectuar si se hicieron con todas las garantías y con respeto entre otros a su derecho a no declarar. Las declaraciones sumariales autoinculpatorias constituyen prueba sobre la que puede construirse una sentencia condenatoria, sin que sea óbice para ello que el recurrente se haya negado a declarar en el acto del juicio oral. Si la contradicción en el juicio oral se ha visto limitada lo ha sido por la propia voluntad del acusado. Éste no puede aducir que no ha podido hacer objeto de contradicción sus anteriores manifestaciones y que por eso no son valorables.

Menú

Cuando el elemento probatorio es la propia confesión del acusado realizada en fase sumarial, la falta de reproducción en el acto del juicio oral es exclusivamente imputable a él y por tanto no puede aprovecharse de ella. Ningún derecho se le lesiona valorando esa declaración: lo que existe es un derecho a interrogar a los testigos de cargo (artículo 6 del CEDH), pero no a interrogarse a sí mismo. Otra interpretación conduce al absurdo. Por eso el Tribunal Constitucional no ha vacilado a la hora de dar validez a la sentencia condenatoria basada en las declaraciones autoinculpatorias sumariales aunque en el acto del juicio oral el acusado guarde silencio. (STC 38/2003, de 27 de febrero).

SILENCIO DEL ACUSADO

Tribunal Supremo Sala 2ª, S 29-11-2012, nº 1073/2012, rec. 10595/2012
Pte: Moral García, Antonio del

El ejercicio por varios de los acusados de su derecho a no contestar las preguntas de la acusación pública no es la razón de la condena, como sugiere alguno de los recurrentes. También ese tema está analizado con acierto en la sentencia de instancia (fundamento de derecho segundo). El apoyo probatorio de la condena radica en la acreditación de que los recurrentes viajaban en esa embarcación con unas dimensiones que hacen presumir que no podían ignorar ni el cargamento ni la finalidad del desplazamiento. Partiendo de esa sólida prueba, el silencio de alguno de los acusados o sus explicaciones inconcretas

y huérfanas de racionalidad, hacen descartar cualquier alternativa diferente de la que racionalmente infiere cualquier observador. No hay en esa forma de valorar la prueba nada contrario ni a la presunción de inocencia ni al derecho a no declarar contra sí mismo. La actividad probatoria no descansa en el silencio de los acusados o en su negativa, sino en la evidencia de su detención a bordo de una embarcación con gran cantidad de droga. Acreditado eso, en un segundo momento valorativo se hace necesario refutar las posibles hipótesis alternativas diferentes a la colaboración deliberada consciente en los hechos que podrían explicar esos datos objetivos. Es en este plano ulterior donde entra en juego la ponderación de las alegaciones de los acusados. Si han aducido otra hipótesis con pretensiones explicativas será necesario refutarla poniendo de manifiesto su irracionalidad o su incompatibilidad con otros elementos acreditados. Si sencillamente han guardado silencio no ofreciendo otra explicación de esos datos objetivos y verificados, puede legítimamente concluirse que se debe a que no hay otra explicación posible. De existir, se hubiese expuesto. Eso no significa que la condena se base en el silencio, sino que la prueba de cargo sigue incólume pues la persona a cuya culpabilidad apunta no alega otra explicación diferente que refute su inequívoco carácter inculpatorio.
Cuestión distinta a la indicada es el alcance que en determinados supuestos pueda el Tribunal conceder al silencio del acusado que se enfrenta a una serie de indicios acreditados en su contra, en tanto en cuanto omite la posibilidad de ofrecer otra explicación diferente al razonamiento deductivo llevado a cabo por el órgano sentenciador a través de tal conjunto indiciario. El supuesto fue contemplado por el TEDH en un muy citado pronunciamiento, el asunto Murray, (STEDH de 8 de febrero de 1996). Doctrina similar se compendiaba en la sentencia que resolvía el asunto Landrome, que lleva fecha de 2 de mayo de 2000. Advierte el TEDH que « los Tribunales internos deberán mostrarse especialmente prudentes antes de utilizar el silencio del acusado en su contra » ya que « sería incompatible con el derecho a guardar silencio fundamentar una condena exclusivamente o esencialmente en el silencio del inculpado o en su negativa a responder a preguntas o a declarar ». Pero se apresura a continuación a admitir que esa premisa no impide « tener en cuenta el silencio del interesado, en situaciones que requiriesen una explicación por su parte para apreciar la fuerza persuasiva de las pruebas de cargo ». De esa doctrina se ha hecho eco el Tribunal Constitucional (entre otras, SSTC 137/1988, de 7 de julio y 202/2000, de 24 de julio): ese mecanismo de apreciación « sólo podría seguir al examen de las circunstancias propias del caso, en función de las cuales puede justificarse que se extraigan consecuencias negativas del silencio, cuando, existiendo pruebas incriminatorias objetivas al respecto, cabe esperar del imputado una explicación...no puede afirmarse que la decisión de un acusado de permanecer en silencio en el proceso penal no puede tener implicación alguna en la valoración de las pruebas por el Tribunal que le juzga. Bien al contrario, se puede decir que dicha decisión o la inconsistencia de la versión de los hechos que aporta el acusado habrían de ser siempre tenidas en cuenta por el órgano judicial... como corroboración de lo que ya está probado... es situación que reclama claramente una explicación del acusado en virtud de las pruebas de cargo aportadas... de modo que el sentido común dicta que su ausencia (la omisión de declarar) equivale a que no hay explicación posible ». En esta misma Sala Segunda han proliferado también pronunciamientos en idéntica dirección: SSTS 554/2000 de 27 de marzo ó 358/2004 de 16 de marzo). Como señala la STS 874/2000, de 24 de mayo, el silencio del acusado en ejercicio de un derecho, puede ser objeto de valoración cuando el cúmulo de pruebas de cargo reclama una explicación por su parte acerca de los hechos.

Menú

DERECHO A LA DOBLE INSTANCIA

Sentencia Nº: 197/2012
RECURSO CASACION (P) Nº:10968/2011 P
Fallo/Acuerdo: Sentencia Estimatoria
Fecha Sentencia: 23/01/2013
Ponente Excmo. Sr. D.: Antonio del Moral García

Se plantea un tema ya tópico -el llamado derecho a la doble instancia- que recobró actualidad con motivo de un dictamen del Comité de Derechos Humanos, previsto en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, recaído en el asunto 701/1996 y fechado el 20 de julio de 2000, dictamen que es expresamente invocado. El argumento nuclear de ese dictamen fue recogido y asumido por otros posteriores que sentaron el mismo criterio en términos generales. Se reavivó así la cuestión de la conformidad o no con el denominado "derecho a la doble instancia" del sistema de recursos para delitos graves (solo casación). No es momento de entretenerse en esa cuestión dogmática de hondo calado y con múltiples vertientes, alguna de futuro pues una de las últimas modificaciones de la Ley Orgánica del Poder Judicial plasmó legalmente un anuncio para generalizar la apelación en materia penal, aunque vinculando la efectividad de tal previsión a la todavía pendiente reforma global de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, tantas veces anunciada.

Para rechazar el motivo basta desarrollar un aspecto puntual. El debate de fondo es bien conocido. Carece de sentido extenderse reproduciendo argumentos que han sido profusamente manejados, analizados, y blandidos. Los Dictámenes iniciales, de signo no siempre coincidente, se referían a asuntos concretos y no arrastraban a la descalificación generalizada del sistema de impugnación del ordenamiento procesal penal español. Tanto esa Sala (entre otras sentencias 203/2000 de 8 de febrero y 543/2000 de 27 de marzo), como el Tribunal Constitucional (sentencias 80/1992, de 28 de mayo, 113/1992, de 14 de septiembre, 29/1993, de 25 de enero, ó 120/1999, de 28 de junio y Auto 369/1996, de 16 de diciembre) han declarado reiteradamente que el art. 14.5 del Pacto citado no padece por las restricciones que introduce la casación en cuanto a la revisión de la valoración probatoria. Esa jurisprudencia nacional cuenta con el aval del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: decisiones de inadmisión de 18 de enero de 2000 -caso PESTI Y FRODL-, 30 de mayo de 2000 -asunto LOEWENGUTH-, ó 22 de junio de 2000 -asunto DEPERROIS-, por citar solo algunas. El principio de inmediación, esencial en el proceso penal, impone esas limitaciones. Las SSTC 80/2003, de 28 de abril ó 26/2006, de 16 de enero representan algunos de los últimos hitos en esa consolidada doctrina jurisprudencial que se erige en un muro contra el que se estrella el motivo. La previa STC 70/2002 de 3 de abril, precisaba, además, que las "observaciones que en forma de dictamen emite el Comité no son resoluciones judiciales, puesto que el Comité no tiene facultades jurisdiccionales -como se deduce de la lectura de los arts. 41 y 42 del Pacto- y sus dictámenes no pueden constituir la interpre-tación auténtica del Pacto, dado que en ningún momento, ni el Pacto ni el Protocolo le otorgan tal competencia".

Menú

La reciente STS 480/2009, de 22 de mayo destacaba sobre esta cuestión dos significativos aspectos:

1º.- Que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en las resoluciones referidas consideró que en el art. 2 del Protocolo número 7, los Estados Parte conservan la facultad de decidir las modalidades del ejercicio del derecho al reexamen y pueden restringir el alcance de éste último. En muchos Estados el mencionado reexamen se encuentra igualmente limitado a cuestiones de Derecho. Por ello esa Corte considera que la posibilidad de recurrir en casación satisface las exigencias del art. 2 del Protocolo 7 del Convenio.

2º.- Que posteriormente se han producido varias decisiones de inadmisión de Comunicaciones, en las que el Comité de Naciones Unidas considera adecuada y suficiente la revisión llevada a cabo por el Tribunal Supremo Español en un recurso de casación. La Decisión de 29 de marzo de 2005 (Comunicación núm. 1356-2005 PARRA CORRAL c. España, 4.3) señala que "la alegación referente al párrafo 5 del art. 14, esto es, el hecho de que presuntamente los tribunales españoles no examinaron de nuevo la apreciación de las pruebas no es consecuente con el texto de los fallos del Tribunal Supremo y Constitucional en el caso de autos. Después de que estos dos tribunales examinaron a fondo la alegación del autor en el sentido de que los indicios eran insuficientes para condenarlo, discreparon de la opinión del autor y expusieron con todo detalle sus argumentos para llegar a la conclusión de que las pruebas, aunque fuesen indicios, bastaban para justificar su condena". Igualmente la Decisión de 25 de julio de 2005, (comunicación núm. 1399-2005), CUARTETA CASADO c. España, § 4.4) destaca que "con respecto a la presunta violación del párrafo 5 del art. 14, del fallo del Tribunal Supremo se desprende que éste examinó con gran detenimiento la valoración de las pruebas hecha por el Juzgado de primera instancia. A este respecto, el Tribunal Supremo consideró que los elementos de prueba presentados contra el autor eran suficientes para contrarrestar la presunción de inocencia, de conformidad con los criterios establecidos por la jurisprudencia a fin de determinar la existencia de pruebas suficientes para el enjuiciamiento de determinados delitos, como la agresión sexual". Del mismo modo, la Decisión de 25 de julio de 2005 (comunicación núm. 1389-2005), BERTELLI GÁLVEZ c. España, § 4.5, pone de manifiesto que "en cuanto a la presunta violación del párrafo 5 del artículo 14, del texto de la sentencia del Tribunal Supremo se desprende que si bien éste declaró que la evaluación de las pruebas compete al Tribunal de primera instancia y no al Tribunal Supremo, sí examinó en detalle la argumentación del autor y concluyó que en realidad él era culpable de estafa porque hubo conducta dolosa y ánimo de lucro personal, lo que condujo a engaño de una tercera persona y la llevó a tomar disposiciones contrarias a su propio interés". Y, por último, la Decisión de 28 de octubre de 2005 (comunicación núm. 1059-2002, CARBALLO VILLAR c. España, § 9.3) afirma que "con respecto a la presunta violación del párrafo 5 del artículo 14, del fallo del Tribunal Supremo se desprende que éste examinó con detenimiento la valoración de las pruebas hecha por la Audiencia Provincial. A este respecto, el Tribunal Supremo consideró que los elementos de prueba presentados contra el autor eran suficientes para contrarrestar la presunción de inocencia de aquél". Esa reflexión le lleva a considerar inadmisible la queja fundada en la ausencia de doble instancia.

Menú

El cambio de orientación en la doctrina del Comité que el recurrente parece desconocer está consolidado (además de los citados, dictámenes 1156/2003, de 18 de abril de 2006, 1094/2002 de 24 de abril de 2006, 1102/2002, de 26 de abril de 2006, 1293/2005, de 14 de agosto de 2006, 1098/2002, de 13 de noviembre de 2006, entre otros).

Por los demás y a mayor abundamiento, debe significarse la forma retórica y no concreta mediante la que el recurrente suscita la cuestión. Se queja genéricamente de que no hay doble instancia, pero ni articula protestas específicas que podrían ser examinadas en apelación y no en casación, ni indica qué aspectos que hubiese podido discutir en una segunda instancia no puede hacerlo en casación. Y es que, a la vista de las limitaciones que imperan también en apelación en materia de revisión de prueba y el ensanchamiento de la casación mediante la potencialidad del derecho a la presunción de inocencia, se ha producido un acercamiento entre ambas modalidades de impugnación. In casu es difícil, si no imposible, imaginar qué alegaciones diferentes hubiese podido efectuar el recurrente si en lugar de un recurso de casación, se abriesen las puertas a una apelación.

De acuerdo con lo expuesto, se puede concluir que no existe la vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías en la regulación del actual recurso de casación en materia penal, al cumplir con las exigencias del art. 14.5 PIDCP y que, además, en concreto, no se singulariza ninguna argumentación que el recurrente se vea impedido de realizar por virtud de la naturaleza de la casación.

FALTA DE IMPARCIALIDAD DEL TRIBUNAL

Sentencia Nº: 289/2013
RECURSO CASACION Nº:945/2012
Fallo/Acuerdo: Sentencia Desestimatoria
Procedencia: Audiencia Provincial de Barcelona.
Fecha Sentencia: 28/02/2013
Ponente Excmo. Sr. D.: Antonio del Moral García

Menú

> Lo que viene a denunciarse sería lo que podría etiquetarse como una "parcialidad sobrevenida" (STS 918/2012, de 10 de octubre), figura que resulta, cuando menos, pintoresca. Las sentencias siempre "toman partido", totalmente o no, por alguna de las posiciones sostenidas por las partes. Tienen que dar la razón a una u otra, enteramente o solo en algunos aspectos. La "imparcialidad" en ese sentido se pierde siempre en el momento en que se produce el enjuiciamiento. Si la imparcialidad es según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española la "falta de designio anticipado o de prevención en favor o en contra de alguien o algo, que permite juzgar o proceder con rectitud", en el instante en que se procede el enjuiciamiento, se esfuma. Justamente eso es lo que impide conocer por vía de recurso a quien ha "resuelto el pleito en anterior instancia" (art. 219.10a LOPJ), lo que no significa que fuese "parcial" al adoptar la decisión anterior; sino que precisamente por haberla adoptado ya "ha tomado partido". Se prohíben los "prejuicios"; no los "juicios". Necesariamente al enfrentarse al asunto y decidir sobre lo que se le plantea el Tribunal ha de formarse juicio sobre todas las incidencias suscitadas por las partes. Eso ya no es "prejuicio" prohibido, sino "juicio" obligado. No cabe inferir de esos argumentos ninguna "predisposición" contraria a los

intereses de la parte. Lo que concurre es una "disposición" no coincidente con esos intereses por considerarse que no merecían respaldo desde el punto de vista del derecho. Cosa muy distinta que nada tiene que ver con lo argüido por los recurrentes es la adopción por el Tribunal de iniciativas que reflejen parcialidad en el seno del propio juicio oral (interrogatorio con sesgos inquisitivos; búsqueda de pruebas incriminatorias suplantando a la acusación; o en el reverso, complacencia indisimulada con el acusado, rechazo infundado e irreflexivo de todas las cuestiones suscitadas por la acusación, apariencia de "complicidad" o sintonía preexistentes con las posturas defensivas...). En esos casos sí podría aducirse una quiebra de la imparcialidad del Tribunal. Apuntar como prueba determinante de la pérdida de imparcialidad la propia decisión o su argumentación que demostraría que se ha evaporado la neutralidad es un planteamiento ilógico que desenfoca el significado del derecho a un juez imparcial confundiéndolo con un absurdo derecho a un juez que no decida con arreglo a sus criterios o no los exponga porque eso comporta "tomar partido" y abdicar de su "neutralidad".

PRINCIPIO IN DUBIO: OPERATIVIDAD EN CASACIÓN

Sentencia Nº: 277/2013
RECURSO CASACION Nº:738/2012
Fallo/Acuerdo: Sentencia Desestimatoria
Procedencia: Sala de lo Civil y Penal de Valencia. Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana.
Fecha Sentencia: 13/02/2013
Ponente Excmo. Sr. D.: Antonio del Moral García

De manera insistente y transversal, se alude en diversos momentos al principio in dubio. Antes de adentrarse en el resto del razonamiento conviene despejar este argumento carente de operatividad en casación, pese a su estrecho parentesco con la presunción de inocencia. El principio in dubio solo es invocable en casación en su faz normativa, es decir, si hubiese condena pese a mostrar el Tribunal de enjuiciamiento sus dudas. Eso quebraría la obligación de absolver cuando no se alcanza una certeza exenta de dudas razonables. No sucede así aquí: el Jurado dictó veredicto de condena porque la mayoría exigida del colegio no vaciló al considerar ajustadas a la realidad las proposiciones inculpatorias que fundaban la culpabilidad del acusado. Ocho jurados estimaron probado que provocó el incendio, aunque uno de ellos creyó inacreditado que tuviese conciencia del riesgo para vidas humanas que acarreaba el fuego. Ahí

Menú

queda cerrado el juego que el principio in dubio puede tener en un proceso de jurado. Ya ni el Magistrado Presidente, ni la Sala de apelación, ni este Tribunal de Casación pueden preguntarse sobre si tienen dudas sobre la culpabilidad, o si los jurados debieron abrigar unas dudas que no albergaron. Sólo se puede fiscalizar a través de la peculiar apelación del procedimiento del Jurado y, posteriormente a través de la casación, la corrección motivacional de la convicción de culpabilidad proclamada y la suficiencia, y licitud de la prueba sobre la que se asienta esa convicción. Pero el Magistrado Presidente o los tribunales ad quos ni deben ni pueden efectuar una nueva valoración de toda la prueba (a espaldas del principio de inmediación) para, como si se tratase de otra primera instancia, decidir si el acusado es culpable o inocente. Tan solo han de supervisar el veredicto de culpabilidad desde la perspectiva amplia y poliédrica, pero a la vez limitada, de la presunción de inocencia que, tal y como es perfilada por la jurisprudencia constitucional y ordinaria, no se solapa totalmente con el ámbito del principio in dubio (aunque hay espacios comunes y las diferencias seguramente sean menores de las que en los primeros años de desarrollo del derecho consagrado por el art. 24.2 se intentaron marcar). El Tribunal de casación (o mutatis mutandi, el de la singular "apelación" diseñada por la Ley Orgánica del Tribunal del Jurado) puede analizar si las pruebas en las que se basó el veredicto de culpabilidad son lícitas; si han sido válidamente practicadas; si conducen razonablemente a esa convicción de culpabilidad en cuanto que son concluyentes, y han sido racionalmente interpretadas por el jurado de forma que queden refutadas otras hipótesis alternativas más favorables compatibles con el cuadro probatorio. Pero no ha de preguntarse si, situado hipotéticamente en el mismo lugar del jurado, hubiese persistido alguna duda. Eso supondría usurpar una competencia que el legislador ha querido residenciar en el colegio no profesional. En la distribución de funciones efectuada por la ley quien no tomó contacto directo con la prueba podrá decidir cuándo es objetivamente insuficiente para fundar una sentencia condenatoria; pero no cuándo subjetivamente pudo subsistir un espacio para la duda ante determinadas pruebas. Esta segunda faceta no es supervisable. En ese plano se mueven ordinariamente los frecuentes casos en que confluyen pruebas de cargo y de descargo cuyo balance conjunto, sin embargo, no resta un ápice de certidumbre al Tribunal de instancia sobre la culpabilidad. En ese terreno la última palabra, siempre y cuando esté debidamente motivada y justificada, la ostenta ese tribunal. Las decisiones condenatorias cuando las pruebas son inexistentes o insuficientes son controlables a través de un recurso extraordinario. No lo son cuando concurren pruebas de cargo y de descargo y se

Menú

otorga razonadamente poder convictivo a aquéllas. Si la presunción de inocencia supone un veto a toda condena no basada en prueba de cargo suficiente (efecto negativo); sin embargo no obliga como regla a dotar de mayor credibilidad a la prueba exculpatoria sobre la incriminatoria (inexistente efecto positivo de la presunción de inocencia como regla de juicio; aunque en otras vertientes -regla de tratamiento o principio informador del proceso- sí puedan anudarse a la presunción de inocencia consecuencias positivas y no meramente excluyentes o negativas).

En definitiva, el principio in dubio solo es fiscalizable en el recurso de casación en su aspecto normativo. La presunción de inocencia obliga a partir como premisa en el razonamiento de la inocencia del acusado. El principio in dubio por su parte, no obliga a dudar, sino a absolver cuando valorada toda la prueba, persisten dudas sobre la culpabilidad. Si, pese a ello, se condena, la decisión habrá de ser anulada. Un veredicto acompañado de explicaciones del tipo "nos ha parecido muy probable…";"es casi seguro que lo hizo el acusado…"; "las posibilidades de que no interviniese son escasas…" habría de ser revocado, si es que no fue devuelto por el Magistrado presidente. Constituiría expresión no ya de motivación insuficiente, sino de una decisión legalmente incorrecta en cuanto se viola el estándar "certeza más allá de toda duda razonable"….

…Recapitulando y concluyendo: el principio in dubio opera en casación cuando la Sala que presenció las pruebas condena pese a tener dudas, pero no sitúa al órgano de fiscalización en la posición de interrogarse si él tiene dudas; solo deberá comprobar que el Tribunal de instancia condenó sin tener dudas (por todas, STC 147/2009, de 15 de junio).

Nuestro examen queda circunscrito por esos parámetros. No podemos descender ni al crédito que razonadamente el jurado pueda haber conferido a cada una de las pruebas; ni a la cuestión de si la negativa del acusado ha de tener más fuerza que las pruebas incriminatorias; ni a determinar si los eventuales puntos débiles de algunas pruebas las privan de valor convictivo o, al menos, debieran haber suscitado dudas. Por eso se elude de propósito por improcedente el debate que propone el recurrente, especialmente en el segundo de los motivos, sobre la credibilidad de los diversos testimonios.

Menú

GRABACIÓN SUBREPTICIA DE UNA CONVERSACIÓN CON AUTORIZACIÓN DE UNO DE LOS INTERLOCUTORES: NO ES PRUEBA ILÍCITA. PUEDE SER VALORADA.

Sentencia Nº: 298/2013
RECURSO CASACION Nº:1298/2012
Fallo/Acuerdo: Sentencia Desestimatoria
Procedencia: Sección Séptima de la Audiencia Provincial de Barcelona.
Fecha Sentencia: 13/03/2013
Ponente Excmo. Sr. D.: Antonio del Moral García

El primero de los motivos del recurso lucha para expulsar del bagaje probatorio las grabaciones que habían sido incorporadas a las actuaciones. El art. 11.1 LOPJ funda esa petición: se trataría de prueba ilícita en cuanto obtenida con violación de derechos fundamentales, en concreto el derecho al secreto de las comunicaciones (art. 18.3 CE). A través del art. 852 LECrim el tema tiene acceso a la casación.

Se refiere el recurrente a las grabaciones de las conversaciones mantenidas, con presencia y breves intervenciones de un tercero, entre acusado y el denunciante, José Ignacio González Freixa, grabaciones efectuadas por un detective que actuaba por encargo de éste último. La ilicitud de esa metodología arrancaría de dos datos a los que el recurrente dota de valor singular para intentar separarse de otros precedentes jurisprudenciales:

a) Se habrían obtenido las grabaciones mediante engaño, ocultando el detective su condición y haciéndose pasar por letrado, excusa que sirvió para presenciar momentáneamente la reunión y así supervisar la corrección técnica de la grabación.

b) Sería un tercero ajeno a la entrevista y desde otro lugar quien habría efectuado la escucha y registro; no directamente uno de los intervinientes.

Menú

Con eso se trata de encontrar un elemento diferencial frente a los casos no infrecuentes contemplados en una consolidada jurisprudencia cuyo hito inicial hay que situar en la conocida STC 114/1984, de 29 de noviembre, resolución emblemática por cuanto de ella emanó todo el discurso y desarrollo de la teoría de la prueba ilícita en nuestro ordenamiento. La doctrina de esa sentencia solo legitimaría en el entendimiento del recurrente el uso de la grabación subrepticia

de una conversación efectuada por uno de los interlocutores. La intromisión de un tercero ajeno supondría una vulneración del art. 18 CE.

No es así. La utilizabilidad de ese medio de prueba no queda supeditada a la conformidad en la grabación de todos los partícipes o contertulios; ni a la ausencia de toda connotación subrepticia o de engaño u ocultación por parte de quien dispone lo necesario para la fijación en un soporte de la conversación. Es suficiente que uno de los comunicantes o interlocutores preste su consentimiento para la intervención y grabación por un tercero para que resulte inoperante la cláusula de exclusión del art. 11 LOPJ. Es un elemento probatorio valorable. Sólo la escucha o grabación por un tercero sin autorización de ninguno de los comunicantes ni de la autoridad judicial convierte en inutilizable ese medio probatorio.

PROPORCIONALIDAD DE LA PENA

Sentencia Nº: 327/2013
RECURSO CASACION Nº:1459/2012
Fallo/Acuerdo: Sentencia Desestimatoria
Procedencia: Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Sevilla.
Fecha Sentencia: 04/03/2013
Ponente Excmo. Sr. D.: Antonio del Moral García

El cuarto de los motivos se cobija en el art. 25 CE para denunciar la falta de proporcionalidad de la pena impuesta (art. 852 LECrim) que se considera excesiva, lo que también subliminalmente es sugerido por el Tribunal a quo que ha elegido la duración mínima posible que ya reputa "bastante severa" por sí misma.

La pena señalada por el Código Penal al delito objeto de condena tanto según la legislación vigente en el momento de los hechos (art. 182.2) como en la vigente (art. 181.4) es de prisión comprendida entre cuatro y diez años.

Menú

El Tribunal ha optado exactamente por el mínimo permitido por la Ley. No es factible en virtud de una subjetiva estimación sobre la "excesiva" dureza de la pena desvirtuar la subsunción jurídica, a lo que parece empujar el recurrente, o introducir una atenuante, pese a la ausencia de sus presupuestos, para atemperar la penalidad. Son esos los dos caminos que señala el escrito de recurso para "remediar" la falta de proporcionalidad y obtener una penalidad más ponderada (según el criterio del recurrente) y más acorde con la finalidad

resocializadora a la que deben tender las penas privativas de libertad según proclama el art. 25.2 CE.

No es atendible esa forma de razonar: ni el principio de proporcionalidad autoriza a los Tribunales a aplicar torcidamente la legislación para adecuarla a las propios criterios sobre la gravedad de unos determinados hechos, manejando a su capricho tipos penales y circunstancias modificativas; ni la finalidad resocializadora a que deben tender las penas privativas de libertad por mandato constitucional excluye otros fines anudados por el ordenamiento a las penas de prisión. Esa finalidad enunciada en el art. 25 CE condiciona la fase de ejecución e inspira la interpretación y forma de aplicar muchas instituciones penitenciarias y sustitutivos penales, pero su papel en fase de enjuiciamiento es muy reducido (especialmente en un derecho penal del hecho propio de un Estado de Derecho: a lo más, es un factor a valorar en las tareas de individualización).

El juicio sobre la proporcionalidad de las penas compete al legislador en una primera instancia (SSTC 55/1996, 88/1996, de 23 de mayo y 161/1997, de 30 de octubre). A la valoración efectuada por el poder legislativo y plasmada en la norma penal emanada del Parlamento han de atenerse en el ejercicio de sus funciones jurisdiccionales jueces y tribunales. En el discernimiento de qué penas son las adecuadas para cada conducta ilícita goza el legislativo, respaldado por la legitimidad democrática, de un margen de discrecionalidad que debe ser respetado. Es verdad que esa libertad no es constitucionalmente absoluta. La Constitución impone unos mínimos estándares de proporcionalidad que enlazan con los derechos proclamados en su art. 25.1. Desde ese enfoque la ley penal puede llegar a ser fiscalizada por el Tribunal Constitucional: tanto si es de manera patente innecesaria una reacción de tipo penal; como si se estima excesiva la intensidad de la pena en relación con la entidad del delito. En este segundo nivel nos moveríamos en lo que se ha denominado desproporción en sentido estricto (STC 136/1999, de 20 de julio). En todo caso también el Tribunal Constitucional ha de partir del respeto a la potestad exclusiva del legislador para configurar los bienes penalmente protegidos, los comportamientos penalmente reprensibles, el tipo y la cuantía de las sanciones penales, y la proporción entre las conductas que pretende evitar y las penas con las que intenta conseguirlo. Esas cautelas le confinan a una posición en la que tan solo cabe verificar que la norma penal no produce "un patente derroche inútil de coacción que convierte la norma en arbitraria y

Menú

que socava los principios elementales de justicia inherentes a la dignidad de la persona y al Estado de Derecho" (STC 55/1996, fundamento jurídico 8º). La evaluación de la conveniencia, calidad o perfectibilidad de la norma corresponde al legislador. "…sólo cabrá catalogar la norma penal o la sanción penal que incluye como estrictamente desproporcionada cuando concurra un desequilibrio patente y excesivo o irrazonable entre la sanción y la finalidad de la norma a partir de las pautas axiológicas constitucionalmente indiscutibles y de su concreción en la propia actividad legislativa" (STC 161/1997, de 30 de octubre).

Linderos todavía más angostos encorsetan la capacidad de los órganos de la jurisdicción ordinaria de valorar una norma penal desde esa perspectiva de proporcionalidad. Han de tenerla presente. De un lado, para, dentro de los márgenes legales, individualizar la pena en cada caso atendiendo a los criterios del Código que hacen referencia a esos cánones de proporcionalidad. De otra parte, en los supuestos excepcionales en que constaten ese "derroche inútil" de coacción que podría acarrear la inconstitucionalidad de la norma, planteando la cuestión de constitucionalidad. Por fin, y esa prescripción representa un indudable eco legal del principio de proporcionalidad, han de elevar una memoria al Gobierno exponiendo lo conveniente cuando de la rigurosa aplicación de las disposiciones de la ley resulte penada una acción u omisión que a su juicio no debiera serlo, o cuando la pena sea notablemente excesiva, atendidos el mal causado por la infracción y las circunstancias personales del reo (art. 4.3 CP) (STS 466/2012, de 28 de mayo).

Pero el principio de proporcionalidad no puede convertirse en una herramienta para manipular al propio antojo la legislación penal. El Tribunal de instancia se ha atenido estrictamente a esos condicionantes. La pena objetivamente es severa. Son cuatro años de prisión que recaen sobre una persona joven. Pero los hechos también son graves. No hay razones ni las ha tenido la Sala de instancia para tachar de desacompasada esa reacción penal frente a los hechos. No hay base para activar ni el expediente del art. 4.3 CP, ni, mucho menos, una infundada cuestión de inconstitucionalidad. La normativa penitenciaria proporciona instrumentos suficientes para una individualización ulterior y final en fase de ejecución con observación más ponderada de las circunstancias personales del penado y adecuando la ejecución de esa pena a sus necesidades resocializadoras específicas.

Menú