

**TRIBUNAL SUPREMO**  
**Sala Segunda**  
**Gabinete Técnico**

**DOCTRINA PROCESAL**  
**DE LA SALA DE LO PENAL**  
**(2004 – 2007)**

**JULIO 2007**

## Contenido

ACUMULACIÓN DE CONDENAS. ....	12
ACUMULACIÓN DE CONDENAS. Doctrina jurisprudencial. ....	13
ACUMULACIÓN DE CONDENAS. Ejecución. ....	14
ACUMULACIÓN DE CONDENAS. Necesidad de liquidación. Mantenimiento de los beneficios consolidados en las revisiones de sentencias. ....	15
ACUMULACIÓN DE CONDENAS. Requisitos. ....	16
AUTO DE PROCESAMIENTO. Naturaleza y alcance. ....	17
AUTO DE TRANSFORMACIÓN DE DILIGENCIAS PREVIAS A PROCEDIMIENTO ABREVIADO. Su falta de notificación no supone necesariamente indefensión. ....	17
COMPETENCIA PROCESAL. Competencia. Intervención de la jurisdicción española. Delito de apropiación indebida. ....	19
COMPETENCIA PROCESAL. Competencia. Principio de Justicia Universal. Art. 23.4. LOPJ. ....	21
COMPETENCIA PROCESAL. Competencia del T. S. J. respecto a la situación personal del acusado. ....	28
COMPETENCIA PROCESAL. Lugar de comisión del delito. ....	29
COMPETENCIA PROCESAL. Naturaleza privilegiada del aforamiento. ....	30
COMPETENCIA PROCESAL. Principio de Personalidad. ....	31
CONCURSO: Delito de falsedad y estafa. Penalidad por separado. ....	33
CONCURSO. Relación entre el tipo del art. 188.1 y el 312/.2. del C. Penal. Concurso real. .	34
CONCURSO DE DELITOS. Concurso medial entre robo y detención. Concurso entre robo y allanamiento. Pluralidad de conexiones mediales. ....	35
Así las cosas este motivo debe estimarse con este alcance: apreciar un concurso medial entre el delito de allanamiento de morada, delito de robo con violencia y uso de armas y un delito de detención ilegal, y otro concurso medial entre el delito de robo con violencia y uso de armas y el segundo delito de detención ilegal». (F. J. 12º) ....	38
CONCURSO DE NORMAS. Cohecho y omisión del deber de perseguir delitos. ....	38
CONCURSO DE NORMAS Y CONCURSO DE DELITOS. Principio “non bis in idem”: delito contra la ordenación del territorio del art. 319 CP y delito contra el medio ambiente del art. 325 CP. Sanción por el tipo más grave, 325 CP. ....	39
COSA JUZGADA. Estafa y alzamiento de bienes. ....	40
COSTAS PROCESALES. De la actora popular. Inaplicación a los delitos que afecten negativamente a los denominados “intereses difusos”. ....	41
COSTAS PROCESALES. Inclusión de las causadas por acusador particular. ....	43
CUESTIONES PREJUDICIALES. Resolución por el Juez Penal. Inaplicabilidad del art. 4 LECrim. en favor del art. 10 LOPJ. ....	44
DERECHOS FUNDAMENTALES. Asistencia de letrado. No es preciso en un examen radiológico voluntario. ....	47
DERECHOS FUNDAMENTALES. Compatibilidad entre agravaciones del art. 529.7º y 8º. ....	48
DERECHOS FUNDAMENTALES. Conformidad. ....	49
DERECHOS FUNDAMENTALES. Declaración de un coimputado. ....	50
DERECHOS FUNDAMENTALES. Defensa y contradicción. Registro de equipaje. ....	50
DERECHOS FUNDAMENTALES. Derecho a guardar silencio. Declaraciones sumariales. ....	52
DERECHOS FUNDAMENTALES. Derecho a la defensa. Facultad de cambio de letrado. Alcance. ....	52

DERECHOS FUNDAMENTALES. Derecho a la intimidad. Audiencia pública solo la víctima menor de edad no compareció a la vista.....	53
Sentencia: nº 1031/2006 de fecha 31/10/2006.....	53
En el supuesto examinado nos encontramos con unos presuntos abusos sexuales sobre una niña de 3 años y medio, ello implica que si la Audiencia hubiera acordado celebrar el juicio a puerta cerrada, tal decisión no hubiera contravenido lo preceptuado en el art. 680 LECrim. y 232.1 LOPJ., pero a sensu contrario su decisión de celebrar la vista en audiencia pública cuando la víctima menor de edad no compareció al acto de la vista, no lesiona su derecho a la intimidad y no implica vulneración de derecho constitucional que pudiera afectar a la decisión de fondo de la sentencia». (F. J. 5º).....	53
DERECHOS FUNDAMENTALES. Derecho a la intimidad y a la autodeterminación informativa en relación al ADN. ....	54
Sentencia: nº 949/2006 de fecha 04/10/2006.....	54
DERECHOS FUNDAMENTALES. Derecho a la libertad de información. ....	58
DERECHOS FUNDAMENTALES. Derecho a la prueba. Modificación de las resoluciones instructorias. ....	58
DERECHOS FUNDAMENTALES. Derecho a la segunda instancia. Alcance. ....	59
En el hipotético supuesto de que se cumplieran las previsiones legales y tuviera efectividad la normativa en ciernes, se aplicaría a los recursos posteriores a la definitiva implantación del recurso penal». (F. J. 1º).....	61
DERECHOS FUNDAMENTALES. Segunda instancia penal. Doctrina. ....	61
DERECHOS FUNDAMENTALES. Derecho a la segunda instancia penal. Reforma.....	63
DERECHOS FUNDAMENTALES. Derecho a la segunda instancia penal. Revisión de la prueba. ....	63
DERECHOS FUNDAMENTALES. Derecho a la tutela judicial efectiva. Derecho a la revisión de la valoración probatoria en sentencia absolutoria. ....	65
DERECHOS FUNDAMENTALES. Derecho a la tutela judicial efectiva. La respuesta fundada aunque incorrecta no vulnera ese derecho fundamental. ....	67
DERECHOS FUNDAMENTALES. Derecho a la tutela judicial efectiva. Personación de la víctima. Nueva regulación. ....	68
DERECHOS FUNDAMENTALES. Derecho a la tutela judicial efectiva. Vulneración inexistente pese a no efectuársele al perjudicado ofrecimiento de acciones. ....	69
DERECHOS FUNDAMENTALES. Derecho a no declarar contra sí mismo: No existe obligación de proporcionar cuerpo de escritura. ....	70
DERECHOS FUNDAMENTALES. Derecho a un juez imparcial. Art. 54- 12 Lecrim. Subsanación de la proposición de prueba. ....	71
DERECHOS FUNDAMENTALES. Derecho a un juez imparcial. Cambio de juez “por necesidad del servicio”. ....	75
DERECHOS FUNDAMENTALES. Derecho a un juez imparcial. Causas de abstención. Analogía. ....	76
DERECHOS FUNDAMENTALES. Derecho a un juez imparcial. Doctrina. ....	77
DERECHOS FUNDAMENTALES. Derecho a un juez imparcial. Enjuiciamiento por los mismos jueces que ordenan incoar Procedimiento Abreviado. ....	78
DERECHOS FUNDAMENTALES. Derecho a un juez imparcial. Necesidad de planear la cuestión en instrucción. ....	79
DERECHOS FUNDAMENTALES. Derecho a un juez imparcial. Recusación. Momento procesal para interponerla y consecuencias de su planteamiento tardío. ....	80
DERECHOS FUNDAMENTALES. Derecho a un juez imparcial. Supuestos.....	81

DERECHOS FUNDAMENTALES. Derecho a un juez predeterminado por ley. Tramitación por Juzgado de Instrucción de procedimiento competencia de un Juzgado Central de Instrucción. ....	82
Así mismo, una de las Defensas, relacionada con la anterior cuestión, plantea también la infracción del derecho constitucional mencionado que habría supuesto el hecho de que no se hubieran cumplido, en la presente ocasión, las normas de reparto de asuntos entre los Juzgados de la misma localidad y partido judicial de quien, en definitiva, actuó como Instructor en este procedimiento». (F. J. 1º.1).....	82
DERECHOS FUNDAMENTALES. Derecho a un proceso con todas las garantías. Derecho a interrogar a los testigos.....	82
DERECHOS FUNDAMENTALES. Derecho a un proceso con todas las garantías. Entrega a España de un ciudadano no comunitario. ....	83
DERECHOS FUNDAMENTALES. Derecho a un proceso con todas las garantías. Legitimación para actuar en el proceso como parte actora que ejercita la acción penal y, a la vez, como demandada en calidad de responsable civil subsidiaria. ....	84
DERECHOS FUNDAMENTALES. Derecho a un proceso con todas las garantías. Ley de secretos oficiales.....	85
DERECHOS FUNDAMENTALES. Derecho a un proceso con todas las garantías. Medios de prueba innecesaria sobreañadida. ....	87
DERECHOS FUNDAMENTALES. Derecho a un proceso con todas las garantías y a la intimidad. Examen de la memoria del teléfono móvil de un detenido por la policía sin autorización judicial. ....	88
DERECHOS FUNDAMENTALES. Derecho a un proceso con todas las garantías sin indefensión. Necesaria presencia del acusado para la celebración del juicio.....	89
DERECHOS FUNDAMENTALES. Derecho de defensa. Causa voluminosa. Traslado a las partes. Art. 791.1. Lecrim.....	91
DERECHOS FUNDAMENTALES. Derecho de defensa. Designación de letrado en el acto del juicio. ....	91
DERECHOS FUNDAMENTALES. Derecho de defensa. Inasistencia de letrado a la declaración. Nulidad de actuaciones. ....	92
DERECHOS FUNDAMENTALES. Derecho de defensa. Personación de la víctima. ....	95
DERECHOS FUNDAMENTALES. Doctrina sobre el derecho a los recursos.....	96
DERECHOS FUNDAMENTALES. El derecho al secreto de las comunicaciones postales protege la correspondencia y no el envío de cualquier otro paquete postal. Doctrina del Tribunal Constitucional. ....	98
DERECHOS FUNDAMENTALES. Intervenciones telefónicas. Falta de notificación del auto al Ministerio Fiscal. ....	100
DERECHOS FUNDAMENTALES. Juez ordinario predeterminado por la ley. No cabe considerar nulas las actuaciones de un Juzgado de Instrucción ordinario respecto de delitos. Competencia de la Audiencia Nacional. ....	101
DERECHOS FUNDAMENTALES. Libertad de expresión de un parlamentario. ....	104
DERECHOS FUNDAMENTALES. Proceso con garantías. La relevancia constitucional de los vicios del procedimiento exige indefensión material. ....	106
DERECHOS FUNDAMENTALES. Secreto de las comunicaciones. Intervención telefónica. Ámbito de lo que puede acordarse por providencia. ....	106
DERECHOS FUNDAMENTALES. Secreto de las comunicaciones. Intervención telefónica. Motivación del auto autorizante. ....	108
DERECHOS FUNDAMENTALES. Secreto de las comunicaciones. Intervenciones telefónicas: requisitos. No se exige transcripción íntegra, ni audición por el juez.....	108
DERECHOS FUNDAMENTALES. Tribunal imparcial. ....	109

DERECHOS FUNDAMENTALES. Tutela Judicial efectiva. Indefensión.....	111
DERECHOS FUNDAMENTALES. Tutela judicial efectiva. Nulidad de sentencia dictada por los Magistrados.....	112
DERECHOS FUNDAMENTALES. Tutela Judicial efectiva. Personación extemporánea...	113
DILACIONES INDEBIDAS. Rebaja de la pena a dos grados. ....	114
DILIGENCIAS COMPLEMENTARIAS. Art.780 LECrim. ....	115
ERROR DE HECHO. Doctrina.....	116
ERROR DE HECHO EN LA APRECIACIÓN DE LA PRUEBA.....	117
ERROR DE PROHIBICIÓN.....	118
ERROR DE PROHIBICIÓN. Artículo 192 bis del Código Penal. ....	119
ERROR DE PROHIBICIÓN. Detención ilegal. Atenuación en el caso de dar libertad antes de las 72 horas. ....	119
ERROR DE PROHIBICIÓN. Doctrina.....	120
ERROR DE PROHIBICIÓN. Error invencible.....	121
ERROR DE PROHIBICIÓN. No es un problema de prueba su evitabilidad. ....	123
ERROR DE TIPO. Doctrina.....	124
ERROR DE TIPO. Ignorancia deliberada.....	125
ERROR JUDICIAL. Error “facti”. Informe Pericial.....	126
ERROR JUDICIAL. Error “facti”. Requisitos.....	127
NORMAS PENALES EN BLANCO. Integración mediante normas autonómicas.....	128
PENALIDAD. Aplicación de las D.T. del C.P, en particular la nº 11, en relación con leyes penales especiales. Art. 143 LOREG. ....	129
PENALIDAD. Cancelación de antecedentes penales. Requisitos. ....	130
PENALIDAD. Concurrencia de dos atenuantes.....	131
PENALIDAD. Consideración como reincidente de quién legalmente no lo es.....	132
PENALIDAD. Determinación de pena equivalente al arresto de fin de semana en delito electoral. ....	133
PENALIDAD. Fijación de la multa. ....	133
PENALIDAD. Individualización. Falta de motivación. Subsanación en casación.....	134
PENALIDAD. Individualización de la pena. ....	135
PENALIDAD. Motivación de la pena.....	137
PENALIDAD. Pena de arresto de fin de semana en delito electoral. Sustitución de pena suprimida por pena análoga en aplicación disposición transitoria undécima del Código Penal. Acuerdo del pleno no jurisdiccional.....	138
PENALIDAD. Pena de prohibición de aproximación a la víctima de un delito. Procedencia. ....	139
PENALIDAD. Penas accesorias. Inhabilitación absoluta. Privación de patria potestad. Improcedente. ....	141
PENALIDAD. Penas suprimidas por el legislador recogidas en leyes penales especiales. ....	144
PENALIDAD. Privación de patria potestad. Ámbito de aplicación como pena accesoria. ....	144
PENALIDAD. Responsabilidad penal subsidiaria. Límite. ....	145
PENALIDAD. Supuestos de pluralidad de hechos en los que parte de ellos ya han sido objeto de enjuiciamiento y condena. ....	147
PENALIDAD. Sustitución de las penas privativas de libertad. Expulsión del territorio nacional.....	147
PENALIDAD. Sustitución de penas privativas de libertad. Expulsión del territorio nacional: criterios insostenibles para oponerse a la medida.....	149
PENALIDAD. Tentativa. Determinación de la pena inferior en grado. ....	149
PENALIDAD. Una pena más grave –procedente- sería un obstáculo para la atención a la víctima. ....	151

POLICÍA JUDICIAL: Configuración en nuestro ordenamiento: consideración como tal del servicio de vigilancia aduanera.....	151
PRESCRIPCIÓN. Apertura del procedimiento.....	153
PRESCRIPCIÓN. Calificación de los órganos judiciales.....	154
PRESCRIPCIÓN. Cómputo del plazo. El día inicial es el de consumación del delito. Fijación de la consumación en la etapa procesal.....	154
PRESCRIPCIÓN. Delito contra la hacienda. Cómputo de los plazos.....	156
PRESCRIPCIÓN. Determinación del plazo.....	157
PRESCRIPCIÓN. Determinación del plazo. Influencia del cambio de calificación de pena grave a menos grave por LO 15/03 y retroactividad ley penal favorable.....	158
PRESCRIPCIÓN. Doctrina del Tribunal Supremo.....	159
PRESCRIPCIÓN. El cómputo se inicia cuando el delito termina.....	161
PRESCRIPCIÓN. En sujetos de continuidad delictiva se ha de estar a la pena que correspondería por esta circunstancia.....	162
PRESCRIPCIÓN. Fijación del momento de comisión de los hechos en la apropiación indebida. Supuesto de bienes del Patrimonio Cultural.....	163
PRESCRIPCIÓN. Inhabilitación especial del art. 192.2 C.P.....	165
PRESCRIPCIÓN. Interrupción. Alcance de la expresión “cuando el procedimiento se dirija contra el culpable”. Doctrina. Aplicación del caso. Solución compatible con el nuevo criterio interpretativo del T.C.....	166
PRESCRIPCIÓN. Interrupción. Comienzo del plazo.....	170
PRESCRIPCIÓN. Interrupción del plazo. Investigación del Fiscal.....	171
PRESCRIPCIÓN. Mutación de la calificación durante el procedimiento. Cambio del título delictivo más grave sostenido por las acusaciones (asesinato) por otro más benigno acogido por la Audiencia (encubrimiento).....	172
PRESCRIPCIÓN. Quiebra fraudulenta. Comienzo del cómputo.....	173
PRESUNCIÓN DE INOCENCIA. Acceso a material clasificado como secreto.....	174
PRESUNCIÓN DE INOCENCIA. Ámbito. In dubio pro reo.....	175
PRESUNCIÓN DE INOCENCIA. Deber de motivación fáctica: doctrina.....	177
PRESUNCIÓN DE INOCENCIA. Deber de motivación fáctica, incumplimiento.....	178
PRESUNCIÓN DE INOCENCIA. Derecho a la intimidad. Cesión de datos obrantes en la Agencia Tributaria.....	180
PRESUNCIÓN DE INOCENCIA. Elementos de juicio obtenidos sin efectiva contradicción: carencia de valor probatorio.....	180
PRESUNCIÓN DE INOCENCIA. “In dubio pro reo”.....	181
PRESUNCIÓN DE INOCENCIA. Prueba pericial.....	182
PRESUNCIÓN DE INOCENCIA. Revisión de la valoración de la prueba.....	183
PRESUNCIÓN DE INOCENCIA. Validez de pruebas obtenidas a través de la cesión de datos de la Administración Tributaria.....	183
PRESUNCIÓN DE INOCENCIA. Valor probatorio de la declaración autoincriminatoria ante policía. Pleno no jurisdiccional de 28-11-2006. Testimonio de referencia de los policías y del letrado.....	184
PRESUNCIÓN DE INOCENCIA. Valor probatorio de la declaración autoincriminatoria ante la policía. Requisitos. Doctrina del T. C. Jurisprudencia del T.S.....	185
PRESUNCIÓN DE INOCENCIA. Valoración de la declaración de testigo protegido.....	188
PRESUNCIÓN DE INOCENCIA. Valoración de la manifiesta inverosimilitud de las declaraciones exculpativas del acusado.....	188
PRESUNCIÓN DE INOCENCIA. Valoración de las distintas declaraciones de un mismo testigo o acusado.....	189
PRESUNCIÓN DE INOCENCIA. Valoración del silencio del acusado. Acto neutro.....	189

PRESUNCIÓN DE INOCENCIA. Valoración del silencio del acusado cuando existen otras pruebas.....	190
PRESUNCIÓN DE INOCENCIA. Valoración del silencio del acusado. Doctrina del TEDH. ....	191
PRESUNCIÓN DE INOCENCIA. Valoración del silencio del acusado. Elemento corroborador de su inculpatión.....	191
PREVARICACIÓN JUDICIAL. Los acuerdos encajan en la categoría de las resoluciones. ....	194
PRINCIPIOS PROCESALES. Inmediación. Valor. ....	194
PRINCIPIOS PROCESALES. Presunción de inocencia y tutela judicial efectiva. Conflicto entre ámbos derechos. Voto particular. ....	195
PRINCIPIOS PROCESALES. Principio acusatorio. Asesinato, circunstancias cualificadas.....	200
PRINCIPIOS PROCESALES. Principio Acusatorio. Auto de procesamiento. ....	201
PRINCIPIOS PROCESALES. Principio acusatorio. Delito continuado. ....	204
PRINCIPIOS PROCESALES. Principio acusatorio. Derecho a no ser acusado de algo que había sido sobreseído y por lo que se había denegado la apertura del juicio oral. ....	205
PRINCIPIOS PROCESALES. Principio acusatorio. Modificación de calificación provisional. ....	207
PRINCIPIOS PROCESALES. Principio acusatorio. Mutación fáctica que vulnera ese principio.....	208
PRINCIPIOS PROCESALES. Principio acusatorio. Valoración. ....	209
PRINCIPIOS PROCESALES. Principio acusatorio. Vinculación a las calificaciones. ....	210
PRINCIPIOS PROCESALES. Principio acusatorio. Vinculación del Tribunal a la pena máxima en concreto pedida por las acusaciones. Acuerdo Plenario de 20/12/2006. ....	212
PRINCIPIOS PROCESALES. Principio acusatorio. Vulneración. Falta de homogeneidad entre delito de lesiones y de violencia doméstica.....	216
PRINCIPIOS PROCESALES. Principio acusatorio y derecho de defensa. No se vulnera al imponer el tribunal pena más grave que la solicitada por las acusaciones.....	218
PRINCIPIOS PROCESALES. Principio de contradicción. ....	219
PRINCIPIOS PROCESALES. Principio de contradicción. ....	221
PRINCIPIOS PROCESALES. Principio de intervención mínima.....	223
PRINCIPIOS PROCESALES. Principio de responsabilidad personal. Tenencia ilícita de armas.....	223
PRINCIPIOS PROCESALES. Principio “Ne bis in idem”. No excluye la posibilidad de que un hecho declarado conforme a derecho por la Administración sea objeto de sanción penal. ....	224
PRINCIPIOS PROCESALES. Principio “non bis in idem”. Administración de loterías. Responsabilidad Civil: Compañías aseguradoras.....	225
PRINCIPIOS PROCESALES. Principio “non bis in idem”. Art. 180.2 Código Penal. ....	228
PRINCIPIOS PROCESALES. Principio “non bis in idem”. Concepto de acción en el ámbito penal. ....	229
PRINCIPIOS PROCESALES. Principio “non bis in idem”. Doble sanción: penal y administrativa. ....	230
PROCESO PENAL. Celebración de juicio oral en ausencia de los acusados, intervinientes en el acto mediante videoconferencia. Nulidad.....	231
PROCESO PENAL. Legitimación. Acción popular. ....	232
PROCESO PENAL. Limitación del principio acusatorio para la protección del acusado.....	233
PROCESO PENAL. Sobreseimiento libre. Límites del instructor.....	234
PRUEBA. ADN. Protección de datos personales. Recogida de muestras y autorización judicial. Criterio de Acuerdo de Pleno de 31/01/06. ....	235
PRUEBA. ADN. Recogida de muestras biológicas sin necesidad de autorización judicial. .	242

PRUEBA. ADN. Vulneración. Recogida de la muestra indubidada. Necesidad de intervención judicial. ....	243
PRUEBA. Análisis pericial. Comparecencia de perito distinto del firmante del informe. ....	244
PRUEBA. Autoinculpatoria en fase procesal. Prueba de coimputado voto particular.....	245
PRUEBA. Cacheos. Doctrina jurisprudencial. ....	250
PRUEBA. Confesión. Efectos. ....	252
PRUEBA. Confesión del inculpado. ....	253
PRUEBA. Confesión del inculpado. Conexión de antijuricidad.....	254
PRUEBA. Confesión del inculpado. Conexión de antijuricidad.....	255
PRUEBA. Confesión del inculpado. Requisitos. ....	259
PRUEBA. Confesión del inculpado en fase sumarial. Lectura de declaración en plenario ante silencio acusado. Conexión de antijuricidad con intervención telefónica ilícita.....	260
PRUEBA. Contraindicios.....	263
PRUEBA. Dactiloscopia. Agresión sexual. Compatibilidad con la circunstancia agravante del art. 22.2. del C.P. Requisitos. ....	264
PRUEBA. Declaración como testigo protegido e imputado con información de derechos y asistencia letrada, prestando juramento: nulidad.....	266
PRUEBA. Declaración de coimputado. Contradicción.....	267
PRUEBA. Declaración de coimputado. Doctrina. ....	269
PRUEBA. Declaración de coimputado. Doctrina del TC. ....	272
PRUEBA. Declaración de coimputado. Doctrina del Tribunal Constitucional. Corroboración externa. ....	273
PRUEBA. Declaración de testigo en fase instructora. Art. 730 LECrím.....	275
PRUEBA: Declaración de testigo en fase instructora. Art. 730 LECrim.....	275
PRUEBA: Declaración de testigo en fase instructora que se retracta en plenario. Art. 714 LECrim. ....	276
PRUEBA. Declaración de testigo menor en fase de Instrucción. Prueba preconstituida.....	278
PRUEBA. Declaración del testigo que declara oculto. Motivación.....	279
PRUEBA. Declaración de la víctima. ....	281
PRUEBA. Declaración de la víctima. Credibilidad. ....	281
PRUEBA. Declaración efectuada en el atestado: primero como testigo y luego como imputado. La primera no puede introducirse a través de los agentes policiales ante los que prestó. ....	282
PRUEBA. Declaraciones nulas a todos los efectos.....	282
PRUEBA. Denegación de preguntas. Art. 66.4º del Código Penal.....	283
PRUEBA. Derecho a la prueba. Requisitos. ....	284
PRUEBA. Dispensa de declarar: testigo víctima. Equiparación de la pareja de hecho al matrimonio. ....	285
PRUEBA. Eficacia probatoria de una resolución judicial.....	286
PRUEBA. Entrada y registro. Concepto de domicilio. ....	286
Cualquier ámbito espacial limitado, que el sujeto escoge y elige, y que por lógica ha de quedar exento o inmune de las agresiones exteriores, sea un particular, sea la Autoridad. (F.J. 3º) .	289
En el caso presente, la droga intervenida se encontraba debajo y detrás de la barra de un bar que se encontraba abierto al público y en el mismo habitáculo o dependencia destinado al mismo, y aunque la parte de detrás de la barra no sea una zona a la que suela acceder el público, no puede en modo alguno ser calificada como lugar donde se ejerza la privacidad o la intimidad a que hemos hecho referencia como elemento condicionante de la protección constitucional del domicilio, sino, en todo caso, como una zona reservada a los empleados y trabajadores del local para el ejercicio de sus tareas laborales y, por tanto, sin posibilidad alguna de equiparación con el ámbito domiciliario». (F.J. 4º).....	289



PRUEBA. Entrada y registro. Control de las sustancias intervenidas.....	289
PRUEBA. Entrada y registro. Entrada judicialmente autorizada y registro amparado por la flagrancia delictiva. ....	291
PRUEBA. Entrada y registro. Inexistencia de delito flagrante. ....	291
PRUEBA. Entrada y registro. “Interesado”. Presencia del titular del domicilio, presencia del imputado. ....	292
PRUEBA. Entrada y registro. No constituye flagrancia la entrada sin resolución judicial con el fín de asegurar las pruebas del delito.....	293
PRUEBA. Entrada y registro. Trastero. ....	294
PRUEBA. Entrada y registro. Validez pese a no estar presente el interesado detenido. ....	294
PRUEBA. Entrada y registro domiciliario: consentimiento: requisitos .....	294
PRUEBA. Entrada y registro en buque con bandera extranjera.....	296
«...Respecto de la primera de tales alegaciones, baste recordar, insistiendo en lo ya suficientemente razonado, con pleno acierto, por la Sala de instancia en su Sentencia, que nos encontramos ante una nave que no puede reclamar para sí el amparo de los Convenios que regulan la navegación, especialmente el suscrito en Montego Bay, en 1982, toda vez que el Rapa Nui utilizaba un doble abanderamiento, habiendo dispuesto, en el inicio de su travesía, de bandera chilena para, posteriormente, izar la hondureña, con clara intención de ocultar su verdadera identidad, llegando a ostentar en su casco la referida denominación Rapa Nui, que tampoco se corresponde con su nombre real, como exhaustivamente demuestran los atinados fundamentos contenidos, respecto de este extremo, en la Resolución recurrida, tras un pormenorizado examen de las pruebas documentales obrantes al respecto en las actuaciones. Argumentos a los que nos remitimos para rechazar la alegada necesidad de contar con dicha autorización de las autoridades de la República de Honduras». (F. J. 1º.4).....	296
PRUEBA. Entrada y registro en domicilio. Alcance de autorización judicial.....	297
PRUEBA. Entrada y Registro en domicilio. Requisitos de motivación.....	298
PRUEBA. Falta de notificación al Ministerio Fiscal de los autos acordando restricción de los Derechos Fundamentales.....	299
PRUEBA: Grabaciones videográficas.....	299
PRUEBA. Grabaciones videográficas: apoyo documental de la declaración testifical. ....	300
PRUEBA. Igualdad ante la ley. ....	301
PRUEBA. Imparcialidad. Negativa a declarar del imputado. ....	304
PRUEBA. Imparcialidad del jurado. Presiones externas al proceso. ....	306
PRUEBA. Informe médico-forense sobre lesiones. Prueba preconstituida. La falta de ratificación en la vista no le priva de eficacia probatoria al no haber sido impugnado.....	306
PRUEBA. Intervención telefónica. Audición de cintas en juicio. Doble naturaleza de las cintas: documental y pieza de convicción. Basta solicitar tal diligencia como complemento de la prueba documental interesada.....	309
PRUEBA. Intervención telefónica: auto de ampliación a nuevos hechos ante descubrimiento casual. ....	310
PRUEBA. Intervención telefónica. Captura de datos externos. Se extiende el ámbito de protección del derecho fundamental.....	311
PRUEBA. Intervención telefónica. Control judicial de las medidas y sus prórrogas. ....	313
PRUEBA. Intervención telefónica. Control judicial de transcripciones policiales.....	313
PRUEBA. Intervención telefónica. El acudir a “noticias confidenciales” para motivar la diligencia no es suficiente.....	314
PRUEBA. Intervención telefónica. La falta de notificación al Ministerio Fiscal no afecta al derecho de defensa del acusado.....	314
PRUEBA: Intervención telefónica. Motivación. Remisión del auto al oficial policial.....	315

PRUEBA. Intervención telefónica. Motivación. Remisión del auto al oficio policial. Defectos en la motivación y en el oficio policial.....	316
PRUEBA. Intervención telefónica. Requisitos. No notificación a imputados.....	322
PRUEBA. Intervención telefónica. Requisitos. Regulación actual. Prórrogas y medidas de control. Requisitos para su inclusión en el acto de juicio como prueba.....	323
PRUEBA. Intervenciones telefónicas.....	325
PRUEBA. Intervenciones telefónicas. Condición de las cintas.....	327
PRUEBA. Intervenciones telefónicas. Efectos de ilicitud. Voto particular.....	327
PRUEBA. Intervenciones telefónicas: Incorporación al acto del juicio.....	329
PRUEBA. Intervenciones telefónicas. Indicios no suficientes.....	329
PRUEBA. Intervenciones telefónicas. Medidas proporcionadas en caso de cohecho y revelación de secretos.....	330
PRUEBA. Intervenciones telefónicas. Motivación.....	331
PRUEBA. Intervenciones telefónicas ilícitas. Nulidad de sentencia.....	331
PRUEBA. Inviolabilidad del domicilio. Ausencia del interesado, detenido, en el registro...	332
PRUEBA. Inviolabilidad del domicilio. Presencia del interesado en el registro.....	333
PRUEBA. Pericial. Dosis psicoactiva.....	339
PRUEBA . Pericial. Impugnación de los informes.....	339
PRUEBA. Pericial. Impugnación eficaz de toxicología.....	341
PRUEBA. Pericial. Petición de un contrainforme al inicio del juicio oral.....	342
PRUEBA. Pericial. Principio acusatorio.....	343
PRUEBA. Pericial caligráfica. Asistencia de letrado.....	344
PRUEBA. Prevalencia de la prueba instructora. Declaración de un coimputado.....	352
PRUEBA. Reconocimiento de voces.....	364
PRUEBA. Reconocimiento de voz.....	364
PRUEBA. Rectificación de declaraciones sumariales. Cuestión de credibilidad ajena al objeto del recurso de casación.....	366
PRUEBA. Testifical. Apercebimiento a testigo víctima.....	369
PRUEBA. Testifical. De funcionarios públicos.....	370
PRUEBA. Testifical. Declaración prestada en la segunda sesión del juicio.....	371
PRUEBA. Testifical. Valoración. Supuestos.....	371
PRUEBA. Testifical. Valoración del testimonio de un retrasado mental.....	375
PRUEBA. Testifical: víctima menor.....	376
PRUEBA. Testimonio de adicto comprador de droga.....	388
RECURSO DE CASACIÓN. Adaptación de motivos. Disposición Transitoria Quinta de la L.O. 15/03. Cambio de título de la impugnación consecuencia de modificación legal favorable.....	398
RECURSO DE CASACIÓN. Ámbito de la adhesión.....	399
RECURSO DE CASACIÓN. Art. 851 Lecrim. Contradicción. Documento. Incongruencia omisiva.....	400
RECURSO DE CASACIÓN: Auto de sobreseimiento.....	401
RECURSO DE CASACIÓN. Autos recurribles.....	405
RECURSO DE CASACIÓN. Autos recurribles en procedimiento abreviado.....	406
RECURSO DE CASACIÓN. Efectos en su tramitación. De la existencia de un procedimiento por falso testimonio. Falta de precisión legal: principio acusatorio.....	407
RECURSO DE CASACIÓN. Extraordinario de unificación de doctrina en el ámbito del Derecho Penitenciario. Doctrina.....	409
RECURSODE CASACIÓN. Incongruencia omisiva.....	415
RECURSO DE CASACIÓN. Incongruencia omisiva.....	416

RECURSO DE CASACIÓN. Infracción de ley. Delito contra la salud pública. Prueba de indicios. ....	418
RECURSO DE CASACIÓN. Legitimación del acusado absuelto para recurrir.....	421
RECURSO DE CASACIÓN. Presunción de inocencia. ....	423
RECURSO DE CASACIÓN. Prueba documental. ....	424
RECURSO DE CASACIÓN. Quebrantamiento de forma. Denegación de prueba. Incomparecencia de un testigo extranjero. ....	424
RECURSO DE CASACIÓN. Quebrantamiento de forma. Falta de claridad y omisión de datos de hecho. ....	425
RECURSO DE CASACIÓN. Quebrantamiento de forma. Predeterminación del fallo. ....	429
RECURSO DE CASACIÓN PARA UNIFICACIÓN DE DOCTRINA EN MATERIA PENITENCIARIA. Resoluciones recurribles. Requisitos tramitación procesal. ....	433
RESPONSABILIDAD CIVIL. Abusos sexuales. Se deduce de la naturaleza de los hechos. ....	439
RESPONSABILIDAD CIVIL. Aplicación del baremo. Indemnización por fallecimiento del padre. ....	441
RESPONSABILIDAD CIVIL. Art. 120.3 CP. Apoyo en el art. 156 e la Ley Cambiaria. ....	442
RESPONSABILIDAD CIVIL. Consorcio de Compensación de Seguros. Art. 20 de la Ley de Contratos de Seguros. ....	445
RESPONSABILIDAD CIVIL. Cuantificación del daño moral consecuencia de conductas defraudatorias. ....	447
RESPONSABILIDAD CIVIL. Devengo de intereses. ....	448
RESPONSABILIDAD CIVIL. Indemnización de daños. A favor de los herederos en caso de fallecimiento. Costas, acusación particular. ....	449
RESPONSABILIDAD CIVIL. Indemnización en el caso de muerte dolosa. ....	450
RESPONSABILIDAD CIVIL. Indemnización por muerte dolosa. ....	452
RESPONSABILIDAD CIVIL. Interpretación del artículo 34 LH. ....	452
RESPONSABILIDAD CIVIL. Muerte dolosa con vehículo. Responsabilidad de la Compañía aseguradora. ....	455
RESPONSABILIDAD CIVIL. Nulidad del matrimonio. ....	457
RESPONSABILIDAD CIVIL. Por delitos cometidos por empleados. Supuesto de subrogación. ....	457
RESPONSABILIDAD CIVIL SUBSIDIARIA. Actuación de “representante”. ....	458
RESPONSABILIDAD CIVIL SUBSIDIARIA. Artículo 120.3 del Código Penal. ....	458
RESPONSABILIDAD CIVIL SUBSIDIARIA. Ayuntamiento por infracción de su deber de garante en actos públicos. ....	460
RESPONSABILIDAD CIVIL SUBSIDIARIA. De una entidad bancaria frente al “cliente”. ....	460
RESPONSABILIDAD CIVIL SUBSIDIARIA DE COMUNIDAD AUTÓNOMA. Delitos cometidos por internos evadidos de Centro Penitenciario. ....	463
RESPONSABILIDAD CIVIL SUBSIDIARIA DEL ESTADO. ....	466
SENTENCIA. Motivación de sentencia absolutoria. ....	467
SENTENCIA. Motivación de sentencia de conformidad. ....	469
SENTENCIA. Motivación de sentencias absolutorias. ....	470
SENTENCIA. Número de Magistrados necesarios para dictarla. ....	472
SENTENCIA. Revisión. La retroacción de la norma penal más favorable afecta. ....	474
TRIBUNAL DEL JURADO. Apelación. Deber de respetar la apreciación de la prueba por los jueces legos. ....	474
TRIBUNAL DEL JURADO. Competencia. Conexidad. ....	475
TRIBUNAL DEL JURADO. Defectos en los hechos objeto de veredicto. ....	476

TRIBUNAL DEL JURADO. Insuficiencia de la motivación del veredicto. Repetición del juicio. ....	478
TRIBUNAL DEL JURADO. Motivación. Elementos de convicción. ....	480
TRIBUNAL DEL JURADO: Motivación. Insuficiencia de la mera consignación ejemplificativa. ....	481
TRIBUNAL DEL JURADO. Motivación . Papel del Magistrado- Presidente. ....	482
TRIBUNAL DEL JURADO. Motivación de veredicto. Doctrina. ....	483
TRIBUNAL DEL JURADO. Motivación de veredicto y contradicción entre sus pronunciamientos. ....	495
TRIBUNAL DEL JURADO. Motivos de apelación. Error de hecho en la apreciación de la prueba. ....	498
TRIBUNAL DEL JURADO. Nulidad de la sentencia absolutoria. ....	499
TRIBUNAL DEL JURADO. Objeto del veredicto. ....	500
TRIBUNAL DEL JURADO. Planteamiento de cuestiones de competencia. ....	502

## ACUMULACIÓN DE CONDENAS.

Recurso: Casación nº 271/2004P  
 Ponente: Sr. Giménez García  
 Sentencia nº 215/2005 de fecha 22/02/2005

«...” Reiterando la doctrina de esta Sala --entre otras STS 149/2000 de 10 de Febrero y las en ella citadas correctamente citada en el auto recurrido-- debemos recordar que el único límite a la acumulación se encuentra en la conexidad cronológica, de suerte que cabrá la acumulación siempre que todas las causas pudieran haber sido enjuiciadas en una misma causa. En definitiva se trata de ajustar la respuesta punitiva, en fase penitenciaria, a módulos temporales aceptable que no impidan el objetivo final de la vocación de reinserción a que por imperativo constitucional están llamadas las penas de prisión --art. 25 C.E.--.

De conformidad con ello los únicos supuestos excluidos de la acumulación serían:

A) Los hechos ya sentenciados cuando se inicia el periodo de acumulación contemplado, pues la sentencia anterior acredita por sí mismo, la imposibilidad de un enjuiciamiento conjunto.

B) Desde otro punto de vista, tampoco serían acumulables los hechos cometidos con posterioridad a la última sentencia que determina la acumulación. Este segundo límite no es de aplicación al caso de autos pues la sentencia que dio lugar a la acumulación ahora recurrida fue la correspondiente a la Ejecutoria 139/2002, habiéndose dictado dicha sentencia el 4 de Mayo de 2000, no existiendo hechos delictivos cometidos con posterioridad a tal fecha, ni en concreto los correspondientes a las Ejecutorias excluidas en el auto recurrido --Ejecutorias 239/2000 y 135/2000--...”». (F.J. 2º)

## **ACUMULACIÓN DE CONDENAS. Doctrina jurisprudencial.**

Recurso: Casación nº 37/2005 P

Ponente: Sr. Maza Martín

Sentencia: nº 1167/2005 de fecha 19/10/2005

«El recurrente, al que se le denegó por el Juzgado “a quo” la refundición de penas que ante él pretendía, recurre tal Resolución por infracción de Ley, al amparo del artículo 849.1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en relación con el 76 y 78 del vigente Código Penal.

La norma reguladora de esta materia, y supuestamente infringida, establece el límite máximo de cumplimiento efectivo de la condena al culpable de varias infracciones penales, en el triple del tiempo por el que se le imponga la más grave de las penas en que haya incurrido, sin que se pueda, con ello, exceder los veinte años de duración, salvo las excepciones que el mismo precepto enumera para la superación de este límite de los veinte años. E, incluso, admite la aplicación de semejante régimen de acumulación de penas a las que hubieren sido impuestas en procesos distintos, con la única exigencia de que los hechos a que las mismas se refieran, por la conexión existente entre ellos, hubieren podido enjuiciarse en un solo procedimiento.

Semejante previsión legal tiene como principal fundamento normativo, al margen de otros variados argumentos expuestos en la doctrina, el de posibilitar eficazmente el sentido reeducador y reinsertador de la sanción penal al que, de modo concreto para la pena privativa de libertad, se refiere el artículo 25.2 de nuestra Constitución, dentro de un marco de inspiración humanitaria del sistema penal, al considerar esos plazos máximos de cumplimiento período suficiente para alcanzar el referido objetivo resocializador que, de otra forma, podría verse frustrado al carecer de sentido y estímulo para el propio penado, en el caso de que su sometimiento al cumplimiento de las sanciones impuestas no tuviere fin o fuere éste tan dilatado en el tiempo que hiciera inútil, de hecho, tal finalidad esencial de la pena, como ya nos recordaba la STS de 30 de Mayo de 1992.

Es por tales razones de principio y mirando sobre todo al espíritu que anima semejante régimen que este Tribunal (Acuerdo de 1996 y Ss. 23 de Noviembre y 19 de Diciembre de 2001, entre muchas otras), superando un antiguo criterio que ponía el acento en la concurrencia de la “conexidad” de los hechos que motivaron la aplicación de las penas cuya refundición se solicitaba, en los términos en los que dicha “conexidad” es contemplada en el artículo 17 de la Ley de procedimiento penal, en la actualidad atiende, tan sólo y no sin ciertas críticas externas, a un criterio estrictamente cronológico, es decir, tan sólo referido al dato esencial de que, en definitiva, los delitos hubieren podido ser realmente enjuiciados en un mismo procedimiento, a la vista de las diferentes fechas de acaecimiento y posterior enjuiciamiento de los mismos.

Tal solución además se asienta no sólo en la propia exigencia expresa contenida en el artículo 76 del Código Penal, sino, también, en el hecho evidente de que, de no hacerse así, siempre serían posibles sucesivas acumulaciones de condenas “ad infinitum”, de modo que quien ya hubiere alcanzado la primera de ellas

dispondría de la impunidad de sus ulteriores conductas infractoras, cuyo castigo quedaría englobado en aquella sin otra repercusión alguna, especialmente cuando la pena ulteriormente impuesta fuere igual o inferior a la que ya sirvió de base para fijar el límite del resultado de la acumulación. Y más aún, si se hubiera alcanzado ya el límite máximo de los veinte años, en cuyo caso, cualquier delito posterior, por grave que fuere, carecería de toda repercusión sancionadora, anulándose así los fines de prevención propios de la norma penal.

En tal sentido, el criterio actual es, incuestionablemente generoso, pero también suficientemente claro al impedir la inclusión en una determinada acumulación de las penas impuestas por hechos cometidos con posterioridad a la primera de las Sentencias que dicha acumulación abarca, pues, evidentemente, resultaría del todo imposible que tales nuevos hechos hubieran podido ser enjuiciados en ese mismo procedimiento, ya finalizado a la fecha de acaecimiento de los mismos.

Por el contrario, la acumulación se vé siempre como posible para la totalidad de los delitos que se hubieren cometido antes de recaer esa primera Sentencia, sin exigencia de otro requisito añadido». (F.J. 1º)

## **ACUMULACIÓN DE CONDENAS. Ejecución.**

Recurso: Casación nº 597/2005

Ponente: Sr. Delgado García

Sentencia: nº 364/2006 de fecha 31/03/2006

«...nos dice el apartado 2 del art. 76, que "la limitación se aplicará aunque las penas se hayan impuesto en distintos procesos si los hechos, por su conexión o el momento de su comisión, pudieran haberse enjuiciado en uno solo".

A propósito de esta última norma, que debe su actual redacción a la LO 7/2003, de 30 de junio, pero que en lo sustancial es repetición de lo dispuesto en el texto original del CP 95 y del último párrafo de la regla 2ª del art. 70 CP anterior, esta sala, después de algunas vacilaciones derivadas de la complejidad del tema y de las distintas circunstancias que acompañaban en cada caso al problema a resolver, sigue actualmente una línea que consideramos suficientemente clara y que se concreta en una doble dirección:

A) En primer lugar, con un criterio amplio en cuanto a la clase de los delitos a acumular ("*ratione materiae*"), interpretando la conexión desde perspectivas sustantivas, alejadas del criterio de la conexión procesal de los arts. 17 y 300 LECr, de tal forma que, en consideración a las razones humanitarias que constituyen el fundamento de estas normas de los CP relativas a la imposición de limitaciones en orden al cumplimiento de la totalidad de las penas impuestas, la clase concreta de delito cometido no ha de ser obstáculo que pudiera impedir su aplicación. Este criterio amplio en beneficio del reo permite la acumulación de todas las condenas que, por la época en que ocurrieron los hechos delictivos, podrían haber sido objeto de un único procedimiento. Si no lo fueron por razones de índole territorial, o por la diferente clase de las infracciones cometidas, o por haber sido tramitados unos

procesos con rapidez y otros con lentitud, o por cualquier otra razón, si se trata de hechos de una misma época, cualquiera que fuese la razón procesal por la que no fueron todos enjuiciados en una misma causa, cabrá la acumulación de todas las penas impuestas a los efectos de aplicar esos límites máximos fijados por nuestras leyes sustantivas, en consideración a unos criterios humanitarios, repetimos, ajenos a los avatares procesales concretos de cada procedimiento. Así pues, venimos aplicando criterios de la máxima amplitud en cuanto a la interpretación de la conexión expresamente exigida en nuestras normas penales.

B) En segundo lugar, con un criterio estricto en cuanto a la otra exigencia expresamente requerida en nuestros códigos penales: que los diferentes procesos, en los que esas diversas condenas a acumular se impusieron, "pudieran haberse enjuiciados en uno solo" ("*ratione temporis*"). Cuando hay una sentencia condenatoria, es claro que los delitos cometidos con posterioridad no pueden acumularse a aquellos otros ya sentenciados, porque no pudieron ser todos ellos objeto del mismo proceso. Venimos fundando esta limitación en la peligrosidad que existiría, como facilitadora de la comisión de nuevos delitos, cuando un condenado, por las penas que ya tiene impuestas, supiera que puede cometer algún delito porque la pena correspondiente a esta nueva infracción no tendría que cumplirla al haberse ya superado, con las condenas anteriores, los límites legalmente establecidos. Evidentemente no puede favorecerse este sentimiento de impunidad, y para ello es imprescindible ser exigente en cuanto al cumplimiento de este requisito de carácter temporal: sólo cabe acumular entre sí aquellas condenas penales relativas a hechos de una misma época, entendiendo épocas diferentes aquellas que se encuentran separadas por la existencia de alguna sentencia condenatoria.

Parece ser que esta doctrina jurisprudencial ha sido la razón de la modificación introducida por la citada LO 7/2003 que ha añadido al art. 76.2 CP la expresión "o el momento de su ejecución" como una alternativa al requisito de la conexión, a los efectos de considerar que los hechos pudieran haberse enjuiciado en un solo proceso». (F. J. 2º)

## **ACUMULACIÓN DE CONDENAS. Necesidad de liquidación. Mantenimiento de los beneficios consolidados en las revisiones de sentencias.**

Recurso: Casación nº 1221/2003P  
Ponente: Sr. Colmenero Menéndez  
Sentencia nº 168/2005 de fecha 14/02/2005

«...» La revisión de sentencias impuestas con arreglo al Código Penal derogado solo es posible cuando resulte más beneficiosa la aplicación del nuevo

Código Penal, lo que habrá de determinarse ante la aplicación completa de las normas de uno u otro Código. La jurisprudencia de esta Sala ha entendido, como recuerda el recurrente, que los beneficios consolidados deben mantenerse al realizar la comprobación correspondiente. Así, para determinar la norma más favorable, el cálculo deberá hacerse teniendo en cuenta los datos disponibles a fecha de 24 de mayo de 1996, ante la entrada en vigor del nuevo Código Penal. Deben pues considerarse los beneficios correspondientes a redenciones ordinarias y extraordinarias consolidados a esa fecha para determinar el tiempo que quedaría por cumplir según se aplicaran las normas de uno u otro Código Penal, teniendo en cuenta que la posibilidad de seguir computando redenciones ordinarias o extraordinarias solo existiría caso de continuar con la aplicación del Código de 1973.

De otro lado, las disposiciones transitorias del Código Penal de 1995 contienen una serie de normas que deben ser observadas en esta materia. Entre ellas, se encuentra la necesidad de intervención de letrado, la cual no puede dejar de observarse aun cuando el que asistió al penado en la causa haya fallecido o haya abandonado el ejercicio activo de la abogacía, debiendo entonces ser sustituido por otro letrado designado de oficio...»». (F.J. 2º)

## **ACUMULACIÓN DE CONDENAS. Requisitos.**

Recurso: Casación nº 635/2004P

Ponente: Sr. Giménez García

Sentencia nº 324/2005 de fecha 11/03/2005

«...» Es constante la doctrina de esta Sala que ha venido interpretando desde hace años el criterio de la "conexidad" en una clave exclusivamente cronológica, de suerte que sólo quedarían excluidos de la acumulación:

a) Los hechos ya sentenciados cuando se inicial el periodo de acumulación contemplado.

b) Los hechos cometidos con posterioridad a la última sentencia que determina la acusación --SSTS 149/2000 de 10 de Febrero y las en ella citadas, así como otros muchas posteriores entre las que ad exemplum cita la 490/2994 de 19 de Abril. En definitiva se trata de la doctrina que se cita el auto recurrido, sin embargo, presupuesto para poder verificar la correcta aplicación de la doctrina, es que en el auto en el que se acuerde o deniegue la acumulación se contengan todos los datos fácticos necesarios para que esta Sala pueda verificar la corrección de la aplicación de la doctrina al caso concreto. El propio art. 988-3º del Código Penal exige la relación de todas las penas impuestas al reo, lo que no ha venido interpretando en el sentido de que deben constar las fechas de comisión de los hechos y fechas del dictado de las sentencias, como presupuesto indispensable para verificar en esta sede si es ajustado a derecho o no el auto recurrido, que por ello, por carecer de tales datos deviene nulo...». (F.J. 1º)



## **AUTO DE PROCESAMIENTO. Naturaleza y alcance.**

Recurso: Casación nº 10167/2006 P

Ponente: Sr. Saavedra Ruiz

Sentencia: nº 1207/2006 de fecha 22/11/2006

«..Ante todo es preciso recordar que, conforme a reiterada jurisprudencia de esta Sala, el auto de procesamiento es un simple presupuesto de acceso del proceso a la fase plenaria, acordado en resolución motivada por Juez de instrucción en período sumarial por la que estima que de unos determinados hechos, de carácter ilícito, resultan provisoriamente indicios racionales de criminalidad atribuibles a persona concreta, quedando fijado el objeto del proceso en el acto de la acusación, tanto por el Ministerio Fiscal como por las acusaciones particulares, por lo que, en principio, es irrelevante la descripción de los hechos y la subsunción de los mismos practicadas en el auto de procesamiento (SSTS 1116/2005 y 851/2006, entre otras). Por tanto, lo sustancial del citado auto de inculpación lo constituyen los hechos y no las calificaciones jurídicas que pueda el juez de instrucción introducir en tal resolución judicial, posibilitándose el pleno ejercicio del derecho de defensa respecto de tales hechos –objeto de la imputación judicial–, siendo el conocimiento de los mismos el que debe proporcionarse al imputado». (F. J. 1º)

## **AUTO DE TRANSFORMACIÓN DE DILIGENCIAS PREVIAS A PROCEDIMIENTO ABREVIADO. Su falta de notificación no supone necesariamente indefensión.**

Recurso: Casación nº 2332/2005

Ponente: Sr. Monterde Ferrer

Sentencia: nº 1035/2006 de fecha 16/10/2006

«..Y tampoco en la falta de notificación del auto de transformación de las Diligencias Previas en Procedimiento Abreviado puede encontrarse un motivo para la admisión a trámite de la queja. La falta de notificación del auto de incoación del procedimiento abreviado, aún pudiendo ser una grave infracción procesal, si no ha alcanzado a causar, un perjuicio real y efectivo al recurrente, como consecuencia de una situación de indefensión material, no puede ser tenida en cuenta a los efectos pretendidos (Cfr. STC de 17-3-1998, nº 62/1998).

Además, como señala el Tribunal Constitucional (Cfr. ATC de 26-9-2005, nº 337/2005) “siendo admitido por las resoluciones judiciales que tal notificación no se produjo, pues el demandante adquirió la condición de imputado con posterioridad a su dictado, la queja reviste carácter meramente formal, pues no se concreta (ni ahora ni en el proceso judicial previo) qué diligencias sumariales se vio impedido de solicitar y qué relevancia hubieran podido tener, y, en definitiva, cuál ha sido la limitación material de sus posibilidades de defensa”.

Y reiteradamente ha afirmado el TC (por todas, STC 133/2003, de 30 de junio) “que el dato esencial para que pueda considerarse vulnerado el derecho

fundamental analizado consiste en que las irregularidades u omisiones procesales efectivamente verificadas hayan supuesto para el demandante de amparo una *efectiva indefensión*, toda vez que la garantía constitucional contenida en el art. 24.2 CE únicamente cubre aquellos supuestos en que la prueba es decisiva en términos de defensa (STC nº 25/1991, de 11 de febrero; también SSTC 1/1996, de 15 de enero; 219/1998, de 16 de noviembre)». (F. J. 4º)

## **COMPETENCIA PROCESAL. Competencia. Falsedad de documentos oficiales.**

Recurso: Casación nº 615/2004P

Ponente: Sr. Giménez García

Sentencia nº 66/2004 de fecha 26/01/2005

«...» Los informes periciales, corroborados en el Plenario acreditaron en primer lugar la realidad de las falsificaciones de los documentos oficiales ocupados a nombre de los condenados --folio 476 y Acta del Plenario, folio 137 Rollo de la Audiencia--, siendo indiferente que la falsificación se hubiese efectuado dentro o fuera de España, pues hay que recordar que si bien una inicial jurisprudencia de esta Sala estimó que en casos de falsedad de documentos públicos u oficiales había de acreditarse que su alteración había tenido lugar en España, pues en caso contrario carecían de competencia los Tribunales para su enjuiciamiento a la vista del art. 23 de la LOPJ y que tal delito no se encuentra entre los prescritos en los apartados 3 y 4 no pudiendo operar ni el párrafo 1º ni el principio de personalidad al no ser el autor de nacionalidad española --entre otras SSTS 742/98 de 14 de Mayo, 1867/2000 de 29 de Diciembre, 1954/2000 de 1 de Marzo, 2384/2001 de 7 de Diciembre, 1504/2002 de 19 de Septiembre--, es lo cierto que tal jurisprudencia ha sido superada por otra que estima, en una nueva lectura del art. 23-3º letra f, que la falsificación de documentos de identidad siempre afecta a los intereses del Estado, desde las exigencias derivadas del art. 6 del Convenio de Schengen y porque en definitiva en la realidad social en clave internacional no le puede ser indiferente a ningún país la identificación de personas provistas de documentos identificativos falsos, pues ello afecta a las políticas de visados, inmigración, como de seguridad. En tal sentido, recordemos que el citado art. 6 prevé un sistema de control de personas en la circulación transfronteriza que incluirá "...un control que permita determinar su identidad tras haber exhibido o presentado documentos de viaje....".

Exponente de esta nueva doctrina, son las SSTS 965/2002 de 29 de Junio, 1295/2003 de 7 de Octubre, 1089/2004 de 24 de Septiembre, entre otras. En el mismo sentido el auto resolviendo la cuestión de competencia en favor de la Audiencia Nacional en caso de falsedad de documento de identidad en el extranjero nº 52/2002 se 25 de Marzo de 2003 se pregunta "...¿Qué crédito ante sus propios ciudadanos y ante la opinión internacional puede tener un Estado que no sea capaz de poner los medios en principio adecuados para identificar a quienes se encuentran en su territorio o pretenden llegar al mismo a través de sus fronteras....?. En el presente caso con el Tribunal no se pronuncia en clave de certeza sobre si la falsificación de los permisos de residencia y trabajo fueron o no efectuados en España, más bien se inclina en juicio de probabilidad "...no cabe pensar que se hubiesen podido elaborar fuera de nuestras fronteras...." dado el tiempo que llevaban

residiendo en España. En todo caso, en el momento actual de la jurisprudencia de esta Sala, se trata de un tema jurídicamente irrelevante.

Además, hay que recordar que el delito de falsificación documental no es de propia mano, de suerte que también es autor quien facilitó los datos o fotos para la confección del documento y se beneficia en su caso, aunque la confección strictu sensu lo haya hecho un tercero en concierto con el primero. Hay una autoría mediata y otra material. SSTS 4332/2001 de 22 de Mayo, 27 de Mayo de 2002, 313/2003 de 7 de Marzo y 1325/2003 de 13 de Octubre...». (F.J. 2º)

## **COMPETENCIA PROCESAL. Competencia. Intervención de la jurisdicción española. Delito de apropiación indebida.**

Recurso: Casación nº 1811/2003  
Ponente: Sr. Monterde Ferrer  
Sentencia nº 1465/2004 de fecha 09/12/2004

«...» los autos de la Sala de lo Penal y del Juzgado Central de Instrucción atribuyen el carácter principal a la ley extranjera, en concreto y supuestamente a la norma argentina que establece su propio principio de territorialidad apoyándose en argumentos tales como:

Que la constitución de sociedades se había realizado en Argentina.

Que los acuerdos llevados a cabo entre las mismas también se habían articulado en aquel país.

Que por la parte se habían ejercitado acciones civiles y penales ante la jurisdicción argentina.

Que los posibles responsables residen en Argentina.

Que los órganos judiciales argentino no van a ceder su jurisdicción.

Que el material probatorio se encuentra en Argentina.

Que la Ley española da preeminencia al fuero territorial.

Sin embargo, estos argumentos no pueden ser tenidos en cuenta. El principio de la personalidad activa del art. 23.2 LOPJ no tiene otras limitaciones que las establezcan los Tratados internacionales o, en su caso, la interpretación de los mismos.

Como dice el art. 4 LOPJ, la jurisdicción se extiende a todas las personas, a todas las materias y a todo el territorio español, en la forma establecida en la Constitución y en las leyes.

Como se puede apreciar por los textos de los artículos 4 y 23.2 LOPJ, cuando el Estado español ha querido establecer casos particulares de alcance y aplicación de personalidad activa lo ha hecho mediante la firma de tratados internacionales, debiendo entenderse que en los demás casos no lo ha considerado oportuno.

Siendo así, no cabe hablar de interferencia en el procedimiento civil o penal que exista abierto en el extranjero, no habiendo obstáculo para la persecución simultánea bajo la jurisdicción española y extranjera. La jurisdicción sólo queda limitada a los supuestos legalmente previstos en que el delincuente haya sido absuelto, indultado o penado en el extranjero, o en este último caso no hubiere cumplido la condena...»». (F.J. 2º)...

... El delito de apropiación indebida está previsto en el art. 252 CP, pero también en el art. 173.2 del Código argentino cuando tipifica como casos especiales de defraudación, en su nº 2 el que con perjuicio de otro se negare a restituir o no restituyere a su debido tiempo, dinero efectos, o también otra cosa muebles que se le haya dado en depósito, comisión, administración u otro título que produzca obligación de entregar o devolver.

Por su parte, el delito societario imputado, está previsto en el Código español en el art. 291 CP al decir que Los que, prevaliéndose de su situación mayoritaria en la Junta de accionistas o el órgano de administración de cualquier sociedad constituida o en formación, impusieren acuerdos abusivos, con ánimo de lucro propio o ajeno, en perjuicio de los demás socios, y sin que reporten beneficios a la misma, serán castigados con la pena de prisión de seis meses a tres años o multa del tanto al triplo del beneficio obtenido.

Y también en el art. 295 CP, en el sentido de que Los administradores de hecho o de derecho o los socios de cualquier sociedad constituida o en formación, que en beneficio propio o de un tercero, con abuso de las funciones propias de su cargo, dispongan fraudulentamente de los bienes de la sociedad o contraigan obligaciones a cargo de ésta causando directamente un perjuicio económicamente evaluable a sus socios, depositarios, cuenta partícipes o titulares de los bienes, valores o capital que administren, serán castigados con la pena de prisión de seis meses a cuatro años, o multa del tanto al triplo del beneficio obtenido.

Pues bien, tal tipificación, tiene su correlativo en la legislación argentina, cuando el art. 173.7 CP prevé como caso especial de defraudación El que, por disposición de la ley, de la autoridad o por un acto jurídico, tuviera a su cargo el manejo, la administración o el cuidado de bienes o intereses pecuniarios ajenos, y con el fin de procurar para sí o para un tercero un lucro indebido o para causar daño, violando sus deberes perjudicare los intereses confiados u obligare abusivamente al titular de éstos...»». (F.J. 3º)

## **COMPETENCIA PROCESAL. Competencia. Principio de Justicia Universal Art. 23.4. LOPJ.**

Recurso: Casación nº 945/2003P

Ponente: Sr. Granados Pérez

Sentencia nº 1362/2004 de fecha 15/11/2004

«...» la Sentencia referida del caso Guatemala, 327/2003, de 25 de febrero, expresa, entre otros extremos, que el Convenio para la prevención y la sanción del delito de genocidio, de 9 de diciembre de 1948, al que se adhirió España el 13 de setiembre de 1968, fue publicado en el BOE de 8 de febrero de 1969 y en este Convenio las partes contratantes confirman que el genocidio es un delito de derecho internacional que se comprometen a prevenir y a sancionar. En ejecución del Convenio, España incorporó el delito de genocidio a su legislación penal, mediante la Ley 44/1971, de 15 de noviembre, que lo incluyó en el Código Penal entonces vigente, entre los delitos contra el derecho de gentes. Pero no modificó las normas que regulaban los supuestos de extraterritorialidad para incluir en ellas de modo expreso el principio de jurisdicción universal respecto del delito de genocidio. Sin embargo, como ya hemos indicado, aunque el Convenio no establece expresamente la jurisdicción universal, tampoco la prohíbe. No sería correcto interpretar sus disposiciones de modo que impidieran la persecución internacional de este delito con arreglo a otros criterios o principios distintos del territorial. La Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, que derogó a la anterior ley de 1870, en su artículo 23.4 establece que será competente la jurisdicción española para conocer de los hechos cometidos por españoles o extranjeros fuera del territorio nacional susceptibles de tipificarse según la ley penal española, como delito de genocidio, entre otros. [Terrorismo; piratería y apoderamiento ilícito de aeronaves; falsificación de moneda extranjera; delitos relativos a la prostitución y los de corrupción de menores o incapaces (estos últimos desde la Ley Orgánica 11/1999); tráfico ilegal de drogas psicotrópicas, tóxicas y estupefacientes; y cualquier otro que, según los tratados o convenios internacionales, deba ser perseguido en España]. Sin perjuicio de las diferencias apreciables entre unos y otros delitos, no establece particularidad alguna respecto al régimen de su persecución extraterritorial. Una previsión tan general como la contenida en este precepto suscita ciertos interrogantes. En el ámbito del funcionamiento de los Tribunales nacionales españoles, este artículo no puede ser interpretado de modo que conduzca en la práctica a la apertura de diligencias penales ante la noticia de la comisión de hechos susceptibles de ser calificados como alguno de los delitos a los que se refiere, cualquiera que fuera el lugar de su comisión y la nacionalidad de su autor o víctima. Y en nuestro derecho penal y procesal penal no está establecido el principio de oportunidad, ni viene incorporado por los tratados suscritos en la materia. Desde otra perspectiva, de mayor amplitud, se debe analizar, especialmente, si el principio de jurisdicción universal puede ser aplicado sin tener en consideración otros principios del derecho internacional público. Como principio, y con carácter general, la previsión de la ley española ha de hacerse compatible con las exigencias derivadas del orden internacional, tal como es entendido por los Estados. La jurisdicción es una manifestación de la soberanía del Estado, por lo que sus límites iniciales son coincidentes con los que le corresponden a aquella, que en muchos aspectos viene

delimitada por la de otros Estados. En este sentido, no son absolutamente equiparables los supuestos referidos a lugares no sometidos a ninguna soberanía estatal y aquellos otros en los que la intervención jurisdiccional afecta a hechos ejecutados en el territorio de otro Estado soberano. La extensión extraterritorial de la ley penal, en consecuencia, se justifica por la existencia de intereses particulares de cada Estado, lo que explica que actualmente resulte indiscutible el reconocimiento internacional de la facultad de perseguir a los autores de delitos cometidos fuera del territorio nacional, sobre la base del principio real o de defensa o de protección de intereses y del de personalidad activa o pasiva. En estos casos el establecimiento unilateral de la jurisdicción tiene su sentido y apoyo fundamental, aunque no exclusivo, en la necesidad de proveer a la protección de esos intereses por el Estado nacional. Cuando la extensión extraterritorial de la ley penal tenga su base en la naturaleza del delito, en tanto que afecte a bienes jurídicos de los que es titular la Comunidad Internacional, se plantea la cuestión de la compatibilidad entre el principio de justicia universal y otros principios de derecho internacional público. A este respecto, es preciso tener en cuenta que en la doctrina del derecho penal internacional público no existe ninguna objeción al principio de justicia universal cuando éste proviene de una fuente reconocida del derecho internacional, especialmente cuando ha sido contractualmente aceptado por Estados parte de un Tratado. En tales casos se admite que el principio tiene una justificación indudable. Por el contrario, cuando solo ha sido reconocido en el derecho penal interno, en la práctica, los alcances de dicho principio han sido limitados por la aplicación de otros igualmente reconocidos en el derecho internacional. En este sentido, se ha entendido que el ejercicio de la jurisdicción no puede –como ha quedado dicho– contravenir otros principios del derecho internacional público ni operar cuando no existe un punto de conexión directo con intereses nacionales. Ambas limitaciones han sido expresamente aceptadas por los Tribunales alemanes (confr. Tribunal Supremo Federal Alemán, BGHSt 27,30: 34,340; auto de 13.2.1994 [1 BGs 100/94]). ... Como antes indicábamos, hoy tiene un importante apoyo en la doctrina la idea de que no le corresponde a ningún Estado en particular ocuparse unilateralmente de estabilizar el orden, recurriendo al Derecho Penal, contra todos y en todo el mundo, sino que más bien hace falta un punto de conexión que legitime la extensión extraterritorial de su jurisdicción. Sin duda existe un consenso internacional respecto a la necesidad de perseguir esta clase de hechos, pero los acuerdos entre Estados no han establecido la jurisdicción ilimitada de cualquiera de ellos sobre hechos ocurridos en el territorio de otro Estado, habiendo recurrido, por el contrario, a otras soluciones. La cuestión se plantea en ocasiones con especiales particularidades, pues no puede descartarse que, en determinadas circunstancias, se hayan cometido crímenes de derecho internacional con el consentimiento o, incluso la participación directiva, de las autoridades del Estado, lo que podría impedir su efectiva persecución. En estos supuestos, los crímenes se cometen en el marco de lo que en la doctrina moderna se ha identificado como estructuras o maquinarias de poder organizadas, que, situadas extramuros del Estado de Derecho, presentan características propias muy específicas, que repercuten especialmente sobre las reglas de la autoría y la participación. En estas ocasiones, la especial gravedad de los hechos, unida a la ausencia de normas internacionales expresas, o a la inexistencia de una organización internacional de los Estados, podría explicar la actuación individual de cualquiera de ellos orientada a la protección de los bienes jurídicos afectados. Sin embargo, no es posible afirmar que se trate de una materia en la que no rija ningún criterio. Ya antes hacíamos referencia al artículo VIII del

Convenio contra el genocidio, que reiteramos ahora, en cuanto que prevé, en esta materia, que cada parte contratante pueda “recurrir a los órganos competentes de las Naciones Unidas a fin de que éstos tomen, conforme a la Carta de las Naciones Unidas, las medidas que juzguen apropiadas para la prevención y la represión de actos de genocidio”, lo que, por otra parte, ya ha ocurrido, al menos en relación con la creación de Tribunales internacionales para la ex Yugoslavia y para Ruanda. Esta previsión obliga indudablemente a España como parte en el Convenio. Por otra parte, no cabe duda alguna que el principio de no intervención en asuntos de otros Estados (artículo 2.7 Carta de las Naciones Unidas) admite limitaciones en lo referente a hechos que afectan a los derechos humanos, pero estas limitaciones solo son inobjetables cuando la posibilidad de intervención sea aceptada mediante acuerdos entre Estados o sea decidida por la Comunidad Internacional, y en especial por las Naciones Unidas como su órgano representativo, de forma que una tal decisión no debería ser adoptada unilateralmente por un Estado o por los jueces de un Estado, apreciando por sí la necesidad o conveniencia de la intervención. En este mismo sentido, el derecho escrito de la Comunidad Internacional, que representa el nivel de acuerdo alcanzado por un número importante de países, no permite a la Corte Penal Internacional declarar su competencia más que en aquellos casos en que, bien el Estado del lugar de comisión o bien el de la nacionalidad del autor, sean parte en el Estatuto de Roma, de 17 de julio de 1998, y hayan reconocido así la competencia de la Corte. En otro caso sería necesaria una actuación concreta del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas en orden a la persecución de los hechos, exigencia que sitúa la posible reacción internacional muy alejada de la actuación unilateral e individualizada de cualquiera de los Estados, por muy justificada que pudiera estar desde el punto de vista moral. En los tratados internacionales suscritos en orden a la persecución de delitos que afectan a bienes cuya protección resulta de interés para la Comunidad Internacional, se plasman criterios de atribución jurisdiccional basados generalmente en el territorio o en la personalidad activa o pasiva, y a ellos se añade el compromiso de cada Estado para perseguir los hechos, sea cual sea el lugar de comisión, cuando el presunto autor se encuentre en su territorio y no conceda la extradición, previendo así una reacción ordenada contra la impunidad, y suprimiendo la posibilidad de que existan Estados que sean utilizados como refugio. Pero no se ha establecido expresamente en ninguno de esos tratados que cada Estado parte pueda perseguir, sin limitación alguna y acogiéndose solamente a su legislación interna, los hechos ocurridos en territorio de otro Estado, ni aún en los casos en que éste no procediera a su persecución. España ha suscrito varios tratados internacionales en relación a la persecución de delitos que protegen bienes jurídicos cuya protección interesa en general a la Comunidad internacional. El recurso a lo dispuesto en los tratados se justifica por varias vías. En primer lugar, el artículo 23.4, apartado g), de la Ley de 1985, contiene una remisión general a los supuestos de delitos que según los tratados o convenios internacionales deban ser perseguidos en España. Es congruente con las finalidades que se pretende satisfacer que la persecución de crímenes de derecho internacional presente la homogeneidad que se aprecia en la regulación establecida en los referidos acuerdos internacionales. En segundo lugar, porque en virtud de lo dispuesto en el artículo 96 de la Constitución, lo acordado en los tratados se incorpora al ordenamiento interno y, además, en cumplimiento del artículo 27 del Convenio de Viena sobre Derecho de los Tratados, no puede ser alterado ni dejado de cumplir sobre la base de disposiciones de la legislación interna de cada Estado. Entre esos tratados y convenios puede hacerse referencia, no

exhaustiva, a los que se mencionan a continuación. La Convención sobre la prevención y el castigo de delitos contra personas internacionalmente protegidas, inclusive los agentes diplomáticos, de 14 de diciembre de 1973, publicada en el BOE de 7 de febrero de 1986. En esta Convención se dispone que cada Estado dispondrá lo que sea necesario para instituir su jurisdicción sobre los delitos previstos en la misma, en los siguientes casos: 1, cuando se haya cometido en territorio del Estado o a bordo de un buque o aeronave matriculado en ese Estado; 2, cuando el presunto culpable sea nacional de ese Estado; 3, cuando el delito se haya cometido contra una persona internacionalmente protegida que disfrute de esa condición en virtud de las funciones que ejerza en nombre de ese Estado. Además de estos supuestos, cada Estado dispondrá lo necesario para instituir su jurisdicción sobre esos delitos en el caso de que el presunto culpable se encuentre en su territorio y de que dicho Estado no conceda su extradición a ninguno de los Estados mencionados antes. No se excluye ninguna jurisdicción penal ejercida de conformidad con la legislación nacional. El Convenio para la represión del apoderamiento ilícito de aeronaves, de 16 de diciembre de 1970, publicado en el BOE de 15 de enero de 1973. En el artículo 4 dispone que cada Estado tomará las medidas necesarias para establecer su jurisdicción sobre el delito y sobre cualquier acto de violencia cometido por el presunto delincuente contra los pasajeros o la tripulación, en relación directa con el delito, en los casos siguientes: 1, si el delito se comete a bordo de una aeronave matriculada en tal Estado; 2, si la aeronave a bordo de la cual se comete el delito aterriza en su territorio con el presunto delincuente todavía a bordo; 3, si el delito se comete a bordo de una aeronave dada en arrendamiento sin tripulación a una persona que en tal Estado tenga su oficina principal o en otro caso su residencia permanente. Además, deberá instituir su jurisdicción sobre el delito en el caso en que el presunto delincuente se encuentre en su territorio y dicho Estado no conceda la extradición a ninguno de los Estados mencionados antes. No se excluye ninguna jurisdicción penal ejercida de conformidad con la legislación nacional. Las mismas previsiones se contienen en el Convenio para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la aviación civil internacional, de 23 de septiembre de 1971, publicado en el BOE de 10 de enero de 1974. La Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, de 10 de diciembre de 1984, publicada en el BOE de 9 de noviembre de 1987. Dispone de modo similar a los anteriores convenios que todo Estado parte dispondrá lo necesario para instituir su jurisdicción sobre los delitos a los que la Convención se refiere en los siguientes casos: 1, cuando se cometan en territorio bajo su jurisdicción o a bordo de una aeronave o un buque matriculados en ese Estado; 2, cuando el presunto delincuente sea nacional de ese Estado; y 3, cuando la víctima sea nacional de ese Estado y este lo considere apropiado. Además, todo Estado tomará las medidas necesarias para instituir su jurisdicción sobre estos delitos en los casos en los que el presunto delincuente se encuentre en cualquier territorio bajo su jurisdicción y no conceda la extradición a ninguno de los Estados antes mencionados. No se excluye ninguna jurisdicción penal ejercida de conformidad con la legislación nacional. La Convención de 17 de diciembre de 1979, contra la toma de rehenes, que entró en vigor para España el 25 de abril de 1984, publicada en el BOE de 7 de julio de ese año, dispone en su artículo 5, que: 1. Cada Estado Parte adoptará las medidas que sean necesarias para establecer su jurisdicción sobre los delitos previstos en el artículo 1 que se cometan: a) En su territorio o a bordo de un barco o de una aeronave matriculados en ese Estado. b) Por sus nacionales, o por personas apátridas que residan habitualmente en su territorio, si en este último caso ese Estado lo considera



apropiado. c) Con el fin de obligar a ese Estado a una acción u omisión; o d) Respecto de un rehén que sea nacional de ese Estado, si este último lo considera apropiado. Y, 2. Cada Estado Parte adoptará asimismo las medidas que sean necesarias para establecer su jurisdicción respecto de los delitos previstos en el artículo 1 en el caso de que el presunto delincuente se encuentre en su territorio y dicho Estado no acceda a conceder su extradición a ninguno de los Estados mencionados en el párrafo 1 del presente artículo. No excluye ninguna jurisdicción criminal ejercida de conformidad con el derecho interno. En materia de terrorismo ya el Convenio Europeo para la represión del terrorismo de 21 de enero de 1977, publicado en el BOE de 28 de octubre de 1980, establecía en el artículo 6.1 que cada Estado contratante adoptará las medidas necesarias para establecer su competencia a fin de conocer de los delitos enunciados en su artículo 1 en el caso de que el presunto autor se encuentre en su territorio y que no lleve a cabo la extradición después de haber recibido una solicitud de extradición de un Estado contratante cuya jurisdicción esté fundada sobre una norma de competencia que exista igualmente en la legislación del Estado requerido. El Convenio Internacional para la represión de la financiación del terrorismo, hecho en Nueva York el 9 de diciembre de 1999, ratificado por Instrumento publicado en el BOE de 23 de mayo de 2002, dispone en el artículo 7, que cada Estado parte adoptará las medidas necesarias para establecer su jurisdicción respecto de los delitos a los que se refiere, (artículo 2) cuando sean cometidos: 1, en el territorio de ese Estado; 2, a bordo de un buque que enarbole el pabellón de ese Estado o de una aeronave matriculada de conformidad con la legislación de ese Estado en el momento de la comisión del delito; y 3, por un nacional de ese Estado. Se faculta a los Estados parte para instituir su jurisdicción cuando tales delitos sean cometidos con el propósito de perpetrar un delito de los contemplados en el artículo 2, apartados a) o b): 1, en el territorio de ese Estado o contra uno de sus nacionales o haya tenido ese resultado; 2, contra una instalación gubernamental o pública de ese Estado en el extranjero, incluso un local diplomático o consular o haya tenido ese resultado; 3, en un intento de obligar a ese Estado a realizar o abstenerse de realizar un determinado acto; 4, por un apátrida que tenga residencia habitual en el territorio de ese Estado; y 5, a bordo de una aeronave que sea explotada por el Gobierno de ese Estado. Además, establece que cada Estado parte tomará las medidas necesarias para instituir su jurisdicción respecto de los delitos del artículo 2 en los casos en que el presunto culpable se encuentre en su territorio y no conceda su extradición a ninguno de los Estados parte que hayan establecido su jurisdicción conforme a las anteriores reglas. Sin perjuicio de las normas generales de Derecho Internacional, no se excluye ninguna jurisdicción penal ejercida de conformidad con la legislación nacional. Disposiciones de contenido muy similar se contienen en el artículo 4 de la Convención de Viena de 20 de diciembre de 1988 contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas, publicada en el BOE de 10 de noviembre de 1990. Aunque los criterios de atribución utilizados presentan ciertas variaciones en función de las características y naturaleza del delito, en ninguno de estos Tratados se establece de forma expresa la jurisdicción universal. Cuando se va más allá de los efectos de los principios de territorialidad, real o de defensa y de personalidad activa o pasiva, se establece como fórmula de colaboración de cada uno de los Estados en la persecución de los delitos objeto de cada Tratado, la obligación de juzgar a los presuntos culpables cuando se encuentren en su territorio y no se acceda a la extradición solicitada por alguno de los otros Estados a los que el respectivo Convenio haya obligado a instituir su jurisdicción. Ello responde, según entiende un

sector importante de la doctrina, al llamado principio de justicia supletoria o de derecho penal de representación, al menos en un sentido amplio. Entendido de esta forma o bien, como sostiene otro sector doctrinal, como un elemento de conexión en el ámbito del principio de jurisdicción universal, el Estado donde se encuentre el presunto culpable está legitimado para actuar contra él, cuando se trate de alguno de estos delitos. Por otro lado, una parte importante de la doctrina y algunos Tribunales nacionales se han inclinado por reconocer la relevancia que a estos efectos pudiera tener la existencia de una conexión con un interés nacional como elemento legitimador, en el marco del principio de justicia universal, modulando su extensión con arreglo a criterios de racionalidad y con respeto al principio de no intervención. En estos casos podría apreciarse una relevancia mínima del interés nacional cuando el hecho con el que se conecte alcance una significación equivalente a la reconocida a otros hechos que, según la ley interna y los tratados, dan lugar a la aplicación de los demás criterios de atribución extraterritorial de la jurisdicción penal. Se une así el interés común por evitar la impunidad de crímenes contra la Humanidad con un interés concreto del Estado en la protección de determinados bienes. Esta conexión deberá apreciarse en relación directa con el delito que se utiliza como base para afirmar la atribución de jurisdicción y no de otros delitos, aunque aparezcan relacionados con él, pues solo así se justifica dicha atribución jurisdiccional. En este sentido, la existencia de una conexión en relación con un delito o delitos determinados, no autoriza a extender la jurisdicción a otros diferentes, en los que tal conexión no se aprecie. A similares conclusiones se llega respecto a la posible comisión de un delito de terrorismo. El Convenio europeo de 27 de enero de 1977 para la represión del terrorismo ya preveía la presencia del presunto culpable en el territorio nacional como elemento o criterio de atribución jurisdiccional para aquellos casos en que se denegare la extradición solicitada. Ello sin perjuicio de las cuestiones que pudiera suscitar la tipicidad de los hechos con arreglo a las leyes españolas vigentes en el momento de su comisión. En cuanto a la calificación de los hechos como constitutivos de un delito de torturas, puede constatarse la existencia de un consenso internacional muy amplio en orden a su prohibición y sanción como delito de derecho internacional, manifestado, entre otros, en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, artículo 5; en el Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, artículo 3; en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 7; e incluso, para su ámbito, en los Convenios de Ginebra, en los cuales también se establece la obligación de cada Estado parte de buscar [en su territorio] a los culpables y someterlos a la jurisdicción de sus Tribunales. La prohibición aparece también en la Constitución Española, artículo 15. Este consenso internacional cristaliza en la Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, hecha en Nueva York el 10 de diciembre de 1984, de la que tanto España como Guatemala son parte, en la que, como más arriba hemos señalado, además de la obligación de enjuiciar al presunto autor cuando se encuentre en territorio del Estado y no se acceda a la extradición, se incorporan otros criterios de atribución jurisdiccional, entre ellos, el de personalidad pasiva, que permite perseguir los hechos cuando la víctima sea de la nacionalidad de ese Estado y éste lo considere apropiado.

Por último, respecto a la invocada vulneración del principio “non bis in idem”, es asimismo de recordar lo que tiene declarado esta Sala, así en la Sentencia 712/2003, de 20 de mayo, se expresa que ha de admitirse que la necesidad de intervención jurisdiccional conforme al principio de Justicia Universal queda excluida

cuando la jurisdicción territorial se encuentra persiguiendo de modo efectivo el delito de carácter universal cometido en su propio país. En este sentido puede hablarse de un principio de necesidad de la intervención jurisdiccional, que se deriva de la propia naturaleza y finalidad de la jurisdicción universal. La aplicación de este principio determina la prioridad competencial de la jurisdicción territorial, cuando existe concurrencia entre ésta y la que se ejercita sobre la base del principio de Justicia Universal. Este criterio no faculta para excluir la aplicación de lo prevenido en el art 23.4º de la LOPJ estableciendo como exigencia para admitir una querrela por jurisdicción universal la acreditación plena de la inactividad o inefectividad de la persecución penal por parte de la jurisdicción territorial. Este requisito vaciaría de contenido efectivo el principio de persecución universal, pues se trata de una acreditación prácticamente imposible, y determinaría la exigencia de una valoración extremadamente delicada en este prematuro momento procesal. Para la admisión de la querrela resulta exigible, en esta materia, lo mismo que se exige en relación con los hechos supuestamente constitutivos del delito universal, la aportación de indicios serios y razonables de que los graves crímenes denunciados no han sido hasta la fecha perseguidos de modo efectivo por la jurisdicción territorial, por las razones que sean, sin que ello implique juicio peyorativo alguno sobre los condicionamientos políticos, sociales o materiales que han determinado dicha impunidad de "facto".

Aplicando la doctrina jurisprudencial que se deja expresada y partiendo de lo que se dispone el art. 23.4, g) de la LOPJ, la jurisdicción española será competente para conocer de hechos cometidos fuera del territorio nacional, tipificados penalmente, cuando según los tratados o convenios internacionales, deban ser perseguidos en España. Y atendiendo que el Convenio de Viena sobre Derecho de los Tratados dispone que lo acordado en ellos "no puede ser alterado ni dejado de cumplir sobre la base de disposiciones de la legislación interna de cada Estado" y lo previsto en el Convenio para la prevención y la sanción del delito de genocidio, de 9 de diciembre de 1948, al que se adhirió España el 13 de setiembre de 1968, lo que fue publicado en el BOE de 8 de febrero de 1969, y se incorporó como delito de genocidio en nuestra legislación penal, mediante la Ley 44/1971, de 15 de noviembre, que lo incluyó en el Código Penal, entonces vigente, entre los delitos contra el derecho de gentes, y en este Convenio, las partes contratantes confirman que el genocidio es un delito de derecho internacional que se comprometen a prevenir y a sancionar; lo previsto en la Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, de 10 de diciembre de 1984 (BOE de 9 de noviembre de 1987); y en el Convenio Europeo para la represión del terrorismo, de 21 de enero de 1977 (BOE de 28 de octubre de 1980); y aunque en ninguno de estos Tratados se establece de forma expresa la jurisdicción universal, surge, sin embargo, la obligación de juzgar a los presuntos culpables cuando se encuentren en su territorio y no se acceda a la extradición solicitada por alguno de los otros Estados a los que el respectivo Convenio haya obligado a instituir su jurisdicción. Finalmente, como complemento de los anteriores principios, la jurisprudencia de esta Sala, antes mencionada, reconoce la relevancia que a estos efectos pudiera tener la existencia de una conexión con un interés nacional como elemento legitimador, en el marco del principio de justicia universal, modulando su extensión con arreglo a criterios de racionalidad y con respeto al principio de no intervención.

Y ciertamente, en el caso a que se contrae la excepción de jurisdicción que examinamos, es aplicable el artículo 23.4 en cuanto establece que será competente la jurisdicción española para conocer de los hechos cometidos por españoles o extranjeros fuera del territorio nacional susceptibles de tipificarse según la ley penal española, como delitos de genocidio, terrorismo, entre otras figuras delictivas y cualquier otro que, según los tratados o convenios internacionales, deba ser perseguido en España, extensión de jurisdicción, que por lo antes expuesto, en este caso y respecto a los delitos de los que se acusa al recurrente, es compatible con las exigencias derivadas del orden internacional, ya que los delitos de genocidio, torturas y terrorismo afectan a bienes cuya protección resulta de interés para la Comunidad Internacional, y si a ello añadimos que el presunto culpable se haya en territorio español, que existe un punto de conexión directo con intereses nacionales en cuanto aparecen víctimas de nacionalidad española y que no consta que se encuentre encausado por estos mismos hechos en Argentina, siendo de reiterar las razones que se expresan en el auto recurrido, por lo que no puede hablarse de litis pendencia ni de "non bis in idem" en cuanto los concretos graves crímenes objeto de acusación, según las actuaciones, no están siendo perseguidos por la jurisdicción territorial. .."». (F.J. 6º)

## **COMPETENCIA PROCESAL. Competencia del T. S. J. respecto a la situación personal del acusado.**

Recurso: Casación nº 154/2004P  
Ponente: Sr. Martínez Arrieta  
Sentencia nº 82/2005

«...» Realiza una singular interpretación de la norma procesal, en cuya virtud, en el recurso de apelación de las sentencias del Tribunal de Jurado, el Tribunal "ad quem" adquiere plena competencia para el conocimiento del fondo del enjuiciamiento con excepción de lo referente a la situación personal del imputado que queda residenciada en el Tribunal de Jurado. En sus términos "si bien se evita la mencionada firmeza o ejecutoriedad, no atribuye al Tribunal Superior la competencia para decidir acerca de la libertad o no del procesado, esto en virtud de lo dispuesto en el art. 861 bis a) de la Ley de Enjuiciamiento Criminal".

El motivo se desestima. En primer lugar, porque lo que se recurre en casación es la Sentencia dictada en apelación por el Tribunal Superior de Justicia y el objeto del presente motivo no es la referida Sentencia sino el Auto posterior que afecta a la situación personal.

Además, porque la invocación, como presupuesto impugnatorio, del derecho al Juez imparcial requiere la expresión de la duda de parcialidad respecto de los Magistrados que han resuelto, lo que aquí no se expresa y, por el contrario, no ha sido cuestionado durante la tramitación de la apelación.

No obstante lo anterior entramos, en la cuestión planteada por el recurrente. El recurso de apelación, en los términos de la Ley procesal, y de la propia Ley del Jurado, es un recurso ordinario en cuya virtud se transfiere al órgano "ad quem" plena competencia tanto respecto al hecho como al derecho al que se contrae la pretensión revisora que se ventila en el recurso de apelación interpuesto. Ahora bien, en el proceso tramitado de acuerdo a la Ley del Jurado, la especialidad de la apelación radica en la limitación de la competencia del tribunal revisor en orden a la configuración del hecho probado que no puede ser modificado frontalmente, sino solamente de forma colateral, de forma negativa, y ello debido tanto a que el Tribunal "ad quem" ni ha presenciado la prueba, ni los medios de revisión le permiten una valoración conjunta de la prueba. Esta competencia limitada de la apelación tan solo afecta a la revisión del hecho probado no al resto de las competencias jurisdiccionales sobre la aplicación del derecho al hecho, ni a las facultades revisoras de las situaciones personales de los imputados en la causa. Prueba de ello es que, a diferencia de la casación, el Tribunal Superior de Justicia, el órgano encargado de la revisión, recibe la totalidad de la causa, en tanto que en la casación la ley refiere una documentación necesaria para la tramitación del recurso.

El art. 861 bis a) de la ley procesal no contradice lo anterior, sino que se trata de una norma procesal, específica de la tramitación del recurso de casación que exceptúa de la regla general, la remisión de la totalidad de las actuaciones al órgano de la revisión por vía de recurso. Esta excepción en el conocimiento total solo se postula para la casación. Consecuentemente el órgano encargado de la apelación tiene pleno conocimiento de la causa, si bien las especificidades en orden a la configuración del hecho probado en el procedimiento de la Ley Orgánica del Tribunal de Jurado, hace que la apelación aparezca limitada en orden a la conformación del hecho...". (F.J. 16º)

## **COMPETENCIA PROCESAL. Lugar de comisión del delito.**

Recurso: Casación nº 214/2004  
Ponente: Sr. Berdugo Gómez de la Torre  
Sentencia nº 409/2005 de fecha 24/03/2005

«...» Siendo así no sería aplicable el art. 23.4 f) en relación con el art. 65.1 e) LOPJ. a efectos de la competencia de la Audiencia Nacional sino el apartado 1º del art. 23 que atribuye en el orden penal el conocimiento a la jurisdicción españolas de las causas por delitos y faltas "cometidos en territorio español o cometidos a bordo de buques o aeronaves españolas...", lo que, a su vez, determina la competencia de los Juzgados de Cartagena, en base a la teoría de ubicuidad aceptada por esta Sala en el reciente Pleno no jurisdiccional de 3.2.2005, según el cual el delito se comete en todas las jurisdicciones en las que se haya realizado algún elemento del tipo. En consecuencia el Juez de cualquiera de ellas que primero haya iniciado las actuaciones procesales, será, en principio, competente para la instrucción de la causa, cual acontece en el caso presente al ser Cartagena, el puerto al que fue llevada la embarcación y el lugar en que se practicó el registro y la droga fue aprehendida...". (F.J. 2º)

## **COMPETENCIA PROCESAL. Naturaleza privilegiada del aforamiento.**

Recurso: Casación nº 2222/2003

Ponente: Sr. Giménez García

Sentencia nº 1202/2004 de fecha 22/10/2004

«...” Como ya ha manifestado esta Sala en varias ocasiones --ad exemplum autos de 11 de Mayo de 2000 Recurso de Casación 970/2000 y 24 de Mayo de 2000 Recurso de Casación 1190/2000--, el derecho penal parlamentario español tiene como característica más acusada, que, junto con el contenido típico y nuclear concentrado en los principios de inmunidad e inviolabilidad que actúa como condición de procedibilidad, sin la que no puede operar la justicia penal, además, tiene una norma de especial atribución competencial racione personae, en cuya virtud hay un desplazamiento de la competencia en favor de un Tribunal determinado, sea la Sala II del Tribunal Supremo si se trata de parlamentarios del Congreso de los Diputados o del Senado, o bien, en favor de los distintos Tribunales Superiores de Justicia de las Comunidades Autónomas, en relación, entre otros, de los parlamentarios de dichas Comunidades Autónomas.

Esta especialidad de atribución competencial, en la medida que la misma supone una excepción a las reglas de atribución competencial, no puede tener una interpretación extensiva, como así lo ha declarado esta Sala en el primero de los autos citados que citan, además, las resoluciones de 15 de Diciembre de 1993, 2 de Diciembre de 1994, 13 y 15 de Enero de 1995 y 26 de Septiembre de 1996, entre otras. Precisamente una hipotética aplicación injustificadamente extensiva se constituiría como una quiebra del derecho de igualdad y al Juez predeterminado por la Ley, y sería exponente de la tendencia a la expansión de todo lo excepcional a que también esta Sala se ha referido en numerosas ocasiones --SSTS 998/2002 de 3 de Junio, 1542/2002 de 24 de Septiembre, 498/2003 de 24 de Abril, 182/2004 de 23 de Abril y 280/2004 de 8 de Abril--.

Ello, no obsta a que, en ocasiones, y en virtud de la no escindibilidad de la causa se hayan enjuiciado conjuntamente ante el Tribunal competente por razón de aforamiento unas mismas y concretas acciones, atribuidas por igual a acusados que disponen del privilegio de aforamiento junto con otros que no lo disponen y ejemplo de ello, son las causas precisamente aludidas por los recurrentes a las que antes hemos hecho referencia, pero, insistimos, todas ellas tienen, o por mejor decir, tuvieron como presupuesto unas concretas y precisas conductas idénticamente atribuidas a la colectividad de los acusados.

No es este el caso aquí contemplado en el que como se comprueba en el relato de hechos del Auto de procesamiento, parcialmente recogido en el motivo, -- páginas 8 a 13-- junto con hechos atribuidos a varias personas --entre ellas los recurrentes como son los referentes a reuniones orgánicas de Ekin, existen otras

atribuidas exclusivamente a los recurrentes como declaraciones, asistencia a reuniones, entrevistas, ruedas de prensa o redacción de artículos, y es en esta situación de especial complejidad donde la disección efectuada por el Sr. Juez Instructor del Sumario de desgajar la parte correspondiente al protagonismo de los dos recurrentes y remitirlo al Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, reservándose el resto para el enjuiciamiento por la Audiencia Nacional, aparece razonado y respetuoso con la naturaleza privilegiada del aforamiento sin riesgo de ruptura de la continencia ni de contradicción en la medida que los hechos atribuidos a los recurrentes tienen la suficiente autonomía para un enjuiciamiento acorde con su privilegio de aforamiento, que quedaría desvirtuado si se extendiera, indebida e injustificadamente a otras diez personas, cuando menos.

Más aún, los recurrentes, al solicitar la acumulación de la causa matriz -- Sumario 18/98-- a la pieza remitida al Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, cuya competencia para el enjuiciamiento de los recurrentes no se cuestiona, están efectuando una petición cuyos destinatarios serían los procesados en el Sumario 18/98, lo que patentiza la falta de legitimación de aquellos para efectuar peticiones respecto de otra causa de la que ya no son parte, y cuyos afectados nada han alegado. En definitiva más que una cuestión de competencia, lo que se pretende es una acumulación, o si se pretende una reagrupación en una única causa pero residenciando la competencia de la totalidad en el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco.

Como ya se ha razonado, la tesis no puede ser admitida. Como último argumento para el rechazo de la pretensión nos referimos a la STEDH de 22 de Junio de 2000 --caso Coëme y otros vs. Bélgica-- en el que se establece la doctrina de que debe limitarse el fuero procesal a las personas que ostentan el cargo que lo determina, excluyendo el aforamiento a otros posibles partícipes.

El caso se refiere a cinco peticiones de cinco ciudadanos belgas que fueron condenados por el Tribunal de Casación de Bélgica como juez de fondo en primera y última instancia, debido a que el Sr. Coëme era ministro en el momento en que ocurrieron los hechos. Las demás personas fueron citadas a comparecer ante esa jurisdicción del Tribunal de Casación en base a la conexión de los hechos.

El TEDH en la referida sentencia alegó que no estando prevista esa posibilidad de conexión en la Ley, el Tribunal de Casación no era el Tribunal establecido por la Ley a tenor del art. 6 del Convenio Europeo...”». (F.J. 2º)

## **COMPETENCIA PROCESAL. Principio de Personalidad.**

Recurso: Casación nº 265/2004

Ponente: Sr. Monterde ferrer

Sentencia nº 1526/2004 de fecha 17/12/2004

«...” En líneas generales puede decirse que la jurisdicción penal tiene atribuido el conocimiento y ejecución de las causas y juicios criminales (art. 9.3

LOPJ), extendiendo tales facultades a todas las personas y a todo el territorio nacional. Sin embargo la Jurisdicción penal aparece limitada en su actuación por circunstancias diversas como los límites objetivos que suponen las conductas tipificadas como delito o falta por la Ley Penal sustantiva, por los límites territoriales y por los límites subjetivos.

La Doctrina y la Jurisprudencia coinciden en que el ejercicio de la Jurisdicción penal es una manifestación de la soberanía del Estado. En base a lo anterior, a cada Estado le corresponde, en principio, conocer de todos los hechos punibles cometidos en su territorio cualquiera que sea la nacionalidad del sujeto activo del delito y del bien jurídico protegido. Este principio de actuación llamado principio de territorialidad (*forum loci commissi*) es el que informa fundamentalmente el ordenamiento español, según se deduce de lo establecido en los arts. 23.1 LOPJ y 14 y 15 de la LECr.

Pero el principio de territorialidad coexiste con otros principios que permiten perfilar la extensión y los límites de la Jurisdicción española.

Conforme al principio de personalidad o de nacionalidad cada ciudadano se halla siempre sometido a la Jurisdicción de su país. Así la Jurisdicción penal española, porque así lo precisa el art. 23.2 LOPJ, conocerá de los hechos previstos en las leyes penales españolas como delitos, aunque hayan sido cometidos fuera del territorio nacional, siempre que los criminalmente responsables fueren españoles o extranjeros que hubieren adquirido la nacionalidad española con posterioridad a la comisión del hecho y concurrieren los siguientes requisitos: 1) Que el hecho sea punible en el lugar de la ejecución. 2) Que el agraviado o el Ministerio Fiscal denuncien o interpongan querrela ante los Tribunales españoles. 3) Que el delincuente no haya sido absuelto, indultado o penado, en el extranjero, o en este último caso no haya cumplido la condena. Si sólo la hubiere cumplido en parte se le tendrá en cuenta para rebajarle proporcionalmente la que le corresponda.

El principio de la personalidad activa del art. 23.2 LOPJ no tiene otras limitaciones que las establezcan los Tratados internacionales o, en su caso, la interpretación de los mismos.

Como dice el art. 4 LOPJ la jurisdicción se extiende a todas las personas, a todas las materias y a todo el territorio español, en la forma establecida en la Constitución y en las leyes.

Como se puede apreciar por los textos de los artículos 4 y 23.2 LOPJ cuando el Estado español ha querido establecer casos particulares de alcance y aplicación de personalidad activa lo ha hecho mediante la firma de tratados internacionales, debiendo entenderse que en los demás casos no lo ha considerado oportuno.

El auto de la Sala de lo Penal recurrido viene a rechazar la jurisdicción de los tribunales españoles para conocer de los delitos de Falsedad en documento mercantil, Estafa y Apropiación Indebida, imputados por la querellante al querellado, por entender fundamentalmente que si tuvo en algún momento la nacionalidad española, la había perdido, por adquisición automática de la argentina, por ser esta la efectivamente ejercida, como se demuestra por su residencia en la República



Argentina, donde su declaración se llevó a cabo mediante comisión rogatoria internacional.

Sin embargo, este criterio no puede aceptarse. El Convenio de Nacionalidad entre la República Argentina y el Reino de España, de 14-4-69, si bien en su art. 4 prevé que las personas acogidas a sus beneficios recuperen todos los derechos y deberes inherentes a su anterior nacionalidad, cuando se produce el traslado de su domicilio al país de origen, el mismo precepto señala que aquéllas estarán obligadas a manifestarlo así ante las autoridades competentes de los respectivos países, y que en tal caso se procederá a inscribir el cambio en los Registros que se mencionan en el art. 2, y se librarán las comunicaciones pertinentes, a los efectos previstos en el citado artículo.

El párrafo segundo del mismo precepto, además, señala que la prueba de la constitución del domicilio en el territorio de las partes contratantes, será requisito indispensable para reclamar la nueva nacionalidad y para readquirir el pleno goce de la de origen.

Y el art. 2 del Convenio precisa que a partir de la fecha de inscripción gozarán de la condición de nacionales en la forma regulada por la ley de cada país; así como que la suspensión del ejercicio de los derechos políticos en el país de origen regirá a partir del momento en que se produzca la comunicación precedentemente aludida.

Ni puede aceptarse, en virtud del citado instrumento internacional, la posesión y ejercicio de los derechos y deberes inherentes a dos nacionalidades de modo simultáneo, ni admitirse la alegación de una u otra nacionalidad a conveniencia del interesado, sin verificación de la cumplimentación de los requisitos legales, formalmente eficaces para evitar la apertura de improcedentes espacios de impunidad, a los efectos que ahora nos incumben.

Consecuentemente, no constando en las actuaciones que se hubiere producido la inscripción y la comunicación correspondiente al cambio de nacionalidad, no cabe tener por no español al querellado.

Siendo así, siendo punibles tanto en el Reino de España como en la República Argentina los delitos imputados (Arts. 172 y ss del CP argentino), y dándose todos los demás elementos exigidos por el art. 23.2 LOPJ, ha de ser estimado el motivo del recurso...."». F.J. 2º)

## **CONCURSO: Delito de falsedad y estafa. Penalidad por separado.**

Recurso: Casación nº 2038/2003

Ponente: Sr. Sánchez Melgar

Sentencia nº 27/2005 de fecha 22/01/2005

«...” La doctrina de esta Sala (Sentencias 1971/2002, de 22 de noviembre, 1833/2002, de 29 de octubre, y 1697/2003, de 18 de diciembre, entre otras), ya han sentado la doctrina de que en el supuesto de autos no es necesario acudir al delito más grave en su mitad superior, sino que es más favorable para el acusado penar separadamente ambos delitos, por aplicación del art. 77 del Código penal, cuando no es de necesaria imposición el grado superior en el delito de estafa, al acudirse al total defraudado y éste ser moderado. En el caso, varias infracciones son constitutivas de falta, una de delito, y el total, 157.600 pesetas (947,20 euros).

La pena correspondiente al delito de falsedad documental (art. 392) se sancionará con un año y nueve meses de prisión, y multa de nueve meses (mitad superior, al ser inaplicable en este caso la doctrina jurisprudencial sobre la cantidad total defraudada, conforme al párrafo segundo del art. 74 del Código penal); pero la pena correspondiente al delito de estafa, del art. 250.1.3º del Código penal, será la de un año de prisión y multa de seis meses, porque aquí sí es posible, teniendo en cuenta que el total defraudado han sido 157.600 pesetas (947,20 euros). En consecuencia, es más favorable la punición por separado (pues la Sala sentenciadora impuso la penalidad conjunta de cuatro años y nueve meses de prisión y multa de nueve meses), y en este sentido (dos años y nueve meses de prisión y dos multas, en total), es más favorable para el recurrente, por lo que debemos estimar parcialmente el motivo...”». (F.J. 4º)

## **CONCURSO. Relación entre el tipo del art. 188.1 y el 312/.2. del C. Penal Concurso real**

Recurso: Casación nº 512/2004P  
Ponente: Sr. Sánchez Melgar  
Sentencia nº 372/2005 de fecha 17/03/2005

«...” El tipo delictivo por el que ha sido condenado, el art. 188 del Código penal, se integra dentro de los delitos contra la libertad sexual, y concretamente en el capítulo V (de los delitos relativos a la prostitución y corrupción de menores); y aunque el tipo penal comprendido en el art. 188.2, ha pasado al art. 318 bis, como consecuencia de la L.O. 11/2003, el bien jurídico protegido sigue siendo diferente, al incorporarse como delito contra los derechos de los ciudadanos extranjeros, expresamente conectado con el tráfico ilegal o la inmigración clandestina de personas extranjeras en situación irregular. En realidad, la conducta de Gintaras Berzinkas, se mueve entre las conductas previstas entre ambos apartados del art. 188 del Código penal, aplicables a la sazón, pero más propiamente dentro del primero que del segundo...”...

... no existe consunción alguna, ya que, además de incidir en la libertad sexual de la víctima, se ha producido una relación laboral de explotación, como claramente queda de manifiesto en el relato histórico de la sentencia recurrida. La cuestión podría tener trascendencia con el número 2 del art. 188 del Código penal, en cuanto se refiere el tipo a explotación sexual, pero en el apartado primero la mención legal

es exclusivamente el ejercicio coactivo de la prostitución. Ahora bien, el bien jurídico protegido en el art. 312.2 del Código penal, está constituido por un conjunto de intereses concretos referidos a la indemnidad de la propia relación laboral, mediante la sanción de aquellas conductas de explotación que atenten contra los derechos laborales de los trabajadores, incluyendo a todos aquellos que presten servicios remunerados por cuenta ajena, concepto en el que deben incluirse las mujeres que ejercen la prostitución por cuenta y encargo de otro. Así lo tiene dicho esta Sala en diversas Sentencias (véase, por todas, la nº 995 de 30 de junio de 2000, citada por la 1045/2003, de 18 de julio). El bien jurídico del delito de determinación coactiva a la prostitución atenta sobre la libertad sexual de la persona que se ve compelida este ejercicio en contra de su voluntad, mediante actos de vis física o vis moral, y particularmente mediante el aprovechamiento de una situación de necesidad o vulnerabilidad. Es probable que ambas conductas vayan ordinariamente aparejadas, pero nada impide que se puedan deslindar fácticamente ambas situaciones. La relación concursal ha de construirse, pues, como de delitos y no de normas, y dentro de la primera, como de concurso real, pues las acciones son distintas y no están en función de instrumentalidad...»». (F.J. 4º)

## **CONCURSO DE DELITOS. Concurso medial entre robo y detención. Concurso entre robo y allanamiento. Pluralidad de conexiones mediales.**

Recurso: Casación nº 10926/2006 P  
Ponente: Sr. Berdugo Gómez de la Torre  
Sentencia: nº 179/2007 de fecha 07/03/2007

«...No hay concurso, y el robo con violencia o intimidación absorbe a la detención ilegal conforme reiterada y pacífica jurisprudencia de esta Sala (SSTS, 395/96 de 9.5, y 333/99 de 3.3), en aquellos supuestos de mínima duración temporal en que la detención ilegal se realiza durante el episodio central del hecho (SSTS. 1117/2001 de 12.6, 1146/2002 de 17.6, 532/2002 de 4.3), es decir mientras tiene lugar la actividad de aprehensión de la cosa mueble que ha de sustraerse, pues todo robo con violencia o intimidación en las personas lleva consigo una privación ambulatoria de la víctima que queda absorbida por el robo cuando no exceda del tiempo que normalmente se emplea en esta clase de infracciones penales (por ejemplo en los "traslados" de agresor y víctima hasta un cajero bancario), (SSTS. 1456/98 de 27.11, 1277/99 de 20.9 y 337/2004 de 12.3). la STS. 1124/97 de 10.7, aprecia el desistimiento en la detención ilegal y condena únicamente por robo violento porque "el autor una vez que consuma su propósito depredador, desiste de llevar a cabo la privación de libertad". Según la STS. 408/2000 de 13.3, la privación de libertad a que fue sometido el ocupante de la vivienda mientras los procesados la registraban en busca de lucro, no excedió de la que era precisa para cometer el robo y, por tanto, quedó subsumido en éste último delito (STS. 1634/2001 de 4.11).

Hay concurso real con robo cuando la detención se prolongó veinte minutos y el animo depredatorio surgió después de la detención (SSTS, 1548/2004 de 27.12, 1502/2004 de 27.12).

Hay concurso de delitos si además del delito de robo se atenta contra la libertad de movimientos de las víctimas o de otras personas (SSTS. 1107/2000 de 23.6, 1790/2000 de 22.11 y 1846/2002 de 6.11), cuando la privación de libertad excede de la imprescindible para cometer el robo (SSTS. 1705/2002 de 15.10 y 1329/2002 de 15.7).

Este concurso será real (art. 73 CP.) cuando la detención se produzca una vez concluida la dinámica comisiva del delito de robo, esto es, una vez terminada la conducta típica del robo (STS. 1334/2002 de 12.7), cuando ya el delito de robo se ha consumado (SS. 30.10.87 y 14.4.88), aunque la detención se realice a continuación y seguidamente de concluirse el robo (SS. 21.11.90 y 3.5.93), como ocurre: cuando los acusados de robo, perseguidos inmediatamente por los policías, consiguen ponerse fuera de la vista y alcance de éstos y después realizan la privación de libertad de las personas que están en una vivienda para que les oculten (STS. 646/97 de 12.4); o cuando la detención se prolongó después de finalizado el robo, obligando a la perjudicada a trasladar a los autores de los hechos lejos del lugar donde estos se habían producido (STS. 655/2000 de 11.4), o si concluido el robo, los autores realizan otra acción para evitar la libertad de la víctima (STS. 1890/2002 de 13.11).

Deberá apreciarse un delito de detención ilegal cuando la privación de la libertad en la víctima, por su duración o por sus especiales características, presente una entidad cuyo aspecto negativo en cuanto ataque al bien jurídico protegido, no quede cubierto por la sanción del delito de robo. Tal ocurrirá cuando se prolongue por más tiempo del necesario para ejecutar el apoderamiento o cuando se desproporcione en función del delito de robo concreto cometido. En definitiva, cuando objetivamente tenga mayor entidad el ataque a la libertad que el ataque al patrimonio, aún considerando la inevitable privación de libertad que conlleva (SSTS. 479/2003 de 31.3, 12/2005 de 20.1).

Por eso esta Sala ha dicho, en un caso de robo cometido con armas en que, además se ató y amordazó a las víctimas, que la privación de la libertad fue desde el primer momento un elemento adicional a la violencia ejercida por los autores mediante las armas que portaban, pues la acción de atar y amordazar a las víctimas aparece como un agregado sobreabundante que no puede ser considerado dentro de la unidad de la acción propia del delito de robo (STS. 273/2003 de 26.2).

El concurso será ideal (art. 77 CP:), cuando la detención sea medio necesario para cometer el robo o se produzca durante la dinámica comisiva del mismo casos de detención para despojar a la víctima de sus cosas muebles o para asegurar la ejecución del robo o la fuga del culpable (SSTS. 1008/98 de 11.9, 1620/2001 de 25.9, 1652/2002 de 9.10).

En el presente caso esta es la situación contemplada tal como se desprende del relato fáctico a que antes hemos hecho referencia, en el que se describe una privación de libertad de dos personas, de tres horas de duración, que constituyó medio necesario, en sentido amplio y objetivo, para la comisión del robo, pero su

intensidad o duración excedió la mínima privación momentánea de libertad insita en la dinámica comisiva del delito contra la propiedad, afectando de un modo relevante y autónomo al bien jurídico protegido en el delito de detención ilegal. Como precisa la STS. 73/2005 de 31.1 "cuando la dinámica comisiva desplegada conlleva previa y necesariamente (art. 77.1) la inmovilización de la víctima como medio para conseguir el desapoderamiento y esta situación se prolonga de forma relevante excediendo del mínimo indispensable para cometer el robo, máxime cuando su objeto es incluso indeterminado y a expensas de lo que puedan despojar los autores, la relación de concurso ideal (art. 77), es la solución adecuada teniendo en cuenta la doble vulneración de bienes jurídicos autónomos". (F. J. 10º)

...Se plantea, a continuación el problema de encontrarnos ante un supuesto de pluralidad de conexiones mediales encadenadas. Un delito -allanamiento- es medio para cometer otro -robo-, que a su vez es medio de un tercero -detención ilegal de dos personas-.

La doctrina se encuentra dividida y señala como posibles tres opciones:

1º) Aplicar el art. 77 tantas veces sean los nexos de medio a fin.

2º) Un solo concurso medial en concurso real con el delito o delitos sobrantes (criterio aplicado en las SSTs. 13.3 y 2.11.84) que se penarían con independencia.

3º) Todos los delitos en concurso medial (SSTs. 191/95 de 14.12 con cita STS. 8.7.85, homicidio frustrado, atentado y lesiones).

Descartada la primera por cuanto preventiva a serias objeciones desde el principio non bis in idem, la posición que sostiene la aplicación del art. 77.1.2 a una de las conexiones mediales en concurso con el hecho delictivo sobrante trata de evitar el supuesto privilegio para el autor, sin embargo es contraria al sentido del precepto que quiere unificar aquellas infracciones que se encuentran en relación medio a fin de forma objetivamente necesaria. De igual manera que el inciso primero del art. 77.1 CP. no impide el concurso ideal cuando sean más de dos los tipos realizados por una única acción, tampoco debe excluirse la apreciación de una sola conexión medial en caso de que las plurales realizaciones típicas se encuentren relacionadas teológicamente

Ahora bien, esta solución en el caso concreto, debe ser corregida, por cuanto concurren dos delitos de detención ilegal, pues fueron dos los sujetos pasivos afectados en un bien tan individual y personalismo como es el de la libertad de forma que cada ataque infligido a este derecho fundamental dará lugar a tantos delitos independientes y distintos como sean las personas afectadas, SSTs. 1397/2003 de 16.10, cuando se quiere privar y se priva de libertad a varias personas se cometen tantos delitos de detención ilegal en concurso real, pues se estima que se realizan varias acciones, STS. 788/2003 de 29.5, deben apreciarse tantos delitos como detenidos, STS. 1261/97 de 15.10.

Siendo así en el caso presente ambos delitos de detención ilegal estarían en relación de concurso medial con el delito de robo con violencia, acorde con la doctrina de esta Sala de la que son exponentes las sentencias 1588/2005 de 16.12, 73/2005

de 31.1 y 452/2003 de 18.3, que declararon, en supuestos similares, que cuando los sujetos pasivos del delito de detención ilegal en relación medial con el robo son varios, dicho concurso lo es de cada delito de detención ilegal con un delito de robo, pero no de un único concurso medial integrado por los delitos de detención ilegal perpetrados como medio para cometer el delito de robo, como modalidad múltiple de un único concurso medial. (F. J. 11º)

**Así las cosas este motivo debe estimarse con este alcance: apreciar un concurso medial entre el delito de allanamiento de morada, delito de robo con violencia y uso de armas y un delito de detención ilegal, y otro concurso medial entre el delito de robo con violencia y uso de armas y el segundo delito de detención ilegal». (F. J. 12º)**

## **CONCURSO DE NORMAS. Cohecho y omisión del deber de perseguir delitos.**

Recurso: Casación nº 1293/2005 P  
Ponente: Sr. Sánchez Melgar  
Sentencia: nº 1076/2006 de fecha 27/10/2006

«...F. G. V. hizo un uso del cargo que constituyó verdadera subversión de esa función pública, con lo que atentó contra el bien jurídico que protege el delito de cohecho; y ello con objeto de facilitar el desarrollo de una organización de tráfico sobre una droga ilegal, lo que interesó también negativamente a la salud pública como bien jurídico penalmente protegido.

Igualmente ha sido condenado este recurrente como autor de un delito de omisión del deber de perseguir delitos, conforme al tipo penal definido en el art. 408 del Código penal, a cuyo tenor, incurrirá en la penalidad prevista por la ley, la autoridad o funcionario que, faltando a la obligación de su cargo, dejare intencionadamente de promover la persecución de los delitos de que tenga noticia o de sus responsables.

Evidentemente, al proporcionar mediante precio las informaciones que hace mención el *factum*, F. G. V. estaba omitiendo el deber de perseguir delitos, en cuanto conocía la actividad criminal de E. C. A., a cuyo servicio se puso, y del que percibió las retribuciones que han quedado reflejadas. Pero dogmáticamente no puede cometer ambas infracciones penales, pues la primera es más amplia y completa y absorbe esta última, de modo que se produce un concurso de normas, a resolver por el cauce del art. 8.3º del Código penal, por lo que únicamente podrá ser sancionado

por delito de cohecho, debiendo ser absuelto en segunda sentencia que ha de dictarse del delito de omisión del deber de perseguir delitos». (F. J. 28º)

## **CONCURSO DE NORMAS Y CONCURSO DE DELITOS. Principio "non bis in idem": delito contra la ordenación del territorio del art. 319 CP y delito contra el medio ambiente del art. 325 CP. Sanción por el tipo más grave, 325 CP.**

Recurso: Casación nº 796/2006

Ponente: Sr. Ramos Gancedo

Sentencia: nº 1182/2006 de fecha 29/11/2006

«...Doctrina científica y jurisprudencia son contestes en considerar que el concurso de leyes se produce cuando un mismo supuesto de hecho o conducta unitaria pueden ser subsumidos en dos o más distintos tipos o preceptos penales de los cuales sólo uno resulta aplicable so pena de quebrantar el tradicional principio del "non bis in idem". Distinto es el caso del concurso ideal de delitos, que tiene lugar cuando también concurren sobre un mismo hecho varios preceptos punitivos que no se excluyen entre sí, siendo todos ellos aplicables.

Entre uno y otro supuestos existe una diferencia esencial u ontológica que radica en que en el concurso de normas el hecho o conducta unitaria es único en su vertiente natural y en la jurídica, pues lesiona el mismo bien jurídico, que es protegido por todas las normas concurrentes, con lo que la sanción del contenido de la antijuridicidad del hecho se satisface con la aplicación de una de ellas, porque la aplicación de las demás vulneraría el mencionado principio del "non bis in idem". En cambio, en el concurso ideal de delitos, el hecho lesiona distintos bienes jurídicos, cada uno de los cuales es tutelado por una norma penal concurrente, de suerte que aquel hecho naturalmente único es valorativamente múltiple, pues su antijuridicidad es plural y diversa, y para sancionar esa multiplicidad de lesiones jurídicas es necesario aplicar cada una de las normas que tutelan cada bien jurídico lesionado.

Aplicando esta doctrina al caso actual, vemos que, en primer lugar, es el mismo Tribunal sentenciador el que reiteradamente considera la conducta del acusado como un conjunto de actividades que integran una acción unitaria consistente en realizar "la gran obra transformadora" de la zona donde se desarrollaron aquéllas. Es por ello por lo que la sentencia rechaza el concurso de normas porque son distintos los bienes jurídicos afectados, aún considerándolos "muy próximos".

Tan próximos que, a nuestro entender, se confunden en uno sólo y el mismo: la protección del medio ambiente como valor tutelado por las normas concurrentes. Resulta a estos efectos sumamente significativas las consideraciones que hace la sentencia recurrida cuando al tratar del delito del art. 325, señala que para verificar la concurrencia de los elementos típicos que lo conforman, señala que "bastan algunos presupuestos del delito anterior (artículo 319.1), ya que ambos están en una línea de ataque proyectivo, empezando por la afectación de la ordenación del territorio, como

delito forestal por darse el elemento normativo consistente en la infracción atinente a la sujeción al control de la gran obra transformadora, vulnerando ciertas normas intrínsecamente protectoras del medioambiente, **generando al tiempo la misma conducta** una afectación o peligro concreto grave, incluso un resultado, en un ecosistema natural".

Ciertamente, si la conducta consistente en construir sin autorización configura el delito contra la ordenación del territorio del art. 319.1, es porque esa actividad constructora se realiza en una zona de valor ecológico y considerada de especial protección precisamente por ese valor ecológico que la norma quiere preservar. Y desde luego, ese mismo bien jurídico es el que tutela el art. 325 en su vertiente de proteger el equilibrio de los sistemas naturales, cuya significación ecológica no admite duda.

Al sancionar separadamente ambos delitos, se ha producido una vulneración del principio "non bis in idem" que debe ser reparada en esa instancia, casándose la sentencia impugnada en este extremo y declarándose en la segunda que dictemos que la actuación del acusado constituye un supuesto de concurso de delitos que debe resolverse con arreglo al art. 8.4 C.P., de manera que los hechos serán castigados con arreglo al art. 325 por ser el tipo más grave, excluyéndose el 319, sancionado con menor pena». (F. J. 11º)

## **COSA JUZGADA. Estafa y alzamiento de bienes.**

Recurso: Casación nº 1956/2003  
Ponente: Sr. Delgado García  
Sentencia nº 690/2005 de fecha 03/06/2005

«...» siempre han de tenerse en cuenta cuáles son los elementos identificadores de la cosa juzgada material en el proceso penal, que constituyen, a la vez, los límites de su aplicación y que se deducen de lo antes expuesto.

Dentro de la jurisdicción penal tales elementos y límites son dos: identidad de hecho e identidad de persona inculpada.

El hecho viene fijado por el relato histórico por el que se acusó y condenó (o absolvió) en el proceso anterior, comparándolo con el hecho por el que se acusa o se va a acusar en el proceso siguiente.

Persona inculpada es la persona física contra la que se dirigió la acusación en la primera causa y ya quedó definitivamente absuelta o condenada, que ha de coincidir con el imputado del segundo proceso.

A los fines aquí examinados carece de significación cualquier otro dato: ni la identidad de quienes ejercitan la acción (sujeto activo), ni el título por el que se acusó o precepto penal en que se fundó la acusación:



La acusación en el proceso penal la ejerce, por regla general, el Ministerio Fiscal, lo que, por esta misma circunstancia, es un elemento indiferente a los efectos aquí examinados.

Si hubo o no antes acusación particular o popular, y luego en el proceso posterior existe otra distinta, o no existe ninguna, ello no puede ser obstáculo para la operatividad de la eficacia preclusiva de la cosa juzgada, pues el derecho fundamental del acusado a no verse envuelto en un nuevo proceso penal por el mismo hecho ya enjuiciado no puede quedar sujeto a la circunstancia de que alguien que no actuó en el proceso anterior quiera hacerlo después ejercitando la acción penal en el nuevo proceso, máxime cuando nuestro derecho positivo es tan abierto en esta materia permitiendo la acusación por cualquier persona, incluso aunque no sea perjudicada por el delito.

Por razón semejante tampoco tiene eficacia alguna, en orden a impedir la producción de la cosa juzgada material, la norma penal en que se funda la acusación. Por los mismos hechos ya enjuiciados e imputados a una misma persona no cabe acusar a ésta después en otra causa distinta con el subterfugio de pretender que se trata del ejercicio de distinta acción penal porque se le acusa por delito sancionado en una disposición diferente.

Lo antes expuesto son criterios pacíficamente admitidos en la doctrina que enlazan con lo que esta Sala ha venido proclamando en esta materia en sentencias de 24-9-81, 3-3-83, 24-4-84, 24-11-87, 23-12-92, 29-4-93, 5-3-94, 12-12-94, 16-2-95 y 10-6-98, 2/99, 594/2000, 2522/2001, 1333/2003, 207/2004 y 348/2004 entre otras muchas...». (F.J. 2º)

## **COSTAS PROCESALES. De la actora popular. Inaplicación a los delitos que afecten negativamente a los denominados “intereses difusos”.**

Recurso: Casación nº 435/2004

Ponente: Sr. Andrés Ibañez

Sentencia: nº 1318/2005 de fecha 17/11/2005

«...Efectivamente, es cierto que esta sala ha declarado con reiteración que el ejercicio de la acción popular, en tanto que prevista para personas físicas o jurídicas no directamente afectadas por los hechos delictivos, no puede dar lugar a una repercusión de las costas debidas a su iniciativa procesal.

Se trata de un criterio jurisprudencial consolidado, dotado de razonable fundamento, y cuya vigencia con carácter general no parece que pueda cuestionarse. Halla sustento en el dato de que, en la generalidad de los delitos, hay siempre alguien concernido en primera persona por las consecuencias lesivas que de ellos se derivan normalmente. Pero esto es algo que puede no darse en tales términos, cuando se trata de delitos como el contemplado, que afectan negativamente a los que se conocen como “intereses difusos”. En efecto, el daño que los mismos producen incide

sobre bienes colectivos, que son el contenido de los derechos llamados “de tercera generación”, de difícil encaje en la categoría del derecho subjetivo convencionalmente entendido (forma jurídica habitual de los bienes penalmente tutelados), que, en general, presupone como titular al individuo singularmente considerado, o en todo caso, individualizado o identificable como tal. En cambio, esta otra aludida categoría de derechos *vive* en una dimensión que es siempre transpersonal, ya que *interesan directamente* a sujetos colectivos, integrantes de grupos humanos indeterminados y abiertos. En algunos casos, puede decirse que, en rigor, lo hacen a la ciudadanía en general e incluso a las generaciones futuras, como ocurre con los que inciden sobre el medio ambiente.

Siendo así, es patente que tratándose de delitos relativos a este género de derechos el criterio aludido en materia de costas no es el más pertinente. Y lo mismo puede decirse del propio concepto de acusación particular, que presupone la existencia de un inmediatamente ofendido. Mientras, en cambio, la acción popular, es decir, la de los genéricamente afectados, se adecua perfectamente a la naturaleza de estas infracciones.

No sólo, la experiencia abona que con frecuencia, en estos años, si alguna protección penal se ha dispensado a tal clase de intereses, más aún, si éstos han llegado a encontrar acogida en la legislación criminal, ha sido, las más de las veces, merced a iniciativas de esa procedencia.

Por tanto, y en general, puede muy bien afirmarse que el cauce de la acción popular es el más *natural* para dar curso a actuaciones de los legítimamente interesados en la persecución de delitos contra los aludidos bienes colectivos, que actúen en la calidad de genéricos perjudicados. Es decir, de la misma forma en que les conciernen las acciones criminales de referencia.

Y siendo así, en presencia de determinadas condiciones, el mismo criterio de la afectación y el interés, interpretado a tenor de la naturaleza de los bienes y derechos de que se trata, deberá servir para fundar eventuales condenas al pago de las costas de la acusación popular, con perfecto encaje en la previsión del art. 124 Cpenal.

Es cierto que el instituto de la acción popular puede ser y ha sido objeto de abuso y de diversos usos instrumentales, en el contexto de estrategias políticas y de otra índole. Pero esto es algo ajeno objetivamente al mismo y que no debe gravar la posición de quienes, haciendo de él un uso acorde con sus fines constitucionales, contribuyan eficazmente a dar efectividad al orden jurídico. Siendo éste un aspecto que debe quedar a la apreciación prudencial expresa que en cada caso deberá hacer el tribunal de quien dependa la decisión.

En lo que hace al papel desempeñado por la Asociación Proyecto XXX de XXX, institución de carácter altruista, nacida para contribuir a la protección del medio natural de ese mismo nombre, es de señalar que ha cumplido a plena satisfacción esas exigencias. Pues, en efecto, ha actuado de forma eficaz y plenamente correcta en el plano procesal, todo en cumplimiento de sus fines sociales específicos, como lo acredita la existencia de no menos de medio centenar de intervenciones

documentadas en el trámite, en el que ha tenido un papel fundamental. Es por lo que debe darse lugar al motivo». (F. J. 2º) R. 5º

## **COSTAS PROCESALES. Inclusión de las causadas por acusador particular.**

Recurso: Casación nº 471/2005

Ponente: Sr. Ramos Gancedo

Sentencia: nº 426/2006 de fecha 12/04/2005

«...La inclusión en la condena en costas de las originadas a la víctima o perjudicado por el delito, que se persona en las actuaciones en defensa de sus intereses y en ejercicio de los derechos constitucionales a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 C.E) y a la asistencia letrada (art. 24.2 C.E), constituye, en consecuencia, la aplicación última al proceso penal del principio de la causalidad, como destaca la doctrina procesal. El efecto de este principio es el resarcimiento por el condenado, declarado culpable del acto delictivo que causó el perjuicio, del gasto procesal hecho por la víctima en defensa de sus intereses.

Junto a esta dimensión constitucional de las costas, como resarcimiento de los gastos procesales ocasionados a los perjudicados por un comportamiento antijurídico, destacada por el Tribunal Constitucional en diversas resoluciones, no ha de olvidarse que a través del proceso penal también se ejercitan acumuladamente acciones civiles de reparación de daños, que no resulta congruente someter a criterios procesales antagónicos con los que rigen en el proceso civil. Constituiría un supuesto de diferenciación irrazonable, y por ende discriminatorio, que quien ejercite en el propio proceso penal sus acciones civiles para la reparación de un daño derivado de un ilícito penal sea obligado a soportar sus propios costes procesales pese a obtener el pleno reconocimiento de su derecho, mientras que si se reserva las mismas acciones para ejercitarlas separadamente a un proceso civil la norma procesal civil aplicable imponga las costas al condenado como responsable del daño, salvo supuestos excepcionales.

En definitiva, la doctrina jurisprudencial de esta Sala en materia de imposición de las costas de la acusación particular, con excepción de algunas resoluciones aisladas que se apartan del criterio jurisprudencial consolidado, puede resumirse en los siguientes criterios, conforme a las resoluciones anteriormente citadas:

1) La condena en costas por delitos sólo perseguibles a instancia de parte incluyen siempre las de la acusación particular (art. 124 C.Penal 1995).

2) La condena en costas por el resto de los delitos incluyen como regla general las costas devengadas por la acusación particular o acción civil (S.T.S. 26.11.97, 16.7.98, 23.3.99 y 15.9.99, entre otras muchas).

3) La exclusión de las costas de la acusación particular únicamente procederá cuando su actuación haya resultado notoriamente inútil o superflua o bien haya formulado peticiones absolutamente heterogéneas respecto de las conclusiones aceptadas en la sentencia (doctrina jurisprudencial citada).

4) Es el apartamiento de la regla general citada el que debe ser especialmente motivado, en cuanto que hace recaer las costas del proceso sobre el perjudicado y no sobre el condenado (S.T.S. 16.7.98, entre otras).

5) La condena en costas no incluye las de la acción popular (S.T.S. 21 de febrero de 1995 y 2 de febrero de 1996, entre otras) (véase STS de 10 de diciembre de 2.004).

En la misma línea, la STS de 22 de junio de 2.005 declara que la doctrina de esta Sala, en orden a la imposición de las costas de la acusación particular, ha prescindido del carácter relevante o no de su actuación para justificar la imposición al condenado de las costas por ellas causadas y, conforme a los arts. 109 C. Penal y 240 L.E.Criminal, entiende que rige la "procedencia intrínseca" de la inclusión en las costas de la acusación particular, salvo cuando ésta haya formulado peticiones absolutamente heterogéneas de las mantenidas por el Ministerio Fiscal, de las que se separa cualitativamente y que se evidencian como inviables, inútiles o perturbadoras». (F. J. 5º)

## **CUESTIONES PREJUDICIALES. Resolución por el Juez Penal Inaplicabilidad del art. 4 LECrim. en favor del art. 10 LOPJ.**

Recurso: Casación nº 2067/2004

Ponente: Sr. Verdugo Gómez de la Torre

Sentencia: nº 363/2006 de fecha 28/03/2006

«A propósito de la primera cuestión hemos de traer aquí el criterio elaborado al respecto por esta misma Sala y que se contiene, por ejemplo en las SS. de 13.7.2001 y 27.9.2002, cuando dicen que " la regla contenida en el párrafo 1º del art. 10º de la L.O.P.J. no se encuentra limitada por excepción alguna que se refiera a cuestiones de naturaleza civil, administrativa o laboral que se susciten en el orden jurisdiccional penal, por lo que en principio ha de estimarse que esta norma posterior y de superior rango ha derogado tácitamente lo prevenido en el art. 4º de la decimonónica L.E.Criminal.". Esta concepción es además congruente con la naturaleza de los tipos delictivos propios del derecho Penal actual, en el que la ampliación de la tutela penal a un espectro más amplio de bienes jurídicos de esencial relevancia social, impone una configuración de los tipos plagada de elementos normativos extrapenales: delitos ambientales, delitos urbanísticos, delitos societarios, delitos fiscales, delitos de prevaricación u otros contra la administración pública, insolvencias punibles, delitos contra la propiedad intelectual e industrial, etc. Esta tutela penal frente a los más graves atentados contra los bienes jurídicos reconocidos por el resto del Ordenamiento quedaría vacía de contenido efectivo si en el propio proceso penal no se pudiesen resolver, como regla general, las cuestiones jurídicas de otra naturaleza necesarias para la constatación de la concurrencia del delito objeto de enjuiciamiento. Una interpretación amplia de lo prevenido en el citado art. 4º de la L.E.Criminal impediría prácticamente el enjuiciamiento autónomo de los referidos tipos delictivos, pues en todos ellos la determinación de la concurrencia de alguno de los elementos

integrantes del tipo -y en definitiva la culpabilidad o inocencia del acusado- dependen de la previa valoración, resolución o interpretación de una cuestión jurídica de naturaleza extrapenal.”

En la misma línea y con extensa cita de la anterior, la STS. 29.10.2001, afirma también: "Ha surgido controversia sobre la aplicación del artículo 4 del mismo texto procesal (la LECr). Una posición se inclina por la subsistencia de las cuestiones prejudiciales devolutivas que entrañan la suspensión del procedimiento penal hasta la resolución de aquéllas por el órgano jurisdiccional competente; otras, por el contrario, afirman la eficacia derogatoria que respecto a ese artículo de la Ley de Enjuiciamiento Criminal supone lo dispuesto en el artículo 10.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial que atribuye a cada orden jurisdiccional, a los solos efectos prejudiciales, conocer de asuntos que no le estén atribuidos privativamente. Esta Sala se ha pronunciado a favor de la resolución, por los Tribunales penales, de las cuestiones prejudiciales civiles o administrativas, sin necesidad de suspender el procedimiento (efecto devolutivo) para que previamente decida un Juez de otro orden jurisdiccional.”

Esta regla viene también avalada, precisa la STS. 24.7.2001, por el reconocimiento en el art. 24.2 CE. del derecho fundamental a un proceso público sin dilaciones indebidas, que aconseja que en un mismo litigio se resuelvan aquellas cuestiones previas tan íntimamente ligadas a la cuestión litigiosa que sea racionalmente imposible su separación, sin necesidad de diferirla a un nuevo y dilatorio proceso -con todas sus instancias- ante otro orden jurisdiccional. El párrafo segundo del art. 10 de la L.O.P.J. añade como excepción que "no obstante, la existencia de una cuestión prejudicial penal de la que no pueda prescindirse para la debida decisión o que condicione directamente el contenido de ésta determinará la suspensión del procedimiento, mientras aquélla no sea resuelta por los órganos penales a quien corresponda, salvo las excepciones que la ley establezca. En consecuencia la regla general del art. 10.1º de la L.O.P.J. -que deroga las denominadas cuestiones prejudiciales devolutivas, cuyo conocimiento era obligado deferir a otro orden jurisdiccional- tiene como excepción aquellos supuestos en que la cuestión prejudicial tenga una naturaleza penal y condicione de tal manera el contenido de la decisión que no pueda prescindirse de su previa resolución por los órganos penales a quien corresponda. El mantenimiento exclusivo de las cuestiones prejudiciales devolutivas de naturaleza penal en el sistema jurisdiccional establecido por la L.O.P.J. se encuentra además limitado por el condicionamiento consignado en el último apartado del precepto. La suspensión de los litigios seguidos ante otros órdenes jurisdiccionales para la resolución de las cuestiones prejudiciales de naturaleza penal tampoco será necesaria en los casos en que la ley así lo establezca. Ahora bien la regla contenida en el párrafo 1º del art. 10º de la L.O.P.J. no se encuentra limitada por excepción alguna que se refiera a cuestiones de naturaleza civil, administrativa o laboral que se susciten en el orden jurisdiccional penal, por lo que en principio ha de estimarse que esta norma posterior y de superior rango ha derogado tácitamente lo prevenido en el art. 4º de la decimonónica L.E.Criminal.

Otra sentencia de esta Sala, la 1772/2000, de 14 de noviembre, también se pronuncia por la atribución a los Tribunales del orden penal de la competencia para resolver sobre tales cuestiones civiles o administrativas.

A la eficacia de artículo 10.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial también se ha referido la Sentencia 1688/2000, de 6 de noviembre, en la que se expresa que la determinación de la cuota defraudada constituye efectivamente una cuestión prejudicial de naturaleza administrativa-tributaria que conforme a la regla general prevenida en el art. 10.1º de la L.O.P.J. debe resolver el propio Organo jurisdiccional penal.

Y la Sentencia 1438/98, de 23 de noviembre, también se pronuncia a favor de la competencia del Tribunal Penal, conforme se dispone en el artículo 3º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, para resolver una cuestión arrendaticia aunque la afirmación de la existencia del arrendamiento constituya una cuestión prejudicial de naturaleza civil que, por su especial incidencia en el delito de que se trata, determine la culpabilidad o inocencia del acusado.

El Tribunal Constitucional no puede ser utilizado para defender una posición contraria a la que se ha dejado expresada ya que si bien, en un principio y respecto al delito de instrusismo, varias sentencias se pronunciaron por el efecto devolutivo, sin embargo, como se señala en la Sentencia de esta Sala 1490/2001, de 24 de julio, esa doctrina se establece en los supuestos específicos planteados en condenas por esa figura delictiva, doctrina que el propio Tribunal Constitucional ha matizado y limitado en supuestos ajenos a esa figura delictiva. Así sucede, por ejemplo en la Sentencia del Tribunal Constitucional 278/2000, de 27 de noviembre, que desestima el recurso de amparo interpuesto contra una condena por delitos de estafa y falso testimonio, fundado en la supuesta obligatoriedad del planteamiento previo de una cuestión prejudicial devolutiva de naturaleza civil, de la que dependía la concurrencia de un elemento básico del tipo delictivo de estafa. En esta sentencia se declara que "en los asuntos que hemos denominado complejos (es decir, en aquellos en los que se entrelazan instituciones integradas en sectores del ordenamiento cuyo conocimiento ha sido legalmente atribuido a órdenes jurisdiccionales diversos), es legítimo el instituto de la prejudicialidad no devolutiva, cuando el asunto resulte instrumental para resolver la pretensión concretamente ejercitada y a los solos efectos de ese proceso, porque no existe norma legal alguna que establezca la necesidad de deferir a un orden jurisdiccional concreto el conocimiento de un cuestión prejudicial y corresponde a cada uno de ellos decidir si se cumplen o no los requerimientos precisos para poder resolver la cuestión, sin necesidad de suspender el curso de las actuaciones, siempre y cuando la cuestión no esté resuelta en el orden jurisdiccional genuinamente competente". Y concluye esta Sentencia del Tribunal Constitucional afirmando que cuando el Tribunal penal analiza el hecho desde la óptica que le corresponde y a los solos efectos de la determinación de uno de los elementos del tipo penal, con ello no puede integrar la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva que proclama el art. 24.1 de la Constitución Española.

Conclusión que resulta definitiva en el caso que aquí nos ocupa, dado que en él, se cumple a la perfección la premisa negatoria de la eventual infracción del derecho a la tutela judicial aducida por el recurrente, toda vez que el pronunciamiento relativo a la legalidad o ilegalidad del acuerdo del Ayuntamiento por ser el proyecto de edificación o la licencia contrarias a las normas urbanísticas vigentes, constituyen la esencia del hecho enjuiciado en el proceso penal (prevaricación urbanística, art. 320 CP.), tratándose, en consecuencia -nos dice la STS. 14.11.2000, de un elemento que se encuentra tan indisolublemente ligado al hecho punible que su separación no

resulta racionalmente posible y que fundamentan la atribución a los Tribunales del orden penal de la competencia para resolver de tales cuestiones civiles o administrativas». (F. J. 7º)

## **DERECHOS FUNDAMENTALES. Asistencia de letrado. No es preciso en un examen radiológico voluntario.**

Recurso: Casación nº 545/2004

Ponente: Sr. Ramos Gancedo

Sentencia: nº 1579/2005 de fecha 22/12/2005

*«Tiene declarado esta Sala que el examen radiológico a que son sometidos algunos pasajeros al llegar a los aeropuertos españoles -en prevención de un posible transporte de droga en el interior de su organismo- no es por sí misma una detención, ni comporta que necesariamente ésta previamente se haya practicado. Se trata de un mero control dentro de las normales actuaciones policiales de prevención delictiva que, cuando se realiza -como en este caso- voluntariamente, a instancias de los Agentes que solicitan del pasajero ser examinado, prestándose éste voluntariamente a la comprobación interesada, no entraña limitación o constricción forzosa de la libre deambulacion, propia de una verdadera detención, por lo mismo que no lo es tampoco la momentánea interrupción que soporta el peatón a quien se le pide la identificación personal, o el conductor a quien se ordena parar para someterse a la prueba de alcoholemia. Se trata en todos estos casos de actos administrativos en el ámbito de las relaciones de prevención policial y seguridad, en los que la orden dada por el Agente pasa por la aceptación del administrado para la lícita realización de la comprobación perseguida. Otra cosa es que tras su realización decida entonces el Agente, a la vista de la existencia de indicios de criminalidad, detener al interesado, o bien que el examen radiológico se haya llevado a cabo estando ya el interesado detenido previamente. Será entonces cuando, por su condición de detenido, resultará inexcusable la previa información de derechos y la asistencia letrada, lo que no sucede cuando el sujeto, no estando aún detenido se somete voluntariamente al examen radiológico.*

Por otra parte desde la perspectiva propia de la actividad probatoria tampoco la asistencia letrada es condicionante de la licitud del examen radiológico voluntario, por lo mismo que este examen carece por sí solo de valor alguno, más allá de la pura utilidad que representa para el posterior encauzamiento de la investigación policial. Será actividad probatoria en su caso el testimonio posterior de los Agentes sobre lo que vieron o la inspección y análisis de lo que en el interior del cuerpo portara el sujeto, después de su expulsión, pero el momento del examen radiológico no se sitúa en la esfera de la prueba anticipada sino en el de la pura investigación policial. Y ya esta Sala en la Junta General del día 5 de febrero de 1999 aprobó considerar que "Cuando una persona -normalmente un viajero que llega a un aeropuerto procedente del extranjero- se somete voluntariamente a una exploración radiológica con el fin de comprobar si es portador de cuerpos extraños dentro de su organismo, no está realizando una declaración de culpabilidad ni constituye una actuación encaminada a obtener del sujeto el reconocimiento de determinados

hechos. De ahí que no sea precisa la asistencia de Letrado ni la consiguiente previa detención con instrucción de sus derechos".

En tal sentido se han pronunciado ya las Sentencias de 22 de diciembre de 1999, 17 de abril y 5 de junio de 2000, entre otras (STS de 10 de junio de 2.000).

Esta doctrina ya había sido avanzada por otras resoluciones de este mismo Tribunal, siendo de destacar la de 3 de febrero de 2.000 que, sintetizando la doctrina jurisprudencial sobre la materia, subraya que cuando una persona se somete voluntariamente -así, por ejemplo, en la Sentencia de 10 de Junio de 1.998- a una exploración radiológica, solicitada por la Policía Judicial a fin de comprobar si es portadora de cuerpos extraños dentro de su organismo, no está realizando una declaración de culpabilidad ni su exploración constituye una actuación encaminada a obtener del sujeto el reconocimiento de determinados hechos, por lo que, no estando detenida, no es precisa la asistencia de letrado ni la previa instrucción de derechos. A tenor de esta doctrina, dos son los requisitos necesarios para que la exploración radiológica realizada sin previa información de derechos ni asistencia letrada sea constitucionalmente correcta y apta para ser valorada como prueba de cargo idónea para desvirtuar la presunción de inocencia: a) que la persona explorada no esté detenida, porque si lo estuviere le ampararían los derechos y garantías establecidos en el art. 17.3 CE, y b) que preste libremente su consentimiento para ser examinada por el indicado medio, toda vez que si no lo consintiere y fuere obligada por la fuerza a someterse a la prueba, desde ese mismo momento estaría sufriendo una privación de libertad constitutiva de detención, con independencia de la posible restricción de otros derechos fundamentales que estarían en todo caso, bajo la tutela y salvaguarda de la autoridad judicial. Concurrentes esos dos requisitos -y con ello contestamos a las alegaciones del recurrente- no habría vulneración del derecho a la intimidad porque el acceso a la misma, que supone la exploración radiológica, estaría legitimada por el consentimiento del interesado, ni la habría del derecho a la asistencia de letrado, toda vez que este derecho nace de la situación de detención ex art. 17.3 CE, o de la existencia de la imputación de un delito de acuerdo con lo dispuesto en el art. 118 LECr». (F.J. 2º)

## **DERECHOS FUNDAMENTALES. Compatibilidad entre agravaciones del art. 529.7º y 8º.**

Recurso. Casación nº 909/2003  
Ponente: Sr. Delgado García  
Sentencia nº 50/2005 de fecha 28/01/2005

«..» Conviene resaltar aquí la compatibilidad entre las dos agravaciones específicas apreciadas en el caso presente, la 7ª y la 8ª del ya tan citado art. 529. Ello como consecuencia de que la del nº 7º (especial gravedad por el valor de la defraudación) concurre aisladamente en varios de los 104 perjudicados que han de ser indemnizados. Ya hemos dicho cómo incluso con el carácter de muy cualificada



en 18 de ellos. Y con la condición de simple, por rebasar el equivalente en euros de los dos millones de las antiguas pesetas (12.000 euros con mucha aproximación), casi la mitad de esas 104 víctimas de los hechos aquí examinados. Por tanto, sumando entre sí todas las personas perjudicadas en cuantía superior a esos dos millones de pesetas, se alcanza un número de 50 (salvo error u omisión), cifra que justifica la aplicación de esa otra agravación: son múltiples ciertamente los perjudicados (104) y también lo son esos 50 que sobrepasan esa cifra de dos millones de las antiguas pesetas. Castigar en el presente caso con aplicación conjunta de los números 7º y 8º del art. 529 CP 73 es también respetuoso con el principio "non bis in idem"...» (F.J. 10º)

## **DERECHOS FUNDAMENTALES. Conformidad**

Recurso: Casación nº 1446/2003  
Ponente: Sr. Monterde Ferrer  
Sentencia nº 1473/2004 de fecha 03/12/2004

«...» 1. Dada la íntima conexión entre los dos motivos, procede que su estudio se efectúe conjuntamente, ya que la cuestión se centra en determinar si fue o no correcta la actuación del Tribunal sentenciador en la instancia, una vez que, mostrándose en desacuerdo con la pena solicitada por las acusaciones, absteniéndose de dar audiencia a las partes o de seguir el juicio, dictó sentencia agravando directamente la pena...» (F. J. 1º)...

... Esta Sala ha declarado (STS nº 450/02 de 4 de junio), "que la conformidad de los acusados, manifestada en el acto del juicio, no obligaba al Tribunal a quo a dictar un pronunciamiento sobre responsabilidades civiles ajustado a lo pedido por el Fiscal, ya que según jurisprudencia de esta Sala) las Audiencias, en tales supuestos de conformidad no pueden imponer pena más grave que la mutuamente aceptada, aunque si absolver o imponer pena inferior a la convenida."

E igualmente ha señalado este Tribunal (STS de 27-11-2000, nº 1818/2000), "que también podrá cuestionarse en casación la tipificación penal de las sentencias de conformidad si se apartasen de lo convenido estableciendo calificaciones y penas más graves que las aceptadas por las partes."

El motivo por quebrantamiento de forma, igualmente ha de prosperar. Como hemos dicho, en el supuesto que nos ocupa resultaba de aplicación el entonces vigente art. 793, en relación con lo dispuesto en el art. 655 de la LECr. conforme al cual si la pena (conformada) no fuere la procedente según dicha calificación, sino otra mayor, acordará el Tribunal la continuación del juicio.

En consecuencia, procederá anular la sentencia de instancia y retrotraer las diligencias al momento de la conformidad, para que el Tribunal actúe, conforme a lo dispuesto en los arts. 793.3 (actualmente 787) y 655 de la LECr...» (F.J.1º)

## **DERECHOS FUNDAMENTALES. Declaración de un coimputado.**

Recurso: Casación nº 2785/2002  
Ponente: Sr. Colmenero Menéndez de Luarca  
Sentencia nº 178/2005 de fecha 15/02/2005

«...» En la STC nº 147/2004, se recuerda que el Tribunal Constitucional también 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 externos de corroboración (SSTC 233/2002, de 9 de diciembre, FJ 4; 190/2003, de 27 de octubre, FJ 6), 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 (SSTC 57/2002, de 11 de marzo, FJ 4; 181/2002, de 14 de octubre, FJ 4; 207/2002, de 11 de noviembre, FJ 4; 17/2004, de 23 de febrero, FJ 3)”. También el Tribunal Constitucional ha establecido (STC nº 152/2004, de 20 de setiembre) que la declaración de un coimputado no constituye corroboración mínima de la declaración de otro coimputado, a estos efectos...”». (F.J. 5º)

## **DERECHOS FUNDAMENTALES. Defensa y contradicción. Registro de equipaje.**

Recurso: Casación nº 736/2003P  
Ponente: Sr. Ramos Gancedo  
Sentencia nº 1002/2004 de fecha 16/09/2004

«...» esta Sala, con relación por ejemplo al derecho a la intimidad -el que más próximo queda del interés afectado por la apertura del equipaje- tiene dicho en su reciente Sentencia de 17 de abril de 2000 que el ámbito tutelador derivado de la intimidad y, en suma, de los derechos reconocidos en el artículo 18 de la Constitución no alcanza a objetos o bienes distintos de los que en dicho precepto constitucional expresamente se citan (el domicilio y la correspondencia postal, telegráfica o telefónica). Y es de todo punto evidente que una maleta integrante del equipaje de un viajero no puede considerarse equiparable a un "paquete postal"; y, de otra parte, la actuación policial de investigación -propia de los miembros integrantes de las Fuerzas y Cuerpos del Estado (véase art. 11.1, f) y g) L.O. 2/1986, de 13 de marzo)- cumple las exigencias del principio de proporcionalidad y racionalidad ante hecho delictivo a investigar habida cuenta de las molestias e invasión de los derechos del sujeto sometido a investigación, que en modo alguno puede estimarse que invaden derechos fundamentales (SSTC. 26/1981, de 17 de

julio; 73/1982, de 2 de diciembre; 13/1985, de 31 de enero; y 170/1987, de 30 de octubre).

Tampoco la asistencia letrada venía en este caso obligada como derecho propio de un detenido (art. 520 LECr.). El requerimiento policial a un pasajero a fin de registrar su equipaje no es, en el caso de acceder a lo requerido, ninguna privación de libertad por detención, ni por tanto el registro que se realice comporta necesariamente que esta detención previamente se haya practicado.

Las mismas razones expresadas por la Sentencia de 10 de junio de 2000 para negar que el examen radiológico de pasajeros en los aeropuertos comporte necesariamente una detención previa, son también aplicables para rechazar que el viajero requerido por la Policía para acompañar a los Agentes a fin de examinar su equipaje, esté sufriendo sólo por ello y en ese momento una verdadera detención.

En efecto, se trata en todo caso de un mero control dentro de las normales actuaciones policiales de prevención delictiva, que cuando se realiza -como en este caso- voluntariamente, accediendo de forma libre al requerimiento recibido, no entraña limitación o constricción forzosa de la libre deambulacion, propia de una verdadera detención, por lo mismo que no lo es tampoco la momentánea interrupción que soporta el peatón a quien se le pide la documentación, o el conductor a quien se ordena parar para someterse a la comprobación de la alcoholemia. Son todos ellos actos administrativos en el ámbito de las relaciones de prevención policial y seguridad, en los que la orden dada por el Agente pasa por la aceptación del administrado para la lícita comprobación perseguida. Otra cosa es que tras su realización decida el Agente, a la vista de la existencia de indicios de criminalidad, detener al interesado, en cuyo caso será entonces cuando procederá la lectura de derechos y la asistencia letrada (véanse también SS.T.S. de 30 de octubre de 2.000 y 8 de julio de 2.001).

Por ello mismo, y analizando una situación similar a la que aquí nos ocupa, la STS de 9 de junio de 1.997 ya declaró que "esa proporcionalidad no falta si la intervención tiene lugar en un punto en el que es probable el descubrimiento de determinados delitos, por ejemplo una estación de autobuses (...) y la intervención se concreta en un individuo cuya actitud despierta sospechas a los miembros de la Policía por razones vinculadas a la preparación y experiencia profesionales de los mismos". De este modo, las resoluciones mencionadas abundan en los criterios jurisprudenciales precedentes como el que, en relación al equipaje de los viajeros, sostiene la STS de 12 de noviembre de 1.998 invocada por la acusación pública, según la cual "los equipajes de los viajeros -maletas, bolsas, mochilas, etc.- no pueden ser equiparados a las comunicaciones postales (STS de 28 de diciembre de 1.994 - RJ 10378-) a los efectos de protección frente a las injerencias de los Agentes de la Autoridad y, aunque resulta indudable que en el interior de tales efectos se puedan contener efectos que pertenezcan al ámbito de la más estricta intimidad personal, su apertura y registro por parte de aquellos agentes en momentos puntuales están justificados por el deber que les incumbe, como miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad (L.O. 2/1986, de 13 de marzo -art. 11.1.f)-) de "prevenir la comisión de hechos delictivos" e "investigar los delitos para descubrir y detener a los presuntos culpables". Doctrina esta que se encuentra en plena armonía con el también alegado Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y las

Libertades Públicas, cuyo art. 8.2, autoriza la injerencia policial cuando ésta "esté prevista por la Ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad pública, el bienestar económico, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y libertades de los demás".

El motivo debe ser desestimado...»». (F.J.1º)

## **DERECHOS FUNDAMENTALES. Derecho a guardar silencio. Declaraciones sumariales.**

Recurso: Casación nº 587/2004  
Ponente: Sr. Berdugo Gómez de Torre  
Sentencia nº /2005 de fecha 07/07/2005

«...» En definitiva el silencio del acusado es uno de los casos de imposibilidad que permite, ex art. 739 LECrim, dar entrada en el juicio oral a las anteriores manifestaciones inculpativas (STS. 20.9.2000) y tal silencio equivale también a una retractación y se puede por ello, ex art. 714 LECrim; unir testimonio de las anteriores manifestaciones inculpativas a efectos de dar mayor valor probatorio a unas y otras.

En ambos casos debe considerarse que la presencia en el acto del juicio y la evaluación judicial de su silencio permiten dar valor a sus declaraciones sumariales porque, de nuevo, la contradicción constitucionalmente exigible queda garantizada con la presencia física del acusado en juicio, aunque éste se acoja a su derecho a guardar silencio...». (F.J.2º)

## **DERECHOS FUNDAMENTALES. Derecho a la defensa. Facultad de cambio de letrado. Alcance.**

Recurso: Casación nº 1305/2004  
Ponente: Sr. García Pérez  
Sentencia: nº 1251/2005 de fecha 30/09/2005

«Los recurrentes Rafael Couto y Carlos Pereira han formalizado un primer motivo de impugnación, al amparo del art. 5.4 LOPJ, por haber sido vulnerado el art. 24.2 CE, en orden al *"derecho a la defensa y a un proceso con todas las garantías y sin indefensión"*.

Dichos derechos están reconocidos en el art. 24 CE, relacionado con los arts. 6.3 c) del Convenio Europeo para la protección de los derechos humanos y de las

libertades fundamentales y 14.3 d) del Pacto Internacional de derechos civiles y políticos; comprenden la facultad de cambiar de letrado y se satisface no con la mera designación sino con la efectiva asistencia, comprobable por el Tribunal, bien por propia iniciativa o por denuncia del justiciable, véanse sentencias del 11/03/2002 y 01/12/2000, TS, y aquellas que citan. Pero también esa doctrina de la Sala tiene sentido que, cuando el cambio implique la suspensión del juicio, ha de ponderarse sobre la motivación del cambio y, muy especialmente, si la mutación no encierra una actuación meramente obstruccionista, en contra del derecho al proceso sin dilaciones indebidas que también reconoce el art. 24 CE y que, en este caso, afectaría a la víctima (mismas sentencias antes mencionadas)». (F. J. 11º)

## **DERECHOS FUNDAMENTALES. Derecho a la intimidad. Audiencia pública solo la víctima menor de edad no compareció a la vista.**

Recurso: Casación nº 1873/2005  
Ponente: Sr. Berdugo Gómez de la Torre

### **Sentencia: nº 1031/2006 de fecha 31/10/2006**

«...Nuestro ordenamiento constitucional ha tenido un importante desarrollo en esa materia consecuente con el mandato del art. 39 CE, que consagra como principio rector de la política social la protección del menor y que, como todos los del Capítulo Tercero del Título Preliminar, , informará la práctica judicial conforme al art. 53.3 CE. Entre las leyes de desarrollo constitucionales destacan, como recuerda la Sentencia de esta Sala 899/1999 de 2 de junio, la L.O. 1/96, de 15 de enero, "en la que se postula como principios rectores en la actuación de las Administraciones públicas, entre las que se incluye la Administración de Justicia en lo afectante a la denominada policía de estrados y a la dirección del proceso y del juicio, la supremacía del interés del menor y la prevención de todas aquellas situaciones que puedan perjudicar su desarrollo personal (art. 11.2 a) y d)", a lo que se puede añadir que el art. 9.1 párrafo segundo de la misma ley establece que "en los procedimientos judiciales, las comparecencias del menor se realizarán de forma adecuada a su situación y al desarrollo evolutivo de éste, cuidando de preservar su intimidad".

**En el supuesto examinado nos encontramos con unos presuntos abusos sexuales sobre una niña de 3 años y medio, ello implica que si la Audiencia hubiera acordado celebrar el juicio a puerta cerrada, tal decisión no hubiera contravenido lo preceptuado en el art. 680 LECrim. y 232.1 LOPJ., pero a sensu**

**contrario su decisión de celebrar la vista en audiencia pública cuando la víctima menor de edad no compareció al acto de la vista, no lesiona su derecho a la intimidad y no implica vulneración de derecho constitucional que pudiera afectar a la decisión de fondo de la sentencia». (F. J. 5º)**

## **DERECHOS FUNDAMENTALES. Derecho a la intimidad y a la autodeterminación informativa en relación al ADN.**

Recurso: Casación nº 10203/2006 P  
Ponente: Sr. Berdugo Gómez de la Torre

### **Sentencia: nº 949/2006 de fecha 04/10/2006**

«...Tal cuestión ha sido objeto de estudio en las recientes sentencias de esta Sala 1311/2005 de 14.10, y 179/2006 de 14.2, que establecen que en materia de investigación policial los análisis se ciñen a desvelar el ADN no codificante con exclusivos fines identificadores, a diferencia de los análisis realizados en el ámbito de la medicina con objetivos investigadores o terapéuticos. Por ello en la Ley Orgánica de Protección de datos de carácter personal, nº 15 de 13 de diciembre de 1999 se prevé un alto nivel de medidas de seguridad, desarrolladas en los reglamentos correspondientes, así como las disposiciones autonómicas, concretamente la orden de 2 de septiembre de 2003 del Departamento de Interior del País Vasco que regula los ficheros automatizados de datos de carácter personal, que sucedió a su equivalente normativo (Orden de 16 de mayo de 1996, del mismo Departamento).

Tanto en una disposición como en otra, existen preceptos que garantizan que los datos de carácter personal registrados en los ficheros automatizados sólo serán utilizados para los fines expresamente previstos y por personal debidamente autorizado, asegurando en todo caso la confiabilidad, seguridad e integridad de los mismos mediante la implantación de medidas conducentes a hacer efectivas las garantías, obligaciones y derechos reconocidos en la Ley Orgánica 15/1999 de 13 de diciembre.

En el caso presente no consta en las actuaciones que el proceso posterior de almacenamiento incluya datos más allá de los necesarios para las labores de investigación policial.

En todo caso, si el almacenamiento de datos excesivos o innecesarios perjudica o contravine la normativa de la Ley de Protección de Datos será competencia de la Agencia de Protección de Datos investigar el fichero y reducirlo a los términos previstos por la Ley, pero todo ello para nada afecta a la identificación

previa realizada con criterios adecuados. Es más, la Orden de 2.9.2003 del Departamento de Interior Vasco, limita su finalidad a las actividades de policía científica orientadas a relacionar personas con el espacio físico de la infracción penal.

En atención a lo expuesto resulta que cualquier temor o recelo de un potencial ataque al "habeas data" está injustificado, sin que por otro lado tales temores tengan que ver con la vulneración del derecho fundamental a la intimidad de la recogida y custodia de muestras si tal cometido se ha realizado con plena acomodación a la normativa vigente.

Lo que nunca puede excluirse -recuerda la sentencia citada 179/2006 de 14.2- es que cualquier persona pueda infringir la Ley, en cuyo caso estaría sujeto a las correspondientes sanciones penales o disciplinarias que fueran pertinentes. Pero esa eventualidad en nada afecta a la prueba practicada y a la recogida y conservación de las muestras genéticas, que en ningún aspecto atacan al derecho fundamental contemplado en el art. 18.1 CE.

b) En relación a la vulneración del art. 18.4 CE. que consagra el derecho a la autodeterminación informativa, derecho que debe entenderse como aquel que ostenta toda persona física a la reserva y control de los datos que le conciernen en los distintos ámbitos de la vida, de tal suerte que pueda decidir en todo momento cuando, como y en qué medida esa información sea recogida, almacenada, tratada y en su caso transferida a terceros, así como a ser informado de los datos personales que a estos efectos se encuentren almacenados en ficheros o bases de datos, pudiendo acudir a los mismos con la posibilidad de exigir su identificación, puesta al día o cancelación .

No obstante este derecho como todos, tiene excepciones y puede ser limitado por razones de otro interés preponderante.

En la Ley de Protección de datos se establece en el art. 6 la exigencia del consentimiento inequívoco del afectado, pero en el mismo precepto se establecen excepciones. "No será preciso el consentimiento cuando los datos de carácter personal se recogen para el ejercicio de las funciones propias de las Administraciones públicas en el ámbito de sus competencias" y en su art. 2-2c, dispone que el régimen de protección de datos de carácter personal que se establece en dicha ley no será de aplicación a los ficheros establecidos para la investigación del terrorismo y de formas graves de delincuencia organizada. De ahí que resulte lógico que cuando la parte solicite certificación de la Agencia General de Protección de Datos sobre la inscripción de los ficheros de la Ertzaintza sobre genética forense, se responda negativamente y que la Orden del Departamento de Interior Vasco de 2.9.2003, omita remitir datos sobre el fichero en cuestión, cuya existencia, características generales y finalidad fueron oportunamente comunicados a la Agencia de Protección de Datos por el Gobierno Vasco. Y en todo caso – insistimos- el hipotético incumplimiento del registro constituirá una irregularidad administrativa que en modo alguno supone la vulneración de un derecho fundamental que lleve aparejada la nulidad absoluta del análisis practicado. Legislación nacional que se ve reforzada por la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea que en su art. 8 proclama que toda persona

tiene derecho a la protección de los datos de carácter personal y que solo podrán ser recogidos mediante su consentimiento o en virtud de otro fundamento legítimo previsto por la Ley, y por el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, cuyo art. 8 señala que la salvaguardia de la intimidad permite la injerencia prevista por la Ley, cuando se trate de medidas aceptables en una sociedad democrática para la prevención del delito. (F. J. 1º)

.....La doctrina sentada en la sentencia 501/2005 de 19.4, ha sido sometida a revisión por esta Sala, a raíz de la posterior sentencia 1311/2005 de 14.10, que distinguió entre la obtención de muestras corporales realizada de forma directa sobre el sospechoso, y la toma subrepticia derivada de un acto voluntario de expulsión de materia orgánica realizada por el sujeto objeto de investigación, sin intervención de métodos o prácticas incisivas sobre la integridad corporal, precisando que en estos casos, no entra en juego la doctrina consolidada de la necesaria intervención judicial para autorizar, en determinados casos, una posible intervención banal y no agresiva. La toma de muestras para el control, se lleva a cabo por razones de puro azar y a la vista de unos sucesos totalmente imprevisibles. Los restos de saliva en las colillas de los cigarrillos o en un vaso se convierten así en objetos procedentes del cuerpo de los sospechosos pero obtenidos de forma totalmente inesperada. El problema que pudiera suscitarse es el relativo a la demostración de que la muestra había sido producida por el acusado, a quien se le imputa.

Sobre la ausencia de consentimiento de los acusados, en la toma de las muestras, la STS. 179/2006 de 14.2, precisa que ni la autorización judicial ni la policial que investiga a sus ordenes ha de pedir permiso a un ciudadano para cumplir con sus obligaciones. Cosa distinta es que el fluido biológico deba obtenerse de su propio cuerpo o invadiendo otros derechos fundamentales, que haría precisa la autorización judicial.

En el caso de autos las colillas arrojadas por los recurrentes se convierten en “res nullius” y por ende accesibles a las fuerzas policiales pudiendo constituir instrumento de investigación del delito.

...Análisis separado debe merecer el argumento, que encuentra apoyo jurisprudencial en la sentencia de esta Sala, (501/2005), sobre la necesidad de la iniciativa judicial en la práctica de la prueba como condición de licitud o validez de la misma.

Dicha sentencia contiene un argumento central, condicionante del fallo, que asegura su corrección legal. Cuando declara la invalidez de la pericia practicada fue porque faltaban toda clase de garantías en su realización, particularmente porque no se aseguraba la cadena de custodia, si atendíamos al desarrollo de la actuación policial. Ante la irregularidad descalificante de la diligencia la causa quedó huérfana de prueba de cargo suficiente para asentar una condena.

Junto a esa idea, con carácter de refuerzo argumental, se realizaron en la propia sentencia algunas manifestaciones, exacerbando la intervención judicial para atribuir validez a la práctica de la prueba.



En nuestro panorama legislativo actual –continúa diciendo la sentencia precitada 179/2006-, quedan bien diferenciadas la obtención de muestras para la práctica de la prueba de ADN del cuerpo del sospechoso, de aquéllas otras en la que no se precisa incidir en la esfera privada con afectación a derechos fundamentales personales.

En el primer caso contamos con el art. 363 L.E.Cr. y para el segundo el 326 L.E.Cr., ambos reformados por la Ley Orgánica 15 de 25 de noviembre de 2003.

En el 363, párrafo 2º se dice: *"Siempre que concurran acreditadas razones que lo justifiquen, el Juez de instrucción podrá acordar, en resolución motivada, la obtención de muestras biológicas del sospechoso que resulten indispensables para la determinación de su perfil de ADN. A tal fin, podrá decidir la práctica de aquellos actos de inspección, reconocimiento o intervención corporal que resulten adecuados a los principios de proporcionalidad y razonabilidad"*.

El art. 326, párrafo 3º, se pronuncia en los siguientes términos: *"Cuando se pusiera de manifiesto la existencia de huellas o vestigios cuyo análisis biológico pudiera contribuir al esclarecimiento del hecho investigado, el Juez de Instrucción adoptará u ordenará a la Policía Judicial o al médico forense que adopte las medidas necesarias para que la recogida, custodia y examen de aquéllas muestras se verifique en condiciones que garanticen su autenticidad sin perjuicio de lo establecido en el artículo 282"*.

La precitada sentencia 501/2005 ante el raquitismo normativo existente en el momento de ocurrir los hechos ensayó una interpretación posible pero rigurosa, con apoyo en el párrafo 1º del art. 363 L.E.Cr. vigente a la sazón, sosteniendo que "sin resolución judicial que ordenara o autorizara la prueba de ADN", nos hallamos ante una prueba irregular, ilícitamente obtenida y por tanto sin ningún valor probatorio.

Es claro que la resolución judicial es necesaria bajo pena de nulidad radical, cuando la materia biológica de contraste se ha de extraer del cuerpo del acusado y éste se opone a ello. En tal hipótesis es esencial la autorización judicial.

Pero el supuesto que nos concierne es otro. Será el art. 326 L.E.Cr. sistemáticamente incluido dentro de la inspección ocular a practicar en el sumario, el aplicable, en el cual dando por supuesta la intervención del juez, se establece un mecanismo para dotar del mayor grado de garantía posible a la diligencia que atribuye el control de la misma a la autoridad judicial en los casos usuales y al sólo objeto de "garantizar la autenticidad" de la recogida de la muestra y posterior análisis.

Pero lo cierto es que después de la reforma de 2003, y como criterio asumible antes y después de la misma, se puede concluir que la intervención del juez, salvo en supuestos de afectación de derechos fundamentales, no debe impedir la posibilidad de actuación de la policía, en el ámbito de la investigación y averiguación de los delitos en los que posee espacios de actuación autónoma.

Esa ha sido la decisión de la Sala 2ª, del Pleno no jurisdiccional que tuvo lugar el 31 de enero del corriente año que estableció:

"La Policía Judicial puede recoger restos genéticos o muestras biológicas abandonadas por el sospechoso sin necesidad de autorización judicial".

Acuerdo que ha sido recogido en las SSTS. 179/2006 de 14.2, 20.3.2006 y 701/2006 de 27.6.». (F. J. 2º)

## **DERECHOS FUNDAMENTALES. Derecho a la libertad de información.**

Recurso: Casación nº 1158/2005 P  
Ponente: Sr. Monterde Ferrer  
Sentencia: nº 556/2006 de fecha 31/05/2006

«El derecho a la libertad de expresión y de información, concurriendo los necesarios presupuestos, puede operar como justificación en delitos que afectan a otros derechos fundamentales, como el honor o la intimidad, por cuanto que aquel derecho sirve para la formación de opinión pública en asuntos de interés para la colectividad, y la ponderación a realizar en tales casos debe ser, según reiterada jurisprudencia, favorable a las libertades de expresión e información. Pero esta misma ponderación a realizar entre los intereses contrapuestos difícilmente puede resolverse a favor de aquellas libertades, cuando la conducta cometida por el autor ha consistido en una colaboración con terroristas, cuyas acciones desembocan en gravísimas consecuencias para la generalidad de las personas. La desproporción entre los fines perseguidos en el ejercicio de la libertad de información, sin duda de una extraordinaria proyección en el ámbito de delitos como los de injurias y calumnias, y los bienes jurídicos comprometidos con la comisión de delitos de terrorismo (orden público, vida, salud e integridad física, estabilidad nacional e internacional, etc.), es tan manifiesta que excusa de mayores consideraciones al respecto». (F. J. 67º)

## **DERECHOS FUNDAMENTALES. Derecho a la prueba. Modificación de las resoluciones instructorias.**

Recurso: Casación nº 2661/2003  
Ponente: Sr. Colmenero Menéndez de Luarca  
Sentencia nº 267/2005 de fecha 01/03/2005

«...» En consecuencia, lo que resulta trascendente es que la instrucción no se efectúe a espaldas del imputado, el cual debe estar en condiciones de intervenir cuando lo considere pertinente y sea procedente, según el estado y situación del

proceso. En cualquier caso, las infracciones o irregularidades cometidas en esta materia, deben ser denunciadas en momentos procesales en los que puedan ser corregidas, con la finalidad de dar al imputado la oportunidad de intervenir en aquellas diligencias de investigación o de preconstitución de pruebas en las que por una causa u otra no se le hubiere permitido hacerlo.

En la causa consta que el acusado prestó declaración como imputado asistido de letrado y que designó letrado para su defensa y representación en la fase de instrucción. Asimismo, se le dio traslado de la causa para calificación sin que alegara nada respecto a la indefensión que hubiera podido causarle la falta de notificación del auto de incoación de procedimiento abreviado. Era en ese momento cuando debía ponerlo de manifiesto, expresando las diligencias que pretendía practicar y cuya práctica le había resultado imposible dadas las circunstancias de la instrucción...”». (F.J. 1º)

## **DERECHOS FUNDAMENTALES. Derecho a la segunda instancia. Alcance.**

Recurso: Casación nº 715/2006

Ponente: Sr. Soriano Soriano

Sentencia: nº 1200/2006 de fecha 11/12/2006

«...Sobre la cuestión de la doble instancia ha tenido ocasión de pronunciarse esta Sala en múltiples ocasiones, así como nuestro Tribunal Constitucional e incluso el Europeo de Derechos Humanos, rechazando cualquier indefensión.

Como botón de muestra baste resumir algún apartado de la sentencia del Tribunal Constitucional nº 136 de 8 de mayo de 2006, en la que, entre otras cosas, se dice:

*"Este Tribunal ha concluido, por un lado, que el derecho al recurso contra sentencias penales condenatorias, incluido dentro del derecho a un proceso con todas las garantías del art. 24.2 CE., a la vista del tenor literal del art. 14.5 PIDCP, e incluso conforme a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de derechos Humanos, en relación con los arts. 6.1 CEDH y 2 del Protocolo núm. 7 del citado Convenio (SSTEDH de 13 de febrero de 2001, caso Krombach c. Francia y de 25 de julio de 2002, caso Papon c. Francia), se debe interpretar no como el derecho a una segunda instancia con repetición íntegra del juicio, sino como el derecho a que un Tribunal superior controle la corrección del juicio realizado en primera instancia, revisando la correcta aplicación de las reglas que han permitido la declaración de culpabilidad y la imposición de la pena en el caso concreto (SSTC 70/2002, de 3 de abril, FJ 7, y 105/2003, de 2 de junio, FJ 2). Y , por otro, que la libertad de configuración por parte del legislador interno de cuál sea ese Tribunal superior y de cómo se someta a él el fallo condenatorio y la pena viene expresamente reconocida por el art. 14.5 PIDCP, lo que permite que dentro del ordenamiento, y en los delitos para cuyo enjuiciamiento así lo ha previsto el legislador, sea la casación penal el*

recurso que abra al condenado en la instancia el acceso a un Tribunal Superior (STC 37/1988, de 3 de marzo, FJ 5) (STC 123/2005, FJ 6).

*En efecto, en cuanto a esta última conclusión, afirmamos en la STC 70/2002, FJ 7, con apoyo en reiterada jurisprudencia constitucional, que el mandato contenido en el art. 14.5 PIDCP se ha incorporado a nuestro Derecho interno, y aunque no es bastante para crear por sí mismo recursos inexistentes (SSTC 42/1982, de 5 de julio, FJ 3; 51/1985, de 10 de abril, FJ 3; 30/1986, de 20 de febrero, FJ 2), el recurso de casación en materia penal puede cumplir con sus exigencias, siempre y cuando se realice una interpretación amplia del mismo, que permita apurar las posibilidades del recurso de casación. En dicha línea, es doctrina de este Tribunal que la casación penal "cumple en nuestro ordenamiento, el papel de Tribunal Superior que revisa las sentencias de instancia en la vía criminal a que se refiere el art. 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos".*

3. En lo concerniente a la inaplicación del art. 73 de la Ley Orgánica del Poder Judicial también ha tenido oportunidad de declarar esta Sala (véase, por todas, S. nº 306 de 8 de marzo de 2005) que en orden a la previsión del artículo invocado "hemos de hacer constar que no es correcta la afirmación de que el precepto entró en vigor el 16 de enero de 2004. En tal fecha entraron en vigor los preceptos que no estaban condicionados para su efectiva vigencia por una norma legal. En nuestro caso la disposición final segunda de la propia Ley Orgánica 19/03 establecía que *"En el plazo de un año, el Gobierno remitirá a las Cortes Generales los Proyectos de Ley procedentes para adecuar las leyes de procedimiento a las disposiciones modificadas por la Ley"*.

Sobre este extremo podemos recordar el auto de esta Sala de 18 de mayo de 2004, que señala *"Cosa distinta son las consecuencias de la reforma legal de 23-diciembre-2003, que el recurrente interpreta inadecuadamente, confundiendo conceptos. Siempre habrá que distinguir la entrada en vigor de la Ley Orgánica 19/03, por un lado, y la entrada en vigor de la normativa procesal, que definitivamente implante el cauce para tramitar los recursos penales que contra las decisiones de las Audiencias Provinciales, Tribunales Superiores y Audiencia Nacional puedan interponerse en lo sucesivo, por otro"*.

El derecho que concede la Ley Orgánica reformadora no constituye un derecho efectivo, sino que lo introducido por la Ley es un derecho expectante o en expectativa que materialmente no se puede aplicar por tres fundamentales razones:

1) Por estar pendiente de regulación los mecanismos procesales y demás condiciones y requisitos para poderlo hacer efectivo.

2) Porque, hasta tanto no se establezcan legalmente tales mecanismos, no se ha producido la sucesión de leyes entre la normativa nueva y aquella a la que pretende sustituir, que sigue vigente.

3) Porque las leyes procesales, a diferencia de las penales, no poseen efectos retroactivos (principio general de irretroactividad de las leyes: art. 2.3 C.Civil), por lo que mientras no se cumplan los presupuestos de la ley Orgánica nº 19 de 23-diciembre-2003 (transcurso del plazo previsto, texto legal nuevo para dar

efectividad a la reforma) no tendrá aplicación, siendo en la actualidad la única legalidad vigente y aplicable al caso, la que ha seguido el presente proceso.

**En el hipotético supuesto de que se cumplieran las previsiones legales y tuviera efectividad la normativa en ciernes, se aplicaría a los recursos posteriores a la definitiva implantación del recurso penal». (F. J. 1º)**

## **DERECHOS FUNDAMENTALES. Segunda instancia penal. Doctrina.**

Recurso: 1483/2003

Ponente: Sr. Monterde Ferrer

Sentencia nº 1487/2004 de fecha 13/12/2004

«...” La cuestión suscitada sobre si, tras el dictamen del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas de 20 de julio de 2000, Comunicación núm. 701-1996, (el muy reciente de 5-11-04, Comunicación nº 1073/02, se refiere a un caso distinto del que nos ocupa, por concernir a un aforado que, juzgado en primera y única instancia por el TS, careció de recurso de casación) puede seguir entendiéndose que la actual regulación de la casación penal cumple las exigencias derivadas del art. 14.5 PIDCP respecto del derecho a la revisión íntegra de la declaración de culpabilidad y la pena por un Tribunal superior, y, por tanto, de la garantía constitucional a un doble grado de jurisdicción en materia penal implícito en el derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE), ya ha sido resuelta afirmativamente por el Tribunal Constitucional partiendo de la STC 42/1982, de 5 de julio, en las SSTC núms. 70/2002, de 3 de abril; 80/2003, de 28 de abril y 105/2003, de 2-6-2003.

En tales resoluciones, después de recordar que, conforme a la resolución del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de 30 de mayo de 2000, los Estados parte conservan la facultad de decidir las modalidades de ejercicio del derecho de reexamen y pueden restringir su extensión, se reitera que "existe una asimilación funcional entre el recurso de casación y el derecho a la revisión de la declaración de culpabilidad y la pena declarado en el art. 14.5 PIDCP, siempre que se realice una interpretación amplia de las posibilidades de revisión en sede casacional y que el derecho reconocido en el Pacto se interprete, no como el derecho a una segunda instancia con repetición íntegra del juicio, sino como el derecho a que un Tribunal superior controle la corrección del juicio realizado en primera instancia, revisando la correcta aplicación de las reglas que han permitido la declaración de culpabilidad y la imposición de la pena, en el caso concreto. Reglas entre las que se encuentran,

desde luego, todas las que rigen el proceso penal y lo configuran como un proceso justo, con todas las garantías; las que inspiran el principio de presunción de inocencia, y las reglas de la lógica y la experiencia conforme a las cuales han de realizarse las inferencias que permiten considerar un hecho como probado. Esta interpretación es perfectamente posible a la vista del tenor literal del Pacto y conforme a la efectuada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en relación con los arts. 6.1 CEDH y 2 del Protocolo núm. 7 del citado Convenio (STEDH de 13 de febrero de 2001, caso Krombach c. Francia, que declara conforme al art. 2 del Protocolo 7 el modelo de casación francés, en el que se revisa sólo la aplicación del Derecho.

Aún cuando esta conclusión general sea susceptible de matizaciones en el caso de que lo que se plantee sea la posibilidad de examinar los hechos probados, ello no es óbice para subrayar que mediante la alegación como motivo de casación de la infracción del derecho a la presunción de inocencia, el recurrente puede cuestionar, no sólo el cumplimiento de las garantías legales y constitucionales de la prueba practicada, sino la declaración de culpabilidad que el Juzgador de instancia dedujo de su contenido (STC 2/2002, de 14 de enero), lo cual permitirá entender satisfecha la garantía revisora proclamada en los preceptos internacionales invocados por el recurrente.”

Por su parte, esta Sala consideró la cuestión en el Pleno no jurisdiccional de 13-9-00 en el que se declaró que en la evolución actual de la jurisprudencia en España el recurso de casación previsto en las leyes vigentes en nuestro país, similar al existente en otros Estados miembros de la Unión Europea, ya constituye un recurso efectivo en el sentido del artículo 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, si bien se añade, que procede insistir en la conveniencia de instaurar un recurso de apelación previo al de casación.

Y, tras el Pleno de 28-9-01, en ATS de 14-12-01, la Sala precisó que “los antiguos criterios que consideraban intangible la valoración de la prueba realizada por el Tribunal de Instancia (la Audiencia Provincial o la Audiencia Nacional), han sido superados. Las reglas del criterio racional constituyen el núcleo sobre el que se articula la valoración de la prueba. La vía de la presunción de inocencia, ha supuesto un importante impulso a la posibilidad de entrar, por el cauce de la casación, en el análisis y ponderación de la actividad probatoria. Por otro lado, la obligación de motivar las resoluciones judiciales y el rechazo constitucional a cualquier vestigio de arbitrariedad en la actuación de los poderes públicos, obliga a razonar suficientemente el proceso seguido para la valoración de la prueba. El análisis racional de la prueba, es una exigencia del propio valor de la justicia, la irracionalidad y el abandono de la lógica, vulnera el derecho a un juicio justo, que constituye el paradigma de un modelo de proceso penal, en una sociedad democrática.”

El atento examen de la realidad revela que en la práctica judicial los Tribunales de Apelación siguen técnicas de análisis de las sentencias sometidas a su consideración, cada vez más semejantes a las utilizadas por el Tribunal a cuyo cargo está la Casación, y, a la vez, que la revisión que éste realiza se aproxima progresivamente a la de aquéllos, a través no sólo de la valoración de la legalidad o ilegalidad de la prueba, sino del contenido de la misma y verificación de si puede ser

considerada incriminatoria o de cargo, o si por el contrario carece de consistencia para levantar las barreras protectoras de la presunción de inocencia...”». (F.J. 1º)

## **DERECHOS FUNDAMENTALES. Derecho a la segunda instancia penal Reforma.**

Recurso: Casación nº 323/2004  
Ponente: Sr. Sánchez Melgar  
Sentencia nº 404/2005 de fecha 25/03/2005

«...” El derecho que concede la Ley Orgánica reformativa no constituye un derecho efectivo, sino que lo introducido por la ley es un derecho expectante o en expectativa que materialmente no se puede aplicar por tres fundamentales razones:

1) Por estar pendiente de regulación los mecanismos procesales y demás condiciones y requisitos para poderlo hacer efectivo.

2) Porque, hasta tanto no se establezcan legalmente tales mecanismos, no se ha producido la sucesión de leyes entre la normativa nueva y aquella a la que pretende sustituir, que sigue vigente.

3) Porque las leyes procesales, a diferencia de las penales, no poseen efectos retroactivos (principio general de irretroactividad de las leyes: art. 2.3 C.Civil), por lo que mientras no se cumplan los presupuestos de la ley Orgánica nº 19 de 23-diciembre-2003 (transcurso del plazo previsto, texto legal nuevo para dar efectividad a la reforma) no tendrá aplicación, siendo en la actualidad la única legalidad vigente y aplicable al caso, la que ha seguido el presente proceso.

En el hipotético supuesto de que se cumplieran las previsiones legales y tuviera efectividad la normativa en ciernes, se aplicaría a los recursos posteriores a la definitiva implantación del recurso penal...”». (F. J. 2º)

## **DERECHOS FUNDAMENTALES. Derecho a la segunda instancia penal Revisión de la prueba.**

Recurso: Casación nº 228/2004  
Ponente: Sr. Martínez Arrieta  
Sentencia: nº 1129/2005 de fecha 06/10/2005

«Señala el recurrente que la vigencia de los Tratados Internacionales que España ha signado, particularmente el Pacto de NuevaYork y el Convenio de Roma,

obligan al Estado a establecer una legislación procesal que permita la plena revisión del enjuiciamiento por una instancia superior. Una concepción tan amplia de los Tratados Internacionales chocaría con el enunciado de los arts. 14.5 del Pacto y 2 del protocolo 7 del Convenio que el recurrente invoca en apoyo de su pretensión y que conforme exponemos no alcanza esa comprensión. Desde la perspectiva del recurrente, la plena revisión prevista solo se alcanzaría si el tribunal superior practicara toda la prueba, y la misma, que se ha practicado ante el tribunal de instancia. Esa conclusión nos llevaría a fundamentar la necesidad de terceras y sucesivas instancias pues el establecimiento de una segunda con capacidad para valorar la prueba practicada en su presencia, única forma de asegurar el doble enjuiciamiento que se pretende, no añadiría ninguna nueva garantía en el enjuiciamiento de los hechos y tampoco contribuiría a la proscripción del error en la valoración de la prueba pues las mismas posibilidades de errar podría darse en una y otra instancia. Desde las exigencias de los Tratados, por el contrario, lo relevante, y es lo que se pretende en los Tratados Internacionales que el recurrente apunta como fundamento de su impugnación, es que la decisión jurisdiccional de valorar las pruebas pueda ser objeto de revisión por un tribunal superior que atienda al análisis de la prueba; a su práctica en condiciones de licitud y de regularidad, por la observancia de los principios constitucionales y legales que actúan en esa valoración; al análisis del carácter de prueba de cargo sobre todos y cada uno de los elementos del tipo penal aplicado y de las circunstancias concurrentes que incidan sobre la mayor o menor gravedad del injusto y la mayor o menor culpabilidad del responsable penal. Con estas exigencias se cumplimenta la exigencia de la revisión de la sentencia condenatoria por un órgano superior.

Así lo ha declarado esta Sala, Tribunal Constitucional y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Las Sentencias de esta Sala 762/2001, de 30 de abril, y 1860/2000, de 4 de diciembre, han resuelto impugnaciones semejantes a la que es objeto de esta impugnación. Como en estas resoluciones se expone ni el Pacto de Nueva York, Pacto Internacional de Derecho Civiles y Políticos, ni el Convenio Europeo de Derechos Humanos, requieren la celebración de un nuevo juicio con repetición de prueba. Esa opción, como antes se dijo, no añadiría ninguna garantía en el enjuiciamiento, añadiría unas costas al proceso, no sólo económicas sino también de victimización secundaria, difíciles de soportar. Lo que requieren los tratados es que el ejercicio de la función jurisdiccional de valorar las pruebas del enjuiciamiento con resultado condenatorio pueden ser revisadas por un Tribunal Superior, concretamente que "el fallo condenatorio y la pena sean sometidos a un tribunal superior conforme a lo prescrito por la ley.

La inteligencia actual del recurso de casación, sobre todo a partir de la promulgación del art. 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, posibilita ese sometimiento del fallo condenatorio y de la pena a un tribunal superior, en este caso, ante el Tribunal Supremo, como así lo han declarado tanto esta Sala, como el Tribunal Constitucional STC 42/82, 60/85, y el TEDH, casos Loewengoth y Deperrios al posibilitar a los Estados signatarios del Convenio a decidir las modalidades del ejercicio del derecho al reexamen de un enjuiciamiento.

Esta Sala tiene reiteradamente declarado que el ejercicio de su función revisora de los pronunciamientos condenatorios de los que conoce a través del recurso de casación, cuando se invoca la vulneración de su derecho fundamental a



la presunción de inocencia, debe comprobar que en dicho pronunciamiento se han observado las garantías inherentes a la celebración de un juicio; que la prueba ha sido lícita y regularmente practicada; que esa prueba se concreta en todos y cada uno de los elementos de los tipos penales y de las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal; que tiene un sentido razonable de cargo; y que el tribunal ha explicitado el ejercicio de su jurisdicción en la motivación de la resolución siendo acorde a las reglas de la lógica, de la ciencia y de la experiencia.

No es preciso relacionar los elementos de la estafa, que los recurrentes no discuten, sino analizar la impugnación desde la exigencia del error típico. En este sentido hemial probatorio tenido en cuenta para dictar el fallo condenatorio que se somete a su revisión. Una plena revisión, como se pretende, requeriría la repetición íntegra del juicio ante el tribunal superior para poder valorar la prueba también desde la inmediación y esa reiteración no viene exigida por los Tratados invocados ni sería aconsejable se adoptara». (F.J. 3º)

## **DERECHOS FUNDAMENTALES. Derecho a la tutela judicial efectiva. Derecho a la revisión de la valoración probatoria en sentencia absolutoria.**

Recurso: Casación nº 363/2004

Ponente: Sr. Martínez Arrieta

Sentencia: nº 56/2006 de fecha 25/01/2006

«Hemos declarado que el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, consagrado en el art. 24.1 de la Constitución tiene un contenido complejo que incluye el derecho de acceder a Jueces y tribunales, el derecho a obtener de ellos una resolución fundada en derecho y a su ejecución, y el derecho a que la pretensión deducida sea resuelta en el procedimiento previsto en la ley, sin que pueda incluirse en su comprensión un derecho a la obtención de una resolución acorde a la pretensión deducida, en este caso, de condena respecto a la persona contra la que ejercitó la acción penal.

Desde esta perspectiva se constata que el tribunal de instancia ha resuelto, en el procedimiento legal, el objeto del proceso, en el que han participado acusaciones y defensas con su respectiva intervención legalmente prevista y ha dictado una resolución sobre el fondo debidamente motivada, por lo que no hay vulneración alguna al derecho que fundamenta la impugnación.

Los recurrentes pretenden una revisión de la valoración de la actividad probatoria, sustituyendo la realizada por el tribunal por otra, la que proporciona en el recurso, que estima más adecuada a la prueba practicada en el enjuiciamiento. Esa pretensión no puede ser atendida al carecer esta Sala de la precisa inmediación en la práctica de la prueba. En parecidos términos se ha pronunciado la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, por todas STS 170/2005, de 20 de junio, que reproduciendo la STC 167/2002, de 18 de septiembre, ha precisado "la doctrina en relación con la exigencia de respetar las garantías de publicidad, inmediación y contradicción en la

valoración de las pruebas en la segunda instancia penal, adaptando la interpretación constitucional del derecho a un proceso con todas las garantías a las exigencias del art. 6.1 del Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y las libertades públicas, en la interpretación que de él viene haciendo el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Las facultades que el art. 795 de la Ley de enjuiciamiento criminal (LECrim) otorga al Tribunal ad quem en el recurso de apelación (que le atribuyen plena jurisdicción y desde luego le permiten revisar y corregir la valoración de la prueba llevada a cabo por el Juez a quo y modificar los hechos probados) deben respetarse las garantías constitucionales del art. 24.2 CE, lo que se traduce en la exigencia de publicidad, inmediación y contradicción para proceder a una nueva valoración de la prueba en segunda instancia, si bien ello no implica en todo caso la necesidad de nueva práctica de pruebas o la celebración de vista pública en la segunda instancia, sino que ello dependerá de las circunstancias del caso y de la naturaleza de las cuestiones a juzgar.

En efecto, tanto la STC 167/2002 como las Sentencias posteriores que han apreciado la vulneración del derecho al proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE) en aplicación de esta doctrina y que la han ido perfilando, resuelven supuestos en los que, tras una Sentencia penal absolutoria en primera instancia, la misma es revocada en apelación y sustituida por una Sentencia condenatoria, después de realizar una diferente valoración de la credibilidad de testimonios (declaraciones de los acusados o declaraciones testificales) en la que se fundamenta la modificación del relato de hechos probados y la conclusión condenatoria, medios de prueba que, por su carácter personal, no podían ser valorados de nuevo sin inmediación, contradicción y publicidad, esto es, sin el examen directo y personal de los acusados o los testigos, en un debate público en el que se respete la posibilidad de contradicción (entre otras, SSTC 197/2002, de 28 de octubre, FJ 4; 198/2002, de 28 de octubre, FJ 2; 200/2002, de 28 de octubre, FJ 6; 212/2002, de 11 de noviembre, FJ 3; 230/2002, de 9 de diciembre, FJ 8; 47/2003, de 27 de febrero, FJ 5; 189/2003, de 27 de octubre, FJ 5; 10/2004, de 9 de febrero, FJ 7; 12/2004, de 9 de febrero, FJ 4; 40/2004, de 22 de marzo, FFJJ 5 y 6; 111/2005, de 9 de mayo, FFJJ 1 y 2)".

En esta jurisprudencia se admite que el tribunal de la revisión puede formar su convicción contraria a la de la primera instancia absolutoria cuando el material probatorio que valora se concreta en una prueba no sujeta a la percepción inmediata, como la prueba personal, o cuando la discrepancia es sobre un aspecto eminentemente jurídico. La ley procesal ya recogía esta doctrina en el art. 741 al referir la valoración de las pruebas practicadas en el juicio oral, es decir, con inmediación.

El recurrente solicita una nueva valoración de la prueba practicada. Concretamente fija su pretensión revisora sobre lo que considera falsedades de las declaraciones de la imputada y sus hijos, así como de la resultante de diversos documentos sobre los que plantea unas deducciones que entiende más acordes con una valoración razonable de la prueba, expresando sus dudas sobre las realizadas por el tribunal al tiempo que expresa lo que considera más razonable, como la participación en los hechos de la imputada.

La desestimación es procedente por lo anteriormente expuesto. En primer lugar, porque la credibilidad de la prueba personal sólo puede ser valorada por el

órgano jurisdiccional que con percepción inmediata ha presenciado su desarrollo, pues sólo este tribunal ha cumplido con las exigencias del art. 741 de la ley procesal penal, "las pruebas practicadas en el juicio oral". En segundo término, la prueba indiciaria y documental, respecto a la que el órgano concedor de la revisión se encuentra en las parecidas condiciones de valoración, constatamos que el tribunal de instancia ha realizado una valoración razonada que expresa en la fundamentación de la convicción, interrelacionando prueba personal con la documental aportada por las partes. La valoración de los recurrentes, que también puede ser razonable, no alcanza a desvirtuar la expresada por el tribunal de instancia, sin que en este supuesto, en el que se pretende una condena contra una persona, pueda ser atendida la doctrina de la alternativa razonable, (STS 1027/2005, de 28 de septiembre). La jurisprudencia de esta Sala ha señalado que, en estos supuestos, la posibilidad de una alternativa a la declarada por el tribunal que fuera igualmente razonable, daría lugar planteamiento de una duda del hecho (SSTS 390/2003, de 18 de marzo), es decir, la alternativa razonable posibilita la actuación del "in dubio pro reo", y en consecuencia la absolución de la imputación». (F. J. 1º)

## **DERECHOS FUNDAMENTALES. Derecho a la tutela judicial efectiva. La respuesta fundada aunque incorrecta no vulnera ese derecho fundamental.**

Recurso: Casación nº 243/2003

Ponente: Sr. Colmenero Menéndez de Luarca

Sentencia: nº 1171/2005 de fecha 17/10/2005

«En primer lugar ha de decirse que no se aprecia ninguna vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, en cuanto que atribuye al justiciable el derecho de acceso a los Tribunales, a los recursos establecidos por la ley y a obtener una respuesta fundada jurídicamente a las pretensiones oportunamente ejercitadas. En este último aspecto, se ha entendido que no existe una respuesta suficiente cuando, siendo necesaria, la decisión judicial carece en absoluto de motivación o cuando la empleada por el Tribunal es solo aparente, por resultar de todo punto inconsistente. Pero no puede confundirse, como ocurre en ocasiones, la respuesta razonada, aunque incorrecta desde el punto de vista de quien finalmente resuelve, con la respuesta aparentemente razonada que, sin embargo, incurre en alguno de los defectos que se acaban de enumerar. Es decir, que, mediante la utilización de unos criterios que, por otra parte, son difícilmente precisables, no puede equipararse en todo caso la respuesta razonada, aunque se repute incorrecta, con la que se considera irracional, absurda, arbitraria o manifiestamente errónea, pues eso equivaldría a situar la interpretación de todo el ordenamiento jurídico en el ámbito de la tutela judicial efectiva, provocando como efecto añadido un vaciamiento de los demás derechos fundamentales, al privarles, al menos, de una parte importante del contenido que los caracteriza y justifica su protección. Esta forma de operar vendría a significar que la rectificación o anulación de la decisión del Tribunal que dictó la sentencia recurrida se apoyaría en una infracción de la tutela judicial efectiva en todo caso, y no, como resulta más correcto, en una vulneración del precepto, relativo

o no a un derecho fundamental, cuya interpretación y aplicación finalmente se discute.

En el segundo caso antes mencionado, en el que existe una respuesta solo aparentemente razonada, se vulnera verdaderamente el derecho a la tutela judicial efectiva, y lo procedente sería devolver las actuaciones a quien no motivó para que lo haga en debida forma, salvo en los casos en los que resulte procedente resolver sobre el fondo, en atención a otros intereses en juego, como puede ser el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas, y siempre que se encuentre dentro de las competencias del Tribunal que resuelve la responsabilidad de establecer la doctrina pertinente en relación con el precepto cuestionado.

En el primer caso, por el contrario, aunque se ha dado una respuesta a la pretensión de aplicación de un determinado precepto en un preciso sentido, el órgano que finalmente debe resolver, puede considerarla incorrecta, pero no desde el punto de vista de la tutela judicial efectiva, que ha quedado satisfecha mediante la respuesta razonada, sino desde la perspectiva de la correcta interpretación del precepto aplicado, que precisamente a ese órgano jurisdiccional le corresponde establecer según su propio criterio. A través del recurso de casación, el Tribunal Supremo, y concretamente su Sala Segunda, es el órgano responsable de la determinación y desarrollo final de la doctrina correcta respecto a las normas penales, sustantivas y procesales, por aplicación conjunta y coordinada de los artículos 123 y 117.1 y 3 de la Constitución. Una vez que el órgano que previamente ha resuelto sobre la pretensión ha razonado su respuesta, y fuera de los casos antes citados de irrazonabilidad absoluta o error patente, le corresponde al Tribunal Supremo comprobar si el razonamiento realizado se ajusta a la doctrina correcta, que solo a él le corresponde establecer como órgano jurisdiccional superior en todos los órdenes». (F.J. 1º)

## **DERECHOS FUNDAMENTALES. Derecho a la tutela judicial efectiva. Personación de la víctima. Nueva regulación.**

Recurso: Casación nº 1401/2004

Ponente: Sr. Granados Pérez

Sentencia: nº 1140/2005 de fecha 03/10/2005

“Recurso de C. H.”

«Se dice producida tal vulneración constitucional al haberse admitido la intervención de una acusación particular fuera del tiempo legalmente permitido para ello.

Como bien se razona por el Tribunal de instancia, en el segundo de sus fundamentos jurídicos, su intervención se limitó a la adhesión a la calificación del Ministerio Fiscal, sin que se le admitiera una calificación independiente, por lo que en modo alguno se han vulnerado los derechos a la tutela judicial efectiva que corresponden a los acusados, que es un derecho complejo que incluye, entre otros,

la libertad de acceso a los Jueces y Tribunales, a obtener una resolución sobre el fondo, a obtener una respuesta motivada y fundada, a los recursos establecidos en la ley, a la defensa contradictoria de las partes, que incluye la oportunidad de alegar y probar procesalmente sus derechos, a la igualdad de armas, a que el fallo se cumpla y en definitiva al proceso debido, y todo ello se ha cumplido en la presente causa, habiendo ejercitado los acusados sus derechos de defensa sin restricción alguna.

Por otra parte, y a mayor abundamiento, no se puede olvidar, como recuerda la Sentencia de esta Sala 170/2005, de 18 de febrero, que la regulación del modo y manera en que las víctimas pueden personarse en el procedimiento ha sufrido modificación en el transcurso de este procedimiento. El antiguo artículo 783 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal se remitía a los artículos 109 y 110 del mismo texto legal, lo que llevaba a la interpretación de que su personación sólo se podía realizar antes del trámite de calificación. Esta interpretación, excesivamente rigurosa, no encaja con el principio de igualdad de armas, tanto de la acusación como la defensa, por lo que debe ser analizado en el momento de producirse la personación cuando todavía no había entrado en vigor la actual redacción. El vigente artículo 785.3 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal soluciona el problema, ajustándose más a la previsión constitucional y exigiendo que, en todo caso, aunque la víctima no sea parte en el proceso deberá ser informada por escrito de la fecha y lugar de la celebración del juicio. Con la actual regulación quedan sin efecto las previsiones del artículo 110 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Sin retroceder en el procedimiento, que no puede paralizarse ni interrumpirse por dejación del ejercicio de derechos por la víctima, no hay obstáculo para que si comparece en el juicio oral, acompañado de su abogado, se permita su personación "apud acta" incorporándose al juicio con plenitud de derechos y con posibilidad de presentar conclusiones, si las lleva preparadas, adherirse a las del Ministerio Fiscal o a las de otras acusaciones y cumplir el trámite de conclusiones definitivas. En todos estos casos sin perjudicar el derecho de defensa con acusaciones sorpresivas o que se aparten del contenido estricto del proceso. En todo caso, la defensa podrá solicitar el aplazamiento del sesión previsto en el artículo 788.4 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, cuya aplicación se hará por analogía cuando las conclusiones se presenten al principio de las sesiones y no sean homogéneas con las del resto de las acusaciones». (F.J. 4º)

## **DERECHOS FUNDAMENTALES. Derecho a la tutela judicial efectiva. Vulneración inexistente pese a no efectuársele al perjudicado ofrecimiento de acciones.**

Recurso: Casación nº 2166/2004

Ponente: Sr. Soriano Soriano

Sentencia: nº 1437/2005 de fecha 02/12/2005

«En el siguiente motivo, acogido a la vía procesal del art. 5-4 L.O.P.J. y 852 L.E.Cr., denuncia violación del derecho a un proceso con todas las garantías y a la tutela judicial efectiva (art. 24-2 C.E.), por inexistencia de ofrecimiento de acciones,

imposibilitando su comparecencia como acusación particular a pesar de ser perjudicado.

1. Acude a los hechos probados y hace notar el carácter de víctima de determinadas agresiones y a pesar de ello no se le cita a declarar como perjudicado, ni se le efectúa el preceptivo ofrecimiento de acciones.

2. Al recurrente no le asiste razón. Las normas procesales son más rigurosas cuando tienen por objeto garantizar derechos del acusado. En nuestro caso se daban circunstancias relevantes que desvirtúan el motivo.

Por un lado, en base a los partes médicos emitidos, la calificación indiciaria de los hechos apuntaba claramente a una simple falta. En segundo término, en calidad de imputado, tenía asegurada la comparecencia en el proceso con asistencia de la adecuada defensa técnica. Si estaba comparecido en la causa, pudo ejercitar en cualquier momento las acciones o pretensiones que en concepto de perjudicado pudieran corresponderle. Ningún acto impeditivo realizó el Juzgado o la Audiencia, pudiendo en todo caso darse por enterado del contenido de las actuaciones y de sus derechos, tanto como inculpado, como perjudicado, pues no cabe hacer distinciones desdoblado la personalidad de una parte en dos. El recurrente, parte en el proceso, podía haber actuado simultánea o sucesivamente en el concepto que la ley le permitía.

Por otro lado el proceso por juicio de faltas no precisa de ningún trámite esencial previo del que se le haya privado o no haya podido ejercitar el perjudicado, por cuanto las pretensiones que conforman el objeto procesal se producen en el plenario.

Amén de todo lo dicho, el Fiscal ejercitó la acción en la que resultó perjudicado el recurrente, interesando la pertinente condena e indemnizaciones, sobre cuyos extremos pudo haber hecho las peticiones o alegaciones que estimara justas». (F. J. 5º)

## **DERECHOS FUNDAMENTALES. Derecho a no declarar contra sí mismo: No existe obligación de proporcionar cuerpo de escritura.**

Recurso: Casación nº 946/2003P

Ponente: Sr. Bacigalupo Zapater

Sentencia nº 2026/2004 de fecha 14/10/2004

«...» El derecho a no declarar contra sí mismo y el principio nemo tenetur se ipsum accusare constituyen derechos reconocidos en el art. 24.2 de la Constitución. Estos derechos no se refieren sólo a las declaraciones autoinculpatorias; se refieren también a la inexistencia de obligación alguna del acusado de proporcionar ninguna clase de elementos a la acusación que pudieran servir para los fines de ésta. Por

esta razón, no existe obligación del inculpado de proporcionar ningún cuerpo de escritura que pueda servir para la práctica de una pericia caligráfica». (F.J. 6º)

## **DERECHOS FUNDAMENTALES. Derecho a un juez imparcial. Art. 54- 12 Lecrim. Subsanción de la proposición de prueba.**

Recurso Casación nº 1405/ 2003  
Ponente: Sr. Berdugo Gómez de la Torre  
Sentencia nº 1070/2004 de fecha 24/09/2004

«...» El desarrollo a un proceso con todas las garantías proclamado en el art. 24.2 de la CE. comprende, según una dilatada jurisprudencia constitucional y del TS. S.TC 145/88, TS. 16-10-98, 21-12-99, 7-11-00, 9-10-01) el derecho a un Juez o Tribunal imparcial, reconocido en el art. 10 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 10-12-48, en el art. 6.1 Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de 4-11-50 y en el art. 14-1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 16-12-66. Este derecho a un juicio imparcial, y como presupuesto del mismo a un Juez o Tribunal imparcial, incluido en el derecho fundamental a un proceso con todas las garantías, tiene un fundamento en el hecho de que la imparcialidad constituye el núcleo de la función a juzgar, pues sin ella no puede existir el "proceso debido o "juicio justo".

La sentencia 145/88 TC. inició la relación de la imparcialidad del juzgador con el derecho fundamental a un proceso con todas las garantías, al señalar que entre las garantías que deben incluirse en el derecho constitucional a un juicio público, con todas las garantías (art. 24.2 CE) se encuentra, aunque no se cite de manera expresa, el derecho a un juez imparcial "que constituye sin duda una garantía fundamental de la administración de Justicia en un Estado de Derecho".

Asimismo el T.E.D.H. ha destacado la imparcialidad del Juzgador como una de las garantías fundamentales de un proceso justo, en sentencias como la del Caso Delcourt /17-1-70), Piersack (1-10-92), De Cudre (26-10-84), Hauschildt (16-7-87), Holm (25-11-93), Sainte-Marie (16-12-92), Saraira de Carbalno (22-4-94), Castillo Algar (28-10-98) y Garrido Guerrero (2-3-00).

TERCERO: El derecho Constitucional a un proceso con todas las garantías exige dice la s. TS. 27-2-01 que estén suficientemente garantizadas por el Ordenamiento Jurídico, tanto la imparcialidad real de los Jueces como la confianza de los ciudadanos en dicha imparcialidad, por ser esta una convicción absolutamente necesaria en una sociedad que descansa, por su propia naturaleza, en el libre y racional consentimiento que otorgan los ciudadanos a los poderes públicos (ss. TS. 16-10-98 y 21-12-99).

Esta garantía de imparcialidad no está únicamente concebida a favor de las partes procesales, sino fundamentalmente a favor del interés público por lo que también han de tomarse en cuenta los supuestos en que pueda existir una

"sospecha razonada de parcialidad. Para alcanzar dichas garantías de imparcialidad (imparcialidad real del Juez-subjetiva y objetiva e inexistencia de motivos que puedan generar en el justiciable desconfianza sobre tal imparcialidad) se establece legalmente un elenco de causas de abstención o recusación (art. 219 LOPJ. y 54 LECrim.) que incluyen situaciones de diversa índole que tienen en común la capacidad para generar, conforme a las reglas de la experiencia, influencia sobre el sentido de una decisión en el ánimo de un hombre normal, por lo que ha de colegirse que también incidirán en el ánimo del Juez, generando una relevante dificultad para resolver con serenidad, objetividad, ponderación y total desapasionamiento así como desinterés por cualquiera de las partes, la cuestión litigiosa que se le somete.

Por razones de seguridad jurídica y para evitar tanto precipitadas abstenciones como abusivas infundadas recusaciones, el ordenamiento jurídico no ha encomendado al criterio particular del Juez la apreciación de los motivos por los que debe abstenerse de resolver un determinado litigio, ni ha dejado al libre arbitrio de los interesados la facultad de recusar al Juez por cualquier causa, sino que se han precisado legalmente las circunstancias que sirven taxativamente de causas comunes de abstención y recusación, relacionándolas en el art. 219 de la LOPJ, precepto que actualizó en 1985 las causas anteriormente prevenidas en el art. 54 de la LECrim. y que ha sido reactualizado mediante sucesivas modificaciones posteriores ampliadoras de las causas inicialmente contempladas (LO. 7/88 de 28-12, causa 10 y LO. 5/97, de 4-12, causa 12). Estas causas legales se fundamentan en parámetros objetivos que determinan al legislador a considerar que en estos concurra una causa legal de pérdida de imparcialidad, aún cuando subjetivamente el Juez estuviese plenamente capacitado para decidir imparcialmente. Dado que esta condición subjetiva no puede conocerse con certeza, el legislador la "objetiva", estimando que la concurrencia de la causa legal debe provocar, como consecuencia necesaria, la abstención, o en su defecto, recusación (STS. 21-12-99, nº 1493/99).

CUARTO: Entre estos motivos legales de recusación se encuentra el que afecta a quien ha sido instructor de la causa, que tiene su fundamento en la necesaria separación que debe establecerse entre el Juez que instruye y el Juez que falla. La prohibición de que se acumulen funciones instructoras y decisorias en un mismo órgano jurisdiccional surge de la razonable impresión de que el contacto con las investigaciones y actuaciones encaminadas a preparar el juicio oral y practicadas para averiguar y hacer constar la perpetración de los delitos con todas las circunstancias que pueden influir en su calificación y en la culpabilidad de los presuntos autores, puede originar en el ánimo del Juez o Tribunal sentenciador prejuicios y prevenciones respecto de la culpabilidad del imputado, quebrándose así la imparcialidad objetiva y en consecuencia el derecho a ser juzgado por un Juez o Tribunal imparcial que es inherente a un proceso con todas las garantías.

La causa de recusación prevenida en el nº 12 del art. 54 de la LECrim. tiene una especial relevancia como se deduce de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y del Tribunal Constitucional, especialmente de la sentencia nº 145/88 de 12 de julio, que declaró la inconstitucionalidad del art. 2 de la LO. 10/80, en su párrafo segundo, que establecía que no era aplicable la causa de recusación nº 12 del art. 54 de la LECrim. trata de tutelar la imparcialidad objetiva, es decir, aquella cuyo posible quebrantamiento no deriva de la relación que el Juez haya tenido o tenga con las partes, sino de su relación con el objeto del proceso. Con ello



no se trata de poner en duda la rectitud personal de los Jueces que lleven a cabo la instrucción ni desconocer que la instrucción supone exclusivamente una investigación objetiva de la verdad en la que el instructor debe indagar, consignar y apreciar tanto las circunstancias adversas como las favorables al reo. Pero lo cierto es que esta actividad al poner a quien la realiza en contacto directo con los hechos y datos que deben servir para averiguar el delito y con sus supuestos responsables puede provocar en el ánimo del instructor, pese a sus mejores deseos, prejuicios o impresiones a favor o en contra del acusado, impresiones que pueden influir en el momento del enjuiciamiento. Incluso en aquellos supuestos en que esta influencia no se produzca, es difícil evitar para los terceros y para el propio acusado la impresión de que el Juez no acomete la función de juzgar del modo absolutamente imparcial que constituye la mejor garantía para los afectados.

QUINTO: La aplicación de esta causa no puede llevarse a extremos que desborden notoriamente su sentido originario, que es el de los supuestos en los que efectivamente se han confundido en una misma persona las funciones de Juez instructor y de Juez sentenciador, bien como Juez unipersonal o bien como Juez integrado en un Tribunal colegiado. Por ello no se puede extender la causa de recusación, conforme a la doctrina del TC. y de esta Sala, a los Tribunales a los que la Ley les encomienda funciones diferentes de la instrucción pero relacionadas con ella, por ejemplo la resolución de recursos interpuestos frente a decisiones del Juez instructor, bien sobre la práctica de diligencias, bien sobre las resoluciones de ordenación o conclusión del proceso dictadas en el curso de la instrucción, bien sobre el procesamiento o bien sobre la libertad de los imputados.

La jurisprudencia de esta Sala y del Tribunal Constitucional viene precisamente el alcance que debe darse al término "instructor", y a la expresión "actividades instructoras", para que éstas tengan la relevancia suficiente que determine la pérdida de la imparcialidad objetiva exigible en un juicio con todas las garantías.

Con carácter general la doctrina de esta Sala Segunda del Tribunal Supremo ha venido entendiendo que no constituye motivo suficiente para cuestionar la imparcialidad de los miembros de un Tribunal colegiado, normalmente una Audiencia Provincial o bien la Audiencia Nacional, el hecho de que hayan resuelto recursos de apelación interpuestos contra resoluciones del Juez instructor (Sentencia de 30 de junio de 2000, nº 1158/00 entre las más recientes).

De esta doctrina debe deducirse una clara distinción entre dos supuestos radicalmente diferentes, que no pueden ser confundidos: 1º) Cuando quien ha actuado como Juez Instructor pasa a formar parte del Tribunal o Juzgado enjuiciador. Es en estos casos cuando concurre de modo específico la causa legal de abstención (haber actuado como instructor de la causa penal), y por tanto como regla general debe apreciarse la vulneración del derecho al Juez imparcial, y solo excepcionalmente tal vulneración no será apreciable cuando la intervención durante la instrucción sea totalmente inocua, puramente accidental e irrelevante. 2º) Cuando ninguno de los miembros del Tribunal sentenciador ha sido Instructor de la causa, y únicamente se denuncia que el Tribunal ha resuelto, en el ejercicio de las competencias revisoras que expresamente le atribuye la Ley como función propia, algún recurso interpuesto contra las resoluciones del Instructor o dictado alguna

medida cautelar en prevención del juicio. En estos casos no concurre la causa legal de abstención pues dichas actuaciones no constituyen legal, ni materialmente instrucción, ni los integrantes del Tribunal han actuado en momento alguno como instructores. Por ello como regla general no cabe apreciar en estos supuestos la vulneración del derecho fundamental a un Tribunal imparcial, y solo excepcionalmente se producirá dicha vulneración en casos especiales en que el propio Tribunal hubiese dictado auto de procesamiento (actuación materialmente instructora que incorrectamente le atribuyó el procedimiento de urgencia al Tribunal sentenciador, Auto de 8-2-93, caso de la presa de Tous y sentencia de 8-11-93, o bien cuando se aprecie en el caso concreto que el Tribunal al resolver un recurso o dictar alguna otra resolución de su competencia previa al enjuiciamiento haya expresado un prejuicio sobre el fondo de la cuestión o sobre la culpabilidad del imputado. (Sentencias nº 569/99 de 7-4, 15-10-99 de 19-9-2000, 1393/00 de 30-6-2000, 1158/00 de 2.1.2000, 1494/99, entre otras). Y así se contamina y genera parcialidad objetiva cuando, por ejemplo, se acuerda el procesamiento en contra del parecer del instructor(TC. 138/91, TS. 24-9-91, 28-12-93 y 20-1-96) o se acuerde la apertura del juicio oral TC 170/93).

SEXTO: Aplicando la anterior doctrina al caso concreto que se analiza, es cierto que la proposición de pruebas, se halla sujeta a estrictas formalidades de tiempo, designación nominal de testigos y peritos, con expresión de los domicilios o lugares donde puedan ser citados, etc..., y el juicio de admisión de pruebas debe iniciarse por la constatación del cumplimiento de tales requisitos, si bien, caso de que la proposición de prueba se plantee en forma defectuosa, ello no tiene que suponer inevitablemente la exclusión de la prueba propuesta. El incumplimiento de requisitos estrictamente formales, debe procurar la aplicación por el Tribunal de la regla contenida en el art. 11.3 de la LOPJ., en orden a que la parte subsane el defecto en la proposición. La doctrina constitucional al respecto resulta de todo punto uniforme, por ejemplo la STC 36/97 precisa: "según reiterada jurisprudencia constitucional, el núcleo del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva consiste en el acceso a la jurisdicción, es decir que un Tribunal resuelva en el fondo la controversia de derechos e intereses legítimos ante él planteada, salvo que se lo impida una razón fundada en un precepto expreso de una Ley, que a su vez sea respetuoso con el contenido esencial del derecho fundamental, si bien la interpretación procesal del correspondiente obstáculo procesal debe guiarse por un criterio "pro actione" que, teniendo aunque presente la ratio de la norma y un criterio de proporcionalidad entre la entidad del defecto advertido y la sanción derivada del mismo no impida la cognición del fondo de un asunto sobre la base de meros formalismos o de entendimientos no razonables de las normas procesales ( STC 120/93, 40/96).

Por ello la actuación de los Magistrados subsanando el defecto de la proposición de la pericia no supuso quebrantamiento de su imparcialidad, sino una manifestación más del principio "pro actione" dado que el art. 656 de la LECrim. no prevé como sanción procesal por el incumplimiento de sus disposiciones, la pérdida del derecho a valerse de la prueba pericial, sin olvidar que la propia jurisprudencia, por ejemplo STS 26-2-93 tiene declarado "es cierto que el art. 459 de la LECrim. establece que durante el sumario todo reconocimiento pericial se hace por dos peritos. Sin embargo la infracción de esta disposición no determina la prohibición de valoración de la prueba pericial realizada por un solo perito, dado que la duplicidad de informes no tiene carácter esencial. Ello surge del propio texto del art. 459 de la

LECrim. que establece que en determinadas actuaciones es suficiente con un perito y de la falta de una reiteración de esta exigencia entre las disposiciones que regulan el juicio oral. Pero además surge del hecho claro de que el Tribunal contó de todos modos con un asesoramiento técnico".

En definitiva como los Magistrados que dictaron el auto de 14-4-02, no hicieron uso de la facultad del art. 729.2 de la LECrim. en orden a la posibilidad de acordar de oficio una diligencia de prueba, único supuesto en que podría plantearse una inconstitucionalidad y considerar dicha prueba obtenida con violación de derechos fundamentales, sino que se limitaron a subsanar la petición de prueba pericial, no puede entenderse producida la infracción del derecho a ser juzgado por un Tribunal imparcial...».(F.J. 2º,3º,4º,5º, y 6º.)

## **DERECHOS FUNDAMENTALES. Derecho a un juez imparcial. Cambio de juez “por necesidad del servicio”.**

Recurso: Casación nº 1158/2005 P

Ponente: Sr. Monterde Ferrer

Sentencia: nº 556/2006 de fecha 31/05/2006

«Como hemos dicho en STS nº 207/2004, de 18 de Febrero, el derecho fundamental al Juez ordinario predeterminado por la ley, que se recoge en el artículo 24.2 CE, exige, en primer término que el órgano judicial haya sido creado previamente por la norma jurídica, que ésta le haya investido de jurisdicción y competencia con anterioridad al hecho motivador de la actuación o proceso judicial, y que su régimen orgánico y procesal no permita calificarlo de órgano especial o excepcional. Éste es su contenido básico, pero el derecho también se extiende a otra faceta distinta, integrada por la exigencia de que «la composición del órgano judicial venga determinada por ley y que en cada caso concreto se siga el procedimiento legalmente establecido para la designación de los miembros que han de constituir el órgano correspondiente» (STC nº 47/1983), lo que tiene como finalidad asegurar la independencia y la imparcialidad de los jueces. Ahora bien, como recuerda la STC nº 238/1998, de 15 de Diciembre, con cita de la STC nº 47/1983, Fundamento Jurídico 2º, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional mantiene que «no cabe exigir el mismo grado de fijeza y predeterminación al órgano que a sus titulares, dadas las diversas contingencias que pueden afectar a éstos en su situación personal y la exigencia, dimanante del interés público -las llamadas “necesidades del servicio”-, de que los distintos miembros del poder judicial colaboren dentro de la Administración de Justicia en los lugares en que su labor pueda ser más eficaz, supliendo, en la medida de lo posible, las disfuncionalidades del sistema». De esta forma, debe entenderse admisible que la composición de los distintos órganos integrados en un determinado Tribunal pueda variar en función de las necesidades derivadas de un mejor funcionamiento. Recuérdese que los señalamientos de la distintas Secciones se realiza con anticipación -incluso de meses- y que cualquier baja inopinada en cualquiera de ellas, por enfermedad, licencia o permiso determina la "necesidad" de recomponer o integrar de nuevo tales Tribunales ,con los elementos personales existentes, entre los que se cuenta el

propio presidente de la Sala, de acuerdo con las previsiones de los arts. 81.4, 198 y 199 de la LOPJ.

Tal forma de actuar-que evitará paralizaciones procedimentales y dilaciones inadmisibles- no afectará al derecho al juez ordinario predeterminado por la ley, pues en ese sentido, en relación con lo que antes dijimos, todos los Magistrados que se encuentran nombrados como componentes del órgano jurisdiccional (Sala) tienen ese carácter, con independencia de su adscripción "funcional" y no orgánica a las distintas Secciones». (F. J. 65º)

## **DERECHOS FUNDAMENTALES. Derecho a un juez imparcial. Causas de abstención. Analogía.**

Recurso: Casación nº 1217/2003  
Ponente: Sr. Bacigalupo Zapater  
Sentencia nº 0/2005 de fecha 19/04/2005

«...» Aunque la cuestión de la validez temporal de la ley procesal no ha sido alegada por las partes, se requiere comprobar si la ley vigente en el momento de la celebración del juicio preveía las circunstancias alegadas como motivo de abstención. En efecto, en el texto legal vigente en el momento de la celebración del juicio (año 2002) el art. 219 LOPJ no contenía el apartado 15 que está actualmente vigente y que fuera introducido por la LO 19/2003, de 23 de diciembre. En el tiempo de la celebración del juicio estaba previsto, sin embargo, en el art. 220 como causa autónoma de abstención la del art. 219, 1º respecto de los juicios en los que la Administración sea parte, en los que la autoridad o funcionario que hubiera dictado el acto impugnado en el proceso o hubiere informado en relación al mismo. El art. 220 LOPJ fue derogado por la LO 19/2003 y su contenido fue incorporado como apartado 14 del art. 219.

Es evidente que el fundamento del art. 220 anterior a la LO 19/2003 y el del actualmente vigente art. 219, 15 LOPJ coinciden plenamente. Se trata de la parcialidad objetiva de los integrantes del Tribunal que cabe suponer en los casos en los que quienes han actuado como autoridad responsable de actos jurídicos que son objeto del proceso y sobre los que se deba dictar resolución, aunque técnicamente no sean parte en el mismo, están unidos en matrimonio con los primeros.

La identidad de fundamento del antiguo art. 220 y del actual art. 219, 14 LOPJ, determina que el art. 220 vigente en el momento del juicio sea aplicable por analogía. Como es sabido la prohibición de la extensión analógica de la ley sólo rige para la ley penal, dado que se deriva de la exigencia de *lex stricta* proveniente del art. 25 CE. El art. 4.2 C.Civil, por otra parte, ya la establecía sólo para las leyes penales. En el sentido del art. 4.1 C. Civ. se prevé que "procederá la aplicación

analógica de las normas cuando éstas no contemplen un supuesto específico, pero regulen otro semejante entre los que se aprecie identidad de razón".

Las dos condiciones establecidas por el art. 4.1 C.Civ., como se ha dicho, concurren en este caso, es decir, coincide tanto el presupuesto de hecho de la norma como la razón de la misma. En efecto, el art. 220 LOPJ, en su presupuesto de hecho, se refería a una situación similar a la que en este juicio se plantea, es decir, se trata de la relación matrimonial entre el juez que debe decidir sobre la impugnación de decisiones adoptadas por su cónyuge en el ejercicio de su cargo, lo que viene a coincidir totalmente con la situación del juez que actúa en los procesos en los que se enjuicia un acto de un funcionario con el que está unido matrimonialmente. La identidad de la razón es obvia: se trata de garantizar la imparcialidad objetiva del Tribunal con el fin de realización de la garantía del juez imparcial (art. 24.2 CE).

Por lo tanto, no se trata de una extensión del art. 219 LOPJ a supuestos que la ley excluyó expresamente (analogía contra legem), sino de la aplicación de la norma a una situación idéntica, tanto desde el punto de vista fáctico como de la ratio legis, pero no regulada...» (F.J. UNICO)

## **DERECHOS FUNDAMENTALES. Derecho a un juez imparcial. Doctrina.**

Recurso: Casación nº 1699/2004  
Ponente: Sr. Martínez Arrieta  
Sentencia nº 357/2006 de fecha 22/03/2006

«Hemos declarado que la imparcialidad del juicio es una exigencia que viene impuesta por la propia naturaleza de la función jurisdiccional, en tanto que actividad dirigida a la adquisición de conocimiento tendencialmente objetivo sobre hechos que resulten jurídicamente relevantes. Es por lo que reclama del juez y en el juicio una colocación equidistante respecto de las posiciones en conflicto y una actitud indiferente para con los intereses en presencia. Según esto, la imparcialidad podría perderse tanto por razón de proximidad o identificación interesada con las pretensiones de cualquiera de las partes, como por haber tenido, antes y fuera del ámbito estricto del enjuiciamiento, un contacto relevante o de cierta intensidad con informaciones o materiales que después pudieran ser de prueba. (STS 1260/2003, de 3 de octubre)

En la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (a partir, sobre todo, de los casos Piersak y De Cubber) ha entendido que deberá evitarse que integren el tribunal que ha de juzgar un caso quienes hubiesen tenido, durante la fase de investigación, un tipo de intervención o implicación en ella que haga razonable temer que hubieran podido formar criterio sobre lo que sólo debería ser objeto del juicio verdadero y propio. De darse tal circunstancia las impresiones previamente

formadas de ese modo ocuparían el lugar del resultado de una racional y equilibrada valoración del cuadro probatorio formado contradictoriamente en la vista pública.

Es preciso comprobar, en cada supuesto concreto, el grado de incidencia que actuaciones anteriores al enjuiciamiento de los hechos hayan podido suponer un perjuicio en el conocimiento de los hechos. Como el propio Tribunal Europeo de Derechos Humanos, el Tribunal Constitucional y esta sala han tenido múltiples ocasiones de declarar, tal planteamiento general del asunto debe ser trasladado a cada supuesto, para evaluar el posible grado de incidencia sobre la imparcialidad objetiva del juez. Así, existe abundante jurisprudencia al respecto, de la que se hacen eco de forma sistemática sentencias de esta sala como las 274/2001, de 27 de febrero de 2001 y la 267/2001, de 22 de marzo. En estas resoluciones se indaga las repercusiones que en el conocimiento de los hechos ha podido mantenerse con anterioridad por otra actuación jurisdiccional. A tal efecto suele distinguirse entre actuaciones procesales que resuelven actuaciones en las que el Tribunal, o uno de sus miembros, ha tenido contacto con la prueba o ha tenido que valorarla, para su adopción, de aquellas otras en las que la resolución no precisa de un juicio sobre el hecho sometido a enjuiciamiento. En los primeros resulta patente que ese contacto con la prueba de los hechos, para imputar, procesar o acordar situaciones que afectan a la situación personal, parece, sin perjuicio de cada caso concreto, que el tribunal o uno de sus miembros, ve comprometida su actuación en el enjuiciamiento. Sin embargo esa imparcialidad no queda afectada cuando no hay contacto con los presupuestos de una imputación que supongan valoración de los mismos.

En definitiva, se trata de valorar, en cada caso, la intensidad de la implicación del tribunal, o uno de sus miembros, con el contenido incriminatorio de los hechos imputados.

En el supuesto de autos la actuación de quien posteriormente fue ponente de la sentencia impugnada se limitó a reabrir unas diligencias procesales de investigación que se encontraban archivadas, por falta de autor conocido, ante los nuevos hechos derivados de una investigación policial en la que se había tomado declaración a los imputados y estos había admitido la falsificación y cobro de los talones, limitándose a reabrir las diligencias por la "presunta participación" de los imputados en el hecho, sin que esa actuación procesal suponga un perjuicio sobre los hechos, la prueba y el contenido incriminatorio de las investigaciones realizadas». (F. J. 5º)

## **DERECHOS FUNDAMENTALES. Derecho a un juez imparcial. Enjuiciamiento por los mismos jueces que ordenan incoar Procedimiento Abreviado.**

Recurso: Casación nº 1585/2004

Ponente: Sr. Colmenero Menéndez de Luarca

Sentencia nº 1372/2005 de fecha 23/11/2005

«El Tribunal argumenta que discrepa del criterio del Juez instructor y señala que existen indicios de que las firmas no han sido estampadas por el perjudicado y de que el imputado ha podido utilizar dichos documentos a sabiendas de su falsedad con el objeto de poner fin a la concesión ostentada por NIPOCAR y su posterior concesión a otra mercantil. Examina a continuación la importancia económica de la concesión y de su pérdida, y finaliza señalando que debe “ser revocado el auto de sobreseimiento dictado por el Juzgado de instrucción, ordenando, al amparo del lo dispuesto en los artículos 779 y siguientes, que se dicte auto incoando procedimiento abreviado, en principio y sin perjuicio de las ulteriores calificaciones de las partes, por los presuntos delitos de falsificación y estafa contra Antonio Borrás Palma”. Lo cual, efectivamente acuerda en la parte dispositiva de la resolución.

La decisión del Tribunal implica, pues, un examen de las actuaciones y una valoración de la prueba existente sobre los hechos y sobre la intervención del imputado, distinta de la realizada por el Instructor, para llegar a la conclusión de que procede continuar el procedimiento, ordenando directamente al instructor la incoación de procedimiento abreviado contra el imputado por unos concretos delitos. Ello supone la exteriorización de una valoración de los elementos disponibles que puede ser considerada por el acusado, de forma objetivamente justificada, como una posición inicial favorable a su culpabilidad, lo que le autoriza a dudar de la imparcialidad del Tribunal y a afirmar la vulneración de su derecho a ser juzgado por un Tribunal imparcial». (F.J. 5º)

## **DERECHOS FUNDAMENTALES. Derecho a un juez imparcial. Necesidad de plantear la cuestión en instrucción.**

Recuso: Casación nº 829/2004P

Ponente: Sr. Colmenero Menéndez de Luarca

Sentencia nº 729/2005 de fecha 09/06/2005

«...” Es cierto que la doctrina de esta Sala acerca de las llamadas cuestiones nuevas, es decir, las alegadas en casación sin previa alegación en la instancia, admite algunas excepciones y que éstas se refieren en muchos casos a las vulneraciones de derechos fundamentales, precisamente en atención a la naturaleza del derecho que debe ser protegido. Pero esa doctrina no ignora que en algunos casos se trata de derechos de configuración legal, al menos en cuanto a los requisitos que deben ser cumplidos y al momento adecuado para su ejercicio, los cuales deben ser observados salvo que sean de tal naturaleza que afecten a la propia esencia del derecho para restringirla, en cuyo caso sería pertinente el planteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad, bien por esta Sala o por el propio Tribunal Constitucional, en su caso.

En nuestro derecho interno, el artículo 223.1 de la LOPJ dispone que la recusación se deberá proponer tan pronto como se tenga conocimiento de la causa

en que se funde, pues en otro caso no se admitirá a trámite. De manera que será inadmisibles un planteamiento tardío cuando fue posible hacerlo en el momento procesal adecuado. Esta es la línea seguida, entre otras, en la STS nº 1288/2002, de 9 de julio, que cita abundante jurisprudencia y en la STS nº 1431/2003, de 1 de noviembre...

... Pero ello no impide que se dé cumplimiento a la previsión legal que exige que la causa de recusación se alegue tan pronto se tenga conocimiento de su existencia, dentro de los márgenes a que se refiere el citado artículo 223 de la LOPJ...»». (F.J. 2º)

## **DERECHOS FUNDAMENTALES. Derecho a un juez imparcial. Recusación. Momento procesal para interponerla y consecuencias de su planteamiento tardío.**

Recurso: Casación nº 1874/2005

Ponente: Sr. Ramos Gancedo

Sentencia: nº 735/2006 de fecha 04/07/2006

« ...En nuestro caso, el recurrente no ha utilizado en la instancia el mecanismo de la recusación cuando tuvo conocimiento de la posible causa de recusación que ahora alega en trance de casación, sin que nada se lo impidiera, de manera que esta Sala está obligada por imperativo legal a no admitir la cuestión nueva por disponerlo así terminantemente el art. 223.1 L.O.P.J., antes citado, según el cual, cuando no se proponga en el plazo de diez días desde la notificación de la primera resolución por la que se conozca la identidad del juez o magistrado a recusar ..... "se inadmitirá la recusación". Naturalmente esta conminación se predica tanto del proceso en la instancia, como en las posteriores sedes jurisdiccionales que deban resolver los recursos que se interpongan.

Como señala la resolución antes citada, no sólo esta Sala está obligada expresamente por ley a no admitir a trámite la recusación en virtud de la normativa referenciada, sino que lo relevante es que la cuestión pueda ser resuelta en la instancia tan pronto como sea posible por el órgano jurisdiccional que pueda poner remedio a la vulneración denunciada, pues no tendría sentido aceptar como criterio válido de actuación la adopción del silencio sobre el particular para pretender la anulación de todo lo actuado al final del proceso, es decir, al interponer el último recurso procedente. Tal forma de proceder afectaría a las exigencias de la buena fe procesal (artículos 11.1 y 11.2 de la LOPJ).

Por lo tanto, lo trascendente es que, quien entienda que su derecho al Juez imparcial puede verse comprometido, lo haga saber de forma que pueda ser resuelta la cuestión antes de avanzar en la tramitación de la causa. Para ello deberá ajustar su actuación a las normas procesales, las cuales no solo señalan el momento procesal oportuno para el planteamiento de la pretensión, sino que además regulan su tramitación y establecen sus consecuencias.



En este sentido, las normas vigentes en la materia regulan la utilización de la recusación, estableciendo el momento en que debe ser planteada y la forma en que debe ser tramitada, así como los efectos que tal planteamiento provoca. Para obtener tales efectos es imprescindible ajustarse a las previsiones legales.

El motivo debe ser desestimado». (F. J. 3º)

## **DERECHOS FUNDAMENTALES. Derecho a un juez imparcial. Supuestos.**

Recurso: Casación nº 1056/2002

Ponente: Sr. Berdugo Gómez de la Torre

Sentencia nº 1167/2004 de fecha 22/10/2004

«...» De esta doctrina debe deducirse una clara distinción entre dos supuestos radicalmente diferentes, que no pueden ser confundidos: 1º) Cuando quien ha actuado como Juez Instructor pasa a formar parte del Tribunal o Juzgado enjuiciador. Es en estos casos cuando concurre de modo específico la causa legal de abstención (haber actuado como instructor de la causa penal), y por tanto como regla general debe apreciarse la vulneración del derecho al juez imparcial, y solo muy excepcionalmente tal vulneración no será apreciable cuando la intervención durante la instrucción sea totalmente inocua, puramente accidental e irrelevante. 2º) Cuando ninguno de los miembros del Tribunal sentenciador ha sido Instructor de la causa, y únicamente se denuncia que el Tribunal ha resuelto, en el ejercicio de las competencias revisoras que expresamente le atribuye la Ley como función propia, algún recurso interpuesto contra las resoluciones del Instructor o dictado alguna medida cautelar en prevención del juicio. En estos casos no concurre la causa legal de abstención pues dichas actuaciones no constituyen legal ni materialmente instrucción, ni los integrantes del Tribunal han actuado en momento alguno como instructores. Por ello como regla general no cabe apreciar en estos supuestos la vulneración del derecho fundamental a un Tribunal imparcial, y solo excepcionalmente se producirá dicha vulneración en casos especiales en que el propio Tribunal hubiese dictado auto de procesamiento (actuación materialmente instructora que incorrectamente le atribuyó el procedimiento de urgencia al Tribunal sentenciador, auto de 8.2.93 caso de la presa de Tous y s. de 8.11.93, o bien cuando se aprecie en el caso concreto que el Tribunal al resolver un recurso o dictar alguna otra resolución de su competencia previa al enjuiciamiento haya expresado un prejuicio sobre el fondo de la cuestión o sobre la culpabilidad del imputado. (ss. 569/99 de 7.4, 15.10.99, 19.9.2000, 1393/00 de 30.6, 1158/00 de 2.1, 1494/99 entre otras). Y así se contamina y genera parcialidad objetiva cuando, por ejemplo, se acuerda el procesamiento en contra del parecer del instructor (TC. 138/91, TS. 24.9.91, 28.12.93 y 20.1.96) o se acuerde la apertura del juicio oral, TC. 170/93...»». (F.J. 15º)

**DERECHOS FUNDAMENTALES. Derecho a un juez predeterminado por ley. Tramitación por Juzgado de Instrucción de procedimiento competencia de un Juzgado Central de Instrucción.**

Recurso: Casación nº 10048/2006 P  
Ponente: Sr. Maza Martín  
Sentencia: nº 55/2007 de fecha 23/01/2007

«..La primera cuestión que se suscita, de forma casi unánime, por prácticamente todos los recurrentes no es otra que la de la vulneración de su derecho fundamental al Juez legalmente predeterminado, lo que redundaría en la radical nulidad de todas las actuaciones realizadas por el Juez Instructor que, con evidente falta de competencia, habría llevado a cabo la investigación hasta acopiar un total de dieciocho tomos de Sumario, antes de remitir el mismo a los Juzgados Centrales de Instrucción que, desde las primeras diligencias, aparecían como competentes para conocer de las presentes actuaciones.

**Así mismo, una de las Defensas, relacionada con la anterior cuestión, plantea también la infracción del derecho constitucional mencionado que habría supuesto el hecho de que no se hubieran cumplido, en la presente ocasión, las normas de reparto de asuntos entre los Juzgados de la misma localidad y partido judicial de quien, en definitiva, actuó como Instructor en este procedimiento». (F. J. 1º.1)**

**DERECHOS FUNDAMENTALES. Derecho a un proceso con todas las garantías. Derecho a interrogar a los testigos.**

Recurso: Casación nº 152/2004

Ponente: Sr. Bacigalupo Zapater  
Sentencia nº 1483/2004 de fecha 22/12/2004

«...» Los testigos ofrecidos por las partes no comparecieron en el juicio oral. Se trataba, porque eran los damnificados, de los únicos en los que era posible apoyar la tesis acusatoria. Estos testigos, como se dijo, habían declarado ante la policía y en el Juzgado de Instrucción sin que los acusados o los defensores hayan podido interrogarlos. Los testigos no fueron hallados ni al practicarse la diligencia de citación por el Agente judicial el 17.11.2003 (de la Audiencia de Palma de Mallorca), ni por la Policía, como consta en el oficio de 10.12.2003. Pero, al parecer, ya antes el Tribunal a quo habría practicado una notificación por edicto de dichos testigos, como se desprende de la providencia de 4.12.2003, en la que se dispuso dirigir nuevo oficio a la Comisaría de Palma de Mallorca para que se procediera a la averiguación del paradero de los testigos. Asimismo, el 9.12.2003 el Tribunal había sido informado telefónicamente de la imposibilidad de la citación de los testigos. Al parecer, la citación por edictos sólo se practicó en el tablón de anuncios del Tribunal, según se deduce de la inscripción a lápiz en el folio correspondiente del rollo de la Audiencia. Esta Sala no ha podido encontrar la resolución del Tribunal a quo en la que se dispone la citación por edictos, pero ha podido comprobar a través de las fechas de las constancias una tramitación confusa y descuidada.

En suma, del estudio de la causa surge claramente que ni los acusados, que estaban detenidos en el momento en el que los perjudicados fueron interrogados por el Juez de Instrucción, ni su Defensor, pudieron ejercer el derecho que les acuerda el art. 6.3.d) CEDH de interrogar y hacer interrogar a los testigos de cargo.

Este derecho, como lo hemos dicho en precedentes de esta Sala, configura el derecho a un proceso con todas las garantías garantizado en el art. 24.2 CE. Por lo tanto, el art. 730 LECr. debe ser entendido de acuerdo con la Constitución y ello excluye la posibilidad de utilizar para la formación de la convicción del Tribunal declaraciones de testigos no sometidos a la contradicción de los acusados o de sus Defensores. Es evidente que si el derecho a interrogar y contradecir los testigos de cargo y de descargo no puede ser obviado en el juicio oral, este derecho no puede ser desconocido cuando se pretende utilizar como prueba de cargo declaraciones sumariales que, por lo tanto, no tuvieron lugar inmediatamente en presencia del Tribunal del juicio oral...»». (F.J. UNICO)

## **DERECHOS FUNDAMENTALES. Derecho a un proceso con todas las garantías. Entrega a España de un ciudadano no comunitario.**

Recurso: Casación nº 1158/2005 P  
Ponente: Sr. Monterde Ferrer  
Sentencia: nº 556/2006 de fecha 31/05/2006

«...Planteada también la ilegalidad de la entrega a las autoridades españolas por la *falta de acuerdo de extradición*, hemos dicho en Sentencia nº 1292/2003, de 7

de octubre, que cita, a su vez, la Sentencia de 14 de diciembre de 1989, que “ha de diferenciarse entre el procedimiento de extradición, por un lado y, de otro, la decisión unilateral de un determinado Estado consistente en proceder a la expulsión de un extranjero que se encuentre en su territorio. En el primer caso, un Estado que ejerce su jurisdicción en relación con un determinado delito, reclama la entrega del responsable a otro Estado en el que aquél se ha refugiado, el cual accederá a la entrega tras comprobar la concurrencia de los requisitos necesarios establecidos en los Tratados suscritos entre ambos, o bien de carácter multilateral, y en sus leyes internas, con las consecuencias de todo tipo que ello lleva consigo. Al contrario de lo que ocurre en el caso de la extradición, en el que media la petición formal de un Estado a otro, aquélla decisión de expulsión tiene un evidente carácter unilateral, pues queda bajo la exclusiva iniciativa y responsabilidad del Estado que la adopta, sin que otros Estados sean competentes para revisar su adecuación a sus normas reguladoras”.

...Cuando, como ha ocurrido en el caso presente, se ha producido una expulsión por Jordania de un ciudadano español, que se entrega a la Policía española, y, tratándose de un perseguido por la justicia, en tal concepto es entregado a las autoridades judiciales competentes, éstas no tienen otra opción que la de cumplir con sus deberes de tramitación del proceso correspondiente con todas las garantías y de conformidad con la legislación vigente en España, sin tener que examinar la legalidad de la expulsión anterior porque esto es competencia exclusiva de las autoridades del otro país. Los órganos judiciales españoles tienen el deber de seguir y ultimar el proceso penal correspondiente, como obligación esencial derivada directamente del principio de soberanía del Estado español.

De modo que no es preciso seguir el procedimiento de extradición para conseguir la entrega de la persona que ha cometido un delito perseguible por la justicia española y se encuentre en un Estado extranjero, cuando las autoridades de éste último en el ejercicio de sus competencias hacen entrega de aquélla al otro Estado». (F. J. 7º.3)

**DERECHOS FUNDAMENTALES. Derecho a un proceso con todas las garantías. Legitimación para actuar en el proceso como parte actora que ejercita la acción penal y, a la vez, como demandada en calidad de responsable civil subsidiaria.**

Recurso: Casación nº 2327/2004

Ponente: Sr. Delgado García

Sentencia: nº 372/2006 de fecha 31/03/2006

«El problema aquí suscitado es exclusivamente un problema de legitimación. Si por las circunstancias concurrentes en un determinado proceso penal una persona está legitimada para ser parte en una determinada posición procesal y, además, en otra diferente, no tiene por qué haber incompatibilidad para actuar en los dos conceptos dentro del mismo procedimiento. Un caso de tal doble posición se planteó en una reunión de pleno de esta Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, la celebrada

el 27 de noviembre de 1998, en la que se acordó en favor de tal compatibilidad cuando, por ejemplo, hubo agresiones mutuas con lesiones recíprocas o un accidente de circulación con intervención de varios conductores de vehículos cada uno de los cuales considera culpable al contrario. El fundamento de esta compatibilidad se encuentra en la necesidad de que no se celebren varios procesos que pudieran originar sentencias contradictorias, lo que constituiría un grave atentado contra la seguridad jurídica (art. 9.3 CE). Hay que evitar lo que la doctrina llama división de la continencia de la causa. Los diferentes problemas de un mismo acontecimiento o de acontecimientos no separables han de ser objeto del mismo procedimiento para evitar que su tramitación separada diera lugar a resoluciones diferentes que pudieran ser contradictorias.

Y si esto es así cuando se trata de acusados y acusadores en el mismo proceso respecto de las acciones penales, con mayor razón aún ha de serlo cuando se trata de examinar el mismo problema en relación a responsabilidades de orden diferente como ocurre aquí, en el que la misma persona jurídica actúa, por un lado, como parte actora ejercitando la acción penal y, por otro lado, como demandada en calidad de responsable civil subsidiaria al tener que soportar las varias acusaciones dirigidas contra ella». (F. J. 2º)

## **DERECHOS FUNDAMENTALES. Derecho a un proceso con todas las garantías. Ley de secretos oficiales.**

Recurso: Casación nº 717/2002

Ponente: Sr. Soriano Soriano

Sentencia nº 1074/2004 de fecha 18/10/2004

«..» la tesis del motivo nos viene a decir que en el caso que nos ocupa se ha obviado la previa exigencia de procedibilidad consistente en la necesidad de obtener una autorización gubernativa o, en su caso, de las Cortes Generales, procediendo a desclasificar el uso de los fondos reservados, vulnerándose con ello el derecho a un procedimiento con las garantías debidas.

El recurrente, en apoyo de su tesis, invoca además de la Ley de Secretos Oficiales de 1968, modificada por otra Ley de 7 de octubre de 1978, la Circular 3/1966, de 8 de febrero de la Intervención General del Estado y el Acuerdo del Consejo de Ministros de 28 de noviembre de 1986, que en su apartado 1.4 atribuye el carácter de materia clasificada o secreta a toda la relacionada con la estructura, organización, medios y procedimientos operativos específicos de los servicios de información, así como sus fuentes y cuantas informaciones o datos puedan revelarlas. A ese bagaje normativo se añade el dictamen de la Dirección General del Servicio General del Estado del Mº de Interior de 5-junio-1998, que atribuye el carácter reservado a todos los datos sobre la aplicación de los fondos de esa naturaleza.

1. Ciertamente es que tales fondos, con carácter general, constituyen una partida presupuestaria que, aprobada por las Cortes Generales y excluida por su propia naturaleza y destino de cualquier control, queda vinculada en su aplicación a los fines que constitucional y legalmente son propios del Ministerio al que se encomienda. Pero ello debe ser susceptible de matizaciones. El Tribunal provincial, en el fundamento 4º, dió justificada respuesta a la queja ahora reiterada en casación.

2. Hemos de partir -conforme apunta la sentencia recurrida- de que los principios que inspiran la regulación y control de los créditos destinados a gastos reservados no son otros que razones de defensa y seguridad del Estado, que obligan a que algunas específicas actuaciones en esta materia estén al margen de la publicidad, así como la identidad de las personas que en tal actividad participan y los créditos que puedan desembolsarse para sufragarla.

Como puede percibirse, el carácter secreto o reservado no se predica de los Fondos en sí, que integrados por dinero, forman parte de un concreto apartado presupuestario. El carácter secreto y reservado apunta a los gastos o empleo de esos créditos estatales a los fines u objetivos señalados en la ley.

3. El Tribunal de instancia ha rechazado, con suficiente fundamento, la pretensión que se reproduce en esta sede procesal. Nos dice que hemos de partir de que la administración actúa dentro de la legalidad y que la Ley de Secretos Oficiales no puede haber incluido como materia clasificada la que no debe serlo, siendo impensable entender que la Ley de Secretos Oficiales haya querido proteger y ocultar los delitos integrados por la desviación de estos fondos a fines diferentes a los constitucional y legalmente asignados, aplicándolos al propio enriquecimiento y creando, de esa guisa, injustificados espacios de impunidad.

4. La Audiencia destaca la compatibilidad del secreto de la materia clasificada y el castigo de una actuación delictiva que ha alterado el destino específico de dichos fondos, y en este sentido da una explicación, plenamente razonable, que esta Sala acepta.

Nos dice que sobre la base de esos criterios la Jueza instructora accedió a la información de los fondos bajo secreto reforzado del sumario, que mantuvo la Sala y, como se señala expresamente, no constituye una actuación caprichosa, sino que viene respaldada por una serie de datos objetivos que se enumeran: la Administración ha colaborado en la investigación; el Parlamento ofreció su cooperación y remitió los documentos relativos a la investigación parlamentaria del "caso Roldán"; ninguno de los Gobiernos de distinto signo que se han sucedido desde 1995 ha planteado conflicto alguno de jurisdicción; nada ha objetado la Abogacía del Estado a la investigación; y, lo que es más importante, es evidente que ningún perjuicio se ha producido para la defensa y la seguridad del Estado, ni para los intereses de la nación, ni se ha revelado secreto alguno que afecte al procedimiento de aplicación y control de los fondos reservados.

5. Consecuentes con todo ello es oportuno insistir en que el derecho no puede amparar el delito, pues otra interpretación haría depender de una autorización del ejecutivo la competencia de los jueces y tribunales para la investigación y persecución de los mismos (art. 117-3 C.E.), lo que supondría una alteración

fundamental del marco constitucional. Tolerar el despilfarro egoísta de los fondos públicos, asignados a un destino, al que no se dedican, dejaría a personas e instituciones sin la debida tutela judicial efectiva (art. 24-1º C.E.).

Además, no deben pasar desapercibidos los principios constitucionales insoslayables contenidos en los arts. 103 y 106. El primero reza así: "La Administración Pública sirve con objetividad los intereses generales y actúa de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación, con sometimiento pleno a la ley y el derecho"

Por su parte el art. 106.1 establece: "Los Tribunales controlan la potestad reglamentaria y la legalidad de la actuación administrativa, así como el sometimiento de ésta a los fines que la justifican"

Con ello queremos poner de relieve que la Ley de Secretos Oficiales, así como las normas y acuerdos complementarios en esta específica materia, deben ser interpretados conforme a principios constitucionales. Si los gastos reservados, lo son por estar destinados a una finalidad concreta, apartados de esa finalidad, queda sin justificación la protección especial dispensada. La desvirtuación de la "ratio legis" de la norma, hace que cualquier actuación desviada, de naturaleza delictiva, quede al margen de la propia ley y desprovista de su protección...» (F.J. 3º)

## **DERECHOS FUNDAMENTALES. Derecho a un proceso con todas las garantías. Medios de prueba innecesariedad sobreañadida.**

Recurso: Casación nº 787/2004

Ponente: Sr. García Ancos

Sentencia nº 759/2005 de fecha 17/06/2005

«...» Por otro lado, y como bien razona el Ministerio Fiscal en su escrito de impugnación, tampoco puede argumentarse la vulneración del derecho a la prueba por el simple dato de que, a la vista del desarrollo de las declaraciones de los tres primeros testigos, se estimara que ya era suficiente y rechazara el testimonio del cuarto. Ese criterio forma parte del espacio de soberanía que en el proceso se reserva al órgano jurisdiccional, ya que "no existe obstáculo para que una declaración inicial de pertinencia se convierta, una vez escuchado el testimonio de tres de los cuatro testigos, en una sobrevenida declaración de innecesariedad"...» (F.J. 2º)

## **DERECHOS FUNDAMENTALES. Derecho a un proceso con todas las garantías y a la intimidad. Examen de la memoria del teléfono móvil de un detenido por la policía sin autorización judicial**

Recurso: Casación nº 2135/2004

Ponente: Sr. Martínez Arrieta

Sentencia: nº 1397/2005 de fecha 30/11/2005

«La denuncia se contrae a la habilidad del examen de la memoria del teléfono móvil, concretamente si esta indagación en la memoria del terminal de telefonía aparece cubierta por el secreto de las comunicaciones. Esta denuncia ha sido objeto de recientes pronunciamientos de esta Sala, por lo que nos remitimos a la doctrina ya consolidada para la desestimación del motivo.

Esta doctrina aparece desarrollada en dos sentencias del Tribunal Constitucional 70 y 120 de 2002. En la primera de ellas el Tribunal Constitucional acota el contenido esencial del derecho fundamental que aborda con repaso de anteriores pronunciamientos del Tribunal. Tras poner de relieve la necesidad de acomodar el contenido del derecho a los avances tecnológicos afectantes a la comunicación, afirma "la protección del derecho al secreto de las comunicaciones alcanza el proceso de comunicación del mismo, pero finalizado el proceso en que la comunicación consiste, la protección constitucional de lo recibido se realiza en su caso a través de las normas que tutelan la intimidad u otros derechos"... "pues, y esto se subraya, el art. 18.3 CE contiene una especial protección de las comunicaciones, cualquiera que sea el sistema empleado para realizarlas que se declara indemne frente a cualquier interferencia no autorizada judicialmente".

Desde la perspectiva expuesta, concluye afirmando que situadas en el ámbito del derecho a la intimidad, la injerencia en el mismo puede ser realizada por la policía judicial cuando exista un fin constitucionalmente legítimo, proporcionado para alcanzarlo, y, en todo caso, sea respetuoso con el contenido esencial del derecho.

"La regla general es que el ámbito de lo íntimo sigue preservando en el momento de la detención y que solo pueden llevarse a cabo injerencias en el mismo mediante la preceptiva autorización judicial motivada conforme a criterios de proporcionalidad. De no existir éste, los efectos intervenidos que pueden pertenecer al ámbito de lo íntimo han de poner a disposición judicial, para que sea el Juez quien los examine. Esa regla general se excepciona en los supuestos en que existan razones de necesidad de intervención policial inmediata, para la prevención y averiguación del delito, el descubrimiento de los delincuentes y la obtención de pruebas incriminatorias. En esos casos estará justificada la intervención policial sin autorización judicial, siempre que la misma se realice también desde el respeto al principio de proporcionalidad".

Nuestra jurisprudencia ha afirmado la legitimidad de la indagación en la memoria del aparato móvil de telefonía (SSTS 316/2000 de marzo y 1235/2002 de 27 de junio, por todas) en las que se equipara la agenda electrónica del aparato de telefonía con cualquier otra agenda en la que el titular puede guardar números de



teléfonos y anotaciones sobre las realizadas y llamadas y otras anotaciones que, indudablemente, pertenecen al ámbito de la intimidad constitucionalmente protegida y que admiten injerencias en los términos exigidos por el art. 8 del CEDH y la Constitución, "pues no tiene la consideración de teléfono en funciones de transmisión de pensamientos dentro de una relación privada entre dos personas".

La reciente Sentencia 1.086/2003, de 25 de julio, en el mismo sentido, al declarar que "esta diligencia (el listado de llamadas del móvil) no supone ninguna intromisión en el derecho a la intimidad, ya que han sido obtenidas en legal forma y sólo sirven para acreditar los usuarios de los teléfonos intercomunicados, sin entrar en el contenido de las conversaciones".

En el caso de autos uno de los detenidos utilizaba un terminal de teléfono que fue examinado para comprobar la realización de llamadas y su recepción que pudieran aportar algún dato relevante a la investigación del hecho grave que era objeto de la pesquisa policial y que, al tiempo de la intervención en la memoria ya había logrado la intervención de 497 gramos de cocaína. Este examen fue realizado en el curso de las primeras diligencias de investigación y permitió indagar la existencia de relaciones entre el detenido y el recurrente. Ese examen se limita a lo que el teléfono permitía. No se trata de una intervención en el proceso de comunicación, ya entendido como transmisión de conversaciones, ni localización, al tiempo de su realización, de las llamadas efectuadas, de la identificación de usuarios, limitándose a la comprobación de unos números.

Se trata de una comprobación de una agenda que contiene datos almacenados y que pudieron ser borrados por el titular o, incluso, bloqueados por el titular. Por otra parte, esa actuación no permite comprobar el destinatario de la llamada, ni el tiempo ni, en la mayoría de los supuestos las horas de su realización, tan sólo de una información obtenida de la memoria mediante una sencilla actuación sugerida por el aparato.

Cumplidos los requisitos de proporcionalidad, no discutidos por el recurrente, la actuación policial se encuentra amparada por los preceptos de la Ley procesal (art. 287 y correspondientes informados por el art. 126 de la Constitución, toda vez que la investigación lo era por un delito grave y era necesaria para indagar los culpables de la conducta investigada». (F.J. 1º)

## **DERECHOS FUNDAMENTALES. Derecho a un proceso con todas las garantías sin indefensión. Necesaria presencia del acusado para la celebración del juicio.**

Recurso: Casación nº 579/2005  
Ponente: Sr. Colmenero Menéndez de Luarca  
Sentencia: nº 514/2006 de fecha 05/05/2006

«La presencia del acusado es necesaria para la celebración del juicio oral, como consecuencia derivada de la vigencia del derecho fundamental a la tutela

judicial efectiva sin que pueda producirse indefensión y del derecho a un proceso con todas las garantías, entre ellas la de la posibilidad de ser oído. Asimismo afecta directamente al derecho de defensa, en cuanto que el acusado puede intervenir en el plenario en su propia defensa no solo a través de su Letrado, sino también mediante su propia declaración y en el ejercicio del derecho a la última palabra del artículo 739 de la LECrim. La interpretación constitucional de las normas reguladoras del proceso impiden que esos derechos puedan verse reducidos de forma no suficientemente justificada.

Esta necesidad de la presencia física del acusado viene establecida en la LECrim, concretamente en el artículo 786 respecto del procedimiento abreviado, seguido en la presente causa, de forma correlativa a los artículos 688, 746 y concordantes en relación al procedimiento ordinario. Las excepciones a esta previsión, que como tales han de ser tratadas con carácter restrictivo y con mayor razón en atención al rango fundamental de los derechos a los que afectan, se basan en la exigencia de varios requisitos, que parten del carácter voluntario de la ausencia, al exigir que sea injustificada, de manera que el origen de la falta de ejercicio de los derechos afectados se sitúe en una decisión libre de su titular o, al menos, imputable a una negligencia inexcusable del mismo. Lo cual se completa naturalmente con la necesidad de que haya mediado una citación personal, debidamente acreditada, sustituible en el marco de este procedimiento abreviado por la citación en la persona o en el domicilio a que se refieren el artículo 775 ya citado, previsión esta última que no deja de plantear algunos problemas relacionados especialmente con la posibilidad efectiva de conocimiento por parte del acusado de la fecha del señalamiento, que, en su caso, podrían ser considerados en el marco del llamado recurso de anulación previsto en el artículo 793, pero que no necesitan ser examinados en este momento.

Como otros requisito más, exige la ley que la pena solicitada no exceda de dos años de privación de libertad o de seis años cuando sea de otra naturaleza; que exista una petición de celebración del juicio por parte del Ministerio Fiscal o de la acusación particular; que se oiga a la defensa; y que el Juez o Tribunal entienda que, a pesar de la ausencia del acusado, existen elementos suficientes para el enjuiciamiento.

En cualquiera de los casos, es absolutamente imprescindible la citación del acusado, bien personalmente o en la persona o domicilio designados previa la advertencia contemplada en el artículo 775, pues se trata de una previsión que tiende a asegurar la efectividad de derechos fundamentales afectados en el ámbito del enjuiciamiento penal.

Además de lo hasta ahora dicho, la LECrim contempla la omisión de la citación del procesado como un motivo de casación por quebrantamiento de forma en el artículo 850.2.

De todo lo anterior se desprende con claridad que en el caso el juicio se celebró sin que el acusado fuera debidamente citado en ninguna forma, lo que le impidió asistir al mismo en defensa de sus derechos, por lo que el motivo debe ser estimado como consecuencia de la vulneración de los derechos fundamentales del acusado a la tutela judicial efectiva, a un proceso con todas las garantías y al ejercicio efectivo de su derecho de defensa, lo que supone la anulación del juicio y de la sentencia, y la retroacción de las actuaciones al momento inmediatamente

anterior al último señalamiento, para que se continúe la tramitación con arreglo a Derecho». (F. J. 1º)

## **DERECHOS FUNDAMENTALES. Derecho de defensa. Causa voluminosa. Traslado a las partes. Art. 791.1. Lecrim.**

Recurso. Casación nº 909/2003  
Ponente: Sr. Delgado García  
Sentencia nº 50/2005 de fecha 28/01/2005

«...” Entendemos que fue bien resuelta la cuestión por el mencionado auto de 23.9.2002 (folios 29 a 32 del mismo tomo I). Nos parece razonable que se prescindiera del tenor literal del citado art. 791.1, en atención a lo voluminoso de la causa: se habla de 94.000 fotocopias, 87 tomos y 68.000 documentos...

... Así las cosas, hemos de entender que sólo hubo una vulneración formal del citado art. 791.1 LECr; pero que ello no produjo indefensión material a la parte ahora recurrente, que tuvo acceso a los autos y de hecho utilizó el sistema que se ideó al respecto...”». (F.J. 3º)

## **DERECHOS FUNDAMENTALES. Derecho de defensa. Designación de letrado en el acto del juicio.**

Recurso: Casación nº 779/2003P  
Ponente: Sr. Delgado García  
Sentencia nº 278/2005 de fecha 02/03/2005

«...” Es cierto que, como dicen los escritos de ambos recurrentes, el imputado procesado o acusado en un proceso penal tiene derecho a designar personas de su confianza que se encarguen de representarle y defenderle en los trámites correspondientes, según reconocen nuestras leyes procesales (art. 118 LECr y 28 de la Ley de Asistencia Jurídica Gratuita, Ley 1/1996) y determinadas normas de rango internacional ratificadas por España [arts. 6.3 c) del Convenio de Roma de 1950 y 14.2 d) del Pacto de Nueva York de 1966]. Incluso si, a falta de tal designación voluntaria, hay nombramientos de oficio por parte de los diferentes colegios profesionales a instancia judicial, en todo momento el interesado puede proceder a que estos les sean sustituidos por el que libremente designen.

Pero lo que no está justificado en modo alguno es esperar al mismo día señalado para el juicio para realizar tal nueva designación, cuando ya todo está preparado para su celebración y la única solución para atender a la voluntad del acusado respecto del cambio de letrado habría de llevar consigo inevitablemente la

suspensión del acto para un nuevo señalamiento. Otra cosa habría sido si el nuevo abogado hubiera acudido al juicio oral para hacerse cargo de la defensa por estar debidamente preparado para ello. En tal caso probablemente los letrados designados de oficio no se habrían opuesto a la voluntad de los acusados y el tribunal habría accedido a dicha sustitución.

Como bien dice el Ministerio Fiscal, la actuación referida de los acusados, manifestando que designaban nuevo letrado al inicio del plenario, formaba parte de una estrategia global de rebeldía ante el hecho de su enjuiciamiento, que tuvo su continuación cuando, inmediatamente después del incidente que acabamos de narrar, provocan otro al decir que no reconocen a sus abogados (los designados de oficio) ni al tribunal que los va a juzgar por lo que quieren abandonar la sala renunciando a su derecho a la última palabra, a lo que accedió la sala de instancia. Así consta en el acta del juicio oral y lo recoge el antecedente de hecho cuarto de la sentencia recurrida.

En conclusión, no hubo vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva ni del relativo a la asistencia letrada al detenido (art. 24 CE), ni de ninguna otra norma constitucional ni procesal por el hecho de no haber accedido el tribunal de instancia al cambio de letrado pretendido tan extemporáneamente por los acusados...»». (F.J. 2º)

## **DERECHOS FUNDAMENTALES. Derecho de defensa. Inasistencia de letrado a la declaración. Nulidad de actuaciones.**

Recurso: Casación nº 2221/2003

Ponente: Sr. Martín Pallín

Sentencia nº 1309/2004 de fecha 02/12/2004

«...» Frente al sistema admitido por los textos internacionales, que admiten la posibilidad de la autodefensa, el proceso español considera que la tecnificación de los trámites procesales y el conocimiento de la legislación, es un factor imprescindible para que el implicado en un proceso penal sea asistido, en todo momento, por un experto en derecho. En el caso de que el imputado rehuse a nombrarlo o carezca de medios para hacer frente a sus honorarios, el Estado asume la obligación de designárselo. El letrado de elección y de confianza del imputado parece la más efectiva plasmación de una eficaz defensa no obstante, siempre habrá un especialista que asistirá al imputado en todas las fases del procedimiento y por supuesto en el momento culminante y decisivo del juicio oral.

3.- La cuestión ha sido abordada como es lógico por nuestros tribunales y por el Tribunal Constitucional, estableciéndose como parámetro, que la asistencia letrada, en los primeros trámites de investigación, no es necesaria salvo que la persona imputada se encuentre detenida. Desde una perspectiva exclusivamente formal parece que lo que se quiere decir es que el imputado debe saber que tiene derecho a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable. Ahora bien, este

derecho se plasma en una posición puramente negativa y reticente a colaborar en el proceso, lo que en muchos casos pudiera ser incluso contraproducente. Según la naturaleza del hecho y su mayor o menor notoriedad, una posición ultradefensiva incluso le podría perjudicar. Desde una perspectiva general, en estos casos resulta más favorable una estrategia que, sin negar frontalmente los hechos, adelante tesis contradictorias o que sirvan para establecer las bases de unas posibles circunstancias de exención o disminución de la responsabilidad criminal. Es incuestionable que para esta tarea, el asesoramiento de un técnico en derecho, resultaría relevante e incluso decisivo.

4.- En el período predemocrático que precedió a nuestra Constitución se estimó urgente llenar este vacío de nuestro sistema y se modificó el artículo 118 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para que, desde el momento mismo, en que a una persona se le impute un acto punible pueda ejercitar el derecho de defensa con abogado de su elección o designado de oficio. Las circunstancias que determinan la activación de este mecanismo de defensa, están taxativa y explícitamente reconocidas en la ley. La protección empieza desde el momento en que se le comunique la existencia de la imputación, cuando haya sido objeto de detención o de cualquier otra medida cautelar o se haya acordado su procesamiento.

La reducción de los supuestos de necesaria e ineludible asistencia, a la detención o procesamiento, disminuyen las exigencias del sistema asumido por nuestro país al redactar la Constitución y firmar los Pactos Internacionales que requiere la necesaria igualdad de armas procesales, desde el momento mismo en que el mecanismo investigador del proceso se pone en marcha. La invocación hecha por algunas resoluciones, para mantener que la Constitución sólo exige la asistencia letrada a las personas detenidas, es una interpretación restrictiva de derechos, contraria al artículo 9.3 del texto constitucional. El artículo 118 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal contiene una exigencia de mínimos y es perfectamente compatible con la exigibilidad e irrenunciabilidad de la asistencia en el momento mismo de la iniciación de las diligencias y, por supuesto, más adelante cuando se presta declaración formal ante el verdadero investigador que es el Juez de Instrucción.

5.- La exigibilidad viene avalada por el hecho incontrovertido y admitido unánimemente por la doctrina jurisprudencial de esta Sala y por la del Tribunal Constitucional, que consagra la validez de la prueba sumarial o declaración sumarial ante el Juez siempre que se haya realizado con la debida contradicción por lo que, la falta de asistencia letrada ocasionaría como mínimo la imposibilidad de utilizar válidamente esta prueba como prueba anticipada e incluso como base exclusiva de la condena. La contradicción es una exigencia que se extiende a lo largo de toda la tramitación de las diligencias de investigación y, en caso contrario, el valor probatorio de esas diligencias sería nulo.

La potencialidad del esquema defensivo del recurrente se vio disminuido ante la renuncia voluntaria a prestar declaración con asistencia letrada que realiza en dos ocasiones ante el Juez de Instrucción. Conforme al artículo 520.5 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal asistencia letrada es preceptiva y sólo se podrá renunciar en el caso de que la imputación sea por delitos relativos a la seguridad del tráfico. Ciertamente que el artículo se refiere a los detenidos o presos, pero hace referencia genérica al

ejercicio del derecho de defensa que no tiene por qué verse disminuido o desvalorizado en los casos en que no existe detención o prisión.

6.- Dicho lo que antecede la pretensión de nulidad de actuaciones y su retroacción al momento en que se prestó la declaración ante el Juez de Instrucción hay que analizarla en función de los principios esenciales del procedimiento. El principio de conservación de los actos procesales, en este caso una sentencia condenatoria, aconseja valorar íntegramente la causa para no demorarla con más dilaciones.

La irregularidad o nulidad debe ser de tal naturaleza que afecte a la misma línea de flotación del proceso impidiéndole mantener el necesario equilibrio. En caso contrario habrá que examinar si el defecto o vicio, ha contaminado todo el proceso o éste puede quedar a salvo si se prescinde de dicha diligencia y se comprueba que el insoslayable derecho de defensa ha quedado salvaguardado satisfactoriamente, en cada caso concreto.

No puede olvidarse que la regulación de la nulidad de los actos procesales que se regulan en los artículos que el recurrente invoca (238 y 240 de la Ley Orgánica del Poder Judicial) se condiciona, en último extremo, a la existencia de una efectiva e insoportable indefensión, que quiebre irremediamente la exigible e inexcusable igualdad de armas.

El Tribunal Constitucional así lo ha entendido al afirmar en varias sentencias que la asistencia letrada al imputado afecta al derecho de defensa y la del detenido a su libertad y seguridad. En ambos casos se pretende defender y apoyar moral y profesionalmente al implicado dotándole de una defensa técnica que salvaguarde su igualdad y posibilidades de contradicción. Se recuerda a los órganos judiciales el deber positivo de evitar desequilibrios o de evitar limitaciones de la defensa que causen indefensión. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en la misma línea, mantiene nítidamente que si la falta de asistencia no se invoca en el momento procesal oportuno, y es obvio que el acusado no lo hizo así, sólo se puede estimar conculcado el derecho fundamental si se ha producido una efectiva indefensión. En análogo sentido el Tribunal Constitucional en sentencia 135/89 de 19 de Julio dice que: "la invalidez de las declaraciones sumariales prestadas con incumplimiento de las garantías reconocidas al imputado en el artículo 118 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal sólo trascenderán, con efecto defensor, a otros actos del procedimiento cuando se produzca una efectiva indefensión del imputado por ser su declaración irregular, el único fundamento de su procesamiento. Si no se da tal circunstancia aquella irregularidad no debe trascender por sí sola hasta causar la nulidad del juicio". Con mayor motivo se puede aplicar a esta postura cuando se ha llegado a tramitar íntegramente el procedimiento y se ha celebrado el juicio oral en el que se han manejado pruebas distintas de las que se produjeron con la irregularidad procesal denunciada y se ha reconocido íntegramente su posibilidad de defensa pública y contradictoria...". (F.J. 1º)

## **DERECHOS FUNDAMENTALES. Derecho de defensa. Personación de la víctima.**

Recurso: Casación nº 2872/2002  
Ponente: Sr. Martín Pallín  
Sentencia nº 170/2005 de fecha 18/02/2005

«...» 3.- La cuestión nuclear que debemos abordar es la de la compatibilidad del respeto a los plazos procesales, como norma del buen funcionamiento del sistema procesal, con el derecho fundamental a la defensa que tiene rango constitucional y que nada tiene que ver con la tutela judicial efectiva, ya que tanto el Juez de Instrucción como la Sala han dado cumplida y razonada respuesta a las pretensiones del recurrente.

4.- En primer lugar debemos advertir que el perjudicado presta su declaración al comienzo del proceso y se le ofrece la posibilidad de mostrarse parte, a lo que indudablemente puede renunciar. Fue informado de sus derechos desde el comienzo de las actuaciones con mención expresa a que la renuncia debería formularse de manera inequívoca. La personación se realiza, casi dos años después, cuando ya se había cumplido el trámite de apertura del juicio oral.

En el juicio oral reitera la petición que es rechazada. Sin embargo se llega a una solución de compromiso de carácter extralegal y se le admite como presente y coadyuvante del Ministerio Fiscal.

Finalmente ha tenido oportunidad de formalizar Recuso de Casación y solicitando la modificación de la sentencia en el sentido que había hecho el Ministerio Fiscal con cuya actuación, como ya se ha dicho, estaba plenamente conforme, aunque la acusación pública no ha recurrido.

5.- La regulación del modo y manera en que las víctimas pueden personarse en el procedimiento ha sufrido modificación en el transcurso de este procedimiento. El antiguo artículo 783 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal se remitía a los artículos 109 y 110 del mismo texto legal, lo que llevaba a la interpretación de que su personación sólo se podía realizar antes del trámite de calificación. Esta interpretación, excesivamente rigurosa, no encaja con el principio de igualdad de armas, tanto de la acusación como la defensa, por lo que debe ser analizado en el momento de producirse la personación cuando todavía no había entrado en vigor la actual redacción. El vigente artículo 785.3 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal soluciona el problema, ajustándose más a la previsión constitucional y exigiendo que, en todo caso, aunque la víctima no sea parte en el proceso deberá ser informada por escrito de la fecha y lugar de la celebración del juicio.

Con la actual regulación quedan sin efecto las previsiones del artículo 110 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Sin retroceder en el procedimiento, que no puede paralizarse ni interrumpirse por dejación del ejercicio de derechos por la víctima, no

hay obstáculo para que si comparece en el juicio oral, acompañado de su abogado, se permita su personación "apud acta" incorporándose al juicio con plenitud de derechos y con posibilidad de presentar conclusiones, si las lleva preparadas, adherirse a las del Ministerio Fiscal o a las de otras acusaciones y cumplir el trámite de conclusiones definitivas. En todos estos casos sin perjudicar el derecho de defensa con acusaciones sorpresivas o que se aparten del contenido estricto del proceso. En todo caso, la defensa podrá solicitar el aplazamiento del sesión previsto en el artículo 788.4 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, cuya aplicación se hará por analogía cuando las conclusiones se presenten al principio de las sesiones y no sean homogéneas con las del resto de las acusaciones...»». (F.J. 1º)

## **DERECHOS FUNDAMENTALES. Doctrina sobre el derecho a los recursos.**

Recurso: Casación nº 1945/2004

Ponente: Sr. Granados Pérez

Sentencia: nº 1601/2005 de fecha 22/12/2005

«Esta Sala ha rechazado similares invocaciones y así, en las Sentencias 297/2003, de 8 de septiembre, 1860/2000 de 4 de diciembre y de 30 de abril de 2001, se viene declarando que dada la diversidad de sistemas procesales que funcionan en el ámbito territorial del Pacto, la posibilidad del acceso a la doble instancia viene determinada por las características de las leyes procedimentales de cada país y aunque esa revisión deba tener el máximo alcance, no se puede excluir la posibilidad de que existan otras vías de impugnación de sentencias condenatorias, siempre que se haga a través de un Tribunal superior que tenga la posibilidad de anular las resoluciones del inferior. Por ello nuestro Tribunal Constitucional ha declarado que aunque el recurso de casación penal tenga un carácter extraordinario y de marco limitado, cumple suficiente y adecuadamente expectativas del referido Pacto Internacional y *"satisface la obligación asumida por el Estado español al incorporar sus previsiones al derecho interno por la vía del artículo 96 de nuestra Constitución"*.

Ciertamente existen tratados internacionales firmados por España en los que se ha hecho expresa referencia a la doble instancia en el proceso penal. Concretamente el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos mencionado en esas sentencias de la Sala y el Protocolo número 7 del Convenio Europeo de Derechos Humanos en el que se expresa que toda persona declarada culpable de una infracción penal por un Tribunal tendrá derecho a que la declaración de culpabilidad o la condena sea examinada por un Tribunal superior. El ejercicio de ese derecho, incluidos los motivos por los que pueda ser ejercitado, se regularán por la ley. Este derecho podrá ser objeto de excepciones en caso de infracciones de menor gravedad según las define la ley, o cuando el interesado haya sido juzgado en primera instancia por el más alto Tribunal o haya sido declarado culpable y condenado al resolverse un recurso contra su absolución.

La necesidad de que el fallo condenatorio sea sometido a un Tribunal superior puede ser interpretado con distinto alcance. Así cabe hacer una lectura estricta de



ese mandato en el sentido de que no se impone necesariamente la doble instancia sino simplemente la necesidad de que el fallo condenatorio y la pena sean revisados por otro Tribunal. Otra interpretación más amplia y extensa llevaría a la necesidad de la revisión completa del juicio.

Examinando los textos de los Tratados internacionales citados vemos que el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos se refiere a “fallo condenatorio y la pena”. Si por fallo condenatorio entendemos, además de la parte dispositiva que contiene la condena, aquellos extremos de la sentencia que examinan la declaración de culpabilidad, estaríamos ante una interpretación que se extiende más allá de la mencionada como estricta, en cuanto supera el mero fallo o parte dispositiva, si bien ello permite, al menos, dos lecturas, la que se identifica con la revisión completa, es decir un nuevo juicio con repetición de la prueba, que afectaría a las bases fácticas sobre las que descansa la declaración de culpabilidad; otra que si bien no se ciñe a la parte dispositiva de la sentencia sin embargo tiene como límite el examen del juicio de inferencia realizado por el Tribunal de instancia y en concreto si se ajusta a las reglas de la lógica, la experiencia y los conocimientos científicos.

Pues bien, el texto del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, único de los citados que ha sido ratificado por España, no requiere un nuevo juicio con repetición de la prueba, satisfaciéndose la exigencia de que el fallo condenatorio y la pena sean sometidos a un Tribunal superior con la mera revisión del juicio de inferencias realizado por el Tribunal de instancia.

Es cierto que ambos pactos remiten este derecho a la doble instancia a lo que se prescriba por la Ley de cada Estado signatario, como se recoge en la sentencia de esta Sala antes citada, y ello nos lleva a examinar si en la legislación procesal española se cumple el mandato, con el alcance que acabamos de expresar, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

El Tribunal Constitucional viene declarando, desde las sentencias 42/1982, de 5 de julio, 76/1982, de 14 de diciembre y 60/1985, de 6 de mayo, que el artículo 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos no es bastante para crear por sí mismo recursos inexistentes y que el Tribunal Supremo, al conocer del recurso de casación, cumple con esta exigencia de intervención de un Tribunal superior, si bien, al desarrollar el derecho al recurso, ha hecho una interpretación más favorable para la efectividad de ese derecho y con una interpretación amplia respecto al ámbito del conocimiento del recurso de casación, como son exponentes las Sentencias 133/2000, de 16 de mayo y 190/1994, de 20 de junio.

El Tribunal Supremo, en sus sentencias, para un mejor cumplimiento del mandato del artículo 14.5 del Pacto Internacional tantas veces citado y acorde con las declaraciones del Tribunal Constitucional sobre ese artículo, ha ido elaborando una doctrina que viene ensanchando su conocimiento a la revisión de cómo se ha hecho la valoración de la prueba por el Tribunal de instancia

Así en la Sentencia de esta Sala de 25 de abril de 2000 se dice que al invocarse el derecho de presunción de inocencia ello conduce al Tribunal Supremo a examinar, entre otras cuestiones, si las pruebas se obtuvieron lícitamente y si las

conclusiones probatorias del Tribunal sentenciador no contravienen las leyes de la lógica, de la experiencia y de las ciencias.

El cumplimiento por este Tribunal del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos se mantiene, con el alcance del recurso de casación que se ha dejado expresado, tras el Dictamen del Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas de 20 de julio de 2000, sin que este Dictamen, que resuelve un caso concreto y no si el recurso de casación español en su generalidad se ajusta o no al artículo 14.5 del Pacto, exija, en modo alguno un cambio de criterio, siendo cuestión bien distinta la conveniencia de que se instaure la segunda instancia en todo tipo de procesos y se residencia en el Tribunal Supremo, como única función, la esencial de unificación en la aplicación del ordenamiento jurídico.

En ese sentido se ha pronunciado el Pleno de esta Sala, en la reunión no jurisdiccional que se celebró el 13 de septiembre de 2000, en la que se declaró que en la evolución actual de la jurisprudencia en España el recurso de casación previsto en las leyes vigentes en nuestro país, similar al existente en otros Estados miembros de la Unión Europea, ya constituye un recurso efectivo en el sentido del artículo 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, si bien se añade, que procede insistir en la conveniencia de instaurar un recurso de apelación previo al de casación.

Por último es de interés dejar expuesto que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en los casos Loewenguth y Deperris, que fueron inadmitidos, respectivamente, el 30 de mayo de 2000 y 22 de junio de 2000, considera que en el artículo 2 del Protocolo número 7º los Estados Parte conservan la facultad de decidir las modalidades del ejercicio del derecho al reexamen y pueden restringir el alcance de este último; además, en muchos Estados el mencionado reexamen se encuentra igualmente limitado a cuestiones de derecho. Por ello, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos considera que la posibilidad de recurrir en casación responde a las exigencias del artículo 2 del Protocolo nº 7 del Convenio». (F. J. 1º)

## **DERECHOS FUNDAMENTALES. El derecho al secreto de las comunicaciones postales protege la correspondencia y no el envío de cualquier otro paquete postal. Doctrina del Tribunal Constitucional**

Recurso: Casación nº 1647/2006

Ponente: Sr. Saavedra Ruiz

Sentencia: nº 185/2007 de fecha 20/02/2007

«...Esta Sala, como recuerda recientemente la S.T.S. 323/06, ha dictado numerosas sentencias en las que se distinguía entre paquete y correspondencia a los efectos de atribuir exclusivamente a ésta última el derecho al secreto constitucionalmente proclamado, así como la aplicación de los arts. de la LECrim. que regulan la apertura de la correspondencia (entre otras SS. 10.3.99, 22.10.92, 27.1.94 y 23.2.94). También es cierto, que por Acuerdo de la Sala General de 9.4.95, se ha seguido el criterio de que los paquetes postales han de ser considerados como

correspondencia por la posibilidad de que puedan ser portadores de mensajes o efectos personales de carácter confidencial y, por lo tanto, se encuentran amparados por la garantía del derecho fundamental y por las normas procesales que regulan la apertura de la correspondencia -aún a pesar de lo que pueda desprenderse del art. 20 del Convenio sobre paquetes postales, aprobado el 14.12.89, durante el vigésimo Congreso de la Unión Postal Universal celebrado en Washington (ratificado por España el 1.6.92), cuando afirma la prohibición de "*no incluir en los paquetes los documentos que tengan carácter de correspondencia actual y personal*" (SSTS. 14.9.2001, 8.3.2000, 14.10.99, 25.1.99, 13.10.98, 15.4.98, 14.4.97, 5.10.96, 1.12.95). Ahora bien, deben excluirse de dicha intervención judicial cuando se trate de los paquetes expedidos bajo "*etiqueta verde*" (art. 117 Reglamento del Convenio de Washington que permite la inspección aduanera), o cuando por su tamaño o peso evidencian la ausencia de mensajes personales o en aquellos envíos en cuyo exterior se hace constar su contenido (SS. 5.2.97, 18.6.97, 7.1.99, 24.5.99, 1.12.2000, 14.9.2001), porque el bien jurídico constitucionalmente protegido es el secreto de las comunicaciones, sin que puedan entenderse amparados por el precepto constitucional los paquetes al margen de lo anterior. Así se ha expresado reiterada doctrina de esta Sala como son exponentes las S.S.T.S. 404/2004, que declara que el transporte de mercancías no es comunicación postal, como puede deducirse a simple vista, dadas las características del envío, que por su configuración, dimensiones y peso se alejan del concepto de paquete postal, apto para transmitir comunicaciones; o la 609/2004, que expresa que cuando en su envoltura se hace constar su contenido, ello implica, por parte del remitente, la aceptación de la posibilidad de que sea abierto para el control de lo que efectivamente el mismo contiene; la 103/2002, en la que se dice que en la circulación de paquetes en régimen de etiqueta verde, que se caracteriza por contener una expresa declaración del remitente acerca del contenido del paquete, lo que excluye la posibilidad de que contengan mensajes o escritos privados, el envío bajo tal régimen contiene una explícita autorización a los responsables de Correos para que procedan a la apertura del paquete en orden a verificar la veracidad del contenido (SSTS. 18.6.97, 26.1.99, 24.5.99, 26.6.2000).

Pues bien, muy recientemente la S.T.C. 281/06, de 09/10, se enfrenta con la cuestión si el derecho fundamental al secreto de las comunicaciones postales protegido en el artículo 18.3 C.E. incluye el envío del paquete postal o si la protección de este precepto queda limitada a alguna clase de envíos postales, singularmente, a los que tienen por objeto la correspondencia. Entre otros argumentos, atinentes al alcance general del precepto constitucional mencionado, afirma el Tribunal Constitucional que el artículo 18.3 citado "*no alude al secreto postal sino al secreto de las comunicaciones postales*", añadiendo que "*la noción constitucional de comunicación postal, es, en consecuencia, una noción restringida que no incluye todo intercambio realizado mediante los servicios postales*", caracterizando la comunicación a efectos constitucionales como "*el proceso de transmisión de expresiones de sentido a través de cualquier conjunto de sonidos, señales o signos*" (incluyendo otros soportes, además del papel, como pueden ser las cintas de cassette o de vídeo, CD`s o DVD`s .....). En síntesis, "*el derecho al secreto de las comunicaciones postales solo protege el intercambio de objetos a través de los cuales se transmiten mensajes mediante signos lingüísticos, de modo que la comunicación postal es desde la perspectiva constitucional equivalente a la correspondencia*". La consecuencia de ello es que no gozan de esta protección

aquellos objetos o continentes que por sus propias características "no son usualmente utilizados para contener correspondencia individual sino para servir al transporte y tráfico de mercancías, de modo que la introducción en ellos de mensajes no modificará su régimen de protección constitucional", excluyéndose también de dicha protección los objetos que, "pudiendo contener correspondencia, sin embargo, la regulación legal prohíbe su inclusión en ellos, pues la utilización del servicio comporta la aceptación de las condiciones del mismo", concluyendo más adelante que "cualquier objeto, -sobre, paquete, carta, cinta, etc ...- que pueda servir de instrumento o soporte de la comunicación postal no será objeto de protección del derecho reconocido en el artículo 18.3 C.E. si en las circunstancias del caso no constituyen tal instrumento de la comunicación, o el proceso de comunicación no ha sido iniciado".

En el presente caso, aplicando la doctrina precedente de esta propia Sala y la constitucional reflejada, la conclusión no puede ser otra que ratificar la decisión de la Audiencia, en el sentido que el paquete postal remitido no contiene correspondencia sino que se trata de un envío postal no acogible a la protección del artículo 18.3 C.E., que se refiere al secreto de las comunicaciones postales con el alcance dado por el propio Tribunal Constitucional, lo que no es el caso, como se desprende del hecho probado que reiteradamente se refiere al "*paquete conteniendo cocaína*", sin mención alguna de comunicación equivalente a correspondencia. Es más, el Tribunal de instancia refiere, según se desprende de la prueba testifical y documental obrante en autos, "*que por su tamaño y peso debían descartarse mensajes de índole personal*"». (F. J. 2º)

## **DERECHOS FUNDAMENTALES. Intervenciones telefónicas. Falta de notificación del auto al Ministerio Fiscal**

Recurso: Casación nº 10864/2006 P  
Ponente: Sr. Sánchez Melgar  
Sentencia: nº 126/2007 de fecha 05/02/2007

«...El segundo motivo denuncia la absoluta falta de notificación al Ministerio Fiscal de las resoluciones judiciales por las que se acuerdan las interceptaciones telefónicas. Alega que tal institución pública se configura como el garante de la pureza del procedimiento, el inspector de la legalidad y de los derechos del justiciable.

Aunque el tema planteado ha sido objeto de atención por el Tribunal Constitucional, al menos en su Sentencia 146/2006, de 8 de mayo de 2006, la nulidad de las escuchas telefónicas se produjo en tal resolución por otras razones, como la falta de motivación de la resolución judicial de la injerencia y el debido control judicial; no obstante, también dicho Alto Tribunal se refirió a la falta de notificación de los Autos de intervención al Ministerio Fiscal, como garante de los derechos de los ciudadanos (STC 205/2002, de 11 de noviembre), y la Sentencia citada contó con dos votos particulares *sobre esta cuestión* que, repetimos, no fue la causa directa de la nulidad de las escuchas telefónicas, al considerar que tal actuación no se exige en el

art. 18.3 de la Constitución española, y que quien es garante (junto al Ministerio Fiscal) de los derechos fundamentales, y en concreto, del derecho al secreto de las comunicaciones, es el propio Juez de Instrucción.

Esta misma cuestión ha sido ya resuelta por esta Sala Casacional, en Sentencia 1187/2006, de 30 de noviembre, con el siguiente tenor literal: “a este respecto, es sobradamente sabido que el Ministerio Público se encuentra permanentemente personado en las actuaciones, con capacidad propia para tomar conocimiento de las mismas, por lo que no es necesaria la notificación a la que se refiere el Recurso, máxime cuando no se aprecia en qué forma esa ausencia pudiera haber afectado al derecho de defensa, siendo el Juez Instructor, en nuestro sistema, sobre quien recae la responsabilidad de tutela de los derechos de los investigados, mientras que transcurren las intervenciones, y sobre todo cuando el propio Fiscal no sólo no ha suscitado esta cuestión sino que impugna expresamente el motivo de la parte”». (F. J. 2º)

## **DERECHOS FUNDAMENTALES. Juez ordinario predeterminado por la ley. No cabe considerar nulas las actuaciones de un Juzgado de Instrucción ordinario respecto de delitos. Competencia de la Audiencia Nacional.**

Recurso: Casación nº 2164/2005  
Ponente: Sr. Sánchez Melgar  
Sentencia: nº 1086/2006 de fecha 08/11/2006

«...el recurrente estima que se ha vulnerado el derecho al juez ordinario predeterminado por la ley, al haber sido instruida la causa por el Juzgado de Instrucción número 9 de los de Madrid, en lugar del correspondiente Juzgado Central de Instrucción que por turno correspondiera, alegando el art. 238 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, sobre nulidad de actuaciones por falta de competencia objetiva, olvidando que, como dice la STS 275/2004, de 5 de marzo, en los procesos penales no rige el principio de nulidad de actuaciones, sino el de prohibición de valorar la prueba ilícita. Véase la STS de 29.7.1998 (caso Marey: fundamento de derecho 9º). Salvo que se trate de vulneración de algún derecho fundamental de orden sustantivo (STC 81/1998, fundamento de derecho 2º) las posibles deficiencias procesales sólo pueden tener incidencia en el juicio oral cuando determinen la nulidad, por su ilicitud, de alguna prueba determinada, y esto no ocurre cuando se trata de casos de incompetencia territorial o asimilados.

Por lo demás, no es superfluo recordar que la Comisión Europea de Derechos Humanos reconoció que la Audiencia Nacional es órgano judicial ordinario, y así lo han declarado reiteradamente esta Sala y el TC (SSTC 199/1987, 16 de diciembre, 153/1988, 20 de julio y 56/1990, de 29 de marzo).

El derecho al Juez ordinario legalmente predeterminado, que expresamente contempla el artículo 24.2 de la Constitución Española, supone que: a) el órgano judicial haya sido creado previamente por una norma jurídica; b) esté investido de jurisdicción y competencia con anterioridad al hecho motivador de la actuación o proceso judicial de que se trate; y c) su régimen orgánico y procesal no permita calificarlo de órgano especial o excepcional (STC 47/1983). De modo que al venir su composición previamente determinada por la Ley, se preste la debida garantía de independencia e imparcialidad del llamado a juzgar.

Partiendo de esta premisa debemos señalar, como ya ha establecido esta Sala en resoluciones anteriores (entre otras 6.2.2001, 25.1.2001 y 183/2005, de 18 de febrero) que la mera existencia de una discrepancia interpretativa sobre la normativa legal que distribuye la competencia sobre los órganos de la jurisdicción penal ordinaria, no constituye infracción del derecho fundamental al Juez ordinario predeterminado por la Ley.

Como ha señalado el Tribunal Constitucional, las cuestiones de competencia reconsiderables al ámbito de la interpretación y aplicación de las normas reguladoras de dicha competencia entre órganos de la jurisdicción ordinaria no rebasan el plano de la legalidad careciendo por tanto de relevancia constitucional (SSTC 43/84, 8/88, 93/98, 35/2000). El derecho al Juez predeterminado por la Ley únicamente puede quedar en entredicho cuando un asunto se sustraiga indebida o injustificadamente al órgano al que la Ley lo atribuye para su conocimiento, manipulando el texto de las reglas de distribución de competencias con manifiesta arbitrariedad, (como señala la STC 35/2000 recogiendo lo ya expresado en la ATC 262/94 de 3.10).

Igualmente, en la STC 126/2000, de 26 de mayo, se expresa que la interpretación de las normas sobre competencia y, por consiguiente, la determinación del órgano judicial competente, son cuestiones que corresponden en exclusiva a los Tribunales de la jurisdicción ordinaria, por lo que, en realidad, el recurrente trata de trasladar a este Tribunal el problema legal de la determinación del Juez del caso cuyo discernimiento no nos compete cuando, como en este supuesto, los órganos judiciales han realizado una interpretación razonable de la legalidad procesal que, por serlo, no nos compete revisar ni sustituir y en el ATC de 7 de abril de 1997, se recuerda que constituye reiterada jurisprudencia de dicho Tribunal que el derecho al juez predeterminado por la Ley, reconocido en el art. 24.2 CE, configura la garantía de que el órgano judicial llamado a conocer del asunto haya sido creado previamente por la norma, esté investido de jurisdicción y competencia antes del hecho que motiva su actuación y de que su régimen orgánico no permita ser calificado de especial o excepcional (entre otras muchas, SSTC 47/1983, 148/1987, 39/1994 y 6/1997).

En la Sentencia de esta Sala de 19 de noviembre de 1999, se declara que en modo alguno ha sido vulnerado el derecho al Juez predeterminado por la Ley, en concordancia con la doctrina de la Sala, recordándose la sentencia de 20 de febrero de 1995 y del Tribunal Constitucional (cfr. Sentencias 64/1997, de 7 de abril, y 4/1990, de 18 de enero) en cuanto el derecho al Juez predeterminado por la Ley «exige, en primer término, que el órgano judicial haya sido creado previamente por la norma jurídica, que ésta le haya investido de jurisdicción y competencia con anterioridad al hecho motivador de la actuación o proceso judicial y que su régimen orgánico y procesal no permita calificarle de órgano especial o excepcional». Y el

mismo Tribunal Constitucional, en su Sentencia 193/1996, de 26 de noviembre, declara que el derecho al llamado juez legal comprende, entre otras consideraciones, la exclusión de las distintas modalidades del Juez «ad hoc», excepcional o especial, junto a la exigencia de la predeterminación del órgano judicial, predeterminación que debe tener por origen, una norma dotada de generalidad, y que debe haberse dictado con anterioridad al hecho motivador del proceso, respetando en todo, la reserva de Ley en la materia (vid. STC 138/1991, con cita de otras muchas).

Y en la Sentencia también de esta Sala de 13 de enero de 1999 se declara que el conocimiento cierto con carácter previo a la iniciación de todo proceso penal de los órganos jurisdiccionales que han de intervenir en él es requisito necesario para dar satisfacción del derecho al Juez ordinario predeterminado por la Ley (art. 24.2 de la CE) cuyo contenido esencial viene integrado por tres pilares básicos: la prohibición de instituir órganos jurisdiccionales a no ser por una Ley en sentido estricto, pero no necesariamente mediante Ley orgánica (STC 95/1988, de 26-5 y 101/1984, de 8-11); la prohibición de Tribunales especiales, y la posibilidad de determinar con absoluta certeza el órgano llamado a resolver sobre un hecho delictivo desde el momento de su comisión. Estos criterios de generalidad y anterioridad constituyen la garantía de la inexistencia de Jueces «ad hoc» (SSTC 199/1987, de 16-12 y 47/1983, de 31-5) y prohíben la aplicación retroactiva de normas modificadoras de la competencia. El concepto de Juez ordinario predeterminado por la Ley, a que se refiere el art. 24.2 de la CE, guarda, según recogen las SSTC (75/1982, de 13-12 y 4/1990, de 18-1), una innegable conexión con las cuestiones de competencia y puede quedar vulnerado cuando un asunto se sustrae indebida o injustificadamente de la jurisdicción ordinaria y se atribuye a una jurisdicción especial. Cuando la disputa se centra en cuál debe ser el órgano jurisdiccional, al que, dentro de la jurisdicción ordinaria corresponde al conocimiento de determinado asunto, la decisión que resuelve tal disputa, aunque pueda entenderse contraria a las normas procesales, no entraña por sí misma una vulneración del derecho constitucional garantizado.

Más concretamente, la STS 275/2004, de 5 de marzo, nos dice que en modo alguno cabe considerar nulas las actuaciones de un Juzgado de Instrucción ordinario respecto de la investigación de delitos competencia de la Audiencia Nacional. A todos los efectos, aunque sea la clase de delito lo que determina la competencia de los Juzgados Centrales de Instrucción (razón objetiva), para los que aquí estamos examinando el problema tiene la misma naturaleza que si se tratara exclusivamente de una cuestión de competencia territorial, en consideración a las atribuciones genéricas que para instruir tienen todos los Juzgados de Instrucción distribuidos a lo largo del territorio nacional. y en este sentido hay varias disposiciones de la LECrim. que dan supuesta la validez de lo actuado por un juzgado de esta clase aunque carezca de competencia territorial, particularmente en casos de urgencia (arts. 21.3, 22.2 y 24). Son válidas las actuaciones de todos aquellos respecto de los cuales se tramita una cuestión de competencia de esta clase». (F. J. 3º)

## **DERECHOS FUNDAMENTALES. Libertad de expresión de un parlamentario.**

Recurso: Casación nº 2295/2003

Ponente: Sr. Soriano Soriano

Sentencia nº 1533/2004 de fecha 21/12/2004

«...» Con base procesal en el art. 852 L.E.Cr. el recurrente denuncia la vulneración de los arts. 23 y 71-1º de la C.E. en relación al 26-6º del Estatuto de Autonomía Vasco, en cuanto ha sido negada al acusado la prerrogativa integrada por la inviolabilidad de las opiniones expresadas en el Parlamento, dada su calidad de diputado autonómico...

... Esta garantía parlamentaria requiere una correcta delimitación material y funcional del derecho, como oportunamente pone de manifiesto el Mº Fiscal. Desde el primer punto de vista la garantía parlamentaria no alcanzará a cualesquiera actuaciones de los parlamentarios, sino sólo a sus declaraciones de juicio o de voluntad ("opiniones" según el art. 71-1º C.E.). Desde la otra perspectiva (funcional) la inviolabilidad debe cubrir exclusivamente la conducta del titular, en tanto miembro del órgano colegiado, cesando cuando el sujeto despliegue la libertad de expresión al margen de las funciones parlamentarias...

... Planteado así el problema, debe quedar sentado que este privilegio o prerrogativa debe ser interpretada de forma estricta, en evitación de que el ejercicio abusivo pueda lesionar derechos fundamentales de terceros que merezcan protección conforme al art. 24-1º C.E. (tutela judicial efectiva)....

... Un paso más en la delimitación del ámbito del ejercicio de tal prerrogativa nos lleva a la posibilidad de interpretar restrictivamente el comportamiento del parlamentario desde el punto de vista material, pues a pesar de que las opiniones se han expresado por un diputado en un acto parlamentario, desempeñando las funciones que le son propias, no deben ampararse bajo el paraguas de la inviolabilidad las ofensas vertidas, verbigracia, las que estuvieran integradas por un exabrupto o proclamaciones carentes de racionalidad y cualquier desviación de la temática tratada para, en fraude de ley, alcanzar otros propósitos distintos al objeto del debate.

Sin embargo, ello plantea el problema relativo a quién debe y puede corregir los excesos realizados en fraude de ley o fuera de la función que se protege. ¿Son los jueces o la propia Cámara?. La respuesta se impone de inmediato. Desde el momento en que se otorga a un órgano diferente al propio Parlamento la capacidad de controlar o valorar el fondo de las manifestaciones del diputado se estaría quebrando el núcleo de la prerrogativa, habida cuenta de que su existencia se justifica no sólo para amparar opiniones o expresiones acordes con el ordenamiento



jurídico, sino fundamentalmente para impedir la persecución por opiniones antijurídicas e incluso delictivas. Para las primeras no sería necesaria la garantía, ya que no crean problema alguno.

El Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, en una interpretación teleológica razonable y encomiable entiende que una cosa es que queden amparadas en el privilegio las opiniones delictivas, expresadas en directa relación con el debate o tema tratado, y otra muy diferente que el foro que la ley brinda sea profanado, utilizando el privilegio como simple excusa para cometer delitos de expresión sin una vinculación material con las cuestiones tratadas.

Sin embargo entendemos que, aún en este caso, los límites que frenen la ilegalidad deben provenir del Parlamento mismo (retirar la palabra, sanciones, etc.) y en última instancia recibir el veredicto difuso de aprobación o desaprobación que los ciudadanos pueden expresar en las urnas.

Este criterio decisivo tiene su asiento en algunas sentencias dictadas por nuestro Tribunal Constitucional, especialmente la nº 30 de 24 de febrero de 1997, según la cual, la inviolabilidad no es sólo una prescripción que exime de responsabilidad, sino incluso un privilegio frente a la mera incoación de todo procedimiento (incluso civil), un verdadero límite a la jurisdicción que tiene carácter absoluto. La jurisdicción queda excluída frente a las opiniones emitidas por un parlamentario y por tanto ni siquiera se puede entrar a examinar el contenido de esas opiniones al objeto de discernir si merecen o no la tutela de ese privilegio.

De no ser así, el parlamentario se sentiría limitado o coaccionado ante una posible intervención jurisdiccional que fijara, desde fuera, el límite de las posibilidades de expresión, que aunque merecieran el calificativo de delictivas, poseen una protección absoluta que, a su vez, es garantía de la división de poderes o no interferencia entre los mismos.

De este modo el diputado, nacional o autonómico, o senador, tienen la certeza de que sus intervenciones no van a ser juzgadas y esa irresponsabilidad, entendida como no sujeción a responsabilidad exigible externamente, asegura la libertad de expresión, reforzada por el privilegio de un plus de tolerancia justificado.

Las desviaciones antijurídicas por las opiniones vertidas no pueden ser contrapesadas ni administradas por alguien desde el exterior de las Cámaras, debiendo quedar sujetas exclusivamente a la disciplina de los Reglamentos que las rigen.

En conclusión, dado el carácter absoluto de este derecho, el motivo deberá ser acogido, sin que sea necesario el análisis de los demás. ..»». (F.J. 1º Y UNICO)

## **DERECHOS FUNDAMENTALES. Proceso con garantías. La relevancia constitucional de los vicios del procedimiento exige indefensión material**

Recurso: Casación nº 10321/2006 P  
Ponente: Sr. Delgado García  
Sentencia: nº 1163/2006 de fecha 16/11/2006

«...Y ya conocemos la reiterada doctrina del Tribunal Constitucional en virtud de la cual, para que estos vicios de procedimiento puedan tener una relevancia de orden constitucional, es precisa la concurrencia de la mencionada indefensión material, que no existe "incluso en el caso de un proceso seguido inaudita parte, cuando de las actuaciones se colija que el denunciante (*se está refiriendo al denunciante en un recurso de amparo*) no ha desplegado la diligencia apropiada en la defensa de sus derechos", añadiendo después la misma sentencia del TC 128/2005, citada en la sentencia recurrida -fundamento de derecho 3º-, que "si bien es cierto que los errores de los órganos judiciales no deben repercutir negativamente en la esfera del ciudadano, también lo es que a este le es exigible una mínima diligencia, de forma que los posibles efectos dañosos resultantes de una actuación incorrecta de aquellos carecen de relevancia desde la perspectiva del amparo constitucional cuando el error sea asimismo achacable a la negligencia de la parte". Y si esto nos dice el Tribunal Constitucional respecto de los procesos de amparo que ante este órgano se suscitan, lo mismo ha de decirse para los recursos de casación penal en que se alega infracción de algún derecho fundamental, sea este de orden sustantivo o procesal». (F. J. 2º)

## **DERECHOS FUNDAMENTALES. Secreto de las comunicaciones. Intervención telefónica. Ámbito de lo que puede acordarse por providencia.**

Recurso: Casación nº 1224/2006  
Ponente: Sr. Colmenero Menéndez de Luarca  
Sentencia: nº 160/2007 de fecha 27/02/2007

«...En el caso, efectivamente, tal como denuncia el recurrente, la intervención telefónica se acordó mediante providencia. Consta en la causa, que esta Sala ha examinado al amparo del artículo 899 de la LECrim, que con fecha 16 de junio de 2003, el Juez de instrucción acordó, tras la petición policial, la intervención del teléfono 647 61 02 77, cuyo usuario se identificaba como el recurrente, dictando al efecto Auto en el que se hacía una referencia expresa al contenido de la solicitud policial respecto a las vigilancias y seguimientos de los sospechosos, a sus contactos

entre sí y con terceros, los cuales, en estos últimos casos se caracterizaban por su brevedad y por el intercambio de algo, que entregaban los sospechosos, a cambio de dinero que recibían de los otros intervinientes. El día 24 de junio siguiente, la Policía comparece nuevamente ante el Juez, manifestando que las vigilancias y seguimientos habían continuado con un resultado similar y que el ahora recurrente había cambiado de teléfono, utilizando ahora la línea 620 16 19 89, cuya intervención solicitan. El Juez de instrucción dicta providencia, en la que sin razonamiento alguno, deja sin efecto la intervención anterior y acuerda la del nuevo teléfono. No se fija plazo alguno, ni tampoco las condiciones de la intervención, ni tampoco se hace remisión a lo acordado en el auto anterior, referido al mismo sujeto aunque con distinto número telefónico. En el oficio a la compañía telefónica se precisa que la intervención es por un plazo de treinta días.

Desde un examen inicial de la cuestión, y aún partiendo de que la actuación judicial no es del todo correcta, la omisión de la debida forma de Auto, sustituyéndola por la de una simple providencia, no sería decisiva en orden a la invalidez de la resolución, pues en realidad se trataría solamente de sustituir un número de teléfono por otro del mismo titular permaneciendo inmodificados tanto los motivos de la intervención telefónica como los demás aspectos de la decisión, es decir, los relativos al plazo de duración de la medida y a las condiciones para dar cuenta al Juez de sus resultados. En este sentido podría entenderse que eran aplicables las disposiciones contenidas en el Auto anterior a la nueva intervención de otro teléfono utilizado por la misma persona, de manera que la omisión de la forma debida en la resolución judicial no habría de producir la nulidad al carecer de un contenido material contrario a la Constitución.

Sin embargo, no es posible aceptar que mediante la providencia se ampliara implícitamente el plazo de duración inicial de la intervención telefónica, pues para ello habría sido necesaria una resolución motivada, exigencia que la providencia no cumple, no solo con carácter general por su propia naturaleza, sino en el caso concreto, en el que omite cualquier razonamiento y decisión expreso sobre el particular. Por lo tanto, la decisión judicial ampararía la intervención telefónica por el mismo plazo acordado en el Auto anterior, es decir, un mes contado desde la fecha de aquél, 16 de junio de 2003. De esta forma, las conversaciones posteriores a esta fecha no estarían comprendidas dentro del ámbito de la autorización, hasta que se acuerda la prórroga mediante auto del día 23, la cual se basa en los datos resultantes de la continuación de las vigilancias y seguimientos efectuados sobre el recurrente y sus actividades, y no solo del resultado de las anteriores intervenciones.

Debe entenderse, por lo tanto, que se ha vulnerado el derecho al secreto de las comunicaciones telefónicas al haber sido acordado por una resolución judicial que no cumple las exigencias derivadas de la doctrina del Tribunal Constitucional y de esta misma Sala, lo que determinaría la nulidad de la intervención telefónica desde el día 17 de julio hasta el día 23 del mismo mes, con las consecuencias que luego se dirán». (F. J. 1º)

## **DERECHOS FUNDAMENTALES. Secreto de las comunicaciones. Intervención telefónica. Motivación del auto autorizante.**

Recurso: Casación nº 878/2003P  
Ponente: Sr. Puerta Luis  
Sentencia nº 986/2004 de fecha 13/09/2004

«...” La motivación de las resoluciones judiciales, en todo caso, -importa decirlo- no precisa de una argumentación exhaustiva y minuciosa, pues basta que la misma permita conocer las razones que las justifiquen y que éstas tengan suficiente apoyo jurídico, tanto desde el punto de vista de la legalidad ordinaria como de las exigencias constitucionales, con objeto de evitar toda posible arbitrariedad en las pertinentes decisiones judiciales y de posibilitar, en su caso, el oportuno control judicial de las mismas; habiéndose admitido reiteradamente por la jurisprudencia la motivación por remisión a la correspondiente solicitud policial (v., ad exemplum, la STC 126/2000 y STS 2026/2001). En cualquier caso, importa recordarlo igualmente, nunca debe olvidarse que la interceptación de las comunicaciones telefónicas constituye un medio de investigación criminal y que, por tanto, para su válida autorización, solamente es precisa la existencia de sospechas razonablemente fundadas de la comisión del hecho delictivo y de la implicación en el mismo de la persona o personas a investigar.

A la hora de fundamentar la autorización judicial restrictiva de este derecho fundamental (art. 18.3 C.E.), el Instructor ha de precisar qué es lo que se pretende investigar, cuáles son la persona o personas a las que se va a investigar por su presunta participación en determinadas actividades delictivas, y cuáles son la sospecha o sospechas objetivables (nunca simples sospechas subjetivas) de la existencia de tales actividades y de la implicación de aquéllas en las mismas: lo que viene denominándose el presupuesto habilitante...”». (F.J. 2º)

## **DERECHOS FUNDAMENTALES. Secreto de las comunicaciones. Intervenciones telefónicas: requisitos. No se exige transcripción íntegra , ni audición por el juez.**

Recurso: Casación nº 311/2004  
Ponente: Sr. Puerta Luis  
Sentencia nº 401/2005 de fecha 21/03/2005

«...» Las intervenciones telefónicas, en cuanto limitativas del derecho al secreto de las comunicaciones (art. 18.3 CE), requieren para su licitud y validez jurídicas una serie de requisitos: exclusividad jurisdiccional (salvo excepciones –v. art. 579.4 LECrim.) pues han de acordarse por la autoridad judicial en el curso de un proceso penal; existencia previa de indicios (no de meras sospechas o conjeturas); motivación suficiente (v. art. 120.3 CE y art. 579.3 LECrim.); proporcionalidad; especialidad del hecho delictivo investigado; limitación temporal y control judicial (cuya principal exigencia consiste en la entrega íntegra de las grabaciones originales a la autoridad judicial, a disposición de todas las partes del proceso, y la posibilidad de reproducirlas, sea total o parcialmente, en el juicio oral a instancia de las mismas). No constituye, pues, una medida exigible, en el plano de las garantías constitucionales, ni la transcripción íntegra de las grabaciones, ni su previa audición íntegra por la autoridad judicial, ni existe norma que prohíba a la autoridad judicial ordenar o servirse de la selección o resumen que de las conversaciones intervenidas puedan hacer los funcionarios policiales a los que se haya encomendado la práctica de la intervención. La autoridad judicial competente puede servirse, tanto para autorizar las intervenciones como para acordar sus prórrogas, de las informaciones facilitadas por la Policía Judicial (cuyos miembros, como es sabido, están sujetos en el desempeño de sus funciones a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico –v. arts. 9.1, 103,1 y 104 CE), de las que deberá quedar la debida constancia en las actuaciones procesales para posibilitar el ulterior control de las decisiones judiciales, pero sin que pueda considerarse necesario para que pueda adoptar tales medidas que disponga de una transcripción íntegra de las conversaciones grabadas ni, por supuesto, que deba proceder a una audición previa de las mismas...»». (F.J. 3º)

## **DERECHOS FUNDAMENTALES. Tribunal imparcial.**

Recurso: Casación nº 67/2006

Ponente: Sr. Puerta Luis

Sentencia: nº 1084/2006 de fecha 27/10/2006

«...Como es notorio, entre los derechos fundamentales de los justiciables en el ámbito procesal, figura destacadamente el derecho a ser juzgados por un Tribunal imparcial (art. 10 DUDH, art. 14.1 PIDCyP, art. 6.1 CEPDHyLF, arts. 10.2 y 96.1 C.E.). La imparcialidad del Tribunal, por lo demás, plantea indudables problemas a la hora de concretar las posibilidades y límites de su actuación en el proceso. Es lo que, sin duda, ocurre con las prescripciones de nuestra Ley de Enjuiciamiento Criminal contenidas en el art. 708 párrafo segundo (“El presidente, por sí o a excitación de cualquiera de los miembros del Tribunal, podrá dirigir a los testigos las preguntas que estime conducentes para depurar los hechos sobre los que declaren”), y en el art. 729.2º (en el que se consagra la facultad del Tribunal de acordar “las diligencias de prueba no propuestas por ninguna de las partes que el Tribunal considere necesarias para la comprobación de cualquiera de los hechos que hayan sido objeto de los escritos de calificación”).

En el plano doctrinal, es preciso destacar que, junto a los autores que defienden el denominado “garantismo procesal”, la mayoría de la doctrina reconoce que una cierta iniciativa probatoria del Juez penal no es incompatible con el principio

acusatorio y con el derecho al Juez imparcial; y, a este respecto, se pone de manifiesto que, en el ámbito de nuestro entorno europeo, los ordenamientos jurídicos de los Estados que han suscrito los mismos Tratados internacionales que España (Alemania, Italia, Francia, Portugal) admiten con distintos matices y amplitud la iniciativa del Juez penal en materia probatoria (& 244,II del C.P. Alemán, art. 507 del Código Procesal italiano, art. 340.1º del Código Procesal portugués, art. 310 del Código Procesal francés).

En el plano jurisprudencial, es indudable que esta Sala no ha marcado una línea totalmente definida sobre esta cuestión. En todo caso, se admite mayoritariamente la denominada “prueba sobre prueba”, que es aquella “que no tiene la finalidad de probar hechos favorables o desfavorables sino de verificar su existencia en el proceso” (v. STS de 16 de junio de 2004), e incluso, en la STS de 31 de mayo de 1999, al analizar la posibilidad de que el Tribunal formule preguntas a los testigos para clarificar los hechos sobre los que declaran, se afirma que tal iniciativa constituye “una facultad que, utilizada moderadamente, no afecta a la imparcialidad del presidente, ni en los juicios ordinarios ni en los juicios con jurado, y puede permitir aclarar algún aspecto del testimonio que haya resultado confuso”. En esta misma línea, la STS de 28 de septiembre de 1994 declaró que “ha de recordarse que, conforme autoriza el art. 708, párrafo segundo, de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, el presidente, por sí o a excitación de cualquiera de los miembros del Tribunal, podrá dirigir a los testigos las preguntas que estime conducentes para depurar los hechos sobre los que declaren. Es decir, no tratándose de incorporar nuevos presupuestos fácticos, sino de abundar en el esclarecimiento y precisión de los hechos nucleares objeto del debate, el Presidente, en afán de depurar los mismos, podrá efectuar preguntas, complementarias en cierto modo de las formuladas por las partes, al objeto de una mejor y más real configuración del acaecer histórico, sin que ello pueda interpretarse como una vulneración de la imparcialidad que ha de presidir al Tribunal ni atentado alguno al principio acusatorio que gobierna el proceso penal. El derecho a un proceso con todas las garantías permanece incólume. La fidelidad al principio acusatorio no puede exasperarse de tal modo que reduzca al Juzgador a un papel absolutamente pasivo, incapaz, en momentos en que tiene ante sí a cualificados –por conocedores directos- relatores de los hechos, de efectuar alguna pregunta clarificativa y dilucidante”.

El Tribunal Constitucional, por su parte, puede decirse que se ha manifestado favorable a la iniciativa probatoria del Juez penal, siempre que ello no suponga una actividad inquisitiva encubierta. Así, en la STC 188/2000, de 10 de julio, se admitió como legítimo acordar el interrogatorio de un testigo de los hechos enjuiciados cuya identidad surgió en el propio acto del juicio oral; y, en la misma línea, puede citarse la STC 130/ 2002, de 3 de junio, en la que se consideró igualmente válido el interrogatorio de dos testigos, cuya identidad ya costaba en el juicio. En la STC 229/2003, de 18 de diciembre, se dice que “lo que se reprocha al Presidente del Tribunal es haber formulado una serie de preguntas al acusado y fundamentalmente a los testigos, preguntas que versaron sobre los hechos objeto de acusación (pues todas ellas se refieren a la actuación del propio Juez y del Fiscal en la instrucción de la causa en la que se dictaron los autos presuntamente prevaricadores) y que pueden entenderse razonablemente llevadas a cabo al efecto de alcanzar el grado preciso de convicción para la adopción de una decisión, sin ser manifestación de una actividad inquisitiva encubierta, sustituyendo a la acusación, ni una toma de partido a favor de

las tesis de ésta. Por lo demás, tampoco puede sostenerse que la formulación de tales preguntas haya generado indefensión alguna al demandante de amparo, pues pudo alegar al respecto lo que estimó oportuno en el acto de la vista”. Finalmente, la STC 334/2005, de 20 de diciembre, admite también la iniciativa probatoria del Juez penal siempre que tenga por objeto comprobar la certeza de los hechos discutidos en el proceso. De todo lo dicho, se desprende que el límite constitucional de la iniciativa probatoria del Juez penal no es otro que la actividad inquisitiva encubierta.

De conformidad, por tanto, con los anteriores criterios jurisprudenciales; teniendo en cuenta que la justicia constituye un valor superior del ordenamiento jurídico (art. 1.1 C.E.) y la tutela judicial efectiva un derecho fundamental de toda persona (art. 24.1 C.E.), para cuya protección el Juez necesita lógicamente conocer, con la mayor certeza posible, la realidad fáctica sobre la que ha de aplicar el Derecho, no parece jurídicamente admisible privar al órgano jurisdiccional de esa cuestionada iniciativa probatoria (que, en nuestro Derecho, como hemos visto, cuenta con suficiente base legal), siempre que la misma esté ceñida a los hechos objeto de la correspondiente causa penal, que se trate de fuentes probatorias existentes en la propia causa, y que, en todo caso, se respeten convenientemente los derechos de contradicción y de defensa de todas las partes implicadas en el proceso; pues, con esta limitaciones, la actuación judicial no atenta contra el principio acusatorio ni el Juez pierde por ello su necesaria imparcialidad; requisitos, todos ellos, que indudablemente concurren en el presente caso». (F. J. 2º)

## **DERECHOS FUNDAMENTALES. Tutela Judicial efectiva. Indefensión.**

Recurso: Casación nº 841/2004P  
Ponente: Sr. Berdugo Gómez de la Torre  
Sentencia nº 264/2005 de fecha 01/03/2005

«...” La indefensión consiste en un impedimento del derecho a alegar y demostrar en el proceso los propios derechos y, en su manifestación más trascendente, es la situación de que el órgano judicial impide a una parte en el proceso el ejercicio del derecho de defensa, privándola de su potestad de alegar y justificar sus derechos e intereses para que le sean reconocidos o para replicar dialécticamente las posiciones contrarias en el ejercicio del indispensable principio de contradicción (ssTC. 106/83, 48/84, 48/86, 149/87, 35/89, 163/90, 8/91, 33/92, 63/93, 270/94, 15/95).

No basta, por tanto, con la realidad y presencia de un defecto procesal si no implica una limitación o menoscabo del derecho de defensa en relación con algún interés de quien lo invoca, sin que le sean equiparables las meras situaciones de expectativa del peligro o riesgo (ssTC. 90/88, 181/94 y 316/94).

En definitiva, no son, por lo general, coincidentes de manera absoluta las vulneraciones de normas procesales y la producción de indefensión con relevancia

constitucional en cuanto incidente en la vulneración del derecho fundamental a un proceso justo que establece el art. 24 CE. Así la sTS 31.5.94, recuerda que el TC. tiene declarado, de un lado, que no toda vulneración o infracción de normas procesales produce "indefensión" en sentido constitucional, pues ésta solo se produce cuando se priva al justiciable de alguno de los instrumentos que el ordenamiento pone a su alcance para la defensa de sus derechos con el consiguiente perjuicio (ssTC. 145/90, 106/93, 366/93), y de otra, que para que pueda estimarse una indefensión con relevancia constitucional que sitúe al interesado al margen de alegar y defender en el proceso sus derechos, no basta con una vulneración puramente formal sino que es necesario que con esa infracción forma se produzca ese efecto materia de indefensión, un menoscabo real y efectivo del derecho de defensa (ssTC. 153/88, 290/93)...».(F.J. 2º)

## **DERECHOS FUNDAMENTALES. Tutela judicial efectiva. Nulidad de sentencia dictada por los Magistrados.**

Recurso: Casación nº 127/2004

Ponente: Sr. Berdugo Gómez de la Torre

Sentencia nº 1153/2004 de fecha 19/10/2004

«...» La cuestión que se plantea nos dice la sentencia de esta Sala de 26.5.2003, en un caso similar, está no solo regulada en la LECrim. sino también en la LOPJ. que, como orgánica y posterior, ha derogado aquella tácitamente en aquellos preceptos que se encontraran en contradicción con la nueva regulación, en virtud de la "cláusula de cierre" de su Disposición Derogatoria (s. 2065/2001 de 7.11). No ocurren así en la materia objeto de nuestro análisis por la coincidencia esencial, en lo que ahora se imputa, de ambas Leyes No obstante la sentencia recurrida al haber sido deliberada, votada y formada exclusivamente por dos Magistrados se aparta de las normas sobre la constitución de los Tribunales.

El art. 196 de la LOPJ. establece que "en los casos en que la Ley no disponga otra cosa bastarán tres Magistrados para forma Sala". En el mismo sentido el art. 145 de la LECrim. dispone que para dictar sentencia serán necesarios tres Magistrados. El quórum de tres es imprescindible para la válida formación o constitución de la Sala. Se ha subrayado que en materia penal la composición de los Tribunales debe ser siempre impar (art. 145 y 898 de la LECrim.).

En la LOPJ. los verbos "formar" y "constituir" son equivalentes; el primero - "formar- lo utilizan los arts. 188.2, 196 y 197, el segundo -"constituir"- lo emplea el art. 199 y el art. 200.1 se sirve de los dos.

En la deliberación y votación han de participar los mismos Magistrados que intervinieron en la vista, incluidos los trasladados o jubilados y ha de comenzar con la propuesta del ponente, que es también el primero en emitir su voto (art. 253, 254 y 256 LOPJ. y arts. 149, 151 y 155 de la LECrim.), las sentencias las firmarán todos los Magistrados no impedidos (art. 259 LOPJ).



La necesidad de tres Magistrados, como dijo la sentencia de 14.12.92, se explícita en el art. 145 de la Ordenanza Procesal Penal y se reitera en el art. 196, en relación con el art. 81 LOPJ.; la constitución de una Sala para dictar sentencia con sólo dos Magistrados es antijurídica e incurre en la nulidad del art. 238.1 LOPJ. La sentencia de 5.5.93 insiste en que dichos artículos (81 y 196 LOPJ y 145 LECrim) no permiten que una sentencia dictada por una Audiencia Provincial lo sea por menos de tres Magistrados.

TERCERO: Por ello el motivo primero del recurso por quebrantamiento de forma y vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva ha de ser, en consecuencia, estimado. La sentencia recurrida dictada por una Sala integrada por dos Magistrados es nula con nulidad insubsanable, conforme a lo establecido en el ap. 3 del art. 238 LOPJ. por total apartamiento de las normas esenciales del proceso. Lo que la LOPJ. prevé en el art. 257.4 es la situación del Magistrado que no pudiera votar a pesar de los modos extraordinarios establecidos en los tres primeros apartados del mismo artículo. En ese caso votarán la causa y dictarán sentencia los no impedidos si hubiese los necesarios para formar mayoría que no pueda ser otra, en una interpretación lógica y sistemática, que la mínimamente necesaria para constituir Sala. El art. 257 en la totalidad es transcripción literal del art. 154 de la LECrim. que, a su vez, lo es del art. 686 de la antigua LOPJ. de 1870, como subrayan los primeros comentaristas en la LECrim: no es lo mismo el caso de quien "votó en Sala y no pudo formar" del que, como en el caso que nos ocupa, por enfermedad, no ha tomado parte en el acto de la nueva deliberación al menos para resolver la cuestión previa en los términos ordenados por la Sentencia del Tribunal Supremo.

Este supuesto de enfermedad -no prevista específicamente en la Ley- debió llevar, en una interpretación lógica y sistemática, a los otros dos Magistrados componentes de la Sala a extremar las posibilidades de los tres primeros apartados del art. 257 LOPJ...". (F.J. 2º Y 3º)

## **DERECHOS FUNDAMENTALES. Tutela Judicial efectiva. Personación extemporánea.**

Recurso: Casación nº 999/2003  
Ponente: Sr. Saavedra Ruiz  
Sentencia nº 459/2005 de fecha 12/04/2005

«...» En primer lugar, porque es cierto que el derecho a la tutela judicial efectiva se satisface mediante un pronunciamiento que resuelva motivadamente la cuestión planteada o que decida su inadmisión a trámite como consecuencia del incumplimiento de alguno de los requisitos procesales establecidos por el Legislador para el válido ejercicio de la acción, cuya apreciación corresponde a los órganos judiciales, pero también es cierto que la interpretación de los mencionados requisitos, en este caso los consignados en el artículo 110 LECrim., ha de efectuarse por el

órgano judicial en la forma que sea más favorable a la efectividad del derecho consagrado en el artículo 24.1 C.E. (S.S.T.C. 1 y 20/89, 50/90 o 66/92, citada por el Ministerio Fiscal). Por otra parte, la S.T.S. 846/00, fundamento jurídico octavo, en relación al alcance del artículo 110 LECrim., que permite a los perjudicados por un delito o falta mostrarse parte en el proceso penal correspondiente si lo hicieren antes del trámite de calificación del delito, es decir, antes de los escritos de calificación provisional en los procesos por delitos o escritos de acusación cuando se trata del procedimiento abreviado (artículos 649 y siguientes y 790 LECrim.), expone que la finalidad de esta perentoriedad es que la reclamación de los perjudicados “tenga lugar antes de que las defensas hayan realizado sus contestaciones a las pretensiones condenatorias de quienes ejercitan sus acciones en el proceso, esto es, antes de que haya comenzado el trámite de calificación provisional de las defensas”, luego si conocen las pretensiones acusadoras antes de calificar provisionalmente la causa no puede entenderse que exista indefensión. Por ello no es suficiente afirmar que la personación fue extemporánea haciendo una aplicación literal del artículo 110 LECrim., a lo que se refiere la Audiencia, si por las razones antedichas no se ha causado indefensión alguna a la defensa. Además, los avatares procesales de esta causa, habiéndose solicitado diligencias complementarias, como razona el Fiscal, llevan a prolongar la fase de instrucción, suspendiendo el trámite de calificación, para reabrirlo posteriormente, lo que hace desaparecer también el fundamento de la imposibilidad de personarse extemporáneamente ex artículo 110 LECrim., como hemos señalado, cuando el trámite definitivo de calificación no llega hasta el año 1999. Por último, tampoco es despreciable el argumento relativo a que la defensa consintió en su momento la providencia de 29/09/97 (folio 1357) del Instructor teniendo al ahora recurrente como parte perjudicada. En síntesis, la Audiencia ha hecho una interpretación excesivamente formalista del artículo 110 LECrim. teniendo en cuenta las circunstancias que han concurrido en la presente causa...”». (F.J. 1º)

## **DILACIONES INDEBIDAS. Rebaja de la pena a dos grados.**

Recurso: Casación nº 1956/2003

Ponente: Sr. Delgado García

Sentencia nº 690/2005 de fecha 03/06/2005

«...” En el presente procedimiento nos hallamos ante una ocultación de la totalidad del patrimonio de esa empresa en perjuicio de la totalidad de sus acreedores que habría constituido un delito de alzamiento de bienes del actual art. 257, pero que hubo de calificarse conforme al delito más grave del actual art. 260 por haber existido una declaración de quiebra (ahora concurso) agravada dolosamente por la actuación referida de los tres condenados.

A los efectos aquí examinados hay hechos punibles diferentes. No es lo mismo aquella puntual estafa cometida contra uno de sus acreedores, que este otro comportamiento: la ocultación del patrimonio total o casi total de la empresa en perjuicio de todos ellos... (F.J.4º)...

...En realidad esto ya ha quedado contestado con lo que acabamos de decir en el apartado anterior: sólo unas importantes dilaciones indebidas pueden justificar la apreciación de esta atenuante como muy cualificada. Para esto se utilizaron esos adjetivos ("notables y desproporcionadas"). Entendemos que hay congruencia entre este razonamiento y la bajada en un grado (y no dos) de las penas partiendo de las ordenadas en el mencionado art. 260...."». (F.J. 7º)

## **DILIGENCIAS COMPLEMENTARIAS. Art.780 LECrim.**

Recurso: Casación nº 1553/2005

Ponente: Sr. Colmenero Menéndez de Luarca

Sentencia: nº 714/2006 de fecha 29/06/2006

*«Se discute si el Ministerio Fiscal, por la vía de las diligencias complementarias del artículo 780, puede solicitar nuevas imputaciones, bien sobre hechos distintos o bien a personas diferentes de los ya considerados en el Auto dictado por el Juez, o si por el contrario, para realizar tal petición precisa interponer recurso contra el referido Auto, con la finalidad de abrir nuevamente la fase de instrucción. A favor de la primera posibilidad se encuentra la dicción literal del artículo 780.2, que se refiere a las diligencias indispensables para formular acusación, teniendo este carácter la declaración como imputado sobre los hechos objeto del proceso por parte de aquel contra el que se pretende dirigir la acusación. En contra, que esta literalidad no puede interpretarse desconectada de la anterior expresión del mismo precepto, cuando al contemplar la posibilidad de que el Fiscal solicite la práctica de diligencias complementarias viene a exigir que, previamente, haya manifestado la imposibilidad de formular escrito de acusación "por falta de elementos esenciales para la tipificación de los hechos", lo cual limita materialmente el contenido y la finalidad de las diligencias a solicitar que, no ha de olvidarse, deben tener en todo caso un carácter complementario.*

La cuestión, sin embargo, no encuentra una solución correcta desde perspectivas formales, sino que es preciso acudir a consideraciones materiales relacionadas con la necesidad ineludible de evitar la indefensión, para lo cual es preciso permitir al imputado asumir ese carácter en la fase de instrucción de manera que pueda solicitar diligencias de esa naturaleza en ejercicio de su derecho de defensa. Pues el proceso penal, tal como se desprende del artículo 118 de la LECrim, que expresa principios fundamentales, tiene carácter contradictorio ya desde la fase de instrucción, aunque ésta no sea en todo aspecto equiparable a la fase propia del juicio oral, en el que tal principio alcanza toda su plenitud.

En este sentido, haya recurrido o no formalmente el Ministerio Fiscal contra el Auto de transformación en procedimiento abreviado, si de las nuevas diligencias solicitadas como complementarias se desprende una nueva imputación por aparición de nuevos hechos o de nuevos imputados, el cumplimiento de las exigencias derivadas del artículo 779.4ª, en cuanto prevé que al imputado se le tome declaración conforme al artículo 775, implica necesariamente, en primer lugar, que tal declaración tenga lugar con la fase de instrucción abierta, de modo que el imputado todavía pueda solicitar nuevas diligencias de investigación en su defensa, y además, en segundo lugar, que el cierre de dicha fase se realice mediante el

dictado de un nuevo Auto con el contenido legalmente determinado, el cual dependerá de la valoración que haga el Juez de instrucción de las diligencias practicadas, entre la cuales no pueden excluirse las que el imputado haya podido proponer en su defensa.

Por el contrario, no resulta correcto desde estas perspectivas, en tanto es causante de indefensión, proceder a dar nuevo traslado al Ministerio Fiscal y, en su caso, a las acusaciones, directamente tras las nuevas imputaciones, sin dictar un nuevo Auto de transformación en procedimiento abreviado, pues se suprime así el derecho del imputado a proponer nuevas diligencias, como se ha dicho, y a cuestionar su contenido mediante los oportunos recursos». (F. J. 2º)

## **ERROR DE HECHO. Doctrina.**

Recurso: Casación nº 1611/2004

Ponente: Sr. Giménez García

Sentencia: nº 1491/2005 de fecha 12/12/2005

«El motivo segundo, por la vía del *error facti* del art. 849-2º LECriminal denuncia error en la valoración de la prueba por parte del Tribunal.

La invocación del motivo expresado, queda supeditado a la concurrencia de ciertos requisitos --entre las últimas STS 762/2004 de 14 de Junio y 67/2005 de 26 de Enero--.

1.- Que se hayan incluido en el relato histórico hechos no acontecidos o inexactos.

2.- Que la acreditación de tal inexactitud tiene que estar evidenciada en documentos en el preciso sentido que tal término tiene en sede casacional. En tal sentido podemos recordar la STS de 10 de Noviembre de 1995 en la que se precisa por tal "*...aquellas representaciones gráficas del pensamiento, generalmente por escrito, creadas con fines de preconstitución probatoria y destinadas a surtir efectos en el tráfico jurídico, originados o producidos fuera de la causa e incorporados a la misma....*", quedan fuera de este concepto las pruebas de naturaleza personas aunque estén documentadas por escrito generalmente, tales como declaraciones de imputados o testigos, el atestado policial y acta del Plenario, entre otras STS 220/2000 de 17 de Febrero, 1553/2000 de 10 de Octubre, y las en ella citadas. De manera excepcional se ha admitido como tal el informe pericial según la doctrina de esta Sala --SSTS nº 1643/98 de 23 de Diciembre, nº 372/99 de 23 de Febrero, sentencia de 30 de Enero de 2004 y nº 1046/2004 de 5 de Octubre--. La justificación de alterar el *factum* en virtud de prueba documental --y sólo esa-- estriba en que respecto de dicha prueba el Tribunal de Casación se encuentra en iguales posibilidades de valoración que el de instancia, en la medida que el documento permite un examen directo e inmediato como lo tuvo el Tribunal sentenciador, al margen de los principios de inmediación y contradicción.

3.- Que el documento por sí mismo sea demostrativo del error que se denuncia cometido por el Tribunal sentenciador al valorar las pruebas, error que debe aparecer de forma clara y patente del examen del documento en cuestión, sin necesidad de acudir a otras pruebas ni razonamientos, conjeturas o hipótesis. Es lo que la doctrina de esta Sala define como literosuficiencia.

4.- Que el supuesto error patentizado por el documento, no esté a su vez, desvirtuado por otras pruebas de igual consistencia y fiabilidad. Al respecto debe recordarse que la Ley no concede ninguna preferencia a la prueba documental sobre cualquier otra, antes bien, todas ellas quedan sometidas al cedazo de la crítica y de la valoración --razonada-- en conciencia de conformidad con el art. 741 LECriminal. Tratándose de varios informes de la misma naturaleza, se exige que todos sean coincidentes y que el Tribunal sentenciador, de forma inmotivada o arbitraria se haya separado de las conclusiones de aquellos no estando fundada su decisión en otros medios de prueba o haya alterado de forma relevante su sentido originario o llegando a conclusiones divergentes con las de los citados informes sin explicación alguna. --SSTS 158/2000 y 1860/2002 de 11 de Noviembre--.

5.- Que los documentos en cuestión han de obrar en la causa, ya en el Sumario o en el Rollo de la Audiencia, sin que puedan cumplir esa función impugnativa los incorporados con posterioridad a la sentencia.

6.- Finalmente, el error denunciado ha de ser trascendente y con valor causal en relación al resultado o fallo del tema, por lo que no cabe la estimación del motivo si éste sólo tiene incidencia en aspectos accesorios o irrelevantes. Hay que recordar que el recurso se da contra el fallo, no contra los argumentos que de hecho o derecho no tengan capacidad de modificar el fallo, SSTS 496/99, 765/04 de 11 de Junio.

A los anteriores, debemos añadir desde una perspectiva estrictamente procesal la obligación, que le compete al recurrente de  citar expresamente el documento  de manera clara, cita que si bien debe efectuarse en el escrito de anuncio del motivo --art. 855 LECriminal-- esta Sala ha flexibilizado el formalismo permitiendo que tal designación se efectúe en el escrito de formalización del recurso (STS 3-4-02), pero en todo caso, y como ya recuerda, entre otras la reciente sentencia de esta Sala 332/04 de 11 de Marzo, es obligación del recurrente además de individualizar el documento acreditativo del error, precisar los concretos extremos del documento que acrediten claramente el error en el que se dice cayó el Tribunal, no siendo competencia de esta Sala de Casación "adivinar" tales extremos». (F. J. 2º)

## **ERROR DE HECHO EN LA APRECIACIÓN DE LA PRUEBA.**

Recurso: Casación nº 971/2005

Ponente: Sr. Giménez García

Sentencia: nº 1079/2006 de fecha 30/10/2006

«..La verdad notarial es una verdad formalizada que responde exclusivamente a las manifestaciones que los intervinientes efectuaron a presencia notarial, siendo cuestión distinta que la voluntad interna se corresponda con lo manifestado. Es un dato de experiencia que forma parte del acervo del conocimiento usual de un ciudadano medio de la sociedad actual que es muy frecuente la divergencia entre la voluntad exteriorizada y la voluntad querida de los intervinientes de cualquier instrumento público notarial, alcanzando la verdad notarial sólo y exclusivamente a la verdad exteriorizada, dejando a salvo los supuestos de convivencia con el propio Notario autorizante. En este aspecto como en el relativo a la existencia de engaño típico propio del delito de estafa, y a la incidencia que en él haya podido tener la realidad de un cierto retraso intelectual, --lo suficientemente discreto como para no ser percibido por el Sr. Notario autorizante--, es obvio que pueden existir --y existieron-- otras probanzas que ofrecen un resultado diferente del que se deriva del documento notarial». (F. J. 1º)

## **ERROR DE PROHIBICIÓN.**

Recurso: Casación nº 133/2004

Ponente: Sr. Saavedra Ruiz

Sentencia nº 163/2005 de fecha 10/02/2005

«..» Como ha señalado la Jurisprudencia (S.T.S. 1219/04) el artículo 14 C.P. distingue entre el error de tipo (o de hecho), que afecta al supuesto de hecho previsto por la norma, y el error de prohibición (de derecho, según la terminología anterior), que atañe a la propia existencia de la norma que prohíbe la realización del hecho. No basta con conocer el hecho típico sino que además el sujeto activo debe conocer su significado antijurídico. Teniendo en cuenta lo anterior el error sobre la ilicitud del hecho constitutivo de la infracción penal puede ser invencible o vencible. En el primer caso se excluye la responsabilidad criminal, impunidad de la conducta, y en el segundo se impone una pena inferior. El error de prohibición ha sido explicado mediante la teoría clásica denominada del dolo o la teoría de la culpabilidad, propia del finalismo. Para la primera es preciso que el agente conozca el hecho y su significado antijurídico, mientras que para la segunda lo importante no es que el autor conozca o no conozca la prohibición, sino si podía o no conocerla, de forma que quien no puede conocer la prohibición de un hecho no puede actuar de otro modo. Con independencia de que el artículo 14 C.P. pueda ser adscrito a una u otra concepción del error de prohibición, lo cierto es que la Jurisprudencia participa de ambas concepciones cuando establece que no basta con alegar la existencia del error sino que éste ha de quedar suficientemente acreditado, empleándose para ello criterios que se refieren básicamente a la posibilidad del autor de informarse sobre el derecho (S.T.S. 755/03), de forma que cuando dicha información en todo caso se presenta como de fácil acceso no se trata ya en rigor de que el error sea vencible o invencible sino de cuestionar su propia existencia. La S.T.S. 1287/03 expone que constituye doctrina reiterada de esta Sala que para sancionar un acto delictivo el conocimiento de la ilicitud del hecho no tiene que ser preciso, en el sentido de conocer concretamente la gravedad con la que el comportamiento realizado es sancionado por la Ley. Los ciudadanos no son ordinariamente expertos en las

normas jurídicas sino legos en esta materia por lo que lo que se requiere para la punición de una conducta antijurídica es lo que se ha denominado doctrinalmente el conocimiento paralelo en la esfera del profano sobre la ilicitud de la conducta que se realiza. El desconocimiento o la falta de información sobre un hecho punible no puede quedar a la discreción de su autor. En el caso del tráfico de drogas su prohibición es tan notoria que resta cualquier verosimilitud a las alegaciones que se incorporan al motivo...».(F.J. 3º)

## **ERROR DE PROHIBICIÓN. Artículo 192 bis del Código Penal**

Recurso: Casación nº 1414/2005

Ponente: Sr. Colmenero Menéndez de Luarca

Sentencia: nº 921/2006 de fecha 26/09/2006

«No es suficiente con su mera alegación, sino que es preciso que su realidad resulte de las circunstancias del caso. En relación con los hechos típicos declarados probados en la sentencia impugnada, no puede aceptarse que el recurrente actuara en la lícita creencia de actuar con arreglo a Derecho. Para cualquier funcionario público con un conocimiento mínimo de los valores constitucionales y de los derechos individuales reconocidos en la Constitución, con mayor razón si ostenta las responsabilidades que correspondían al acusado, es evidente que la naturaleza secreta de las actividades del Centro, orientadas a asegurar la defensa y seguridad del Estado, no podían permitir con carácter general la ejecución de escuchas telefónicas de conversaciones privadas que, por vías de hecho, y solo amparadas en la decisión oculta de unos pocos, vinieran a suponer el establecimiento de la misma situación que conllevaría, respecto del derecho al secreto de las comunicaciones, la adopción y efectividad de las previsiones contempladas en el artículo 55 de la propia Constitución. Tampoco puede aceptarse en esos casos no ya un desconocimiento absoluto de las previsiones del Código Penal en cuanto a la intervención de las comunicaciones telefónicas, sino una creencia firme en sentido contrario. Poco importa a estos efectos que otras personas se ampararan en una similar construcción del error para explicar sus actividades, pues en su caso no disminuiría la responsabilidad del acusado respecto de su propia conducta». (F. J. 5º)

## **ERROR DE PROHIBICIÓN. Detención ilegal. Atenuación en el caso de dar libertad antes de las 72 horas.**

Recurso: Casación nº 1614/2004

Ponente: Sr. Berdugo Gómez de la Torre

Sentencia nº 601/2005 de fecha 10/05/2005

«...» Error de prohibición: No obstante para que el error comporte la exención de la responsabilidad criminal es esencial que sea probado por quien lo alega (SS.

20.2.98 y 22.3.2001), y como decíamos en las STS. 1171/97 de 29.9 y 302/2003 de 27.2:

Primero: Queda excluido el error si el agente tiene normal conciencia de la antijuricidad o al menos sospecha de lo que es un proceder contrario a Derecho (Sentencia de 29 noviembre 1994), de la misma manera y en otras palabras (Sentencia de 16 marzo 1994), que basta con que se tenga conciencia de una alta probabilidad de antijuricidad no la seguridad absoluta del proceder incorrecto; y

Segundo: no es permisible la invocación del error en aquellas infracciones cuya ilicitud es notoriamente evidente, la STS. 11.3.96, afirma que no cabe invocarlo cuando se utilizan vías de hechos desautorizadas por el Ordenamiento Jurídico que a todo el mundo le consta están prohibidas pues su ilicitudes notoriamente evidente .

La apreciación del error de prohibición no puede basarse solamente en las declaraciones del propio sujeto, sino que precisa de otros elementos que les sirvan de apoyo y permitan sostener desde un punto de vista objetivo, la existencia del error. El análisis debe efectuarse sobre el caso concreto, tomando en consideración las condiciones del sujeto en relación con las del que podría considerarse hombre medio, combinando así los criterios subjetivo y objetivo, y ha de partir necesariamente de la naturaleza del delito que se afirma cometido, pues no cabe invocar el error cuando el delito se comete mediante la ejecución de una conducta cuya ilicitud es de común conocimiento...”>. (F.J. 3º)...

...Detención ilegal: Sin embargo, como decíamos en la STS. 1695/2003 de 7.10, no puede ser indiferente para la calificación del delito el que se acredite que la decisión del autor está presidida de antemano por una limitación en la duración de la privación de libertad, pues el artículo 163.2 prevé una pena inferior cuando el culpable diera libertad al detenido o encerrado dentro de los tres primeros días de su detención, sin haber logrado el objeto que había propuesto. Esta Sala ha establecido que cuando la situación de privación de libertad es interrumpida como consecuencia de actuaciones de terceros ajenas a la propia decisión del autor, bien sea por la actuación de efectivos policiales, bien por el propio detenido o bien por otros particulares, no resulta aplicable el subtipo privilegiado del artículo 163.2, pues para ello es precisa la voluntad del autor del delito en ese sentido, y no puede presumirse tal voluntad en todo caso..Pero ello no excluye, que en algunas ocasiones excepcionales sea posible afirmar que la voluntad del autor respecto a la detención no contemplaba en ningún caso una prolongación superior a las setenta y dos horas”, ni su acción venia guiada por la obtención de objeto alguno distinto de la propia privación de libertad (SSTS. 1400/2003 de 28.10, 421/2003 de 10.4, 1499/2002 de 16.9)...”». (F.J. 4º)

## **ERROR DE PROHIBICIÓN. Doctrina.**

Recurso: Casación nº 959/2005

Ponente: Sr. Colmenero Menéndez de Luarca

Sentencia: nº 698/2006 de fecha 26/06/2006



*«Como se dice en la STS nº 163/2005, de 10 de febrero, “el error de prohibición ha sido explicado mediante la teoría clásica denominada del dolo o la teoría de la culpabilidad, propia del finalismo. Para la primera es preciso que el agente conozca el hecho y su significado antijurídico, mientras que para la segunda lo importante no es que el autor conozca o no conozca la prohibición, sino si podía o no conocerla, de forma que quien no puede conocer la prohibición de un hecho no puede actuar de otro modo. Con independencia de que el artículo 14 CP pueda ser adscrito a una u otra concepción del error de prohibición, lo cierto es que la Jurisprudencia participa de ambas concepciones cuando establece que no basta con alegar la existencia del error sino que éste ha de quedar suficientemente acreditado, empleándose para ello criterios que se refieren básicamente a la posibilidad del autor de informarse sobre el derecho (STS 755/03), de forma que cuando dicha información en todo caso se presenta como de fácil acceso no se trata ya en rigor de que el error sea vencible o invencible sino de cuestionar su propia existencia”.*

La jurisprudencia de esta Sala ha entendido que no cabe invocar el error de prohibición cuando se ejecutan conductas claramente desautorizadas por el ordenamiento jurídico, de modo que cualquiera sabe que están prohibidas, y que para excluir el error no se requiere que el agente tenga seguridad respecto de un proceder antijurídico, pues basta con que tenga conciencia de una alta probabilidad de antijuridicidad, lo que por estimarse similar al dolo eventual no merece trato de benignidad alguno (Sentencias de 17 de abril de 1995 y 29 de noviembre de 1994), [STS nº 142/2000, de 28 de enero].

El conocimiento de que la conducta consistente en suministrar cocaína a otro es ilícita es accesible para cualquiera, pues su prohibición es notoria. El conocimiento exigible acerca de la prohibición legal no alcanza a sus particularidades». (F. J. 3º)

## **ERROR DE PROHIBICIÓN. Error invencible.**

Recurso: Casación nº 421/2005

Ponente: Sr. Berdugo Gómez de la Torre

Sentencia: nº 411/2006 de fecha 18/04/2006

«Para el juicio de la vencibilidad (o excusabilidad) o invencibilidad (o inexcusabilidad) del error, hay que evitar, ante todo, que por un apego radical a la literalidad del concepto de invencibilidad -equiparándolo a absolutamente insuperable o irresistible), haga realmente difícil imaginar una situación a la que pudiera aplicarse.

Se trata, en efecto, de comprobar si el error -que la Audiencia considera probado- en que incurrió el recurrente hubiera podido superarse empleando una diligencia objetiva y subjetivamente exigible.

Para ello habrán de tenerse en cuenta varios parámetros:

-la apariencia de legalidad de la conducta-.

Ya hemos señalado como en aquellos delitos denominados naturales, que reprobaban la práctica totalidad de las culturas o cuya ilicitud puede considerarse notoria en un círculo cultural determinado, resulta muy difícil apreciar la invencibilidad y aún el error mismo de prohibición.

Otras veces, los medios de comunicación social se encargan de generalizar la ilicitud de otros comportamientos delictivos respecto de cuya nocividad la sociedad no está tan sensibilizada. Esta suerte de notoriedad en sentido amplio facilita un conocimiento que asimila estos casos al de los más característicos delitos naturales.

A las circunstancias objetivas indicadas han de sumarse las subjetivas del agente: entran en juego sus conocimientos personales, su nivel de desarrollo personal y las pautas que rigen en su entorno cultural en caso de tratarse de personas extranjeras:

-la vencibilidad del error-.

Para valorarla la doctrina más autorizada considera que deben tenerse en cuenta varios factores.

a) La urgencia de actuar: la inaplazabilidad de la decisión dificultará la posibilidad de acudir a los medios que pudieron proporcionar mayor información al agente.

b) La accesibilidad -abstracta y concreta, objetiva y subjetiva- al medio de información capaz de deshacer el error. (F. J. 5º)

...Pues bien, en el caso que analizamos nos encontramos, con dos personas de nacionalidad ecuatoriana, una menor entre 12 y 13 años con una madurez mental superior a esa edad -los médicos forenses en el acto del juicio señalaron que presenta una personalidad y mentalidad muy madura, aproximadamente representaría 17 años y conocía lo que eran las relaciones sexuales y sus consecuencias, y el acusado de 24 años con un bajo nivel cultural y un grado de madurez sensiblemente inferior a su edad cronológica, hasta el punto de que la propia sentencia, fundamento derecho primero, admite que incluso los factores psicológicos, puntualmente observados, apuntan a un mayor grado de madurez en la víctima que en el acusado, y una única relación sexual entre ambos, que se consideraban mutuamente novios, no solo consentida por la menor, sino que incluso los informes antes indicados consideran que era ella quien en esa relación presentaba una personalidad más fuerte y llevaba las riendas de la relación, siendo especialmente significativas sus manifestaciones tanto en la exploración judicial en el mes de octubre de 2004, nada más ocurrir los hechos, ("que está bien, que quiere a su novio, que le considera como su novio, que le quiere y por eso lo hizo, que él no la forzó"), como en el plenario de 21.1.2005, ("conocía en qué consistían las relaciones sexuales, estaba informada por el Colegio. Acudieron a casa de Angel. El acusado no le hizo ninguna propuesta, tampoco hablaron de acostarse, comenzaron a besarse y era algo que apetecía a los dos. Su relación con Angel fue voluntaria y consentida.. No se sintió presionada y sabía lo que era la relación sexual y sus consecuencias...").

Siendo así, la calificación como vencible del error de prohibición del procesado que la Sala sentenciadora infiere del conocimiento de la edad exacta de la menor y de haber entablado una previa relación de amistad con ésta, durante varias semanas, antes de las relaciones sexuales, no puede ser compartida.

La edad de la menor "de camino a 13 años", según expresión del procesado, está justo en el límite de la presunción del art. 181.2 CP. e incluso hubiera determinado antes de la reforma de la LO. 11/99 de 30.4, que elevó el límite de 12 a 13 años, la no tipicidad, al menos por dicho precepto, de la conducta imputada al recurrente.

La previa relación de amistad con la menor antes de mantener la relación sexual no tiene especial incidencia sobre la vencibilidad del error, no solo porque, según el relato fáctico, aquella relación de amistad se entabló "durante el mes de septiembre" y los hechos sucedieron el día cinco de octubre del mismo año, sino porque dadas las circunstancias del hecho y las condiciones psicológicas y de cultura del infractor y la realidad social de acusado y víctima, los dos ecuatorianos y pertenecientes a una cultura en la que las relaciones de este tipo son permitidas y toleradas, tal como la sentencia refiere en el Fundamento Jurídico tercero, en base a las declaraciones tanto del acusado como de la propia menor y su madre, aquella relación previa, en la que la menor llevaba la iniciativa, no podría haber subsanado el error del acusado en orden a la ilicitud del hecho constitutivo de la infracción penal». (F. J. 6º)

## **ERROR DE PROHIBICIÓN. No es un problema de prueba su evitabilidad.**

Recurso: Casación: nº 1791/2003  
Ponente: Sr. Bacigalupo Zapater  
Sentencia nº 1054/2004 de fecha 04/10/2004

«...» Desde la perspectiva del derecho a la presunción de inocencia debemos señalar que la cuestión de la evitabilidad del error de prohibición, establecidos los hechos en los que el autor alega el error, no es un problema de prueba. En efecto, en el ámbito del error de prohibición no rige el principio del conocimiento, sino el principio de la responsabilidad, es decir, el sujeto responde por no haber tenido conocimiento de la prohibición o del mandato, cuando podía haberlo tenido. Esto surge directamente del texto del art. 14.3 CP que distingue entre errores vencibles e invencibles y en los primeros sólo atenúa la pena. Pero, en todo caso, configura un juicio sobre la responsabilidad del autor por su desconocimiento de la prohibición en una situación determinada, cuya prueba, como tal, no ofrece ninguna duda.

Consecuentemente, el juicio sobre la evitabilidad del desconocimiento del mandato alegado no es una cuestión de hecho, sino de derecho. Por tal razón no existe, en este aspecto, vulneración alguna del derecho a la presunción de inocencia del art. 24.2 CE...». (F.J. 1º)

## **ERROR DE TIPO. Doctrina**

Recurso: Casación nº 2033/2003

Ponente: Sr. Sánchez Melgar

Sentencia nº 865/2005 de fecha 24/06/2005

«...» Como señala la sentencia de esta Sala de 14 de noviembre de 1997, núm. 1141/1997, constituye uno de los avances fundamentales del Derecho Penal contemporáneo el reconocimiento, en el Derecho positivo de los diferentes países, de la conciencia de la antijuridicidad como elemento de la culpabilidad, necesario pues para que una determinada conducta pueda considerarse merecedora de reproche penal. Si falta tal conciencia de antijuridicidad, bien directamente por la creencia de que el hecho está legalmente permitido (error directo de prohibición), bien indirectamente por estimarse que concurría una causa de justificación (error indirecto de prohibición), la doctrina penal entiende que no debe ser considerado el sujeto culpable del hecho, si el error es invencible, o que puede ser merecedor de una atenuación de la pena si se considera vencible. Tal doctrina de la conciencia de la antijuridicidad y del error de prohibición aparece recogida por primera vez en nuestro Código Penal como consecuencia de la importante modificación legislativa de 1.983, que introdujo el artículo 6 bis a) regulador, aunque sin usar esta terminología, de las dos clases de error que conocemos como error de tipo (error sobre un elemento esencial integrante de la infracción penal o que agrava la pena) y el error de prohibición (creencia errónea de estar obrando lícitamente). En términos semejantes se pronuncia ahora el Código Penal de 1.995 en su artículo 14. El error de prohibición constituye el reverso de la conciencia de la antijuridicidad como elemento constitutivo de la culpabilidad y exige que el autor de la infracción penal ignore que su conducta es contraria a Derecho o, expresado de otro modo, que actúe en la creencia de estar obrando lícitamente, como decía el texto del anterior artículo 6 bis a) en su párrafo 3º, o como del modo aún más expresivo podemos leer ahora en el mismo párrafo del vigente artículo 14 "error sobre la licitud del hecho constitutivo de la infracción penal". Sólo hay un error de esta clase cuando se cree obrar conforme a Derecho, sin que tenga nada que ver con esto el caso en que el autor del delito piense que la infracción cometida es más leve de como en realidad la sanciona la Ley Penal. Nada tiene que ver con el error de prohibición el conocimiento o la ignorancia de la norma concreta infringida, pues si así fuera sólo podrían delinquir los expertos en Derecho Penal. Únicamente se excluye (o atenúa) la responsabilidad criminal por error de prohibición cuando se cree obrar conforme a Derecho, no cuando hay una equivocación sobre cuál sea la sanción jurídica que se puede derivar de la propia conducta. .... Conviene añadir, además, que el error de prohibición no puede confundirse con el caso en que exista en el sujeto una situación de duda, como ha señalado la referida sentencia de 14 de noviembre de 1997, núm. 1141/1997. La duda es incompatible con el concepto de creencia errónea. La creencia para que sea propiamente tal ha de ser firme, es decir, sin duda al respecto (véase el Diccionario de la Real Academia de la Lengua). Hay que considerar que existe suficiente conciencia de la antijuridicidad cuando el autor duda y pese a tal duda se decide a actuar mediante la conducta delictiva. Este conocimiento eventual

del injusto es un concepto paralelo al del dolo eventual: en estos casos hay culpabilidad del mismo modo que en los casos de dolo eventual hay dolo.

Por lo demás, el error de tipo vencible acarrea la impunidad de la conducta, en tanto que el delito de apropiación indebida no puede cometerse por imprudencia.

Dicho error de tipo ha sido menos abordado por la jurisprudencia de esta Sala. Recae, como sabemos, sobre un elemento sustancial de la infracción criminal, de modo que el agente cree estar obrando lícitamente, a pesar de conocer que la norma prohíbe ese comportamiento delictivo con carácter general (error de prohibición). Requiere, por consiguiente, una prueba plena sobre tal errónea creencia, que ha de ser un comportamiento excepcional, y que ha de ser valorado de acuerdo con las características propias del caso concreto sometido a la valoración del Tribunal. Nada impedirá, como así ocurre aquí, que no habiéndose planteado en la instancia, este Tribunal Casacional pueda pronunciarse al respecto, por la vía de un motivo por estricta infracción de ley, si existieran los elementos fácticos debidos para su aplicación...»». (F.J. 8º)

## **ERROR DE TIPO. Ignorancia deliberada.**

Recurso: Casación nº 561/2004P

Ponente: Sr. Ramos Gancedo

Sentencia nº 465/2005 de fecha 14/04/2005

«...» el error sobre un elemento esencial integrante de la infracción o que agrave la pena excluye la responsabilidad criminal o la agravación, pero no debe olvidarse que para que ello suceda es absolutamente imprescindible que tal extremo se halle demostrado y fundado mediante afirmaciones que lo contengan o evidencien estampadas en la sentencia de que se trate, no siendo en modo alguno bastantes las subjetivas e interesadas declaraciones del culpable. La de 29/11/97, también con cita de abundantes antecedentes jurisprudenciales, aclara que desvirtuada la presunción de inocencia que sólo cubre la dispensa de prueba frente a los hechos constitutivos de la pretensión acusatoria, subsiste la precisión de probar los impositivos que el acusado introduce en el proceso. Por último, la S.T.S. de 25/3/98, resuelve un caso similar, fundamento de derecho cuarto, sentando que en el número 2 del artículo 14 C.P. se establece que el error sobre un hecho que cualifique la infracción o sobre una circunstancia agravante impedirá su apreciación. Esta forma de lo que se denomina error de tipo no podrá, empero, tenerse en cuenta cuando quien alega haber padecido el error no lo prueba o cuando el error recaiga sobre aspectos fácticos de los que la generalidad de las gentes tienen un conocimiento en razón de su elementalidad de comprensión.

El Tribunal sentenciador declara la concurrencia del dolo como conclusión de la racional valoración de los datos indiciarios manejados, tales como el hecho de que el propio coacusado admitiera que había recibido un paquete que debía llevar a Gijón en autobús ese mismo día, recibiendo a cambio 10.000 pesetas, siendo así que al ser detenido se le ocuparon 46.000. Junto a ello, las declaraciones prestadas

por el mismo en el procedimiento (Folios 488 a 491, 536 y 1126) en la que reconoce que aunque no sabía del contenido del paquete a transportar, sospechaba que era algo ilegal, lo que ya permite considerar la concurrencia de, al menos, el dolo eventual resultando en este particular acertadísima la invocación que hace el Fiscal a la STS de 20 de marzo de 2.003 en relación con la teoría de la "ignorancia deliberada, según la cual quien no quiere saber aquéllo que puede y debe conocer, y sin embargo trata de beneficiarse de dicha situación, si es descubierta no puede alegar ignorancia alguna, y, por el contrario, debe responder de las consecuencias de su ilícito actuar -SS.T.S. 946/02 de 22 de mayo, y las en ella citadas, todas precisamente, en relación a casos de tráfico de drogas-"...»». (F.J. 6º)

## **ERROR JUDICIAL. Error "facti". Informe Pericial**

Recurso: Casación nº 1072/2004 P

Ponente: Sr. Delgado García

Sentencia: nº 1084/2005 de fecha 28/09/2005

«...una doctrina de esta sala viene considerando la prueba pericial como si de una documental se tratase a los efectos de este art. 849.2º LECr, siempre que haya un solo informe, o varios coincidentes en su contenido, que demuestren la equivocación del tribunal de instancia por concurrir los requisitos exigidos por tal norma procesal y que son los siguientes:

1º. Que haya en los autos una verdadera prueba documental (o pericial), y no de otra clase, es decir, que sea un documento propiamente dicho el que acredite el dato de hecho contrario a aquello que ha fijado como probado la audiencia, y no una prueba de otra clase por más que esté documentada en la causa.

2º. Que ese documento ponga de manifiesto la equivocación del juzgador, esto es, que en los hechos probados de la sentencia recurrida aparezca como tal un elemento fáctico en contradicción con aquello que el documento por su propia condición y contenido es capaz de acreditar, o no haya nada respecto del elemento así acreditado.

3º. Que, a su vez, ese dato que el documento acredita no se encuentre en contradicción con otros elementos de prueba, porque la ley no concede preferencia a ninguna prueba determinada sobre otra igual o diferente, sino que, cuando existen varias sobre el mismo punto, el tribunal, que conoció de la causa en la instancia, habiendo presidido la práctica de todas ellas y habiendo escuchado las alegaciones de las partes, tiene facultad para, sopesando unas y otras, apreciar su resultado con la libertad de criterio que le reconoce el art. 741 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

4º. Por último, es necesario que el dato de hecho contradictorio así acreditado sea importante, en cuanto que tenga virtualidad para modificar alguno de los pronunciamientos del fallo, pues, si afecta a elementos fácticos que carezcan de tal virtualidad, el motivo no puede prosperar, porque, como reiteradamente tiene dicho

esta sala, el recurso se da contra el fallo y no contra los argumentos de hecho o de derecho que no tienen aptitud para modificarlo.

Se trata en conclusión de un caso que, tras la vigencia de nuestra Constitución, cabe incluir entre aquellos que expresamente quedan prohibidos en su art. 9.3 cuando proclama como principio fundamental "la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos". Ciertamente, no hacer caso a una prueba documental (o pericial) cuando concurren todos esos elementos revela una actuación ilógica o irracional, en definitiva arbitraria, por parte del órgano judicial.

Sin embargo, no cabe hablar de una equiparación plena de la prueba pericial a la documental a estos efectos del art. 849.2º LECr. No lo permite la diferente naturaleza de estos dos medios de prueba. La pericial es de carácter personal donde el principio de inmediación procesal, particularmente cuando, como aquí ocurrió, esta prueba se practica en el juicio oral, tiene una relevancia que no aparece en la documental.

No hemos de perder de vista que la prueba pericial ha de ser valorada por la sala de instancia, que tiene que tener en cuenta toda la practicada para adoptar sus propios criterios sobre la cuestión sometida a la pericia». (F.J. 2º)

## **ERROR JUDICIAL. Error "facti". Requisitos.**

Recurso: Casación nº 927/2004

Ponente: Sr. Colmenero Menéndez de Luarca

Sentencia: nº 1269/2005 de fecha 02/11/2005

«Los requisitos exigidos por la muy reiterada jurisprudencia de esta Sala para que este motivo de casación pueda prosperar son los siguientes: 1) ha de fundarse, en una verdadera prueba documental, y no de otra clase, como las pruebas personales aunque estén documentadas en la causa; 2) ha de evidenciar el error de algún dato o elemento fáctico o material de la sentencia de instancia, por su propio poder demostrativo directo, es decir, sin precisar de la adición de ninguna otra prueba ni tener que recurrir a conjeturas o complejas argumentaciones; 3) que el dato que el documento acredite no se encuentre en contradicción con otros elementos de prueba, pues en esos casos no se trata de un problema de error sino de valoración, la cual corresponde al Tribunal; y 4) que el dato contradictorio así acreditado documentalmente sea importante en cuanto tenga virtualidad para modificar alguno de los pronunciamientos del fallo, pues si afecta a elementos fácticos carentes de tal virtualidad el motivo no puede prosperar ya que, como reiteradamente tiene dicho esta Sala, el recurso se da contra el fallo y no contra los argumentos de hecho o de derecho que no tienen aptitud para modificarlo. (En este sentido, Sentencias de 24 de enero de 1991; 22 de septiembre de 1992; 13 de mayo y 21 de noviembre de 1996; 11 de noviembre de 1997; 27 de abril y 19 de junio de 1998; STS núm. 496/1999, de 5 de abril y STS nº 223/2005, de 24 de febrero, entre otras)». (F.J. 2º)

## **NORMAS PENALES EN BLANCO. Integración mediante normas autonómicas.**

Recurso: Casación nº 2067/2004

Ponente: Sr. Berdugo Gómez de la Torre

Sentencia: nº 363/2006 de fecha 28/03/2006

«...El principio de legalidad penal supone una doble garantía, cifrada, respectivamente, en la exigencia de que la acción punitiva del Estado tenga a la ley - a la ley formal- como presupuesto inexcusable y en la necesaria predeterminación normativa, junto a ello, de las conductas y penas a través de una tipificación precisa dotada de la suficiente concreción de las conductas incorporadas al tipo, imperativos que pueden sintetizarse mediante la fórmula *lex scripta, praevia y certa*, se dice que el legislador penal debe conformar sus preceptos "de tal modo que de ellos se desprenda con la máxima claridad posible cual es la conducta prohibida o acción ordenada "(STC. 159/86 de 12.12), de modo que serán contrarios a lo dispuesto en el art. 25.1 de la Constitución «los tipos formulados en forma tan abierta que su aplicación o inaplicación dependa de una decisión prácticamente libre y arbitraria, en el sentido estricto de la palabra, de los Jueces y Tribunales» (STC 105/1988, de 8.6). Sin embargo es constitucionalmente posible la utilización legislativa y aplicación judicial de normas penales en las que la conducta o la consecuencia jurídico-penal no se encuentre agotadoramente prevista, debiendo acudir para su integración a otra norma distinta, norma que por su carácter instrumental no se verá afectada por la garantía de reserva de Ley Orgánica, según el art. 81.1 CE. en relación con el 17.1.

Ahora bien, este reenvío normativo a normas no penales propio de lo que se ha llamado tipos penales en blanco, procederá únicamente si se dan determinados requisitos, como señala la STS. 1664/2002 de 28.3:

a) que el reenvío normativo sea expreso y esté justificado en razón del bien jurídico protegido por la norma penal; b) que la norma penal, además de señalar la pena, contenga el núcleo esencial de la prohibición; y c) que se satisfaga la **exigencia de certeza**, es decir, que se dé la suficiente concreción para que la conducta calificada de delictiva quede suficientemente precisada con el complemento indispensable de la norma a la que la ley penal se remite, y resulte de esta forma salvaguardada la función de garantía del tipo con la posibilidad de conocimiento de la actuación penalmente conminada (STS. 8.2.2000 que resume la doctrina de las SSTC. 122/87, 127/90, 118/92, 111/93, 62/94 y 120/98).

Bien entendido que pese a tal necesidad de certeza, el legislador penal (STC. 89/93), "no viene constitucionalmente obligado a acuñar definiciones específicas para todos y cada uno de los términos que integran la descripción del tipo " en cuanto "... una tal labor definitoria sólo resultaría inexcusable cuando el legislador se sirviera de expresiones que por su falta de arraigo en la propia cultura jurídica carecieran de toda



virtualidad significativa y deparasen, por lo mismo, una indeterminación sobre la conducta delimitada mediante tales expresiones".

Igualmente es necesario precisar, de una parte, que la reserva de Ley que se exige para las disposiciones penales, no excluye la posibilidad de que éstas contengan remisiones a los Reglamentos, pero sí que tales remisiones hagan posible una regulación independiente y no claramente subordinada a la ley, pues sería degradar la garantía esencial que el principio entraña (SSTC 42/1987 y 219/1991), y de otra, que si bien una norma autonómica no puede prever concretos delitos ni sus correspondientes penas, se puede plantear el problema de si el órgano judicial puede integrar el tipo penal con una norma autonómica de naturaleza administrativa, o expresado con otros términos, si la norma autonómica puede servir de complemento a la Ley penal en blanco. Para dar respuesta adecuada a esta cuestión, dice la STC. 128/98 de 15.6, es menester partir de que nuestro ordenamiento jurídico ha adoptado una estructura compuesta, en la que están llamadas a coexistir la legislación estatal y la legislación autonómica. La función que corresponde al Estado de regular las condiciones básicas que garanticen la igualdad en el ejercicio de los derechos fundamentales (art. 149.1 CE), no puede ser entendida de tal manera que vacíe de contenido las competencias que las comunidades autónomas asuman al amparo del art. 148 CE. y de los propios Estatutos de Autonomía, que han de ser respetadas en sus propios términos (SSTC. 194/94, 43/96, 61/97). A partir de esta premisa, es posible que sea diferente la posición jurídica de los ciudadanos en las distintas partes del territorio nacional (STC. 37/81). Ahora bien, la ausencia de una monolítica uniformidad jurídica no infringe necesariamente los arts. 1.9.2, 139.1, y 149.1.1 CE., ya que estos preceptos no exigen un tratamiento jurídico uniforme de los derechos y deberes de los ciudadanos en todo tipo de materias y en todo el territorio del Estado, lo que sería frontalmente incompatible con la autonomía, sino que, a lo sumo, y por lo que al ejercicio de los derechos y al cumplimiento de los deberes se refiere una igualdad de las posiciones jurídicas fundamentales (SSTC. 37/87, 43/96). De estas consideraciones se desprende que el órgano judicial puede seleccionar como complemento válido de la Ley penal las normas de las Comunidades Autónomas dictadas en el marco de sus respectivas competencias.

En tal caso será preciso que dichas normas autonómicas se acomoden a las garantías constitucionales dispuestas en el art. 25.1 CE. y que "no introduzcan divergencias irrazonables y desproporcionadas al fin perseguido respecto al régimen jurídico aplicable en otras partes del territorio, doctrina que hemos reiterado en relación con la capacidad sancionadora de las Comunidades Autónomas. Puesto que de acuerdo con nuestra doctrina acerca de las Leyes penales en blanco, el núcleo del delito ha de estar contenido en la Ley penal remitente, la función de la norma autonómica remitida se reduce simplemente a la de constituir un elemento inesencial de la figura delictiva». (F. J. 19º)

## **PENALIDAD. Aplicación de las D.T. del C.P, en particular la nº 11, en relación con leyes penales especiales. Art. 143 LOREG**

Recurso: Casación nº 307/2005

Ponente: Sr. Martínez Arrieta  
Sentencia: nº 320/2006 de fecha 22/03/2006

«...una interpretación a tenor de la cual en todos los casos en que la legislación especial sigue mencionando la pena de arresto mayor habría que entender como no existente tal mención es rechazable, por lo que se hace necesario arbitrar otras interpretaciones que, salvaguardando el principio de legalidad y la voluntad del legislador, ofrezca una solución razonable. Solución que se encuentra en la aplicación de las Disposiciones Transitorias de la L.O. 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, contrariamente a lo sostenido por la sentencia recurrida.

Pues bien, esta vía ha sido apoyada y respaldada por el Pleno no jurisdiccional de esta Sala Segunda de 29 de noviembre de 2.005 que adoptó el siguiente Acuerdo: **"al arresto de fin de semana, dentro del Código Penal, le son de aplicación el régimen de las Disposiciones Transitorias de este Cuerpo Legal. Las Disposiciones Transitorias del Código Penal, en particular la número 11, se aplican también en relación con las Leyes penales especiales"**.

Así las cosas, sería de aplicación el apartado l) de la Disposición Transitoria Undécima del Código Penal, según la cual "Cuando se hayan de aplicar leyes penales especiales ... se entenderán sustituidas .... cualquier otra pena de las suprimidas en este Código (en este caso, la pena de arresto de fin de semana), por la pena o medida de seguridad que el Juez o Tribunal estime más análoga y de igual o menor gravedad. De no existir o de ser todas más graves, dejará de imponerse".

La nota de la equivalencia se encuentra en la Disposición Transitoria Octava, que establece que cada arresto de fin de semana se corresponde con dos días de privación de libertad, de suerte que la pena de arresto de 7 a 15 fines de semana equivale a privación de libertad de 14 a 30 días. Y a continuación entran en juego las normas de sustitución del art. 88 C.P. según la regulación establecida en dicho precepto». (F. J. 2º)

## **PENALIDAD. Cancelación de antecedentes penales. Requisitos.**

Recurso: Casación nº 492/2004 P  
Ponente: Sr. Colmenero Menéndez de Luarca  
Sentencia: nº 1090/2005 de fecha 15/09/2005

«Esta Sala ha establecido, STS nº 623/2004, de 13 de mayo entre otras, que, siendo necesario excluir la posibilidad de cancelación de los antecedentes penales, para apreciar la reincidencia es imprescindible que consten en la sentencia los siguientes datos: en primer lugar, la fecha de la sentencia condenatoria anterior; en segundo lugar, el delito por el que se dictó la condena; en tercer lugar, la pena o penas impuestas, y en cuarto lugar, la fecha en la que el penado las dejó efectivamente extinguidas. Este último dato solamente será innecesario en aquellos casos en los que el plazo de cancelación no haya podido transcurrir entre la fecha de la sentencia condenatoria y la fecha de ejecución del hecho por el que se realiza el enjuiciamiento actual.

De no constar estos datos, su ausencia no puede ser interpretada en contra del reo, por lo que habrá de entenderse que la fecha de inicio del plazo de rehabilitación del artículo 136, es el de firmeza de la sentencia anterior, (STS núm. 1370/2003, de 20 de octubre y STS núm. 1543/2003, de 18 de noviembre, entre otras muchas).

En el caso actual, no consta la fecha de extinción de la pena impuesta en la sentencia anterior, de modo que la fecha de inicio del cómputo debe situarse en la de firmeza de la sentencia y es claro que entre la fecha de la sentencia anterior y los hechos enjuiciados en la ahora impugnada ha transcurrido con exceso el plazo de cancelación, por lo que no procede la aplicación de la agravante de reincidencia». (F.J. 22º)

## **PENALIDAD. Concurrencia de dos atenuantes.**

Recurso: Casación nº 46/2004P  
Ponente: Sr. Granados Pérez  
Sentencia nº 1144/2004 de fecha 11/10/2004

«...” se solicita la aplicación del artículo 66, regla 2º, en su actual redacción como consecuencia de la reforma operada por Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, y en concreto se solicita que, concurriendo dos circunstancias atenuantes, la pena inferior en grado debió imponerse en la mitad inferior, al haberse suprimido, por la citada reforma, la frase “aplicándola en la extensión que estimen pertinente”.

Estas alegaciones no pueden ser estimadas.

Lo que ha venido a esclarecer la nueva redacción de la regla 2ª del artículo 66, antes regla 4ª, es que la rebaja de la pena en uno o dos grados es siempre imperativa, lo que es acorde con la doctrina de esta Sala y con un acuerdo de su Pleno no jurisdiccional celebrado el día 23 de marzo de 1998 en el que se abordó el tema relativo al carácter preceptivo o facultativo de la rebaja de pena prevista en los artículos 66.4º y 68 del Código Penal de 1995, Pleno en el que se tomó el acuerdo de entender que la expresión "podrán imponer la pena inferior en uno o dos grados" de los artículos 68 y 66.4º del Código Penal debe interpretarse en el sentido de poder optar por una de las dos alternativas de rebaja expresadas, esto es, por un grado o por dos grados, con lo que la reducción en al menos uno es preceptiva, siendo lo discrecional el rebajar la pena en dos grados.

Una vez rebajada la pena en un grado, al haber concurrido dos circunstancias atenuantes, como sucede en el supuesto que examinamos, no procede forzosamente la imposición de la pena en la mitad inferior, ya que las dos atenuantes ya se ha tenido en cuenta, a efectos penológicos, para la bajada de ese grado, por lo que el Tribunal de instancia, puede imponer la pena en la extensión que estime adecuada, en atención a las circunstancias personales del delincuente y a la mayor o

menor gravedad del hecho, como se establece en la vigente regla 6ª del mencionado artículo 66 del Código Penal...»». (. J. 7º)

## **PENALIDAD. Consideración como reincidente de quién legalmente no lo es.**

Recurso: Casación nº 368/2004P  
Ponente: Sr. Andrés Ibáñez  
Sentencia nº 1044/2004 de fecha 17/09/2004

«...» El art. 66,1ª Cpenal dispone que cuando no concurrieren circunstancias atenuantes y agravantes o cuando concurrieran unas y otras, podrá imponerse la pena en la extensión adecuada a las circunstancias personales y a la gravedad del hecho, razonándolo en la sentencia.

En el presente supuesto no concurren circunstancias modificativas de la responsabilidad, aunque, en efecto, es cierto que Trecet Sastre había sido anteriormente condenado en los términos que se ha dicho. Y, con apoyo en esto, la sala se decanta por imponerle una pena de ocho años de privación de libertad y 24 meses de multa.

Dado que la abstractamente prevista en el art. 576 Cpenal para el delito de que se trata va de 5 a 10 años de prisión y de 18 a 24 meses de multa, es patente que la aplicada se halla dentro de la mitad superior y, en tal sentido, el resultado de la individualización realizada es el mismo que si hubiera existido formalmente reincidencia. De manera que se ha sancionado como reincidente a quien legalmente no lo es.

Podrá decirse que la previsión del art. 66,1ª Cpenal aisladamente considerada lo permite. Pero habida cuenta de que el fundamento dado a la exasperación de la pena (la existencia de una condena anterior por hecho del mismo género) es materialmente coincidente con el propio de la circunstancia de agravación que aquí no concurre, hay un claro defecto de racionalidad legal en la justificación de la condena, que -hay que insistir- de trato de reincidente al que carece formalmente de esa condición.

En vista de lo razonado, no cabe duda de que si el tribunal podía rebasar el mínimo legal de la pena prevista en abstracto no estaba, en cambio, autorizado, sin más apoyo que el dato tomado en consideración, para exceder el marco de la mitad inferior de la misma. Y en este sentido, debe estimarse el motivo...»». (F.J. 2º)

## **PENALIDAD. Determinación de pena equivalente al arresto de fin de semana en delito electoral.**

Recurso: Casación nº 1256/2005  
Ponente: Sr. Sánchez Melgar  
Sentencia: nº 484/2006 de fecha 03/05/2006

«...Esta Sala estima que la pena que guarda una mayor analogía con la de arresto de fin de semana es la trabajos en beneficio de la comunidad, elección que tiene su fundamento en el art. 88.1 CP, que permite la sustitución de la pena privativa de la libertad no mayor de un año por la trabajos en beneficio de la comunidad. En la medida en la que la pena originaria prevista en el art. 143 de la Ley de Régimen Electoral General era la de arresto mayor y, por lo tanto, de privación de libertad menor de un año, la equivalencia establecida tiene suficiente apoyo en la ley.

Se trata además de una equivalencia real, como no siempre puede darse en el derecho penal, dado que la pena de trabajo en beneficio de la comunidad compensa equitativamente la omisión de una colaboración social que la ley requería del acusado.

Consecuentemente, se debe imponer la pena de dos horas diarias de trabajo en beneficio de la comunidad durante dos meses, es decir, el tiempo equivalente al grado mínimo del antiguo arresto mayor». (F. J. Único)

## **PENALIDAD. Fijación de la multa.**

Recurso: Casación nº 716/2006  
Ponente: Sr. Soriano Soriano  
Sentencia: nº 1111/2006 de fecha 15/11/2006

«3. Esta Sala consciente de la frecuente penuria de datos en las causas, en evitación de que resulte inaplicable el precepto, ha ensayado una interpretación flexible del art. 50.5 del C.Penal, de tal modo que la fijación de la multa podrá fundamentarse en los siguientes extremos:

a) la acreditada situación económica concreta del sancionado, con apoyo expreso en la correspondiente pieza de responsabilidad civil.

b) alguna circunstancia específicamente reveladora de una determinada capacidad económica (propiedad de un automóvil o de la vivienda que ocupa, por ejemplo).

c) cuando menos, algún dato que el juzgador de instancia, desde la apreciación que le permite su inmediación en juicio, ponga de relieve, con argumentos racionalmente aceptables, en la motivación de su decisión al respecto.

d) en todo caso, incluso la posibilidad de que el Tribunal *ad quem* vislumbre, con los datos que se ofrezcan en el procedimiento, que la cuantía aplicada no aparece como desproporcionada, al no resultar excesiva dado su importe, situado con proximidad al límite legal mínimo, siempre que no pueda considerarse al condenado carente de todo tipo de ingresos». (F. J. 19º)

## **PENALIDAD. Individualización. Falta de motivación. Subsanación en casación.**

Recurso: Casación nº 2166/2005  
Ponente: Sr. Ramos Gancedo  
Sentencia: nº 761/2006 de fecha 10/07/2006

*«Es cierto que a la hora de individualizar las penas que se imponen, la sentencia no utiliza los criterios legales establecidos en el art. 66.1 C.P., las circunstancias personales del delincuente y la mayor o menor gravedad del hecho, limitándose a invocar la jurisprudencia de esta Sala en orden a distinguir la gravedad del delito y la gravedad del hecho, y a determinar lo que deba entenderse a los efectos del art. 66.1, por circunstancias personales del autor del delito, pero sin que esta introducción doctrinal tenga continuidad al abstenerse de aplicarla al caso enjuiciado.*

Ciertamente, la obligación de motivar las resoluciones judiciales que exigen los preceptos constitucionales invocados, se extiende también a la individualización de la pena, que corresponde al ámbito de la motivación jurídica de las sentencias; obligación que encuentra su reflejo en la modificación operada en el art. 72 C.P. por la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, con entrada en vigor el 1 de octubre de 2.004 (la sentencia recurrida lleva fecha de 4 de octubre de 2.005), que establece que "los jueces y tribunales, en la aplicación de la pena, .... razonarán en la sentencia el grado y extensión concreta de la impuesta".

Es cierto también que el Tribunal a quo omite toda justificación y razonamiento de la sanción finalmente fijada, por lo que la irregularidad no admite duda. Ahora bien, numerosos precedentes de esta Sala han declarado la posibilidad de subsanar la falta u omisión de motivación, resolviendo directamente la cuestión, cuando se trata de la individualización de la pena, preservando de esa forma el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas, siempre y cuando las circunstancias a tener en cuenta estén expresadas en la propia resolución de que se trate (SS.T.S. de 31 de marzo de 2.000, 21 de enero de 2.002, 30 de junio de 2.004, entre otras).

En el caso, entendemos que la innegable gravedad de los hechos imputados al acusado, la forma como éstos se ejecutaron y los demás datos que figuran en la narración de los hechos, justifican la respuesta punitiva que el Tribunal de instancia establece. Porque de lo que aquí se trata es de verificar que la respuesta punitiva a la conducta delictiva del acusado es proporcional a la gravedad de la misma atendiendo a la antijuridicidad y el nivel de desvalor de tal actuación, lo que en el supuesto de hecho examinado resulta incuestionable a la vista de que la conducta

desplegada por el acusado refleja fielmente un grado tal de maldad, brutalidad e inhumanidad, así como un proceder tan marcado por el desprecio y abuso, que necesariamente deben ser valorados a la hora de aplicar una respuesta sancionadora equitativa y proporcional a la gravedad del delito del art. 153 C.P. que configura ese modo de actuar con su esposa y también con sus hijos menores.

En cambio, no apreciamos que en el marco de la concordancia fáctica de la sentencia se reflejen circunstancias objetivas de la que pueda deducirse una especial gravedad del hecho en cuanto al delito de lesiones se refiere que permitan imponer la pena dentro del grado máximo de la legalmente establecida, toda vez que la entidad de las consecuencias lesivas que se especifican en el "factum", no justifican -dentro de los parámetros de equidad y proporcionalidad mencionados- una respuesta penológica realmente exacerbada, por lo que consideramos que la pena debe fijarse en diez meses de prisión». (F. J. 7º)

## **PENALIDAD. Individualización de la pena.**

Recurso Casación nº 1405/ 2003

Ponente: Sr. Berdugo Gómez de la Torre

Sentencia nº 1070/2004 de fecha 24/09/2004

«...» El desarrollo argumental del motivo en orden a si esta infracción denunciada es revisable o no en sede casacional, hace necesario recordar que el art. 66.1§ en su redacción anterior a la LO. 11/2003 de 29.9, establecía que en los casos de no concurrencia de circunstancias atenuantes ni agravantes, habrían de individualizar la pena los Tribunales, atendiendo a las circunstancias personales del delincuente y a la mayor o menor gravedad del hecho, indicándolo así en la sentencia- tras la reforma indicada esta facultad individualizadora se recoge ahora en la regla 6 del mismo art. 66 del CP.

Pues bien, la motivación, la individualización de la pena y las facultades discrecionales de los jueces son los tres conceptos en tomo a los que aquí gira el tema del recurso: con respecto a la motivación de las resoluciones judiciales, de acuerdo con las ss. T.S. 8-5 y 28-4-98, es evidente la necesidad de una explicación al silogismo judicial lo suficientemente aclaratoria como para saber que la solución dada al caso es consecuencia de una interpretación racional del ordenamiento y no el fruto de la arbitrariedad (T.C. 18-11-92, 20-5-93, 27-1-94, 17-3-97 y 16-12-97). La doctrina asumida de forma reiterada por la jurisprudencia (ss. T. S 26-12-91, 4-12-92, 25-5-93 1-10-94, 7-6-95, 12-6-98) contiene las siguientes aclaraciones:a) La obligación de motivar las sentencias que el art. 120.3 C.E. impone a los órganos judiciales, puesta en relación con el derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 C.E. que comprende entre otros el derecho a obtener una resolución fundada en Derecho con los Jueces y Tribunales, determina la necesidad de que las resoluciones judiciales (autos y sentencias) contengan una motivación suficiente, cuya carencia entraña la vulneración del art. 24.1 C.E.; b) El requisito de la motivación de las resoluciones judiciales halla su fundamento en la necesidad de conocer el proceso lógico-jurídico que conduce al fallo, y de controlar la aplicación

del Derecho realizada por los órganos judiciales a través de los oportunos recursos, a la vez que permite controlar la razonabilidad de las resoluciones judiciales. Actúa, en definitiva, para permitir el más completo ejercicio del derecho de defensa por parte de los justiciables, quienes pueden conocer así los criterios jurídicos en los que se fundamenta la decisión judicial, es decir, la ratio decidendi que ha determinado aquélla, y actúa también como elemento preventivo de la arbitrariedad en el ejercicio de la jurisdicción;c) La suficiencia de la motivación no puede ser apreciada apriorísticamente con criterios generales, sino que requiere examinar el caso concreto para ver si, a la vista, de las circunstancias concurrentes, se ha cumplido o no este requisito de las resoluciones judiciales. No exige que el órgano judicial se extienda pormenorizadamente sobre todos y cada uno de los argumentos y razones en que las partes fundan sus pretensiones, admitiéndose la validez constitucional de la motivación aunque sea escueta o se haga por remisión a la motivación de la resolución anterior.

DECIMO SEPTIMO: En el presente caso la obligación de motivar Viene además refrendada por el precepto que se dice incumplido, el art. 66.1 del Código. Otra cosa será determinar las consecuencias de tal incumplimiento.

Dicha regla, que se refiere a la 4 del antiguo art. 61, es ahora más concluyente en cuanto expresamente establece la obligación de razonar la conclusión a que llega respecto de la pena. Si en un principio se dijo que el art. 61.4 suponía un supuesto de discrecionalidad máxima, no susceptible de casación (ss. 28-5 y 25-2-91 y 28-9-99) posteriormente fue evolucionando, tal doctrina en aras del máximo respeto a la constitución, con la idea de que nunca pueda confundirse la discrecionalidad con la arbitrariedad.

Tal se decía en la s T.S. 21-5-93, como quiera que no puede existir, una norma que prevea todos y cada uno de los planteamientos fácticos sometidos a la conciencia de los jueces en orden a lo señalado en el art. 66.1, los jueces son soberanos, en principio, para imponer las penas en la cuantía que proceda según su arbitrio, facultad ésta, evidentemente potestativa, que no es absoluta precisamente porque ha de supeditarse a determinados condicionamientos como son la personalidad del acusado y la gravedad del hecho en función de los medios, modos o formas con que se realizó, también las circunstancias de todo tipo concurrentes. Las facultades discrecionales del repetido precepto forman parte de lo que se ha denominado discrecionalidad máxima no sujeta por lo común a control de superior prevalencia más que el que la propia conciencia imponga, distinto por completo de aquellas otras discrecionales que, en el juego de apreciaciones subjetivas distintas según circunstancias fácticas o propósitos de intenciones, comportan auténticos juicios de valor sometidos al trámite casacional.

Más, en la línea de lo que se viene exponiendo, cuando aquella función discrecional cuasi absoluta, sobrepase los condicionamientos a que está sometida, procederá la casación, si en la realización se pone de manifiesto, de forma incuestionable, la equivocación o el error valorativo sufrido en cuanto a los mismos, infringiéndose la legalidad con quebranto de las bases imprescindibles para la vigencia del precepto.



En conclusión, no cabe confundir la discrecionalidad, aunque fuere máxima, con la arbitrariedad y con la no explicación en las resoluciones judiciales del por qué de la decisión, tal impone, como se ha dicho, el art. 120.3 C.E. (s. 10-1-91), ausencia de motivación que en último caso sí puede subsanarse vía casación (s. 10-5-91).

DECIMO OCTAVO: La determinación de la pena al caso concreto (s. 7-6-94) responde a las exigencias que el principio de legalidad impone. La legalidad, la proporcionalidad y la tipicidad van íntimamente relacionadas entre sí, alrededor del art. 25 C.E. Porque la proporcionalidad supone la adecuación o la correspondencia de unas partes con el todo o de las partes entre si.

Tal exigencia ha de establecerse mediante un juicio de ponderación entre la carga coactiva de la pena y el fin perseguido por la comunicación penal, en relación o en atención a la gravedad del delito que a su vez vendrá definida por la intensidad del mal causado, del injusto y de la responsabilidad de su autor (ss. T.S. 25-6-90 y 19-11-92).

Pero, como dijo la s T.C. 22-5-86, el juicio de proporcionalidad corresponde en principio al propio legislador, si bien ello no impide que también haya de ser tenido en cuenta por el Juez a la hora de protagonizar la individualización de la pena, bien entendido no obstante que si ésta viene explícita e inequívocamente asegurada por el Código, el Juez no puede dejar de aplicarla bajo la excusa del principio de proporcionalidad, aunque a su alcance tenga en cualquier caso el hacer uso del art. 2 del citado Código para de alguna manera interpretar el precepto en función de la pena que lleve asociada.

La legalidad marca la tipicidad del hecho delictivo y su pena, pero ésta racionalmente ha de venir fijada por el legislador dentro de unos límites, más o menos amplios, dentro de los cuales el "justo equilibrio de ponderación judicial" actuará como fiel calificador de los hechos, jurídica y sociológicamente...»». (F.J. 16º, 17º, y 18º)

## **PENALIDAD. Motivación de la pena.**

Recurso: Casación nº 47/2003

Ponente: Sr. Sánchez Melgar

Sentencia nº 1099/2004 de fecha 07/10/2004

«...» El nuevo art. 72 del Código penal, reformado por LO 15/2003, con entrada en vigor el día 1-10-2004, ha introducido de nuevo en el texto punitivo la necesidad de motivación, señalando que "los jueces y tribunales, en la aplicación de la pena, con arreglo a las normas contenidas en este capítulo, razonarán en la sentencia el grado y extensión concreta de la impuesta".

Evidentemente, la gravedad del hecho a que se refiere este precepto no es la gravedad del delito, toda vez que esta «gravedad» habrá sido ya contemplada por el legislador para fijar la banda cuantitativa penal que atribuye a tal delito. Se refiere la ley a aquellas circunstancias fácticas que el Juzgador ha de valorar para determinar

la pena y que sean concomitantes del supuesto concreto que está juzgando; estos elementos serán de todo orden, marcando el concreto reproche penal que se estima adecuado imponer. Las circunstancias personales del delincuente son aquellos rasgos de su personalidad delictiva que configuran igualmente esos elementos diferenciales para efectuar tal individualización penológica. Ni en uno ni en otro caso se trata de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, ya que, en tal caso, su integración penológica se produce no como consecuencia de esta (antigua) regla primera del art. 66, sino de las restantes reglas. Aquí el legislador permite al juez recorrer toda la banda punitiva, pero argumentando en base a dichas consideraciones subjetivas y objetivas, cuál debe ser el reproche concreto que la ley concede al supuesto enjuiciado. Se trata, pues, de un ejercicio de discrecional reglada, que debe ser fundamentadamente explicado en la propia resolución judicial, y controlable en casación, por la vía de la pura infracción de ley (art. 849-1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal). Su inexistencia no determina la nulidad de la Sentencia con devolución para su explicación por el Tribunal de instancia, si dentro del marco de la fundamentación jurídica o concordancia fáctica de la Sentencia existen elementos de donde se pueda deducir tal individualización, siquiera sea implícitamente. Ello no significa, naturalmente, que se releve a los redactores de la Sentencias penales de dedicar uno o varios apartados a tal función, que tiene una suma importancia práctica, ya que la Sala sentenciadora, una vez que razonó sobre la existencia del delito y de su autor, debe acometer la importante misión de atribuir al hecho punible la sanción que el Código penal prevé en la medida que considere justa, o sea, legalmente aplicable al caso concreto enjuiciado, haciendo uso razonado de tal discrecionalidad...»». (F.J. 3º)

## **PENALIDAD. Pena de arresto de fin de semana en delito electoral. Sustitución de pena suprimida por pena análoga en aplicación disposición transitoria undécima del Código Penal. Acuerdo del pleno no jurisdiccional.**

Recurso: Casación nº 1847/2004

Ponente: Sr. Saavedra Ruiz

Sentencia: nº 272/2006 de fecha 20/02/2006

«...el delito del artículo 143 L.O.R.E.G. llevaba aparejadas las penas de arresto mayor y multa de 30.000 a 300.000 pesetas, junto a la pena de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo prevista en el artículo 137 de dicho Texto; promulgado el Código Penal de 1995, había que entender que estas penas quedaron sustituidas por las de arresto de siete a quince fines de semana y multa de tres a diez meses, además de la inhabilitación (Disposición Final Undécima); la reforma del Código Penal llevada a cabo por la L.O. 15/03, en vigor desde el 01/10/04, ha suprimido la pena de arresto de fin de semana, sin que se haya realizado previsión alguna para los tipos contenidos en la legislación penal especial que continúa estableciendo esta penalidad; como resultado de lo anterior se plantea qué sanción penal vendrá anudada a los hechos conminados con una pena de arresto de fin de semana ya desaparecida del catálogo de penas.

Pues bien, el Pleno no Jurisdiccional de esta Sala Segunda de 29/11/05 acordó sobre esta cuestión: "**al arresto de fin de semana, dentro del Código Penal, le son de aplicación el régimen de las Disposiciones Transitorias de este Cuerpo Legal. Las Disposiciones Transitorias del Código Penal, en particular la número 11, se aplican también en relación con las Leyes penales especiales**". Como ha tenido ocasión de explicar la S.T.S. 1626/05, posterior a dicho Acuerdo, en supuesto idéntico al presente, será de aplicación el apartado l) de la Disposición Transitoria Undécima del Código Penal, según la cual "*Cuando se hayan de aplicar leyes penales especiales .... se entenderán sustituidas ... cualquier otra pena de las suprimidas en este Código (en este caso, la pena de arresto de fin de semana), por la pena o medida de seguridad que el Juez o Tribunal estime más análoga y de igual o menor gravedad. De no existir o de ser todas más graves, dejará de imponerse*".- La nota de la equivalencia se encuentra en la Disposición Transitoria Octava, que establece que cada arresto de fin de semana se corresponde con dos días de privación de libertad, de suerte que la pena de arresto de 7 a 15 fines de semana equivale a privación de libertad de 14 a 30 días. Y a continuación entran en juego las normas de sustitución del artículo 88 C.P. según la regulación establecida en dicho precepto, siendo la pena de multa más favorable al acusado». (F. J. 2º)

## **PENALIDAD. Pena de prohibición de aproximación a la víctima de un delito. Procedencia.**

Recurso: Casación nº 567/2004

Ponente: Sr. Berdugo Gómez de la Torre

Sentencia nº 935/2005 de fecha 15/07/2005

«...» La pena de prohibición de aproximación a la víctima de un delito viene regulada en el art. 57 CP. y aunque se halla sistemáticamente ubicada entre las penas accesorias tiene incuestionablemente un tratamiento peculiar dentro de aquellas penas accesorias, tiene incuestionablemente un tratamiento peculiar dentro de aquellas penas accesorias, al punto de haber sido calificadas este elenco de prohibiciones como penas "accesorias impropias", en cuanto no se declara que otras penas las llevan consigo, sino otros delitos y su duración no se vincula a la pena principal frente a la norma general del art. 33.6 y precisamente porque no les llevan consigo otras penas no es de aplicación la regla del art. 79 CP. ni pueden ser impuestas sin petición de parte, pero su imposición resulta ser facultativa para el Juez o Tribunal, lo que constituye un elemento de sustancial diferencia con las penas accesorias previstas en los arts. 54 a 56 CP, de preceptiva imposición legal y que enlaza obligadamente con el principio acusatorio y el carácter rogado de las penas, quedando con ello sometido el ejercicio de la facultad de su imposición, en el caso de las prohibiciones del art. 5.7 a la previa petición de las partes acusadoras.

Por otro lado, directamente relacionado con el carácter facultativo de la imposición de alguna de las prohibiciones del art. 57 CP. se encuentra la ineludible carga que pesa sobre el órgano judicial que decide su imposición de explicitar en su resolución las circunstancias consideradas como determinantes de la prohibición

impuesta, estableciéndose en el referido precepto los parámetros legales que han de determinar su imposición, cuando alude el precepto de manera expresa y alternativa a "la gravedad del hecho o al peligro que el delincuente represente".

Pues bien, el presupuesto indispensable para adoptar una decisión de esta naturaleza radica en que nos encontremos ante uno de los delitos que se explicitan en el primer párrafo del art. 57 CP. Es incuestionable que, en este caso estamos ante un delito contra la libertad e indemnidad sexuales. Igualmente su efecto posible habrá de proyectarse sobre el autor de los hechos atendiendo a su gravedad y al peligro que el delincuente represente. La gravedad de los hechos puede ser calibrada con datos de carácter objetivo que, en este caso, se presentan como indiscutibles. Ahora bien, la peligrosidad del autor, hay que valorarla y pronosticarla en función de una serie de factores que entendemos que no sólo son personales. Es necesario conjugar la personalidad del delincuente con un pronóstico aproximado e incierto de reinserción, junto con factores complementarios, como los que pueden derivarse del peligro añadido, de la reaparición del delincuente en el lugar del delito donde el recuerdo podría estar muy arraigado y la sensibilidad de las víctimas - también las indirectas-, podría verse afectada.

Hasta ahora se venía estimando que, la medida era aconsejable, porque la presencia del autor podía desatar o generar la violencia entre los diversos protagonistas, activos y pasivos, del hecho delictivo. Por ello la medida podría resultar innecesaria si, por las circunstancias personales y sociales se hubiera producido la reconciliación, debido al perdón solicitado o simplemente por la generosidad de las víctimas, en estos casos, la medida carecería de sentido porque la ofensa o conturbación que podrían sufrir los principales protagonistas estaría atenuada, o casi desaparecida.

Por otro lado no podemos desconocer que con esta medida, que, según la sentencia de esta Sala 369/2004 de 11.3, equivale a un destierro, se puede incidir sobre bienes constitucionales, cuya afectación no estaba prevista por el legislador. Una vez cumplida la pena privativa de libertad, su derecho a la libre circulación se encontraría limitado, en cuanto que existiría una zona del territorio a la que no podía encaminarse, lo que limitaría el derecho reconocido en el art. 19 CE, recayendo sobre una persona que al cumplir la pena de prisión ya no está privada de libertad.

Asimismo las posibilidades de reinserción social serían menores si se le privase de la posibilidad de vivir con su familia y acceder a un puesto de trabajo, lo que supondría una confrontación con el art. 25.2 CE. que establece que las penas estarán encaminadas a la racionalización y reinserción social.

La víctima puede y debe exigir, que se le repare en la mayor proporción posible, la lesión de los bienes jurídicos que han sido vulnerados pero, en el caso del alejamiento posterior al cumplimiento de la pena, no se trata de un bien jurídico del que sea titular, sino de una medida de prevención general que, sin descuidar sus sentimientos, está más bien encaminada a la protección de la concordia social y a la evitación de males adicionales.

En consecuencia, conjugando todos estos factores, estimamos que durante los posibles permisos penitenciarios que se le concedan, o en el periodo de libertad

condicional, cuando se produzca la salida de la prisión por cualquier otra causa con la debida autorización (STS. 1471/2000 de 2.10), la prohibición de acercarse al lugar donde tuvo lugar el crimen está plenamente justificada, en cuanto que nos encontramos ante una consecuencia natural de la pena privativa de libertad que, si cumpliese sin interrupciones, impediría la presencia del condenado en su lugar de residencia y de la víctima.

Ahora bien, una vez extinguida la pena privativa de libertad, la accesoria de prohibición de acercarse al lugar donde reside la víctima debe ser atemperada en función de los factores antedichos y en base a los mismos su duración debe establecerse en un máximo de dos años y 6 meses, con la parcial estimación del motivo...»». (F.J. 16º)

## **PENALIDAD. Penas accesorias. Inhabilitación absoluta. Privación de patria potestad. Improcedente.**

Recurso: Casación nº 215/2004P  
Ponente: Sr. Soriano Soriano  
Sentencia nº 1378/2004 de fecha 29/11/2004

«...» Al pronunciarse la sentencia, en el fundamento tercero (penúltimo párrafo, pág. 12), sobre las penas accesorias, nos dice que "en consonancia a lo señalado en el art. 55 del C.P. el delito de asesinato lleva aparejada la imposición de la pena accesoria de inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena, por lo que procede acordar la misma en tal sentido, debiendo de subsumirse en aquélla la inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad prevista en el art. 46 C.P. hasta que los hijos menores alcancen la mayoría de edad....".

La primera parte de la proposición es correcta, en el sentido de decretar la inhabilitación absoluta por el delito de asesinato (18 años) con las consecuencias legales previstas en el art. 55 C.P., pero no es posible incluir la inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad, sencillamente por no estar prevista esa pena de forma expresa en el Código para esta situación, ni como principal o autónoma, ni como accesoria.

En ausencia de previsión legal es obvio que se infringe el principio de legalidad penal. No hace falta añadir mas argumentos, que poner de relieve ese dato y remitirse al Pleno no jurisdiccional de esta Sala de 26 de mayo de 2000, en que en un caso similar, esto es, debiendo imponerse la inhabilitación absoluta, la decisión de acordar la privación o suspensión de la patria potestad se remitió a los órganos civiles y administrativos competentes.

Pero desde otro punto de vista, no desdeñable jurídicamente, tampoco podría prosperar el motivo, por infringir la sentencia el principio acusatorio. La medida se impone sin haberla solicitado ninguna de las partes acusadoras (Fiscal o acusación

particular) y por tanto sin posibilidad de someterla a la debida contradicción, con la consiguiente indefensión (art. 24 C.P.).

Si reparamos en los escritos acusatorios, tanto en calificaciones provisionales como definitivas, advertimos que el Fiscal no la pide y la acusación particular -- como refleja el antecedente de hecho tercero-- solicita como pena accesoria la privación de la patria potestad, exclusivamente por los dos delitos de detención ilegal cometidos por el acusado contra sus hijos, y además con base en el art. 56 del C.Penal y no en el 55 del mismo texto legal, que aplica indebidamente el Tribunal sentenciador.

Todavía cabría preguntarse si sobre esos dos delitos, castigados con penas inferiores a 10 años (5 años de prisión por cada uno) sería posible, en concepto de pena accesoria, imponer la suspensión o inhabilitación del ejercicio de la patria potestad, acogiéndose al dato de que el mentado art. 56, nos habla de inhabilitación especial "para empleo o cargo público, profesión, oficio, industria o comercio o cualquier otro derecho si éstos hubieran tenido relación directa con el delito cometido, debiendo determinarse en la sentencia esa vinculación".

Esta Sala entiende que no puede incluirse dentro de la genérica expresión "cualquier otro derecho" la inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad. El Código cuando ha querido imponerla, la ha anudado a determinados delitos en su consideración de pena autónoma.

Las penas autónomas o principales de inhabilitación especial que establece nuestro Código son las siguientes:

a) inhabilitación especial para empleo o cargo público (art. 42 C.P.).

b) inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo (art. 44 C.P.).

c) inhabilitación especial para profesión, oficio, industria o comercio o cualquier otro derecho (art. 45).

d) inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento (art. 46 C.P.).

Pues bien, estas penas, como principales, las prevé el Código para los siguientes delitos:

a) delitos contra la libertad sexual del menor o incapaz, cometidos por las personas encargadas de los mismos (art. 192.2 C.P.).

b) alteración del estado civil del menor cometida por ascendiente, por naturaleza o adopción (art. 220.4 C.P.).

c) venta de menores a otras personas para que establezcan relaciones análogas a la filiación (art. 221.1 C.P.).

d) abandono de familia (art. 226.2 C.P.).

e) abandono de menores o utilización de los mismos para la mendicidad (art. 233.1 C.P.).

De acuerdo con lo expuesto es patente e incontestable que si dentro de las penas principales de inhabilitación, en el art. 45 del C.P. se hace alusión a la inhabilitación "de cualquier otro derecho" no puede estar incluido en dicha expresión el derecho relativo al ejercicio de la patria potestad que merece una consideración especial y diferente en el artículo siguiente.

El art. 45 podrá referirse a cualquier derecho que no sea de los previstos en el art. 46 del C.Penal.

En atención a lo manifestado y trasladando el problema a las penas "accesorias" de inhabilitación especial, el art. 56 C.P. que las establece para las principales de hasta 10 años de prisión, menciona las siguientes:

a) inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo. Utiliza los mismos términos de los que se sirve la pena autónoma prevista en el art. 44 C.P.

b) la inhabilitación especial para profesión, oficio, industria o comercio o cualquier otro derecho, términos textualmente idénticos al art. 45 C.P.

Como podemos observar el art. 56 no menciona, ni la inhabilitación especial para empleo o cargo público (art. 42 C.P.) ni la referida a la privación del ejercicio de la patria potestad del art. 46 C.P.

La conclusión obvia es que el legislador no las ha querido imponer como accesorias, y, por consiguiente, no las ha previsto como tales en el Código.

Pero todavía más. Aunque a efectos dialécticos entendieramos que fuera posible acordar la imposición de esta pena accesoria (lo que no es factible, como tenemos dicho), el propio art. 56 establece la necesidad de exteriorizar la relación directa existente entre el delito cometido y el derecho a que se refiere la inhabilitación, debiéndose determinar expresamente en la sentencia.

En el fundamento tercero, párrafo final, se dice por el Tribunal de instancia "el modo de actuar del acusado en nada puede beneficiar el cuidado y educación de sus hijos, sino todo lo contrario, lo que hace aconsejable tal privación en aras a la tutela de los miembros más débiles y necesitados de protección de la unidad familiar".

Con ello la Audiencia hace referencia a la conveniencia de adoptar la medida, pero no que el sujeto activo haya visto favorecida la comisión del delito por el oficio o profesión que desempeña. No puede decirse que el recurrente cometiera el hecho punible como consecuencia del ejercicio de las funciones inherentes a la patria potestad, pues nada hay más contrario al desempeño de ese cometido que los execrables actos realizados por aquél.

Consecuentemente y por todas las razones expuestas el motivo debe merecer acogida, dejando sin efecto la medida de privación de patria potestad, acordada como pena accesoria en la sentencia, sin perjuicio del derecho de las partes interesadas y del M<sup>o</sup> Fiscal, dada su legitimación, a acudir a la vía civil o

administrativa correspondiente para que se acuerde tal medida, si se estimare conveniente...»». (F.J.5º)

## **PENALIDAD. Penas suprimidas por el legislador recogidas en leyes penales especiales.**

Recurso: Casación nº 1325/2005

Ponente: Sr. Martínez Arrieta

Sentencia: nº 628/2006 de fecha 08/06/2006

«..Pues bien, esta vía ha sido apoyada y respaldada por el Pleno no jurisdiccional de esta Sala Segunda de 29 de noviembre de 2.005 que adoptó por mayoría, el siguiente Acuerdo: "**al arresto de fin de semana, dentro del Código Penal, le son de aplicación el régimen de las Disposiciones Transitorias de este Cuerpo Legal. Las Disposiciones Transitorias del Código Penal, en particular la número 11, se aplican también en relación con las Leyes penales especiales**".

Así las cosas, sería de aplicación el apartado l) de la Disposición Transitoria Undécima del Código Penal, según la cual "Cuando se hayan de aplicar leyes penales especiales ... se entenderán sustituidas .... cualquier otra pena de las suprimidas en este Código (en este caso, la pena de arresto de fin de semana), por la pena o medida de seguridad que el Juez o Tribunal estime más análoga y de igual o menor gravedad. De no existir o de ser todas más graves, dejará de imponerse".

La nota de la equivalencia se encuentra en la Disposición Transitoria Octava, que establece que cada arresto de fin de semana se corresponde con dos días de privación de libertad, de suerte que la pena de arresto de 7 a 15 fines de semana equivale a privación de libertad de 14 a 30 días. Y a continuación entran en juego las normas de sustitución del art. 88 C.P. según la regulación establecida en dicho precepto». (F. J. 2º)

## **PENALIDAD. Privación de patria potestad. Ámbito de aplicación como pena accesoria.**

Recurso: Casación nº 2458/2005

Ponente: Sr. Puerta Luis

Sentencia: nº 815/2006 de fecha 13/07/2006

*«Se refiere aquí el Ministerio Fiscal a la pena de "privación de la patria potestad de la condenada sobre su hijo por el tiempo de la condena", rechazada por el Tribunal sentenciador, por no estar expresamente prevista en el delito de asesinato, aunque sí lo está la inhabilitación absoluta (art. 55 CP), en tanto que "el artículo 56 del Código Penal contempla (...) en su número 3º la inhabilitación especial para "cualquier otro derecho si .. hubiera tenido relación directa con el delito*



*cometido”, lo que entendemos sería aplicable a este supuesto en que es precisamente su negativa a asumir la condición de madre y ejercer la patria potestad la que lleva a la condenada a la ejecución del delito por el que se le ha juzgado”. “No deja de causar extrañeza –dice el Ministerio Fiscal- que quien ha sido condenado como autor de un asesinato intentado en la persona de su hijo no sea privado de la patria potestad en el proceso penal en el que se juzgan los hechos”.*

Aunque es indudable que la cuestión aquí planteada puede ser objeto de controversia doctrinal, sin embargo en el plano jurisprudencial este Tribunal ha tomado posición al respecto (Acuerdo del Pleno de la Sala Segunda de 26 de mayo de 2000), sobre la base del respeto debido a los principios de legalidad y de taxatividad inherentes al Derecho Penal [(lex previa, certa, scripta); (arts. 9.3 y 25.1 C.E.; y art. 2.1 C. Penal)], de los que se desprende claramente la conclusión de que los Jueces y Tribunales solamente podrán imponer la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad [v. art. 39 b) del C. Penal], en los casos en que el legislador lo haya así establecido expresamente para concretos y determinados tipos penales. En este sentido, se dice en la STS de 11 de septiembre de 2000, que “aunque el Código Penal recoge entre las penas privativas de derechos la inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad arts. 39 b) y 46, la impone en los tipos de los artículos 192.2, 226.2 y 233.1, no en el tipo de homicidio del artículo 138, sancionando con pena de prisión de diez a quince años. A su vez como pena accesoria (art. 54), la inhabilitación absoluta, que acompaña a la pena privativa de libertad superior a diez años (art. 55), no incluye el ejercicio del derecho de la patria potestad (v. art. 41 CP); y la de inhabilitación especial –accesoria en todo caso de las privativas de libertad de hasta diez años (art.56) –aún referida a “cualquier otro derecho” aparte los expresamente citados en el artículo 56, precisa para su imposición que tal derecho haya tenido relación directa con el delito cometido, debiendo determinarse expresamente en la sentencia esta vinculación; (...)”.

Por todo lo expuesto, este motivo no puede prosperar; sin perjuicio, lógicamente, de que el Ministerio Fiscal, en el ámbito de las funciones que legalmente tiene encomendadas, promueva oportunamente las acciones pertinentes para alcanzar el objetivo pretendido ante la jurisdicción civil (v. art. 170 C. Civil y art. 3.7 EOMF)». (F. J. 3º)

## **PENALIDAD. Responsabilidad penal subsidiaria. Límite.**

Recurso: Casación nº 747/2005P

Ponente: Sr. Sánchez Melgar

Sentencia: nº 449/2006 de fecha 17/04/2006

«Como señala la doctrina de esta Sala (exponentes de la misma son, entre otras, las Sentencias de 23 abril y 26 septiembre 1996), interpretando el CP de 1973, cuando se condena por un delito a pena de más de seis años de privación de libertad, no puede imponerse al condenado la responsabilidad subsidiaria prevista en el art. 91 del CP 1973 para el supuesto de impago de las penas de multa impuestas; llegando a aplicarse esta regla para aquellos otros supuestos en que la privación de libertad

impuesta al condenado no alcance los seis años, pues, «si existe arresto sustitutorio de una pena de multa, dicho arresto no podrá rebasar nunca, junto a la referida pena de prisión, a los seis años, porque en otro caso se conduciría al absurdo de ser de mejor condición el condenado a pena de seis años y un día que el que lo fue, por ejemplo, a las de cinco años y once meses, sin arresto sustitutorio aquélla y con un posible arresto sustitutorio ésta que pudiera exceder en su cómputo de los seis años y un día» (véanse las Sentencia de 1 febrero 1994 y la más cercana de 30 de mayo de 1997).

Tras la promulgación del CP 1995, se mantiene esta misma línea interpretativa por la jurisprudencia, así, la Sentencia de esta Sala de 16 de mayo de 2000, realizando un exhaustivo estudio de esta cuestión, mantiene que el art. 53.3º del Código Penal de 1995 establece que la responsabilidad personal subsidiaria que proceda por impago de la pena de multa no se impondrá a los condenados a pena de multa privativa de libertad superior a cuatro años. Una interpretación literal o meramente formal de la norma conllevaría la desestimación del recurso, pues en los casos en que la pena privativa de libertad impuesta no es "superior" a cuatro años, sino justamente de cuatro años, si atendemos al espíritu y finalidad de la norma que, conforme al principio de proporcionalidad, pretende imponer determinados límites a las penas privativas de libertad, impidiendo que ésta se prolongue más allá de lo debido en función de una cuestión accesorias como es la responsabilidad personal subsidiaria derivada de la multa, observamos que el legislador, en uso de su voluntad soberana, ha situado dicho límite precisamente en cuatro años, y dicha finalidad se frustraría si, a través de una interpretación literal y formal, el condenado acabase cumpliendo una pena privativa de libertad superior al límite legal de cuatro años, precisamente por la acumulación de la responsabilidad subsidiaria a la pena inicialmente impuesta.

En consecuencia, el art. 53.3º del Código Penal debe ser interpretado en el sentido de que la responsabilidad subsidiaria no se impondrá a los condenados en la medida en que, junto con la pena de prisión impuesta, resulte una pena privativa de libertad superior a cuatro años, límite que no se podrá rebasar nunca como consecuencia de dicha responsabilidad personal. Dicho precepto, en su redacción vigente (no aplicable a este caso), lo eleva a cinco años de prisión (LO 15/2003).

Pues, bien, en Acuerdo de Pleno de la Sala de 1 de marzo de 2005, se llegó a esta misma conclusión, declarándose que "la responsabilidad personal subsidiaria de la pena de multa **debe sumarse** a la pena privativa de libertad a los efectos del límite del art. 53.3 CP."

En el caso de Luis Jiménez Santiago, ha sido condenado por dos delitos, por el primero, el correspondiente al delito contra la salud pública, le ha sido impuesta la pena de 4 años y 6 meses de prisión, y una multa de 161.000 euros, con la responsabilidad personal subsidiaria que se corresponde con un arresto de tres meses en caso de impago, y por un delito de blanqueo de capitales, a la pena de 3 años y 6 meses de privación de libertad, y multa de 1.846.168 euros, con responsabilidad personal subsidiaria de tres meses.

Consecuentemente, la responsabilidad personal subsidiaria respecto del primer delito debe dejarse sin efecto, pero no pueden sumarse a estos efectos las

penas *de todos los delitos*, porque, como también se acordó en dicho Pleno, “**en los casos de penas de prisión distintas, cada pena es independiente siempre y no se suman a los efectos del art. 53.3 CP.**”» (F. J. 6º)

## **PENALIDAD. Supuestos de pluralidad de hechos en los que parte de ellos ya han sido objeto de enjuiciamiento y condena.**

Recurso: Casación nº 2291/2004  
Ponente: Sr. Martínez Arrieta  
Sentencia: nº 1395/2005 de fecha 23/11/2005

«La cuestión deducida no se resuelve sólo con la exposición del principio, sino que es preciso determinar cuál sea el límite penológico para no comprometer la proporcionalidad de las penas. Pueden haber dos soluciones, y las dos han sido adoptadas por Sentencias de esta Sala. Una primera, es la de establecer que en la segunda sentencia se descuente la pena impuesta en la primera, solución que se adopta en la STS de 20.4.2004 "de suerte que fijada la pena que le correspondería por su intervención en los hechos ahora enjuiciados, se le descuente la pena que se le impuso en aquella sentencia porque bien pudo haberse enjuiciado todo en un único procedimiento". Otra solución fue la adoptada en la STS 18.10.2004, en la que se declara que en estos supuestos el límite sancionador no debe verse superado por la previsión normativa prevista en el Código penal, esto es, las penas impuestas en las sentencias condenatorias no deben superar el marco penal correspondiente al hecho delictivo. En este caso, los recurrentes han sido condenados por un delito continuado de falsedad documental en concurso ideal con otro continuado de estafa agravada por la notoria cantidad de la defraudación.

Esta segunda es la solución que adoptamos al considerar más respetuoso con el principio de proporcionalidad en cuya virtud las penas impuestas no puedan superar el marco penal previsto por el legislador penal en el ejercicio de sus competencias legislativas, fijando una ordenada evaluación de los intereses en conflicto». (F. J. 4º)

## **PENALIDAD. Sustitución de las penas privativas de libertad. Expulsión del territorio nacional.**

Recurso: Casación nº 183/2004P  
Ponente: Sr. Ramos Gancedo  
Sentencia nº 1249/2004 de fecha 28/10/2004

«...» Conviene recordar que con anterioridad a la modificación operada por la Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, el art. 89 C.P. disponía en su inciso primero que las penas privativas de libertad inferiores a seis años impuestas a un

extranjero no residente legalmente en España "... podrán ser sustituidas por la expulsión de territorio nacional". Así, la doctrina de esta Sala de casación declaraba (véase STS de 2 de junio de 1.999) que la decisión del Tribunal sentenciador en esta materia no era otra cosa que el ejercicio de una facultad discrecional de primer grado que le otorga la Ley, como se deduce del empleo de la expresión legal "podrán" de que se hace uso en el precepto y, por consiguiente, no censurable en casación, ya que, una vez acreditado que el acusado carece de residencia legal en España, se trata de una decisión del juzgador no sometida a condición ni a criterio legal alguno preestablecido, pues si así fuese estaríamos ante un caso de discrecionalidad reglada o arbitrio de segundo grado, que podría ser impugnada casacionalmente cuando se alegase la falta de concurrencia de dichas condiciones.

La mencionada Ley Orgánica 11/2003, ha modificado el art. 89 C.P., utilizándose ahora la fórmula imperativa del "serán", que determina la obligatoriedad de la sustitución en los mismos supuestos, pero, no obstante esa regla general, admite la excepción cuando el Juez o Tribunal, de forma motivada aprecie que la naturaleza del delito justifica el cumplimiento de la condena en un centro penitenciario en España.

Esta excepción legal es la que fundamenta la legalidad de la decisión de la Audiencia y, en consecuencia, la correcta aplicación del precepto. No es cierto -como sostiene el motivo- que la sentencia no exponga las razones por las que el Tribunal a quo deniega la solicitud de sustituir la pena de prisión por la expulsión, pues basta con la lectura del Fundamento Jurídico segundo para comprobarlo, donde se contiene la motivación requerida por la norma para acudir a la vía de la excepción establecida por el legislador..."...

...«...» La motivación de la resolución judicial no sólo existe, sino que se muestra convincente, razonable y fundada, máxime cuando la sustitución pretendida por la parte recurrente, además de la impunidad que menciona la sentencia respecto de conductas de inequívoca gravedad como es el tráfico de drogas, lo que impulsaría la proliferación de tan dañinas actividades por ciudadanos extranjeros ante la garantía de que, de ser descubiertos, serían repatriados a su país tras escaso tiempo de prisión (en el caso presente, cinco meses), además, decimos, debe subrayarse que quedaría seriamente lesionado tanto el efecto resocializador de la pena como la prevención general que se encuentra ínsita en ésta, finalidad que quedaría gravemente afectada dado el notable número de extranjeros que residen irregularmente en nuestro país, como la incesante corriente correos de la droga que - como en el caso enjuiciado- constituyen el vehículo (humano) por el que entran en España cantidades nada despreciables de drogas peligrosas que se consumen luego en el país.

Por otra parte, tampoco pueden ser acogidas las demás alegaciones del recurrente que pretenden reforzar el anterior reproche. El hecho de que el delito de tráfico de drogas no figure entre los ilícitos que expresamente figuran en el art. 89 C.P. a los que no cabe aplicar la sustitución, no significa que de modo mecánico y sistemático se deba de sustituir la pena de prisión por la expulsión en todos los demás delitos tipificados en el Código, siempre y cuando -como aquí acontece- el Tribunal motive y justifique razonada y racionalmente su decisión..."». (F.J. 1º)

## **PENALIDAD. Sustitución de penas privativas de libertad. Expulsión del territorio nacional: criterios insostenibles para oponerse a la medida.**

Recurso: Casación nº 705/2005 P  
Ponente: Sr. Bacigalupo Zapater  
Sentencia: nº 172/2006 de fecha 17/02/2006

«...Los dos motivos del Ministerio Fiscal pueden ser tratados en forma conjunta dado que, si se desestima el segundo, el primero carecerá de objeto. Sostiene el Fiscal ante el Tribunal Supremo que no es correcta la sustitución de la pena impuesta a un extranjero por la expulsión del territorio nacional, dado que existirían razones que justifiquen el cumplimiento de la pena en España. Asimismo considera el Fiscal que se ha infringido el art. 53 CP. porque no se ha impuesto la medida sustitutoria por incumplimiento de la de multa.

El recurso debe ser **desestimado**.

Sostiene la Fiscalía que el acusado sólo estuvo privado de su libertad poco tiempo y que su expulsión generará un "sentimiento de impunidad", "un favorecimiento o promoción del tráfico de heroína en España" y que deja abierta la posibilidad de que "pueda volver a España con otro nombre diferente".

La Sala considera que estos argumentos se refieren, en realidad, a la idoneidad abstracta de la medida prevista por el legislador. Por lo tanto, dado su carácter general resultarían una crítica político-criminal de la legislación vigente, que no autorizaría a los tribunales a no aplicar la ley. Desde el punto de vista del presente recurso, esta Sala entiende que las consideraciones del Ministerio Fiscal no guardan proporción con el presente caso, en el que se trata de la venta de una papelina de cocaína y en la que no existe ninguna constancia de que el condenado tenga un historial criminal que permita suponer su reincidencia ni su propósito de violar en el futuro las reglas de inmigración mediante un cambio nombre y la eventual falsificación de su documentación personal. Es evidente que el delito cometido se explica, probablemente, por la falta de trabajo del acusado y por su situación de ilegalidad inmigratoria. Nada de ello lo justifica, como debe quedar claro. Pero, por ahora, sólo revelan la ocasionalidad del acusado y la falta de un interés especial en este caso de que nuestro sistema penitenciario se haga cargo del mismo». (F. J. 1º)

## **PENALIDAD. Tentativa. Determinación de la pena inferior en grado.**

Recurso: Casación nº 1417/2004  
Ponente: Sr. Maza Martín  
Sentencia: nº 1331/2005 de fecha 16/11/2005

«...lo cierto es que las penas impuestas incumplen lo previsto en el inciso segundo de la regla 2ª del artículo 70.1 del Código Penal, en la redacción dada por la Ley Orgánica 15/2003 que, aunque con entrada en vigor con posterioridad a los hechos que aquí nos ocupan, ha de resultar de aplicación retroactiva por su mayor favorabilidad y máxime cuando las dudas que ya suscitaba el texto legal precedente habían sido resueltas por esta Sala, en Sentencias como la de 12 de Marzo de 2004, en la forma siguiente:

*“Partiendo de lo afirmado debe tenerse presente la necesidad de bajar la pena cuando menos un grado (véase Sala General no jurisdiccional de 23 de marzo de 1998), ya que en el hecho concurren dos atenuantes (genérica de drogadicción, art. 21-2 C.P., analógica de confesar a las autoridades la infracción, art. 21-6, en relación al 21-4 C.P.).*

*A continuación el Fiscal hace la siguiente consideración: la pena impuesta (3 años) sirve al mismo tiempo como partida del mínimo legal correspondiente al tipo básico y como máximo de la pena inferior en un grado.*

*La consideración es, en principio, certera si partimos de la imprecisión o dificultades de deslinde y diferenciación que plantea el nuevo Código, frente al derogado, en el que las penas se distinguían por añadirse un día en los límites iniciales del recorrido penométrico.*

*Nuestro Código (art. 70) no precisa hasta esos límites, pero ello tampoco debe impedir que los Tribunales, en su labor hermenéutica, intenten llevar a cabo ciertos distingos. Es un tanto ilógico considerar que 3 años de prisión puede ser a la vez pena básica y pena rebajada, esto es, hallarse dentro de la extensión penológica de la pena base y la pena inmediatamente inferior en grado. La contradicción podría obviarse, aunque la ley no lo precise, añadiendo o disminuyendo un día partiendo de las magnitudes que el Código establece.*

*Si el tráfico de drogas que causa grave daño a la salud, no cualificado, se castiga con pena que va de 3 a 9 años, deberemos entender que esas cuantías de pena se hallan incluidas dentro de la pena que se señala. La pena superior debería empezar a partir de 9 años y un día y la pena inferior en la máxima extensión, debía ser de tres años menos un día. Reforzaría este idea interpretativa la ausencia de precisiones en el art. 70 C.P. y la amplitud de las penas inferior y superior. Si la pena inferior se forma reduciendo de tres años la mitad (año y medio) y el legislador quiere que el grado inferior tenga una extensión de 1 año y medio, si se computa esta cifra, esto es, se parte de 18 meses, cuantía de pena que se cuenta, al no considerar incluido en ese límite inferior los 3 años, las posibilidades o recorrido penológico sería de 18 meses exactos.*

*Lo mismo puede decirse de la pena superior; si se computa la magnitud de 13 años y 6 meses, no contando la cuantía de 9 años, sino empezando el cómputo de 9 años y 1 día, la pena tendría una extensión total de 4 años y 6 meses, que es lo pretendido por el legislador.”*

La norma referida literalmente dispone que *“El límite máximo de la pena inferior en grado será el mínimo de la pena señalada por la ley para el delito de que se trate, reducido en un día o en un día multa según la naturaleza de la pena a imponer”*.

Por lo que si la sanción prevista para el delito consumado es la de uno a seis años de prisión y multa de seis a doce meses (art. 250 CP), por mucho que esté plenamente justificada la decisión del Tribunal “a quo” en cuanto a la procedencia de la aplicación de las penas en su máximo límite legal, éstas no pueden rebasar las de un año menos un día de prisión y seis meses menos un día de multa». (F.J. 2º)

### **PENALIDAD. Una pena más grave –procedente- sería un obstáculo para la atención a la víctima.**

Recurso: Casación nº 476/2006  
Ponente: Sr. Puerta Luis  
Sentencia: nº 1/2007 de fecha 02/01/2007

«...entiende este Tribunal que, en el presente caso, la principal exigencia de la justicia debe ser, sin la menor duda, la atención a la víctima (el resarcimiento económico de Doña Visitación), para lo cual podría constituir un obstáculo la imposición al acusado de una pena más grave, en cuanto ello pudiera afectar negativamente a las posibilidades de hacer frente el mismo a su obligación de indemnizar a la víctima (v. art. 80 C. Penal). De ahí que se estime procedente la desestimación de este motivo, exclusivamente, con la finalidad indicada, con objeto de no limitar las facultades del Tribunal que ha de llevar a cabo la ejecución de la sentencia (v. art. 985 y 986 LECrim.), el cual deberá tomar las decisiones oportunas, desde la perspectiva indicada, ponderando a tal fin el conjunto de circunstancias concurrentes». (F. J. 3º)

### **POLICÍA JUDICIAL: Configuración en nuestro ordenamiento: consideración como tal del servicio de vigilancia aduanera.**

Recurso: Casación nº 1285/2004  
Ponente: Sr. Giménez García  
Sentencia: nº 297/2006 de fecha 06/03/2006

«En su escueta argumentación por la vía de la vulneración de derechos constitucionales denuncia violación de los arts. 238 y 240 LOPJ solicitando nulidad de las actuaciones de los funcionarios del Servicio de Vigilancia Aduanera y de todas las resoluciones judiciales en cuanto les encomendaron a este Cuerpo la intervención de las conversaciones telefónicas sin ser Policía Judicial.

No es la primera vez que esta cuestión se suscita en la Sala. Al respecto existe una consolidada doctrina de esta Sala, a partir del Pleno no Jurisdiccional de Sala de

14 de Noviembre de 2003 en el que se adoptó una decisión uniforme ante algunas vacilaciones y dudas que existían.

La policía judicial es una pieza esencial en todo sistema de justicia penal al estarle encomendadas las esenciales funciones de averiguación de los delitos, descubrimiento de sus autores y recogida de efectos, instrumentos y pruebas, como prevé el art. 282 LECriminal y 547 LOPJ, todo ello bajo la dirección de los Jueces y del Ministerio Fiscal.

Sin duda el sistema de policía judicial más "judicializado", sería aquel en el que el Poder Judicial tuviera una Policía dependiente orgánica y funcionalmente, sin interferencia de otro Poder del Estado.

Ciertamente no es este el sistema que rige en España, ya que si, de un lado la existencia de la Policía Judicial está constitucionalizada en el art. 126, lo que constituye una previsión que no tiene precedentes en los textos constitucionales de nuestro entorno cultural y jurídico, es lo cierto que el sistema que inaugura --más exactamente que continúa--, es el de la doble dependencia orgánica en favor del Ministerio de Interior, o en su caso de las Consejerías de Interior de las Comunidades Autónomas que tengan esta previsión, y dependencia funcional de los Jueces, Tribunales y del Ministerio Fiscal "*...en sus funciones de averiguación del delito y descubrimiento y aseguramiento del delincuente, en los términos que la Ley establece...*". Art. 126 C.E. citado en todo caso hay que llamar la atención sobre la exigencia de una policía judicial que, al menos, en su aspecto funcional dependa de Jueces y Ministerio Fiscal como presupuesto indispensable para poder hablar de un poder judicial verdaderamente independiente.

(...)

Tratando de sistematizar esta compleja situación podríamos decir que en España coexisten dos sistemas o modelos no excluyentes entre sí.

a) Un modelo de Policía Judicial concentrado que da lugar a una Policía Judicial específica a la que se refieren los arts. 444 y siguientes de la LOPJ y 29 y siguientes de la Ley Orgánica 2/86, incluyéndose las Unidades que puedan crearse en los Cuerpos de las Policías Autónomas de las Comunidades antes citadas, Ertzaintza, Forales y Mosos d'Esquadra, en virtud de la específica previsión estatutaria.

b) Un modelo de Policía Judicial genérica que encuentra su origen en el art. 283 LECriminal que sigue en vigor, que da lugar a una Policía Judicial de carácter colaborador. Dentro de ella, todavía se pueden distinguir unos colaboradores específicos donde se situaría el Servicio de Vigilancia Aduanera, y unos colaboradores genéricos integrados por los policías locales y los autonómicos de aquellas Comunidades Autónomas en cuyos estatutos no exista previsión de creación de cuerpos policiales, en los términos del art. 37-3º de la Ley 2/86.

La doctrina jurisprudencial de esta Sala ha sido prácticamente unánime, en lo referente a considerar al SVA como parte integrante de la Policía Judicial, a salvo las matizaciones de la STS 1231/2003.



Precisamente para resolver la contradicción y tener una opinión uniforme, esta Sala, en su condición de último intérprete de la legalidad penal ordinaria, en el Pleno no Jurisdiccional de 17 de Noviembre de 2003 tomó el acuerdo siguiente:

*"1º).- El artículo 238 de la L.E.Criminal no se encuentra derogado, si bien debe ser actualizado en su interpretación.*

*2º).- El Servicio de Vigilancia Aduanera no constituye policía judicial en sentido estricto, pero sí en el sentido genérico del art. 283.1º de la L.E.Criminal, que sigue vigente. Conforme establece la Disposición Adicional Primera de la L.O. 12/95, de 12 de Diciembre sobre Represión del Contrabando, en el ámbito de los delitos contemplados en el mismo tiene encomendadas funciones propias de Policía Judicial, que debe ejercer en coordinación con otros cuerpos policiales y bajo la dependencia de los Jueces de Instrucción y del Ministerio Fiscal.*

*3º).- Las actuaciones realizadas por el Servicio de Vigilancia Aduanera en el referido ámbito de competencia son procesalmente válidas".*

En tal sentido podemos citar las sentencias 624/2002 de 10 de Abril, --con anterioridad, existe el Auto de 31 de Julio de 1998--, y ya de manera totalmente coincidente y con posterioridad al Pleno indicado, podemos citar las nº 1489/03 de 6 de Noviembre, 202/2005 de 2 de Marzo, 866/2005 de 30 de Junio y 1020/2005 de 19 de Septiembre.

La conclusión de todo lo razonado es la expresa declaración de que el SVA en sentido amplio tiene la condición de Policía Judicial en el específico marco de sus actuaciones, lo que ocurrió en el caso de autos, actuando bajo la dependencia del Juez de instrucción que dirigía la encuesta criminal, por lo que debe rechazarse la petición de nulidad efectuada por el recurrente». (F. J. 2º mtvo. 2º)

## **PRESCRIPCIÓN. Apertura del procedimiento.**

Recurso: Casación nº 1349/2004  
Ponente: Sr. Colmenero Menéndez de Luarca  
Sentencia nº 312/2005 de fecha 09/03/2005

«...”El Tribunal de instancia, por su parte, al examinar esta cuestión, se ha limitado a decir que “aparecen suficientemente razonadas y fundadas las peticiones y respectivos autos”, sin mayor concreción (v. FJ 8º), por lo que nada añade a cuanto queda expuesto...

... La naturaleza material de la prescripción,... la doctrina mayoritaria de esta Sala,... ha entendido hasta ahora que si bien no es suficiente la mera apertura del procedimiento y el inicio de actuaciones para averiguar la forma en que ocurrieron los hechos y las personas que fueran eventualmente responsables, basta la presentación de una denuncia o querrela, con una suficiente identificación de la

persona,... sin necesidad de ninguna actuación judicial relativa a la admisión a trámite. Se entiende que esas actuaciones suponen ya la existencia de procedimiento a estos efectos, cuya fecha se acredita mediante el registro judicial de la actuación de parte. El mismo valor tendría la presentación de un atestado por la Policía o de una denuncia o querrela por el Ministerio Fiscal...

... “no basta con la apertura de un procedimiento destinado a la investigación del delito cuando el procedimiento se dirige contra personas indeterminadas o inconcretas,... es exigible una actuación procesal de contenido sustancial dirigida contra una persona mínimamente identificada,... no es precisa una «imputación formal»...la citación para declarar en calidad de imputado, y, con mayor razón, la misma práctica de la declaración, son actos de imputación,... En ambos casos es claro que el procedimiento penal se dirige contra el imputado...”. (F.J. 3º)

## **PRESCRIPCIÓN. Calificación de los órganos judiciales.**

Recurso: Casación nº 1155/2006  
Ponente: Sr. Andrés Ibáñez  
Sentencia: nº 25/2007 de fecha 26/01/2007

«Esta sala, en STS 672/2006, de 19 de junio, ha declarado que “los hechos perseguidos penalmente constituyen delito según la calificación que hayan realizado definitivamente los órganos jurisdiccionales y no la pretendida en algún momento del proceso por las partes (STS 138/1999, de 8 de octubre). Así se ha confirmado que si los hechos constituyen definitivamente una falta, el plazo a tener en cuenta para determinar si desde la fecha de su comisión hasta la de iniciación del proceso ha transcurrido el tiempo necesario para la prescripción, es el señalado por la ley a las faltas (STS 1444/2003, de 6 de noviembre)”. (F. J. 1º)

## **PRESCRIPCIÓN. Cómputo del plazo. El día inicial es el de consumación del delito. Fijación de la consumación en la etapa procesal.**

Recurso: Casación nº 2058/2004  
Ponente: Sr. Maza Martín  
Sentencia: nº 1596/2005 de fecha 30/12/2005

«...hay que recordar que el momento a partir del que ha de computarse el lapso de tiempo legalmente establecido para la prescripción del delito no puede ser otro que el de la consumación del mismo (STS de 6 de Mayo de 2002, por ejemplo).

Y de este modo, en referencia a las infracciones que son aquí objeto de análisis, qué duda cabe que tanto la falsificación documental como las falsedades relacionadas con la pericia, han de considerarse cometidas en el momento mismo en

el que se producen las conductas mendaces, que no es otro que el de la tramitación de la causa en primera instancia y de la práctica de las pruebas a las que se atribuye tal naturaleza falsaria.

Planteándose así la única duda acerca del tiempo en el que ha de tenerse por producida la consumación del delito de estafa procesal, que es también objeto de acusación y cuyos efectos perjudiciales para la recurrente tan sólo acabarían produciéndose, agotada la contienda civil, con la Sentencia de Casación.

A este respecto, no obstante, hay que señalar cómo numerosa Jurisprudencia (SsTS de 9 de Marzo de 1992 y 8 de Mayo de 2003, entre otras) han venido afirmando que la estafa procesal se consuma cuando tiene lugar el engaño sufrido por el Juzgador destinatario del mismo que, en el caso que nos ocupa, no fue otro que el Juez de instancia que dictó la primera Resolución civil.

Los momentos posteriores, que condujeron hasta la definitiva firmeza de aquella Resolución inicial, se corresponden, por consiguiente, con la fase de agotamiento del ilícito, que, por su parte, debe ser considerado como verdaderamente consumado desde la fecha de aquella Sentencia de Primera Instancia, más de cinco años anterior a la de la Querrela (vid., en sentido semejante, la STS de 9 de Julio de 1999).

C) Y, por último, así mismo se afirma en el Recurso, sin que hasta este momento se hubiera alegado nada al respecto, que el plazo de prescripción no es el de cinco años, tenido en cuenta por la Audiencia, atendiendo a la duración de las penas privativas de libertad previstas para las infracciones objeto de las actuaciones, sino la de diez años, por encontrarse el delito de falsa pericia sancionado, además, con otra pena de inhabilitación por tiempo superior a seis años.

Y si bien es cierto que el artículo 131 del Código Penal hoy vigente, cuando establece los plazos prescriptivos, dispone que *“Los delitos prescriben... A los 10 (años), cuando la pena máxima señalada por la ley sea prisión o **inhabilitación por más de cinco años y que no exceda de diez**”*, y en la anterior redacción, previa a la modificación operada por LO 15/2003, establecía ese mismo término de prescripción *“...cuando la pena máxima señalada por la ley sea **inhabilitación por más de seis años y menos de diez, o prisión por más de cinco y menos de diez años**”*, no lo es menos que el 113 del texto precedente, coetáneo a los hechos enjuiciados, tan sólo fijaba los diez años de prescripción *“Cuando (la Ley) señalare una pena superior a seis años”*.

Disposición esta última que fue reiteradamente interpretada por la doctrina jurisprudencial, al menos desde la Sentencia de 28 de Octubre de 1964, en el sentido de que el límite de los seis años de duración de la pena se refería, tan sólo, a las penas privativas de libertad, siendo indiferente la extensión temporal de la privativas de derechos pues no sólo la menor gravedad que se aprecia en esta clase de sanciones hace que merezcan un plazo más benigno de prescripción, sino que además el hecho de que aquel precepto no hiciera alusión expresa a ellas, conducía obligadamente a una interpretación que habría de ser, en todo caso, siempre la más favorable para el reo (STS de 21 de Abril de 1994, por ejemplo).

De modo que, resultando más beneficiosa para los acusados, en este caso, la aplicación de aquel régimen, en vigor al tiempo de los hechos enjuiciados, que el previsto en el Código de 1995, el principio de la irretroactividad de la Ley más desfavorable, impone la solución coincidente con el criterio de la Audiencia, debiendo ser tenido como plazo de prescripción el de los cinco años, en relación exclusivamente con la duración de las penas privativas de libertad previstas para los delitos cuya declaración de prescripción, en definitiva, procede». (F. J. 1º)

## **PRESCRIPCIÓN. Delito contra la hacienda. Cómputo de los plazos.**

Recurso: Casación nº 2522/2003

Ponente: Sr. García Pérez

Sentencia: nº 1599/2005 de fecha 14/11/2005

«Respecto si el plazo de prescripción ha de ser de cuatro o de cinco años esta Sala ya ha consolidado y razonado extensamente la doctrina sobre que ha de aplicarse el período de prescripción que señala el Código Penal aunque sea inferior el de prescripción administrativa, que establece el art. 64 de la Ley General Tributaria modificado por la disposición final primera de la Ley 1/1998, de 26 de febrero, de Derechos y Garantías de los Contribuyentes; véanse las sentencias de 03/01/2003 y 03/04/2003. Plazo de cinco años que corresponde al caso según el art 131 C.P. (antes 113 CP73).

En orden a cómo la actuación de dirección y gestión económica y tributaria de Segundo en Albaycín llegó hasta mayo de 1992, baste con remitirnos al anterior fundamento jurídico.

Por lo que concierne el dies a quo, el art. 305.2 C.P. antes 349.2 CP73, establece que, si los periodos impositivos o de declaración son inferiores a doce meses, el importe de lo defraudado se referirá al año natural; y el art. 172 del reglamento sobre el IVA preceptuaba que el periodo de liquidación coincidiría con el trimestre natural y que las declaraciones-liquidaciones correspondientes a cada periodo de liquidación se presentarían durante los veinte primeros días naturales de los meses de abril, julio, octubre y enero de cada año con referencia al trimestre inmediatamente anterior; y, antes, el art. 172.4.2 perpetuaba que la declaración-liquidación correspondiente al último periodo del año se habría de presentar durante los treinta primeros días naturales del mes de enero criterios mantenidos, en lo substancial, por la actual normativa.

El delito fiscal, en la faceta que nos ocupa, como infracción del deber de contribuir, se consuma en el momento que vence el plazo legal voluntario para realizar el pago -véanse sentencias del 03/01/2003 y 30/04/2003, TS-. Y el art. 132.1 C.P., antes art. 114 CP73, señala como dies a quo aquél en que se haya cometido el delito. En consecuencia ha de tomarse el 20/01/1992 o el 30/01/1992 cual día inicial del cómputo prescriptivo. Sin que se encuentre fundamento para desligar el art. 305.2 C.P., antes 349.2 C.P.73, de su art. 132.1. (F. J. 8º)

9. Aunque se reputare que la presentación ante el Juez de la querrela o denuncia no puede tomarse como dies ad quem -véase sentencia del 14/03/2005 TC-, en el presente caso el Juzgado dictó el 06/09/1996 auto de incoación de Diligencias Previas en el que se acordaba oír a los denunciados sobre los hechos de la denuncia y participación que en ellos hubieran tenido; y, en la misma fecha, fueron librados los despachos derivados. Denuncia que iba dirigida por el Ministerio Fiscal contra los mencionados Segundo, García Archidona y Gracia Zarco, como integrantes del Consejo de Administración de Albaycín por hechos substancialmente coincidentes con los enjuiciados que pudieran constituir delito fiscal en relación con el VA y el Impuesto de Sociedades. No cabe negar que aquel auto supuso dirigir el procedimiento contra los culpables; véanse sentencias de 26/07/1999 y 04/02/2003, TS. La prescripción quedó interrumpida, con arreglo al art. 132.2 C.P., antes art. 114 CP73». (F. J. 9º)

## **PRESCRIPCIÓN. Determinación del plazo.**

Recurso: Casación nº 165/2004P  
Ponente: Sr. Delgado García  
Sentencia nº 1267/2004 de fecha 28/10/2004

«...” Consta en el acta de la reunión de pleno de esta sala de 29.4.97 literalmente lo siguiente:

"También, en relación a la prescripción, se debate acerca de la pena que ha de ser tenida en cuenta, para aplicar los plazos prescriptivos del art. 113 del Código Penal, discutiéndose si ha de partirse de la pena en abstracto fijada por la ley, o de la pena en concreto, resultante de la aplicación de normas sobre rados de participación y de ejecución. Es mayoritaria la opinión de que debe ser tenida en cuenta la pena en abstracto".

3. Pena en abstracto, en definitiva, es la que hemos de tener en cuenta, entendiéndolo por tal la prevista por el legislador para el tipo de delito de que se trate, es decir, la fijada en la norma penal de la parte especial para el autor del delito en grado de consumación.

A la vista de lo acordado en el pleno mencionado, hemos de resolver la cuestión de los grados de ejecución y de participación en los términos mencionados y, aunque no consta en el acuerdo referido nada en cuanto a la modificación que en la pena puede tener la concurrencia de circunstancias atenuantes o agravantes y su incidencia en la determinación del plazo de prescripción, es claro que, con mayor razón aún, habrá de aplicarse el mismo criterio referido para los casos de imperfección en el grado de ejecución.

En la teoría del delito propia del derecho penal son lógicamente anteriores los temas de la consumación (o de la tentativa o actos preparatorios) y el de la autoría (o complicidad) respecto del relativo a la punibilidad. Y es a este último al que afecta

únicamente la concurrencia de tales circunstancias genéricas que se estudian en la parte general del derecho penal. Primero corresponde determinar el tipo de delito aplicable al caso (el que fija la pena en abstracto), después hay que ver el grado de ejecución y luego el grado de participación. Y, una vez concretado todo esto, han de tenerse en cuenta las circunstancias atenuantes o agravantes. Si pasamos de lo abstracto a lo concreto, la última fase de la concreción está en la concurrencia de las circunstancias agravante o atenuantes para aplicar las correspondientes reglas del CP (ahora las de los arts. 66 y 68).

Lo que determina el plazo de prescripción a aplicar es la mayor o menor gravedad del delito y aunque esta gravedad pueda quedar influida por el hecho de que concurren o no circunstancias de esta clase, las sentencias de esta sala sobre prescripción (S. 458/1997, de 12 de abril) no vienen teniendo en cuenta la pena a aplicar según el número y clase de circunstancias modificativas (arts. 9, 10 y 11 CP 73 y arts. 21, 22 y 23 CP 95), sino la prevista como máxima posible por el legislador para cada delito en particular. Estimamos que así ha de entenderse la expresión pena en abstracto: en todo caso desligada de las circunstancias atenuantes o agravantes que pudieran concurrir en el delito de que se trate.

Por todo ello, conforme a lo dispuesto en el citado art. 344 CP 73, que preveía como pena máxima a imponer por los delitos contra la salud pública relativos a sustancia estupefaciente que causa grave daño a la salud la de ocho años de prisión mayor, para la prescripción de este delito ha de tenerse en cuenta el plazo de diez años conforme a lo dispuesto en el art. 113 CP.

Plazo de diez años también si hubiera de aplicarse el CP actual, cuyo art. 368 para esta misma clase de delitos prevé una pena de hasta nueve años de prisión, todo ello por lo dicho en su art. 131...»». (F.J. 3º)

## **PRESCRIPCIÓN. Determinación del plazo. Influencia del cambio de calificación de pena grave a menos grave por LO 15/03 y retroactividad ley penal favorable.**

Recurso: Casación nº 142/2005 P

Ponente: Sr. Puerta Luis

Sentencia: nº 1073/2005 de fecha 22/09/2005

«Sostiene la parte recurrente que debe apreciarse la prescripción de la pena impuesta, “mediante una remisión a las reglas generales del Código Penal actual, conforme a los artículos 133 y 134 del citado Código Penal vigente, aún a pesar de que la pena fue impuesta con arreglo al Código Penal anterior, hoy derogado. Al ser más favorable el CP de 1995, mediante su aplicación completa”. (F. J. 2º)

...b) Con arreglo al Código Penal de 1995, el hecho está castigado con la pena superior en grado a la señalada en el último inciso del art. 368; es decir, con las penas de prisión de tres años a cuatro años y seis meses, con la multa correspondiente (v. arts. 369 y 70.1.1ª de dicho Código). Dicha pena privativa de libertad prescribiría, según dicho Código, a los diez años (v. arts. 33.2.a), 133.1 y 134

del CP.95, conforme al texto vigente cuando se dictó la sentencia de cuya ejecución se trata, por tratarse una pena grave la prisión de más de tres años –v. art. 33.3 a) CP-95); con independencia de que, además, según consolidada jurisprudencia de esta Sala, la cuantía de la pena que ha de tenerse en cuenta a estos efectos debe ser la máxima que la ley señala al delito (que, en el presente caso, es la de prisión de cuatro años y seis meses) y nunca la que el Tribunal sentenciador imponga (v. SSTs de 29 de mayo de 1999 y 30 de junio de 2000).

Es evidente, pues, que conforme a los argumentos expuestos por la parte recurrente, el motivo no podría prosperar porque la prescripción de las penas, en uno y otro Código –el derogado y el de 1995, en su texto original-, se produciría a los diez años, que todavía no han transcurrido.

No obstante lo dicho, como quiera que la reforma llevada a cabo en el Código Penal de 1995 por la Ley Orgánica 15/2003 (en vigor desde el 1º de octubre de 2004; anterior, por tanto, a la fecha del auto recurrido), ha modificado, entre otros, los artículos 33.3.a) y 133.1 del mismo, considerando pena “menos grave” la de “prisión de tres meses hasta cinco años”, marco penológico en el que se encuentra la pena que podría imponerse al hoy recurrente con arreglo a dicho Código, la prescripción de la misma tendría lugar a los cinco años –que, de modo patente, han transcurrido en el presente caso-, nos hallamos, pues, ante una ley posterior más favorable para el reo que la aplicada en el presente caso al condenado (v. art. 2.2 CP.95), y, por tanto, procede estimar el motivo examinado, dejar sin efecto el auto recurrido, declarar aplicable al caso el Código Penal de 1995 y -por evidentes razones de economía procesal- declarar prescrita la pena que, con arreglo al mismo, debería imponerse al aquí recurrente, en sustitución de la que le fue impuesta por la Audiencia Provincial de Cádiz, por los hechos enjuiciados en la sentencia de cuya ejecución se trata». (F. J. 4º)

## **PRESCRIPCIÓN. Doctrina del Tribunal Supremo.**

Recurso: Casación nº 893/2005

Ponente: Sr. Berdugo Gómez de la Torre

Sentencia: nº 671/2006 de fecha 21/06/2006

«.. en la STS. 71/2004 de 2.2, se dice que "la jurisprudencia mayoritaria de esta Sala (ver entre otras SSTs. 147, 162 ó 298/2003 y los numerosos precedentes citados en las mismas), se ha manifestado en el sentido de que la querrela o la denuncia forma ya parte del procedimiento y por ello su presentación es suficiente para producir la interrupción de la prescripción", y por ello ocurrirá "si en los escritos de denuncia o querrela aparecen ya datos suficientes para identificar a los presuntos culpables de la infracción correspondiente" (STS. 298/2003).

También las SS. 751/2003 de 28.11 y 147/2003 de 5.2, señalan que la denuncia o la querrela con que pueden iniciarse los procesos penales *forman ya parte del procedimiento* (Sentencia de 26 de julio de 1999), si en las mismas aparecen datos suficientes para identificar a los culpables de la infracción penal correspondiente, hay que decir que desde ese momento ya se dirige el procedimiento

contra el culpable a los efectos de interrupción de la prescripción, *sin que sea necesaria, para tal interrupción, resolución judicial alguna de admisión a trámite*. Desde el momento en que figura en las actuaciones procesales el dato incriminador contra una persona determinada (o con los elementos suficientes para su determinación), aunque aún no haya existido una resolución judicial que, recogiendo ese dato, cite como imputada a una persona (o acuerde las diligencias necesarias para su plena identificación), ha de entenderse que el procedimiento se está dirigiendo contra el culpable. Véanse en este sentido las Sentencias de esta Sala de 30-12-1997, 9-7-1999, 16-7-1999 y 4-6-1997. Dice esta última en su fundamento de derecho 1º: «La prescripción del delito se interrumpe por la sumisión a procedimiento penal de los hechos integrantes del mismo, **y por tanto por la presentación de la querrela o denuncia en que se dé cuenta de los hechos**», añadiendo después que «no es exigible por tanto para la interrupción de la prescripción una resolución por la que se acuerde, mediante procesamiento o inculpación, la imputación a una persona del hecho delictivo que se investiga».

Y la STS. 1518/2004 de 23.12, señala que " no basta con la apertura de un procedimiento destinado a la investigación del delito cuando el procedimiento se dirige contra personas indeterminadas o inconcretas, o contra personas diferentes de quien interesa la prescripción; pero tampoco es exigible que se dicte un auto de procesamiento o se formalice judicialmente la imputación (mediante la citación a declarar en concepto de imputado).

Por lo tanto, no es precisa una "imputación formal" para la producción de tal efecto interruptivo, bastando para ello cualquier acto que se dirija a la investigación de los hechos en los que aquellas personas estuviesen implicadas (STS. 16998/2002 de 17.1).(F. J. 8º)

...Es cierto que el Tribunal Constitucional en su sentencia 63/2005 ha dicho que "la decisión judicial por la que se desestima una pretensión de prescripción del delito no puede, pues, limitarse a una simple verificación o computo del tiempo transcurrido desde la comisión del hecho delictivo en cuestión, ni a un mero cotejo de ese lapso temporal con el plazo de prescripción legalmente establecido, sino que, al afectar a los derechos fundamentales a la libertad y a la legalidad penal de quien invoca esta causa extintiva de la responsabilidad penal, debe contener un razonamiento expresivo de los elementos tomados en cuenta por el órgano judicial al interpretar las normas relativas a esta institución -que, por otra parte, distan mucho de ser diáfanas-, en el entendimiento de que esa interpretación debe estar presidida por la ratio legis o fin de protección de dichas normas. Continúa la sentencia rechazando la postura de que sea suficiente la presentación de la denuncia o querrela para interrumpir la prescripción, por entender que la interpretación que lleva a esta conclusión no se compadece con la esencia y fundamento de la institución, y por considerar insuficiente la interpretación que lleva a dicha conclusión, con invocación del canon reforzado de motivación, se adentra en la interpretación que, conforme a los parámetros constitucionales, ha de darse a la cuestión.

Recuerda el Tribunal Constitucional en doctrina reiterada de que "quien ejercita la acción penal en forma de querrela, no tiene un derecho incondicionado a la apertura y plena sustanciación del proceso penal, sino únicamente al dictado de una decisión motivada en que se expresa las razones por las que el órgano judicial ha



resuelto su admisión o inadmisión a trámite", si que recordando que el "ius puniendi" no se encuentra en manos de quien acusa, para acabar concluyendo con que es preciso un acto de intermediación judicial para ponerlo en marcha, estableciendo en tal sentido que "para poder entender dirigido el procedimiento penal contra una persona, no basta con la simple interposición de una denuncia o querrela sino que se hace necesario que concurra un acto de intermediación judicial". Así hemos calificado a dichas actuaciones como meras solicitudes de iniciación del procedimiento judicial (por todas STS. 11/95 de 4.7) lo que implica que, en tanto, no sean aceptadas, dicho procedimiento no puede considerarse iniciado ni, por consiguiente dirigido contra persona alguna, interpretación ésta que, por otra parte, se corresponde exactamente con lo dispuesto en los arts. 309 y 750 LECrim. a cuyo tenor la dirección del procedimiento penal contra una persona corresponde en todo caso a los Jueces y Tribunales de la jurisdicción penal".

No obstante, esta sentencia la Sala Segunda del Tribunal Supremo en Pleno de 12.5.2005, tomó el siguiente acuerdo" **La Sala de lo Penal del Tribunal Supremo ha examinado la Sentencia del Tribunal Constitucional 63/2005 y considera que la misma insiste en la extensión de la jurisdicción constitucional basándose en una interpretación de la tutela judicial efectiva que, prácticamente, vacía de contenido el art. 123 de la Constitución Española que establece que el Tribunal Supremo "es el órgano jurisdiccional superior en todos los órdenes, salvo lo dispuesto en materia de garantías constitucionales", por lo que, consiguientemente, le incumbe la interpretación en última instancia de las normas penales**", y en STS. 643/2005 de 19.5, insistió en que "condicionar la interrupción de la prescripción a la admisión de la querrela sería aleatorio inseguro jurídicamente y con una gran dosis de injusticia al remitir la decisión de extinguir la responsabilidad criminal de un delincuente a la mayor o menor carga de trabajo que tenga un Juzgado. Criterio que ha sido reiterado en el reciente pleno de 25.4.2006, que aprobó el acuerdo de **"mantener la actual jurisprudencia sobre la interrupción de la prescripción pese a a la sentencia del Tribunal Constitucional 63/2005"**». (F. J. 9º)

## **PRESCRIPCIÓN. El cómputo se inicia cuando el delito termina.**

Recurso: Casación nº 615/2005

Ponente: Sr. Granados Pérez

Sentencia: nº 678/2006 de fecha 07/06/2006

«Ciertamente, respecto al criterio de la perfección delictiva, tiene declarado esta Sala, como es exponente la Sentencia 1937/2001, de 26 de octubre, que la interpretación de la expresión "desde el día en que se haya cometido la infracción punible" (art. 132.1 del Código Penal 1995), en el sentido de determinar si, a efectos de la prescripción, el "dies a quo" o fecha de inicio del cómputo, en los supuestos de delitos que se perfeccionan "ex intervallo temporis", debe fijarse en el momento en que la acción se ejecuta o se omite el acto que el agente estaba obligado a realizar, o bien en el momento en que se perfecciona el delito a través de la producción del resultado. Pues bien, ha de ratificarse la doctrina de esta Sala que, como regla general, se inclina por el criterio del resultado (Sentencias de 26 de octubre de 1971,

27 de diciembre de 1974, 21 de abril de 1989, 26 de octubre de 1993 y 9 de julio de 1999), pues en los delitos de resultado éste constituye un elemento del tipo, sin el cual la infracción penal no se perfecciona. **La prescripción comienza cuando el delito termina**, y en consecuencia el cómputo del plazo no puede iniciarse antes de que el delito se haya perfeccionado, por la producción del resultado típico». (F. J. 5º)

## **PRESCRIPCIÓN. En sujetos de continuidad delictiva se ha de estar a la pena que correspondería por esta circunstancia.**

Recurso: Casación nº 1359/2004

Ponente: Sr. Andrés Ibañez

Sentencia: nº 1173/2005 de fecha 27/09/2005

«La sala de instancia se ha opuesto a considerar prescrito el delito de estupro de prevalimiento continuado por el que condena al recurrente, al entender que la exasperación de la pena producida al amparo del art. 69 bis Cpenal, que desplaza la prevista como básica en el art. 434 de aquel texto legal hasta el grado medio de la superior, hace que el plazo de prescripción del delito sea de 10 años.

Según los hechos probados de la sentencia, los abusos de que fue víctima Mercedes Mingorance Alberola, que son los que aquí interesan, concluyeron en fecha indeterminada del año 1993. Y la primera denuncia de abusos se produjo el 8 de abril de 1999, por tanto transcurridos más de 5 años desde que tuvo lugar la última acción perseguible de las aludidas.

El Tribunal sentenciador funda su decisión en el criterio expresado en la sentencia de esta Sala de 3 de Noviembre de 1992, conforme al cual, el hecho de que el art. 69 bis CPenal 1973 prevea como facultativa la elevación de la pena, en ese caso la básica del art. 434 CPenal 1973, no hace perder a la norma resultante de la integración de ambas disposiciones el carácter de *lex certa*.

El que recurre cuestiona esta opción jurisprudencial, oponiendo la expresada en STS 2039/2002, de 9 de Diciembre.

Pero lo cierto es que esta Sala ha resuelto en diversidad de ocasiones en el mismo sentido que lo hizo la de instancia. Así, SSTS 2074/2001, de 22 de Abril, 222/2002, de 15 de Mayo, y las que en esta última se citan. Siempre con el argumento de que la posible exasperación de la pena en los términos que permite la previsión legal del art. 69 bis CPenal 1973 satisface las exigencias de seguridad jurídica a que debe responder el instituto de prescripción. Y esto puesto que se trata de una facultad legalmente reconocida y circunscrita en sus límites temporales. En el mismo sentido podemos contabilizar las SSTS nº 1823/2001 de 25 de Mayo, 1937/2001 de 26 de Octubre, 1590/2003 de 22 de Abril --caso Intelhorce--, 862/2002 de 29 de Julio --caso Banesto--, que cita el Acuerdo General de Sala de 29 de Abril de 1997, según el cual había de estarse a la pena en abstracto imponible al delito, a los efectos de determinar el plazo de prescripción, concluyendo con la declaración de

no estar prescrito el delito de apropiación indebida ya que al tratarse de delito cometido en la modalidad de continuidad delictiva, había de tenerse en cuenta la pena imposible en abstracto y por tanto teniendo en cuenta la potestativa exasperación punitiva dada la continuidad delictiva.

Si esta doctrina de la Sala ya era la aplicable en relación al CPenal de 1973, con mayor motivo hay que sostenerla en relación al CPenal de 1995 pues la expresión que en él se contiene en el art. 131 "...la pena máxima señalada al delito..." no viene a suponer ningún cambio legislativo sino el expreso reconocimiento de lo que ya la Jurisprudencia de esta Sala había fijado en relación a la expresión "...cuando la Ley señalase al delito la pena de..." --art. 263 CPenal 1973--, como expresamente se recoge en las STS 71/2004 de 2 de Febrero ó la 96/2004 de 30 de Enero.

En resumen, hay que concluir afirmando que en los casos de continuidad delictiva, ya bajo la vigencia del art. 69 bis --aplicable al caso enjuiciado-- como al art. 74 del vigente CPenal, hay que estar a la pena que la Ley imponga como máxima posibilidad, con independencia de la pena que se imponga en concreto, no padeciendo el principio de *lex certa* en la medida que tal pena exacerbada por la continuidad, satisface las exigencias de la certeza de la Ley, y además, resulta más respetuosa con el principio de proporcionalidad y gravedad de los delitos, pues no cabe duda de la mayor contumacia, gravedad y persistencia en el delito que ofrece la situación de quien durante un tiempo más o menos determinados comete idéntico hecho delictivo reiteradas veces, multiplicando sus efectos en las víctimas por aquella intensificación, que aquella otra situación que de forma episódica comete una aislada infracción delictiva». (F. J. 2º)

## **PRESCRIPCIÓN. Fijación del momento de comisión de los hechos en la apropiación indebida. Supuesto de bienes del Patrimonio Cultural**

Recurso: Casación nº 1151/2004

Ponente: Sr. Soriano Soriano

Sentencia nº 143/2005 de fecha 10/02/2005

«...» Esta Sala no debe desviarse en ningún caso de los principios jurídico-constitucionales que garantizan la correcta aplicación de la Ley (igualdad y seguridad jurídica). En efecto, el trascurso del tiempo, a través de la prescripción, produce importantes efectos jurídicos transformando determinadas situaciones de hecho en verdaderos estados de derecho, sobre los que debe incidir el principio de seguridad jurídica (art. 9-3 C.E.). Esta Sala en más de una ocasión ha recordado, en trance de calificar la naturaleza jurídica de la prescripción (en la dialéctica de materia encuadrable en el ámbito procesal o adjetivo, o bien material o sustantivo) el carácter prevalentemente sustantivo del instituto de la prescripción.

Es por ello que la Sala debe acomodarse en sus pronunciamientos a los criterios proclamados por la ley, rectamente interpretados, en orden a la correcta fijación del momento comisivo de los hechos, partiendo de que en el art. 252 C.P. se contemplan dos modalidades apropiativas defraudatorias, el apoderamiento de las cosas y bienes (también sería posible de dinero y cosas fungibles), para incorporarlas al patrimonio del sujeto activo con ánimo de lucro, y la distracción (esta referida exclusivamente a dinero y bienes fungibles), en la que no es imprescindible el ánimo de lucro, sino la disposición desviada del mismo con perjuicio de sus dueños legítimos.

En nuestro caso, nos hallamos ante un delito contra la propiedad de cosas muebles no fungibles, cuyo momento comisivo hay que fijarlo en el instante en que el autor se apodera de las cosas que legítimamente posee con "animus rem sibi habendi". Supone la culminación del despojo efectivo, y ello independientemente de que se realice a espaldas del titular y que por la poca o nula vigilancia, no llegue a enterarse del mentado despojo.

El "animus rem sibi habendi" supone:

a) la voluntad, al menos eventual, de privar de forma definitiva de los bienes al titular de los mismos mediante la sustracción.

b) propósito de incorporar las cosas poseídas al patrimonio del agente, ejerciendo sobre ellos facultades propias del dueño.

CUARTO.- Centrándonos en el caso concreto, es posible entender que no se produjo apropiación definitiva, cuando el imputado, por ser párroco de Anguiano, ejercía facultades de custodia sobre los documentos guardados en la parroquia de Pedroso. Entre los años 1980 y 1990 éste los poseía en su casa, lugar en el que no debían estar, si no es por razones justificadas. El hecho de que cuando un estudioso le demandaba tales documentos, aquél los reintegrase al archivo parroquial para que pudiera estudiarlos, quizás pudiera introducir una duda sobre la voluntad de apropiación definitiva.

Pero, cuando en 1990 es destinado a la parroquia de Haro y pierde todas las facultades de encargado de la custodia y lleva consigo y guarda en su casa los documentos históricos, cualquier duda sobre la voluntad de despojo queda disipada.

Desde entonces hace propias las cosas de valor que custodiaba, y lo que pretende hacer al promover la enajenación es transformar tal valor (podríamos decir en especie), en numerario, lo que incide sobre el agotamiento del delito y no sobre su consumación. En 1990 ya no tiene título alguno que le acredite como legítimo poseedor de las cosas, sino que pasa a disfrutar los documentos de forma ilegítima a título de dueño. Las sugerencias y argumentos del M<sup>o</sup> Fiscal son razonables y francamente interesantes, desde la función que el Derecho Penal debe cumplir en la protección de bienes jurídicos; pero sólo tendrían valor apreciable, desde la óptica de lege ferenda.

En tanto en cuanto el legislador no asigne una especial protección a estos bienes del Patrimonio Cultural (que no sea la exasperación de la pena), mediante la

alteración de su régimen prescriptivo, no cabe la posibilidad de llevar a cabo por esta Sala dos interpretaciones diferentes sobre la fijación del arranque en el cómputo del término de la prescripción según sea el objeto del delito.

No desaparecen las razones que el M<sup>o</sup> Fiscal apunta para interesar un giro jurisprudencial sobre esta cuestión ni la relevancia de los argumentos que esgrime, el hecho de que en este caso particular, quizás la recuperación de los documentos (con el valor de simple consideración retórica), se hizo posible gracias a que informado el párroco de la prescripción del hecho delictivo no se recatara<sup>o</sup> en descubrir su ilícita apropiación, con lo que supone de desvergüenza moral para una persona que debía profesar principios éticos tan contrarios a la conducta desplegada.

En cualquier caso la existencia de estas situaciones deben alertar a los administradores públicos competentes para que introduzcan sistemas de inspección y control de tal patrimonio, pero el Derecho Penal, en el caso particular que nos atañe, no puede subvenir al despojo que estuvo a punto de consolidarse irremediabilmente, por haber prescrito el delito enjuiciado...» (F.J. 3<sup>o</sup>)

## **PRESCRIPCIÓN. Inhabilitación especial del art. 192.2 C.P.**

Recurso: Casación nº 1657/2003

Ponente: Sr. Delgado García

Sentencia nº 142/2005 de fecha 11/02/2005

«...»A) El art. 131, al fijar los diferentes plazos de prescripción de los delitos, tiene en cuenta su gravedad, de modo que siempre ha de tomarse como referencia al respecto la pena máxima señalada a la correspondiente infracción, y si hay varias ha de tomarse en consideración aquella que exija mayor tiempo para la prescripción.

Es, pues, la mayor o menor gravedad de la conducta punible la que determina el plazo de prescripción.

En el caso presente, en los diferentes capítulos en que se halla dividido el título VIII del libro II del CP, en cada uno de sus artículos y apartados se va concretando cada una de las penas a imponer. Pero el 192.2, en una disposición aplicable a todos esos capítulos de ese título VIII, configura una agravación específica para todos los delitos de tal título VIII que lleva consigo no la agravación de la pena prevista para cada infracción, sino la imposición de otra sanción de naturaleza diferente a añadir cuando el sujeto activo del delito es el padre de la víctima, el que ejerce su tutela, curatela o guarda, o quien se ha prevalido de su empleo, cargo público, profesión u oficio, la correspondiente inhabilitación especial por tiempo de 6 meses a 6 años.

Efectivamente, dice este art. 192.2 que el juez o tribunal “podrá imponer razonadamente esa pena”, es decir ciertamente aparece como de facultativa imposición; pero ello es así porque no en todos los casos cabe su aplicación, sino

sólo en aquellos en que la persona a quien se condena tenga esa relación particular con el hecho delictivo (patria potestad, tutela, empleo, profesión, etc.) de modo que puede afirmarse que se prevaleció o utilizó esa condición en su conducta punible. Cuando existe ese prevalimiento el hecho delictivo es más grave y será difícil que “razonadamente” pueda excluirse la aplicación de esta otra pena. Es decir, el término “podrá” ha de interpretarse no como una facultad a ejercitar de modo caprichoso o arbitrario, de forma que no haya de aplicarse cuando tal relación particular existiera. Si hay tal relación debe aplicarse razonando cómo se sirvió de ella para delinquir. Si tal relación existió y hubo el prevalimiento referido, ya no es facultativo para el órgano sentenciador la sanción de inhabilitación especial: debe imponerla. Se dice “podrá”, en este art. 192.2, porque no es una pena que haya de aplicarse siempre en todos esos delitos del título VIII del libro II del CP, sino sólo cuando haya existido ese concreto prevalimiento respecto de la infracción cometida.

En conclusión, esa mayor gravedad del hecho delictivo, que es la razón de ser para aplicar un mayor plazo de prescripción, concurre en estos delitos cuando existe esa relación particular de la que se prevaleció para cometer la infracción que lleva consigo la imposición de esta sanción de inhabilitación especial.

No estamos, pues, ante una pena facultativa, sino ante una que ha de aplicarse o no según los casos. Por eso dice esta disposición “podrá”, porque no es de aplicación en todos los casos. Más expresivo, en este mismo sentido, es lo que nos dice el art. 56 que, para los casos de imposición de estas inhabilitaciones especiales como pena accesoria, prevé que se impongan (“impondrán” nos dice esta norma penal) si éstos –se refiere al empleo, profesión, etc.- hubieran tenido relación directa con el delito cometido, debiendo determinarse expresamente en la sentencia esa vinculación.

Con lo dicho queda explicado que no estamos propiamente ante una pena facultativa. Pero es que, aunque esta inhabilitación tuviera tal carácter, posiblemente hubiera de tenerse en cuenta también a los efectos de fijación del plazo de prescripción...”». (F.J. 3º)

## **PRESCRIPCIÓN. Interrupción. Alcance de la expresión “cuando el procedimiento se dirija contra el culpable”. Doctrina. Aplicación del caso. Solución compatible con el nuevo criterio interpretativo del T.C.**

Recurso: Casación nº 1127/2004

Ponente: Sr. Soriano Soriano

Sentencia: nº 331/2006 de fecha 24/03/2006

«...1. Antes de descender a los pormenores del caso es necesario o cuando menos conveniente recordar el estado de la cuestión sobre el conflictivo y poco pacífico tema de la interrupción de la prescripción que resume la sentencia de esta Sala nº 298 de 14 de marzo de 2003 en los siguientes términos:

Sobre la concreta interpretación de cuándo se considera que "el procedimiento se dirige contra el culpable" existen dos corrientes doctrinales, que han tenido su reflejo en la jurisprudencia de esta Sala:

a) La primera de ellas entiende que no cabe pensar que la querrela o denuncia sean actos procesales mediante los cuales se pueda dirigir el procedimiento contra el culpable y por tanto aptos para interrumpir la prescripción. Dentro de esta tendencia, basta para operar la interrupción una resolución judicial que recaiga sobre tal denuncia o querrela.

Otra línea interpretativa más rígida exige un acto formal de imputación, procesamiento o en el peor de los casos una simple citación del sospechoso para ser oído.

Bastaría, en una concepción más flexible, con la decisión judicial que abre el procedimiento, en tanto en cuanto es presupuesto imprescindible la existencia de procedimiento para poderlo dirigir contra el culpable. La ley establece esa conexión, aunque no señale ni precise la calidad ni la intensidad de la misma, como ha tenido oportunidad de recordar el Tribunal Constitucional (S. Pleno T.C. nº 69 de 17 de marzo de 2001). La conexión se produce tras la admisión a trámite de la querrela dados los términos de la misma, ya que esa admisión a trámite sí es una actuación procesal en el sentido propio, susceptible de integrarse, en cuanto a su dominio subjetivo, con los propios términos de la querrela y entenderse dirigida contra los querrelados. Una muestra de esta tendencia interpretativa sostenida por la Sala Segunda en su línea moderada, de no exigir ningún acto de imputación formal, aparece directa o indirectamente reflejada en SS. de 3-Febrero-84; 21-enero-93; 26-febrero-93, 30-septiembre-94; 31-mayo-97, 28-octubre-1992; 16-octubre-1997, 25-enero-1999, 29-septiembre-1999, 25-enero-2000, entre otras.

b) La segunda corriente interpretativa entiende que la denuncia y querrela con que pueden iniciarse los procesos penales forman parte del procedimiento. Si en dichos escritos aparecen ya datos suficientes para identificar a los presuntos culpables de la infracción correspondiente, hay que decir que desde ese momento ya se dirige el procedimiento contra el culpable a efectos de la interrupción de la prescripción, sin que sea necesario, para tal interrupción, resolución alguna de admisión a trámite.

Esta segunda tendencia es la sostenida en los últimos años y aparece bastante consolidada en esta Sala. Ejemplo de ello lo tenemos en la SS. 3-febrero-95; 6-noviembre-95, 15-marzo-96; 11-febrero-97, 4 y 13-junio-97; 30-septiembre-97; 30-diciembre-97; 25-abril-98, 29-julio-98; 23-abril-99; 10 y 26-julio-99, 6-noviembre-2000, 30-octubre-2001, 4-febrero-2003 y 5-febrero-2003, etc.

**2.** Esta Sala, por razones fundamentalmente de seguridad jurídica, viene inclinándose de forma decidida por la última de las posturas expuestas.

Según este punto de vista es suficiente para entender interrumpida la prescripción que en la querrela, denuncia o investigación (como sucede en el presente caso) aparezcan nominadas unas determinadas personas como supuestos responsables del delito objeto del procedimiento.

Así lo explicita la sentencia de esta Sala nº 879 de 17 de mayo de 2002 que nos dice: "*no basta con la apertura de un procedimiento destinado a la investigación del delito en cuestión cuando este procedimiento se dirige contra personas indeterminadas o inconcretas o contra personas diferentes de quien interesa la prescripción, pero tampoco es exigible que se dicte auto de procesamiento o se formalice judicialmente la imputación mediante la citación a declarar en concepto de inculpado, siendo suficiente para entender interrumpida la prescripción por dirigirse el procedimiento contra el culpable, que en la querrela, denuncia o investigación aparezcan nominadas unas determinadas personas, como supuestos responsables del delito o delitos que son objeto del procedimiento, siendo equiparable a esta hipótesis los supuestos en que la denuncia, querrela o investigación se dirija contra personas que, aun cuando no estén identificadas nominalmente, aparezcan suficientemente definidas*". (F. J. 1º)

.... La Sala de origen ha reputado prescritos los hechos a pesar de atenerse - según argumenta- a la teoría de la nominación, y es porque considera que tal nominación no tiene lugar sino desde que se solicita y se acuerda la citación de los sospechosos como imputados, contraviniendo de ese modo la doctrina de esta Sala.

En el caso de autos, por tres veces antes de transcurrir el término de prescripción de los hechos, los querellantes solicitaron de personas concretas, presuntos implicados en los hechos, que se les citase en calidad de imputados.

El proceso de investigación criminal desde que ocurrió la explosión de las instalaciones de la entidad pirotécnica no se detuvo y prosiguió con complejas averiguaciones policiales y especialmente periciales, que no arrojaban resultados positivos sobre la participación dolosa o culposa de alguna de las personas que se encontraban a la sazón en el lugar de los hechos.

Ante tal penuria probatoria, aunque desde un principio latiera como consideración no descartable la posible influencia causal en el hecho catastrófico de los comportamientos omisivos y negligentes, cada vez tomaba más cuerpo la idea de responsabilidades penales de tal naturaleza, referidas en nuestro caso al Comandante de la Guardia Civil, responsable de la intervención y control de armas y explosivos o el Director Provincial de Industria, en los aspectos administrativos relativos a la autorización, funcionamiento o vigilancia de estas empresas, creadoras de riesgo o peligro.

Lo que resulta incontestable es que antes de transcurrir el término prescriptivo el instructor llevó a cabo investigaciones en el círculo o ámbito de las posibles responsabilidades de los sospechosos perfectamente nominados en los escritos petitorios dirigidos al Juzgado.

Los ahora acusados, Vidal Real y Luis Terradas, fueron llamados a declarar en correspondencia a tales peticiones, no en calidad de imputados, sino como testigos, a la vez que se practicaban otras diligencias de investigación, hasta el punto de que en la última de las solicitudes de los querellantes quedó en suspenso la decisión del juez hasta que se practicara una prueba pericial más; hecho lo cual, ya se acordó su citación en calidad de imputados.



Existieron unos hechos presuntamente delictivos y susceptibles de generar responsabilidad penal en personas perfectamente determinadas y el Instructor llevó a cabo diligencias de investigación en la línea solicitada, lo que resulta evidente, ya que desde el momento que a un determinado nivel resultan indicios de cargo, es porque se han obtenido en las pesquisas e investigaciones que se venían realizando, por decisión judicial, frente a los calificados de sospechosos en los escritos que las partes dirigían al juzgado.

Consecuentes con la doctrina de esta Sala, el motivo debe estimarse, porque la Audiencia ha confundido la nominación previa del sospechoso con su citación en concepto de imputado, lo que no es exacto. (F. J. 1º)

...Al mantenimiento de tal doctrina no debe oponerse el nuevo criterio interpretativo del art. 132 C.P., sostenido por el Tribunal Constitucional en la sentencia nº 63 de 2005, sobre el alcance de la expresión "cuando el procedimiento se dirija, contra el culpable".

En el fundamento 5º establece como necesario e imprescindible un acto de interposición judicial, de manera que será únicamente el juez quien puede llevar a cabo esa actuación de dirección procesal del procedimiento contra el culpable que requiere el art. 132.2 del C.Penal para considerar interrumpido el plazo de prescripción del delito en cuestión.

En el fundamento 6º insiste y recalca que "para poder entender dirigido el procedimiento penal contra una persona, no basta con la simple interposición de una denuncia o querrela sino que se hace necesario que concorra un acto de intermediación judicial. Así, hemos calificado a dichas actuaciones de parte como meras solicitudes de "iniciación" del procedimiento penal (por todas S.T.C. 11/1995, de 4 de julio), lo que implica que en tanto no sean aceptadas, dicho procedimiento no puede considerarse "iniciado" ni, por consiguiente, "dirigido" contra persona alguna....."

Sin embargo, concurren circunstancias de todo orden, para que el art. 5-1º L.O.P.J. que obliga a esta Sala, no actúe implacablemente:

a) se trata de un caso excepcional de presentación de querrela que permanece dormida en el juzgado durante dos años sin adoptar proveído alguno.

b) es un precedente aislado, no dictado por el Pleno del Tribunal Constitucional y con la concurrencia de votos particulares.

c) el recurso de amparo no se interpone ante una sentencia del T. Supremo, sino frente a una resolución de la Audiencia Provincial.

d) el Tribunal Supremo sigue una sólida línea interpretativa, emanada de las competencias que le son propias conforme al art. 123 C.E. No es a esta Sala, ni mucho menos, a la que corresponde delimitar el ámbito competencial del Tribunal Constitucional; muy al contrario, en materia constitucional, se limita a someterse a la doctrina general de ese Alto Tribunal, que la propia sentencia menciona y los votos

particulares avalan, según la cual "la apreciación en cada caso concreto de la concurrencia o no de la prescripción como causa extintiva de la responsabilidad es una cuestión de legalidad que corresponde decidir a los Tribunales ordinarios y que carece, por su propio contenido, de relevancia constitucional" (véase por todas S.T.C. 63 de 17 de enero de 2001, F.J. 7).

e) el Mº Fiscal, después de tal sentencia, sigue manteniendo los mismos criterios que antes sostenía, como se refleja en la instrucción nº 5/2005 de la Fiscalía General del Estado de 15 de junio de 2005.

Pero independientemente de tales motivaciones hay una fundamental en opinión de esta Sala y es que el caso de autos no contradice aquella doctrina del T. Constitucional, pues a una iniciación del proceso de oficio, según actos de investigación, decididos por el Instructor (actos de interposición judicial) dirigidos contra personas bien delimitadas (nominaciones precisas y concretas) terminan por su citación en calidad de imputados.

En ninguna parte de la sentencia del T.C. 63/05 se identifica el acto de interposición judicial o dirección de la investigación con respecto a determinadas personas, con la citación de las mismas en concepto de imputadas. Tampoco se requiere la realización de cualquier acto formal de imputación, como citación en calidad de imputado, procesamiento, escritos de calificación, etc.

Consecuentemente el motivo debe estimarse, no considerado prescrito el presunto delito de imprudencia punible con resultado de muerte atribuible a los acusados Luis Terradas y Vidal Real». (F. J. 2º)

## **PRESCRIPCIÓN. Interrupción. Comienzo del plazo.**

Recurso: Casación nº 1349/2004

Ponente: Sr: Colmenero Menéndez de Luarca

Sentencia nº 312/2005 de fecha 09/03/2005

«...» Por lo tanto, es exigible una actuación procesal de contenido sustancial dirigida contra una persona mínimamente identificada, aunque no se puedan aportar en ese momento todos los datos personales de identidad, y sin que sea preciso un acto formal de inculpación judicial. Por lo tanto, no es precisa una «imputación formal» para la producción de tal efecto interruptivo, bastando para ello cualquier acto que se dirija a la investigación de hechos en los que aquellas personas estuvieren implicadas, (en este sentido, STS 1698/2002, de 17 de octubre).

Lo que no debe plantear duda alguna es que cuando existe una actuación judicial que supone una inculpación de una persona determinada, necesariamente provisional al producirse en la fase de instrucción, se interrumpe el plazo de la prescripción. Y que la citación para declarar en calidad de imputado, y, con mayor razón, la misma práctica de la declaración, son actos de imputación, en cuanto sitúan al afectado en la posición de imputado en el procedimiento, aun cuando en principio

solamente sea para el ejercicio de sus derechos. En ambos casos es claro que el procedimiento penal se dirige contra el imputado...»». (F.J. 3º)

## **PRESCRIPCIÓN. Interrupción del plazo. Investigación del Fiscal.**

Recurso: Casación nº 914/2005

Ponente: Sr. Colmenero Menéndez de Luarca

Sentencia: nº 672/2006 de fecha 19/06/2006

*«La naturaleza material de la prescripción, que no se discute aunque se haya unido en ocasiones a consideraciones procesales, impone que deba ser apreciada incluso de oficio en cualquier momento en que se compruebe la concurrencia de sus requisitos.*

El artículo 132 del Código Penal dispone que el plazo de prescripción se interrumpirá desde que el procedimiento se dirija contra el culpable. La interpretación de esta exigencia, dejando a un lado la incorrección de referirse en ese momento al “culpable”, ha planteado algunas dificultades.

La doctrina mayoritaria de esta Sala, ratificada en el Pleno no jurisdiccional de 25 de abril de 2006, ha entendido hasta ahora que si bien no es suficiente la mera apertura del procedimiento y el inicio de actuaciones para averiguar la forma en que ocurrieron los hechos y las personas que fueran eventualmente responsables, basta la presentación de una denuncia o querrela ante el Juzgado con una suficiente identificación de la persona contra la que se dirige para que se interrumpa el plazo de prescripción, sin necesidad de ninguna actuación judicial relativa a la admisión a trámite. Se entiende que esas actuaciones suponen ya la existencia de procedimiento a estos efectos, cuya fecha se acredita mediante el registro judicial de la actuación de parte, (STS nº 71/2004, de 2 de febrero y STS nº 751/2003, de 28 de noviembre, entre otras). El mismo valor tendría la presentación de un atestado por la Policía o de una denuncia o querrela por el Ministerio Fiscal.

Por el contrario, no interrumpe la prescripción la actuación investigadora del Ministerio Fiscal fuera del proceso.

El plazo de prescripción a aplicar se determina en atención a la pena señalada al delito en abstracto. Los hechos perseguidos penalmente constituyen delito según la calificación que hayan realizado definitivamente los órganos jurisdiccionales y no la pretendida en algún momento del proceso por las partes (STS nº 1384/1999, de 8 de octubre). Así, se ha afirmado que si los hechos constituyen definitivamente una falta el plazo a tener en cuenta para determinar si desde la fecha de su comisión hasta la de iniciación del proceso ha transcurrido el tiempo necesario para la prescripción es el señalado por la ley a las faltas (STS nº 1444/2003, de 6 de noviembre)». (F. J. 3º)

## **PRESCRIPCIÓN. Mutación de la calificación durante el procedimiento. Cambio del título delictivo más grave sostenido por las acusaciones (asesinato) por otro más benigno acogido por la Audiencia (encubrimiento).**

Recurso: Casación nº 38/2005 P

Ponente: Sr. Saavedra Ruiz

Sentencia: nº 1621/2005 de fecha 29/12/2005

«Formaliza un tercer motivo para aducir la prescripción del delito de encubrimiento, invocando los artículos 14 C.E., en relación con el 852 LECrim., y el 849 de este Texto por no haber sido aplicado el 131 C.P.. Suscita, según lo anterior, una doble argumentación. En primer lugar, porque en su momento fueron imputadas otras personas en esta causa como encubridoras (artículo 451 C.P.) a las que se aplicó la prescripción, reclamando el mismo tratamiento el recurrente. En segundo lugar, sostiene que su primera detención tiene lugar el 17/03/98, habiendo transcurrido más de tres años desde que se produjo el delito (durante la noche del 7 al 08/01/94), luego aunque la imputación haya sido como partícipe en un delito de asesinato (luego calificado como homicidio) hasta la sentencia, como ésta le condena como encubridor, delito autónomo, debió aplicarse el plazo de prescripción correspondiente a este último.

Esta cuestión fue suscitada en la instancia y la Audiencia (fundamento de derecho primero) contesta a la misma invocando la doctrina del Tribunal Supremo en materia de prescripción, cuando se trata de diversas infracciones vinculadas entre sí, siendo el plazo aplicable el correspondiente a la más grave de las mismas. Efectivamente está consolidado el criterio según el cual persiguiéndose un hecho como posible delito, si después es calificado definitivamente como falta, no se aplicará el plazo de prescripción de éstas (seis meses) sino el correspondiente al delito de que se trate. La razón de ello es que debe atenderse a la calificación de los hechos en cada momento y si los mismos estaban catalogados como delito no le podía ser de aplicación el plazo prescriptivo de las faltas, lo que sólo sucederá cuando ésta sea la tipificación acogida. Así, la S.T.S. 1.444/03 contiene una detallada exposición de la doctrina de esta Sala con numerosos precedentes. Este es el criterio aplicado cuando la modificación de la calificación desciende de delito a falta. El caso enjuiciado es análogo pero no idéntico, puesto que tiene lugar una mutación de la calificación durante el procedimiento cambiándose el título delictivo más grave (asesinato), sostenido por las acusaciones, por otro más benigno (encubrimiento) acogido por la Audiencia. Naturalmente el recurrente sostiene que, puesto que esta última es en definitiva la calificación, en todo caso debe aplicarse el plazo de prescripción del encubrimiento y no del asesinato, por lo que el delito del artículo 451 C.P. estaría ya prescrito. Sin embargo, este argumento, además de no ajustarse a la Jurisprudencia de esta Sala a la que nos acabamos de referir, no tiene en cuenta que mientras no concurre una calificación definitiva de los hechos, que es la acogida por el Tribunal que debe juzgarlos, es decir, mientras no existe una sentencia firme, se trata en realidad de calificaciones o catalogaciones de hechos con apariencia delictiva necesariamente sujetos a un juicio provisional de tipicidad, de forma que lo que se declara prescrito con anterioridad a la sentencia no es un delito o falta propiamente dicho sino un hecho con apariencia de delito o falta. Siendo ello así, sólo podrá

tenerse en cuenta la calificación vigente en el momento en que vaya a aplicarse la prescripción, pues no existe otra que tenga mayor corrección, de forma que si es en la propia sentencia donde se califican los hechos como constitutivos de un delito de encubrimiento sólo a partir de este momento podrá entenderse aplicable el plazo de prescripción correspondiente a dicho delito, pues durante el procedimiento sólo puede considerarse como catalogación correcta en cada momento la del homicidio o el asesinato. Por lo tanto, hasta que no concurre una calificación definitiva no puede jugar el plazo de prescripción que le corresponda: no es propiamente una cuestión de seguridad jurídica (como también la Jurisprudencia ha apuntado en algunas ocasiones) sino de tipificación penal (juicio de tipicidad). Ello no sólo se manifiesta en este aspecto, sino en muchos otros: tipo de procedimiento, medidas cautelares personales o reales. Por otra parte, no es posible admitir la aplicación de la prescripción por el Instructor y mantener simultáneamente la tesis de la calificación definitiva en la esfera de investigación del delito. Por último, si ha habido alguien condenado por el delito de asesinato, como es el caso, también es aplicable la doctrina tradicional según la cual, abiertas actuaciones penales por el delito más grave, ello impide la prescripción de los restantes delitos enjuiciados en la misma causa.

Resuelto así el argumento sustancial del motivo, debemos concluir que la aducida infracción del artículo 14 C.E. carece de fundamento porque la tipificación de los hechos como encubrimiento en relación con el recurrente tiene lugar en el momento de dictarse la sentencia, luego el juicio de tipicidad en el transcurso del procedimiento no era otro que el de homicidio o asesinato. En segundo lugar, los imputados en el desarrollo del motivo no consta que lo fuesen por otro título que el del encubrimiento, luego cuando se aplicó la prescripción se tuvo en cuenta la calificación vigente en dicho momento conforme a lo que hemos señalado más arriba». (F. J. 8º)

## **PRESCRIPCIÓN. Quiebra fraudulenta. Comienzo del cómputo.**

Recurso: Casación nº 1168/2004

Ponente: Sr. Andrés Ibáñez

Sentencia nº 753/2005 de fecha 22/06/2005

«... “Por su parte -se recuerda- el art. 132 Cpenal establece que ese término empieza a correr el día en que se comete la infracción, interrumpiéndose cuando el procedimiento se dirija contra el culpable. Lo que en este caso -concluye la parte- equivale a decir que los hechos de la causa habrían prescrito el día 18 de abril de 2000. Ello, a pesar de que la acusación particular hubiera presentado querrela, admitida a trámite el 3 de junio de 1999, porque tal decisión fue recurrida en reforma y en queja, con el argumento de hallarse pendiente recurso contra la de calificación de la quiebra dictada en la jurisdicción civil, con el resultado de que la Audiencia provincial dispuso el sobreseimiento de la causa hasta que fuera firme esta última resolución, que lo fue en virtud de sentencia de 15 de mayo de 2000.

Esta objeción fue suscitada como cuestión previa en el acto de la vista, y desestimada, porque el tribunal de instancia entendió que el curso de la prescripción se había interrumpido por el escrito del comisario de la quiebra instando la apertura de la pieza de calificación, presentado el 14 de enero de 1997. Según criterio acogido en la sentencia de esta sala de 20 de diciembre de 2000, con fundamento en que la pieza quinta del procedimiento de quiebra no versa en exclusiva sobre cuestiones de índole civil, sino que en ella se investiga asimismo la actuación del quebrado a efectos de una posible responsabilidad penal.

Pero ocurre que el art. 132,2 Cpenal, interpretado en la forma que impone su contexto normativo y con el rigor semántico que requiere el ius puniendi, obliga a entender que el único “procedimiento” cuyas actuaciones tienen legalmente la eficacia de interrumpir la prescripción es el propiamente criminal. Así es en reiterada jurisprudencia de esta sala, con expresión en sentencias que van desde la de 2 de julio de 1878 a otras mucho más recientes, como la de 6 de julio de 1990, que requiere una “actividad instructora”, o la de 1151/1999, de 9 de julio, que se refiere a la “sumisión a procedimiento penal”. Y lo mismo en la del Tribunal Constitucional 63/2005, de 14 de marzo, que identifica como órganos judiciales con habilitación legal para la realización de actos de esa trascendencia a los que “ejercen la función de interpretar y aplicar las normas penales”, y, como marco exclusivo de éstos, al proceso penal.

A esta consideración eminentemente procesal, habría que añadir hoy la circunstancia de que el Código Penal vigente ha rescindido la dependencia del orden penal respecto del civil y mercantil en la materia, pues las insolvencias punibles ya no son objeto de normas penales en blanco, sino que fijan de forma autónoma los supuestos sancionables. Y, además, el art. 260,3 Cpenal profundiza la independencia procesal de la jurisdicción penal, pues no condiciona la persecución del deudor a la previa conclusión del proceso civil. Y, coherentemente, la Ley concursal, 22/2003, de 9 de julio, en su art. 189, dispone que la iniciación de una causa criminal relacionada con el concurso no provocará la suspensión de la tramitación de éste...»». (F.J. UNICO)

## **PRESUNCIÓN DE INOCENCIA. Acceso a material clasificado como secreto.**

Recurso: Casación nº 1414/2005

Ponente: Sr. Colmenero Menéndez de Luarca

Sentencia: nº 921/2006 de fecha 26/09/2006

«...Por lo tanto, ha de decirse que, con carácter general, el Juez de instrucción está obligado a investigar los delitos que se le denuncien en función de los datos que lleguen a su conocimiento. En segundo lugar, que para incorporar al proceso datos desconocidos hasta entonces o para acreditar los ya conocidos, no puede acceder directamente a material clasificado como secreto sin obtener previamente un acuerdo de desclasificación, sin perjuicio de la posibilidad de revisión jurisdiccional de la decisión que lo deniegue. En tercer lugar, que, en este

caso, el material utilizado en la sentencia condenatoria no puede considerarse incluido dentro del clasificado como secreto, pues se refiere, en lo que interesa, solamente a la ejecución de una conducta delictiva que excede las funciones encomendadas y a la persona del responsable, que además ha confesado los hechos. Y en cuarto lugar, que en el caso, la utilización de esos datos, en la medida en que han sido relevantes para el dictado de la sentencia que se impugna, por las mismas razones ya apuntadas no puede causar la nulidad de lo actuado». (F. J. 1º)

## **PRESUNCIÓN DE INOCENCIA. Ámbito. In dubio pro reo.**

Recurso: Casación nº 934/2003

Ponente: Sr. Berdugo Gómez de la Torre

Sentencia nº 1301/2004 de fecha 17/11/2004

«...” Así se dirige la acusación a intentar demostrar que la bolsa de heroína que portaba Michel Weis se la había vendido el recurrente, pero éste lo niega y el presunto comprador no compareció a juicio, siendo el único testigo de cargo: Los agentes 692 y 481 testifican que el primero no vio la transacción y el segundo que vio que entre los dos individuos se pasaban un paquete y que el detenido les dijo que era el paquete de tabaco, pero ninguno vio que se pagara por ello, y finalmente los indicios que la Sala desarrolla en el Fundamento de Derecho Segundo para considerar a Bruno como autor y conformar la participación del mismo, son meramente circunstanciales.

No existe pues prueba de cargo objetivamente válida y de contenido incriminatorio, retórica para desestimar la presunción de inocencia.

Dados los términos del recurso basado en el principio estructural de presunción de inocencia, debemos recordar el alcance interpretativo de dichos principios, que comporta unas exigencias que se proyectan indudablemente sobre el proceso penal:

Así en primer lugar el ámbito propio de la garantía constitucional a la presunción de inocencia es de naturaleza fáctica, esto es, comprende la existencia de los hechos que se consideran delictivos y la presencia o intervención en ellos del acusado, tales datos fácticos corresponde probarlos a la acusación y frente a ellos es suficiente la mera negativa o pasividad del acusado, y que aquella garantía no es derecho activo sino reaccional, que no exige por ello un comportamiento positivo por parte de su titular.

En segundo lugar, sólo puede entenderse como prueba la practicada en el juicio oral bajo la intermediación del órgano decisor y con la observancia de los principios de oralidad, contradicción y publicidad. En esta suma las ssTC. 284/94 y 238/94, recuerdan que únicamente pueden considerarse auténticas pruebas que vinculan a los Tribunales en el momento de dictar sentencia las practicadas en el acto del juicio oral que constituye la base fundamental del proceso penal, donde culminan las garantías de oralidad, publicidad, concentración, intermediación, igualdad

y dualidad de partes, de forma que la convicción del Juez o Tribunal que ha de dictar la sentencia se logre en contacto directo con los medios probatorios aportados a tal fin por las partes, lo que conlleva que las diligencias practicadas en la sustanciación no constituyan, en sí mismas, pruebas de cargo sino únicamente actos de investigación cuya finalidad específica no es propiamente la fijación definitiva de los hechos, sino la de preparar el juicio, art. 299 LECrim., proporcionando a tal efecto los elementos necesarios para la acusación y defensa.

En tercer lugar, la antedicha regla sólo puede verse excepcionada por supuestos de prueba preconstituida y anticipada cuya reproducción en el juicio oral sea o se prevea imposible y siempre que la garantía del ejercicio del derecho de defensa o la posibilidad de contradicción (ssTC. 80/91, 328/94, 51/95).

En cuarto lugar, la valoración de la prueba practicada es una potestad exclusiva del juzgador que éste ejerce libremente con la sola obligación de razonar el resultado de dicha valoración. Asimismo y respecto de la prueba practicada, además de su necesidad de reproducción en el acto del juicio oral, para que pueda enervar la presunción de inocencia, se exige que aquella abarque la existencia del hecho punible así como todo lo atinente a la participación que en él tuvo el acusado (TC. 138/92), es decir, como precisan las ssTC. 76/94 y 6.2.95, el derecho a la presunción de inocencia implica en una de sus fundamentales vertientes "que la sentencia condenatoria venga fundada en verdaderas pruebas practicadas en el juicio oral, que puedan considerarse racionalmente de cargo y de las que surjan la evidencia tanto de la existencia de un hecho punible como de la culpabilidad de los autores", más como corolario de lo anterior la función de la fijación de hechos, que por esencia corresponde al juzgador, ha de realizarse desde la perspectiva que impone el principio "in dubio pro reo" (TC. 31/81, 13/82), principio este que debe distinguirse de la presunción de inocencia pues ésta supone el derecho constitucional subjetivo de carácter público, que ampara al acusado cuando no existe actividad probatoria en su contra, y aquél es un criterio interpretativo, tanto de la norma como de la resultancia procesal, a aplicar en la función valorativa (ssTS. 13.12.89, 6.2.90, 15.3.91, 10.7.92, 24.6.93 y 29/44). Es decir como recuerda la sTS. 27.4.96 el principio in dubio pro reo, interpretado a la luz del derecho fundamental a la presunción de inocencia, no tiene un valor orientativo en la valoración de la prueba, sino que resuelve un mandato: el de no afirmar hecho alguno que pueda dar lugar a un pronunciamiento de culpabilidad si se abrigan dudas sobre su certeza al Tribunal no tiene obligación de dudar ni de compartir las dudas que abriguen las partes, pero sí tiene obligación de no declarar probado un hecho del que dependa un juicio de culpabilidad si no ha superado las dudas que inicialmente tuviese sobre él.

Y es de este modo como el principio "in dubio pro reo" revela su interna conexión con el derecho a la presunción de inocencia. Ello implica, en definitiva, que si tras haber agotado todos los medios probatorios disponibles y procedimentalmente admisibles que puedan emplearse en base al deber de esclarecimiento que incumbe al Juez, no llega a aclararse el supuesto de hecho lo suficiente como para convencer al Tribunal de la concurrencia de los presupuestos negativo y positivos del juicio de imputación, el proceso penal debe concluirse por razones de seguridad jurídica, con una declaración negativa de culpabilidad...» (F.J. 1º)



## **PRESUNCIÓN DE INOCENCIA. Deber de motivación fáctica: doctrina**

Recurso: Casación nº 916/2005 P  
Ponente: Sr. Sánchez Melgar  
Sentencia: nº 285/2006 de fecha 08/03/2006

«En punto a la motivación fáctica de la sentencia recurrida, hemos dicho reiteradamente que no basta con dar por probada la participación de los diversos sujetos incurso en un proceso penal, mediante una genérica y global apreciación probatoria, sino que es necesario, uno por uno, destacar cada uno de los elementos probatorios, indiciarios o directos, de los que se han servido las acusaciones para determinar, después, si los mismos son aptos para destruir la presunción constitucional de inocencia, proclamada en el art. 24.2 de nuestra Carta Magna.

Nuestra Sentencia 1192/2003, de 19 de septiembre, ha declarado que, ciertamente, el Tribunal Constitucional y esta Sala han recordado, en numerosas resoluciones, el mandato del artículo 120.3 de la Constitución acerca de la necesidad de que las sentencias estén siempre motivadas, lo cual constituye, asimismo, una exigencia derivada del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva de Jueces y Tribunales, proclamado en el artículo 24.1 del mismo texto constitucional. Motivación que viene impuesta para evitar cualquier reproche de arbitrariedad, satisfacer el derecho del justiciable a alcanzar la comprensión de la resolución judicial que tan especialmente le afecta, así como para garantizar y facilitar el control que permite la revisión de la sentencia en otras instancias judiciales o, en su caso, por el Tribunal Constitucional. Y expresa lo siguiente: «en el supuesto objeto de enjuiciamiento, aparecía compleja la relación de hechos que se declaran probados y ello exigía, con mayor razón, una adecuada explicación de los medios de prueba que ha tenido en cuenta el Tribunal sentenciador para alcanzar la convicción que refleja en los hechos que se declaran probados y eso, por lo que se ha dejado mencionado, no se ha producido». Así, se ha señalado, entre otras en la STS núm. 584/1998, de 14 de mayo, que, por lo que se refiere específicamente a las sentencias, la motivación debe abarcar (Sentencias del Tribunal Supremo de 26 abril y 27 junio 1995), los tres aspectos relevantes: fundamentación del relato fáctico que se declara probado, subsunción de los hechos en el tipo penal procedente (elementos descriptivos y normativos, tipo objetivo y subjetivo, circunstancias modificativas), y consecuencias punitivas y civiles en el caso de condena (Sentencia 1132/2003, de 10 de septiembre). Pues, como dice la Sentencia 485/2003, de 5 de abril, las sentencias deben estar suficientemente motivadas no sólo en lo referente a la calificación jurídica central o nuclear a que se contraiga el objeto del proceso, sino también en lo relativo a cualquier punto jurídico del debate y de las peticiones de las partes, pues así lo exige el referido artículo 120.3 de la Constitución y también el no hacerlo puede conllevar el defecto formal contenido en el artículo 851.3º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, falta que tradicionalmente se ha denominado «incongruencia omisiva».

La Sentencia de esta Sala 279/2003, de 12 de marzo ha explicado que el deber de motivación tiene por finalidad ilustrar a terceros sobre la razón de ser de la decisión, pero también permitir al Tribunal Casacional un control sobre la racionalización del discurso motivador de su decisión, y la Sentencia 355/2004, de 22

de marzo, que tal deber no se satisface con la mera indicación de las fuentes y los medios de prueba llevados a cabo al juicio, «sin aportar la menor información acerca del contenido de las mismas». Lo que acaba de exponerse obliga a decir que la Audiencia, en lugar de hacer frente al deber que imponen el art. 120, 3 CE y los preceptos de legalidad ordinaria que lo desarrollan, lo ha eludido, refugiándose en una implícita valoración conjunta de la prueba, de cuyo contenido y rendimiento no brindaba la menor información (Sentencia 355/2004, de 22 de marzo).

En definitiva, el deber constitucional de motivar las sentencias penales abarca los tres extremos, anteriormente indicados, pero en relación con el primero, el deber de motivar los elementos fácticos de las resoluciones, tiene –entre otras– las siguientes conclusiones: 1º) No es posible una valoración conjunta de la prueba, sin dar cuenta el Tribunal de las fuentes probatorias concretas de las que se ha servido para obtener su convicción judicial. 2º) Que tal deber no se satisface con la mera indicación de las fuentes y los medios de prueba llevados a cabo al juicio, «sin aportar la menor información acerca del contenido de las mismas» (Sentencia 123/2004, entre otras). 3º) Que, en el caso de tratarse de diversos acusados, deben individualizarse los mecanismos de apreciación probatoria, uno por uno, y no en forma globalizada. 4º) Que, en caso de tratarse de prueba indirecta, han de recogerse pormenorizadamente los indicios resultantes de la prueba directa, de donde deducir, después, motivadamente la incriminación de los acusados. 5º) Que, en caso de que tales pruebas se refieran a observaciones telefónicas, no basta con una referencia genérica a la documental de la causa, o a sus transcripciones, sino que debe indicarse cuáles son las frases concretas de donde se deduce, por prueba directa o indirecta, la participación de cada acusado en cuestión (STS 1573/2005, de 29 de diciembre).

Finalmente, y como dice nuestra Sentencia 555/2003, de 16 de abril, el derecho a la tutela judicial efectiva, establecida en el art. 24.1 de la CE, comprende, entre otros derechos, el de obtener una resolución fundada en Derecho de los Jueces y Tribunales, y exige que las sentencias expliciten de forma suficiente las razones de sus fallos, esto es, que estén motivadas de forma bastante, lo que además venía ya preceptuado en el art. 142 de la LECrim, está prescrito por el art. 120.3º de la CE, y se deduce implícitamente de la prohibición de la arbitrariedad que impone el art. 9.3º de la misma. La finalidad de la motivación será hacer conocer las razones que sirvieron de apoyatura a la decisión adoptada, quedando así de manifiesto que no se ha actuado con arbitrariedad. La motivación tendrá que tener la extensión e intensidad suficiente para cubrir la esencial finalidad de la misma; que el Juez explique suficientemente el proceso intelectual que le condujo a decidir de una determinada manera. En este mismo sentido, la más reciente STC 57/2003, de 24 de marzo». (F. J. 2º)

## **PRESUNCIÓN DE INOCENCIA. Deber de motivación fáctica, incumplimiento.**

Recurso: Casación nº 715/2006  
Ponente: Sr. Soriano Soriano

Sentencia: nº 1200/2006 de fecha 11/12/2006

«...En el caso que nos ocupa no puede cuestionarse el proceso valorativo, por cuanto, como bien apunta el Mº Fiscal, no existió. El tribunal de instancia no ha analizado ni conmensurado el alcance probatorio del material legítimo de este orden con el que contó, por lo que no puede calificarse de arbitrario, provisional o erróneo tal juicio que "no emitió" sobre la capacidad de las probanzas que deben acreditar cada uno de los elementos tipológicos de carácter objetivo del delito imputado y de la participación en él del acusado.

Este juicio sobre la prueba, presupuesto para calibrar el respeto al derecho a la presunción de inocencia, no debe alcanzar a los contenidos de conciencia, en nuestro caso al dolo, cuya concurrencia ha de provenir de un juicio inferencial emitido en la fundamentación jurídica, aunque también deben reseñarse los datos fácticos de carácter objetivo de los que se ha partido para obtener una determinada conclusión sobre el propósito o intencionalidad del sujeto agente.

En la causa se hace referencia en el fundamento jurídico segundo que *"es autor de dicho delito Francisco Julio de Castro Lobato por su participación voluntaria, material y directa en los hechos. La testifical, pericial y documental practicada acreditan tal autoría"*.

A pesar de tal afirmación, más propia de una frase exteriorizada, ni se desarrolla ni se alude, como impone el art. 120-3 C.E., a los aspectos probatorios que acreditaron los hechos (motivación o juicio sobre la prueba) a excepción de unas inconcretas referencias, más bien descriptivas, a determinadas facturas existentes. La prueba testifical, podría hacer referencia al testimonio del perjudicado y la pericial sería la que cuantifica los perjuicios sufridos.

4. Ante tal situación deficitaria en la imperativa motivación que deben contener las sentencias, el Mº Fiscal se plantea la alternativa sobre las formas de estimación de la pretensión impugnativa, distinguiendo situaciones, por un lado, aquéllas en las que se acredite la concurrencia de prueba legítima de cargo para sustentar una condena o que la prueba existente ha sido arbitrariamente valorada, y por aquéllas en las que no se efectúa una valoración de la prueba.

En nuestro caso, el tribunal de origen se extiende y argumenta adecuadamente sobre el juicio subsuntivo o aspectos jurídicos del proceso, pero omite un valoración probatoria justificativa de que los elementos del delito y la participación del autor tiene su soporte en pruebas legítimas, capaces de justificar el tenor de la sentencia.

Ello no significa que no hayan existido tales pruebas, como puede colegirse del acta del juicio.

De ahí que la opción del Mº Fiscal de apoyo al motivo se inclina por la vulneración del derecho, como un déficit motivacional de la sentencia, que integra un quebrantamiento de forma, puesto que se ha sustraído a las partes y a este Tribunal de casación la posibilidad de ponderar si las pruebas existentes (contenido y valor probatorio) han sido correctamente valoradas en un juicio crítico, no contrario a las reglas de la lógica y del criterio humano.

El motivo examinado habrá de estimarse, decretando la nulidad de la sentencia, para que el mismo tribunal que la dictó y partiendo de los hechos probados redacte de nuevo los fundamentos jurídicos, incluya el juicio sobre la prueba analizada, explique el valor probatorio de las existentes y haga las inferencias oportunas al objeto de posibilitar a las partes el control casacional del derecho a la presunción de inocencia, absolviendo o condenando según proceda». (F. J. 2º)

## **PRESUNCIÓN DE INOCENCIA. Derecho a la intimidad. Cesión de datos obrantes en la Agencia Tributaria.**

Recurso: Casación nº 2014/2004  
Ponente: Sr. Berdugo Gómez de la Torre  
Sentencia: nº 1426/2005 de fecha 13/12/2005

«Ahora bien, en el concreto caso que nos ocupa los Agentes del Servicio de Vigilancia Aduanera, como miembros de la agencia tributaria se limita a iniciar una investigación de datos fiscales y tributarios, y al detectar una posible actuación delictiva en el acusado, ponen en conocimiento del Juez de Guardia los datos obtenidos, tal como preceptúa el art. 262 LECrim., no olvidemos, de una parte que dichos Agentes por su incardinación funcional en el Ministerio de Hacienda, tienen acceso lícito a los datos de ese Departamento, sin conculcar la legislación tributaria, el art. 113 de la antigua Ley General Tributaria, en sus apartados 1 y 2 señalaba que los datos de la Administración Tributaria, no pueden ser cedidos o comunicados a terceros con la excepción prevista de la investigación de un delito público, y el art. 95.3 III de la actual LGT. 58/2003 de 17.12, establece que "cuando se aprecie la posible existencia de un delito no perseguible únicamente a instancia de persona agraviada, la Administración Tributaria deducirá el tanto de culpa o remitirá al Ministerio Fiscal relación circunstanciada de los hechos que se estimen constitutivos de delito", y de otra, para ratificar la ausencia de vulneración alguna de principios constitucionales el art. 94 de la vigente Ley establece que la cesión de datos de carácter personal que debe efectuar la Administración Tributaria, no requerirá el consentimiento del afectado. En este ámbito no será de aplicación de lo dispuesto en el art. 21.1 LO. 15/99 de 13.12 de Protección de Datos de Carácter Personal». (F. J. 2º)

## **PRESUNCIÓN DE INOCENCIA. Elementos de juicio obtenidos sin efectiva contradicción: carencia de valor probatorio.**

Recurso: Casación nº 102/2005  
Ponente: Sr. Andrés Ibañez  
Sentencia: nº 311/2006 de fecha 23/03/2006

«...los elementos de juicio relevantes a ese efecto se han obtenido, en lo fundamental, ante una autoridad judicial extranjera, sin efectiva contradicción, puesto

que ni la defensa de las acusadas ni tampoco éstas pudieron estar presentes. Con ello, “los derechos de la defensa se vieron restringidos de modo incompatible con lo que prescribe el art. 6 de la Convención Europea, [puesto que la condena] se funda, únicamente o de manera determinante, sobre lo declarado por un testigo al que el acusado no pudo interrogar o hacer interrogar ni en el curso de la instrucción ni durante el juicio” (TEDH, entre muchas sentencias dictadas en los casos Saïdi contra Francia, 29 de septiembre de 1933, y Camilleri contra Malta, 26 de marzo de 2000).

Pero es que, además, ese problemático material *probatorio* no habría sido introducido de forma regular (es decir, expresa y concretamente en los términos del art. 714 Lecrim) en el juicio; que, en realidad, tampoco fue un juicio en sentido propio, puesto que la audición de ambos testigos fundamentales por la autoridad judicial española lo fue en un acto celebrado sólo ante uno de los magistrados, y, debe reiterarse, en ausencia tanto de las acusadas como de su defensa.

En consecuencia, tienen razón las recurrentes, se ha producido una vulneración de su derecho a la presunción de inocencia, puesto que resultaron condenadas en virtud de aportaciones carentes de auténtico valor probatorio». (F. J. 2º)

## **PRESUNCIÓN DE INOCENCIA. “In dubio pro reo”**

Recurso: Casación nº 268/2005 P

Ponente: Sr. Berdugo Gómez de la Torre

Sentencia: nº 1228/2005 de fecha 24/10/2005

«...aunque la jurisprudencia durante algún tiempo había mantenido que el principio in dubio pro reo no era un derecho alegable al considerar que no tenía engarce con ningún derecho fundamental y que en realidad, se trataba de un principio interpretativo y que por tanto no tenía acceso a la casación, sin embargo, en la actualidad tal posición se encuentra abandonada. Hoy en día esta Sala reconoce que el principio in dubio pro reo forma parte del derecho a la presunción de inocencia y es atendible en casación.

Ahora bien, solo se justifica en aquellos casos en los que el Tribunal haya planteado o reconocido la existencia de dudas en la valoración de la prueba sobre los hechos y las haya resuelto en contra del acusado (SSTS. 1125/2001 de 12.7, 2295/2001 de 4.12, 479/2003, 836/2004 de 5.7, 1051/2004 de 28.9), pero de este principio no se deduce que el acusado tenga derecho a que el Tribunal en ciertas circunstancias dude. El derecho que se deriva de este principio se concreta en que el Tribunal que realmente ha dudado no está autorizado a condenar y, solo en este aspecto normativo cabe fundamentar un motivo de casación en el principio in dubio pro reo (STS. 444/2001 de 22.3). Es verdad que en ocasiones el Tribunal de instancia no plantea la cuestión así, por ello es preciso un examen más pormenorizado para averiguar si, en efecto, se ha infringido dicho principio. Por ejemplo, si toda la prueba la constituye un solo y testigo y éste ha dudado sobre la autoría del acusado, se infringiría dicho principio si el Tribunal, a pesar de ello, esto

es, de las dudas del testigo hubiera condenado, pues es claro que de las diversas posibilidades optó por la más perjudicial para el acusado.

Por ello, decíamos en la S. 910/2005 de 8.7, no puede equipararse la duda externamente derivada de existir dos versiones contrapuestas -como ocurre en casi todos los procesos de cualquier índole- a la que nazca en el ánimo del Juez, cuando oídas por él directamente las personas que, respectivamente, las sostienen, llega la hora de acoger una u otra, ya que solo y exclusivamente en ese momento decisivo debe atenerse al principio in dubio pro reo, inoperante cuando el Juez ha quedado convencido de la mayor veracidad de una de las versiones, es decir, que a través del examen en que se constata esa situación de versiones contradictorias tan frecuente en el proceso penal, el Juez puede perfectamente valorar la prueba, esto es, graduar la credibilidad de los testimonios que ante él se viertan y correlacionar toda la prueba, sentando la culpabilidad del acusado, cual acontece en el caso que nos ocupa, en el que el Tribunal de instancia la versión del recurrente de que el disparo se hubiera producido en el curso y como consecuencia del forcejeo, sin voluntad del agente y le descarta en base al relato de la víctima que era quien en ese momento se encontraba frente al agresor, y por ello con aptitud para una percepción clara de la posición y ademán del acusado, mejor que la que podrían tener los que se habían echado sobre el acusado para sujetarle, y que además explica que el disparo se hizo una vez logró desembarazarse, representado gráficamente el gesto del agresor con el brazo extendido y perpendicular a su cuerpo». (F.J. 4º)

## **PRESUNCIÓN DE INOCENCIA. Prueba pericial**

Recurso: Casación nº 1185/2005

Ponente: Sr. Giménez García

Sentencia: nº 875/2006 de fecha 06/09/2006

«...b) También se refiere al informe del geólogo que dirigió los trabajos de la Consultora IDOM, efectuados sobre el terreno de la cantera en el año 2001 que expuso a la Sala el resultado de sus hallazgos. Vale la pena recoger al respecto lo que dice la sentencia "...hallazgos de vertidos de carburantes y aceites minerales, todos de depuradoras reconocibles por el olor y por la textura del material... existencia de cubas con aceites industriales con derramas de esta última sustancia en el suelo de la cantera, explicando igualmente el origen de la concentración de materiales contaminantes hallados en el subsuelo y en el agua subterránea tras las analíticas realizadas...". Es evidente que con la declaración del geólogo que dirigió los estudios de IDOM, se cumplió con el requisito de someter a contradicción el Informe, sin que sea necesario que todas las personas que colaboraron en el Informe tengan que acudir, como se afirma en el motivo. Es obvio que con las modernas técnicas de racionalización del trabajo en laboratorios de análisis, no se requiere que todos y cada uno de los que en una fase o en otra intervinieron en el Informe, comparezcan al Plenario. Basta con que lo haga quien ostente la dirección de la analítica. Otra solución sería apostar por la obstaculización de la normal actividad tales laboratorios. En el caso de autos, el geólogo que compareció fue el que dirigió los trabajos de IDOM». (F. J. 2º R. P.B.R)

## **PRESUNCIÓN DE INOCENCIA. Revisión de la valoración de la prueba.**

Recurso: Casación nº 1162/2004P

Ponente: Sr. Martín Pallín

Sentencia nº 952/2005 de fecha 22/07/2005

«...” El núcleo del debate se desliza, por tanto, hacia el sistema valorativo de la prueba, su enlace lógico y racional su método y su extensión. Ha existido prueba y prueba válida. Esta fue abordada por la sentencia desarrollando una impecable motivación. Debemos determinar, si conjugando todos los elementos de contraste que tuvo a su disposición, ha realizado una tarea ajustada a las exigencias constitucionales. Podemos adelantar, frente a tesis mucho mas flexibles y menos adecuadas a la exigencias constitucionales, que el examen ha de hacerse de manera íntegra, combinando los elementos incriminatorios y exculpatorios, explicando metódicamente y de manera sistemática y completa por qué se adopta o asume una posición incriminatoria y por qué se descarta la favorable. En todo caso, se debe decantar la duda siempre a favor del acusado.

Constituye la esencia del proceso el debate contradictorio que no se agota en la primera instancia sino que debe continuar en las sucesivas fases de recurso. No se puede mantener, contra el imperativo constitucional, que la casación es una especie de técnica alquimista a la que le basta con examinar la adecuación a la legalidad sustantiva y procesal de las resoluciones que se someten a su consideración. Hoy día las exigencias son mas extensas. Debemos hacer una revisión, punto por punto, de la valoración de la prueba, analizando la profundidaz y la racionalidad desplegada por la sentencia de instancia...”». (F.J. 1º)

## **PRESUNCIÓN DE INOCENCIA. Validez de pruebas obtenidas a través de la cesión de datos de la Administración Tributaria.**

Recurso: Casación nº 1305/2005

Ponente: Sr. Sánchez Melgar

Sentencia: nº 738/2006 de fecha 04/07/2006

«...El art. 113 de la antigua Ley General Tributaria, en sus apartados 1º y 2º, vigente en el momento en que la investigación tuvo lugar, señala que los datos de la Administración Tributaria no pueden ser cedidos o comunicados a terceros con la excepción prevista de la investigación de un delito público. Este es precisamente el caso en el que a través del cotejo de información a la que se tiene acceso se detecta la posible existencia de una actuación delictiva del acusado, como podría haberse detectado cualquier irregularidad tributaria. Es evidente que el mencionado Servicio está obligado, en virtud del art. 262 L.E.Cr., a denunciar los hechos ante el Mª Fiscal

o ante el Juzgado de Instrucción correspondiente. En caso contrario, como dice la STS 586/2006, de 29 de mayo, se estaría cometiendo por los agentes del Servicio mencionado un posible delito del art. 408 del Código Penal, que castiga a los funcionarios públicos que faltando a las obligaciones de su cargo dejaren de promover la persecución de los delitos de que tengan noticia. En todo caso, la investigación realizada, manejando datos del Mº de Hacienda, al que orgánicamente pertenecen, en nada se excede de sus funciones y menos en la represión de un delito de blanqueo de capitales, directamente ligado a la actuación inspectora del referido, sin que haya sido vulnerada la inviolabilidad de ninguna persona ni su intimidad, concepto que debe excluir los datos económicos que constan en la Agencia Tributaria. Para ratificar la ausencia de vulneración alguna de principios constitucionales debemos de recordar que en la vigente Ley General Tributaria de 17 de diciembre de 2.003, se establece en su art. 94 que "la cesión de datos de carácter personal que se deba efectuar a la Administración tributaria conforme a lo dispuesto en el artículo anterior, en los apartados anteriores de este artículo o en otra norma de rango legal, no requerirá el consentimiento del afectado. En este ámbito no será de aplicación lo dispuesto en el apartado 1 del art. 21 de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal"». (F. J. 2º)

## **PRESUNCIÓN DE INOCENCIA. Valor probatorio de la declaración autoincriminatoria ante policía. Pleno no jurisdiccional de 28-11-2006. Testimonio de referencia de los policías y del letrado.**

Recurso: Casación nº 10248/2006 P  
Ponente: Sr. Monterde Ferrer  
Sentencia: nº 1215/2006 de fecha 04/12/2006

«...el reciente **Pleno no jurisdiccional** de esta Sala, celebrado en **28-11-06**, acordó: "*admitir que la declaración prestada válidamente ante la Policía puede ser incorporada al juicio oral en alguna de las formas admitidas por la jurisprudencia*".

**E)** Además de lo dicho, cabe añadir, saliendo al paso de las **objeciones** que en ocasiones se ha hecho al valor de las declaraciones testificales en el juicio oral de los policías y del letrado que presenciaron las manifestaciones en sede policial, en primer lugar, que dudar de su respectiva *imparcialidad*, ante la imposibilidad -que se apunta- de reconocer una actuación profesional delictiva o indebida por su parte, supone partir de una inaceptable *presunción* de generalizado *perjurio* y de una irreal incapacidad para efectuar aclaraciones, precisiones o matizaciones sobre las circunstancias por ellos percibidas de cómo tuvo lugar la declaración.

Y, en segundo lugar, que los mencionados testigos de referencia *no suplantán* al autor de la declaración, si este se encuentra a disposición del Tribunal (en el sentido de las STS nº 829/06, de 20 de julio; nº 640/2006, de 9 de junio; o nº 332/2006, de 14 de marzo), pues el órgano de instancia no deja de valorar, mediante la percepción inmediata del lenguaje verbal e incluso corporal o gestual utilizado, las



manifestaciones del procesado, aunque fueran parcial o totalmente evasivas o negatorias respecto de lo anteriormente reconocido.

El acceso al juicio oral de las declaraciones de referencia trata de no cercenar las posibilidades valorativas que el art. 117.3 CE y el art. 741 LECr. atribuyen al Tribunal de instancia, de modo que, como señala la STS nº 1091/2006, de 19 de octubre “conviene recordar que el proceso penal busca la verdad material de los hechos que han sido objeto de investigación y posterior enjuiciamiento, por encima de reduccionismos probatorios que se refugien exclusivamente en una clase de prueba, desdeñando todas las demás”, siempre que -añadiríamos nosotros- se ajusten a las exigencias constitucionales y legales, descartando toda indefensión. Lo que es el caso que nos ocupa». (F. J. 2º)

## **PRESUNCIÓN DE INOCENCIA. Valor probatorio de la declaración autoincriminatoria ante la policía. Requisitos. Doctrina del T. C. Jurisprudencia del T.S.**

Recurso: Casación nº 9/2005 P  
Ponente: Sr. Sánchez Melgar  
Sentencia: nº 1106/2005 de fecha 30/09/2005

«Desde la STC 31/1981, de 28 de julio, el Tribunal Constitucional viene afirmando como regla general que únicamente pueden considerarse auténticas pruebas que vinculen a los órganos de la justicia penal en el momento de dictar Sentencia las practicadas en el juicio oral, pues el procedimiento probatorio ha de tener lugar precisamente en el debate contradictorio que, en forma oral, se desarrolla ante el mismo Juez o Tribunal que ha de dictar sentencia, de suerte que la convicción de éste sobre los hechos enjuiciados se alcance en contacto directo con los medios aportados a tal fin por las partes.

De esta exigencia general «se desprende que las diligencias llevadas a cabo durante la fase instructora del proceso penal no constituyen en sí mismas pruebas de cargo, sino únicamente actos de investigación cuya finalidad específica, por tanto, no es la fijación definitiva de los hechos para que éstos trasciendan a la resolución judicial, sino la de permitir la apertura del juicio oral, proporcionando a tal efecto los elementos necesarios para la acusación y la defensa» (STC 51/1995, de 23 de febrero, entre otras muchas posteriores). No obstante, desde la STC 80/1986, de 17 de junio, nuestra jurisprudencia constitucional ha afirmado expresamente que dicha regla general admite excepciones.

En concreto, en la STC 51/1995, de 23 de febrero, en relación con las declaraciones prestadas por un coimputado en dependencias policiales no ratificadas sino desmentidas en presencia judicial no podían ser consideradas prueba de cargo, con la excepción, entre otras, de que los funcionarios de policía ante quienes se prestó el citado testimonio declarasen como testigos en el acto del juicio oral, con la observancia de los principios de contradicción e inmediatez. También, la STC 206/2003, de 1 de diciembre, declaró que la declaración de un

imputado ante el Fiscal de Menores, no ratificada posteriormente, podía ser valorada en el juicio oral.

Por nuestra parte, hemos dicho (STS 918/2004, de 16 de julio), que por sí sola la declaración autoincriminatoria no puede ser valorada en orden a fundar una sentencia condenatoria, ya que al ser prestada ante la policía, puede ser fuente de prueba pero no prueba en sí misma, ni aún con su lectura en el plenario de acuerdo con el art. 714 LECrim., porque tal lectura no muda la naturaleza del atestado y de todas las diligencias que la integran, ya que sólo la única autoridad dotada de su suficiente independencia para generar actos de prueba es el propio Juez de Instrucción; nótese que el mismo art. 714 de la LECrim al referirse a la diversidad de declaraciones del testigo imputado, se refiere a las prestadas «en el sumario», y por tal no puede estimarse el atestado policial que sólo se integra por actos de investigación que, a lo sumo, pueden ser fuentes de prueba pero no prueba en sí mismos, porque no forman parte de la encuesta judicial en sentido propio.

Ello no obstante, -como se dice en la STS 349/2002 de 22 de febrero– existe una consolidada doctrina jurisprudencial tanto del Tribunal Constitucional como de esta Sala que concede excepcionalmente un cierto valor de prueba a las actuaciones policiales, que por lo que se refiere al caso de autos, de declaración autoincriminatoria en esa sede, no ratificada posteriormente, puede ser estimada como prueba de cargo siempre que se acrediten las siguientes circunstancias: 1º) que conste que aquella fue prestada previa información de sus derechos constitucionales; 2º) que sea prestada a presencia de Letrado y 3º) finalmente que sea complementada en el mismo juicio oral mediante la declaración contradictoria del agente de policía interviniente en la misma. En al sentido pueden citarse las SSTC 303/93, 51/95 de 23 de febrero, 153/97 de 29 de septiembre, así como de esta Sala, 1079/2000, de 19 julio. La STC 51/1995, de 23 de febrero se refiere a la doble posibilidad, para que las declaraciones prestadas ante la Policía y que figuran en el atestado, puedan ser introducidas como prueba de cargo en el Juicio Oral, bien por su ratificación en este acto por el propio declarante bien porque sean «confirmadas por los funcionarios de policía mediante su testimonio en el juicio». Y también hemos afirmado (STS 1484/2003, de 13 de noviembre) que el atestado sólo puede tener valor como prueba preconstituida, cuando se llevan a cabo las declaraciones en presencia de un letrado que pueda establecer un principio de contradicción.

La cuestión que se plantea en este motivo, como ha puesto de manifiesto el Ministerio fiscal en esta instancia casacional, es que tal declaración no ha sido valorada en sí misma, sino que ha servido de línea de investigación hacia la acreditación por otros elementos de prueba, sobre los que no puede proyectarse ningún vicio de vulneración constitucional, de una serie de hechos que confirmaban la versión inicial de los recurrentes, no como medio de prueba, sino exclusivamente como hilo conductor de una investigación que se basaba, eso sí, en esas manifestaciones pre-procesales. En este sentido, conviene señalar que las declaraciones prestadas en sede policial, asistido de letrado, por un imputado, no pueden ser consideradas, por sí mismas, prueba de cargo, por tratarse de actividad preprocesal, que no ha sido incorporada ni al sumario ni al juicio oral (entre otras, STS 1940/2002, de 21 de noviembre). Ello no quiere decir, sin embargo, que carezcan de cualquier valor atinente a la misma investigación, pues en el caso de

tratarse de declaraciones autoincriminatorias, como es el caso, si proporcionan datos objetivos de donde obtenerse indicios de su veracidad intrínseca, la prueba de cargo se obtendrá a través de esos otros elementos probatorios, que conformarán la convicción judicial, y no estrictamente de su declaración policial. Dicho de otro modo: si alguien confiesa un homicidio voluntariamente en sede policial, asistido de letrado, con todas las garantías, y previa información de sus derechos constitucionales, entre ellos el derecho a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable, y fruto de los datos que ha proporcionado se encuentra el cuerpo del delito, el arma y la ubicación del sujeto que se declaró responsable del crimen en el lugar de los hechos en la hora y el día del suceso, la declaración autoinculpatoria habrá cobrado valor a través de otros datos, ciertamente proporcionados por el imputado, pero corroborados por pruebas estrictamente procesales, incorporadas legítimamente al juicio oral, sin que pueda señalarse que la prueba descansaba exclusivamente en la declaración del acusado llevada a cabo en sede policial sin ratificación judicial.

Esto es lo que declara la STC 7/1999 –citando expresamente el precedente constituido por la STC 36/1995 y citada, a su vez, por la sentencia de esta Sala 240/2004, de 3 de marzo–; dicha resolución recuerda que las diligencias policiales sólo podrán considerarse como auténtica prueba de cargo válida para destruir la presunción de inocencia «cuando por concurrir circunstancias excepcionales que hagan imposible la práctica de prueba en la fase instructora o en el juicio oral con todas las garantías, sea admisible la introducción en el juicio de los resultados de estas diligencias a través de auténticos medios de prueba, practicados, con arreglo a las exigencias procesales». Véase a este respecto la STS 918/2004, de 16 de julio.

Como ha dicho también esta Sala Casacional (STS 1127/2002, de 17 de junio), si bien las declaraciones policiales “no fueron ratificadas ante el Juez de Instrucción, ni mantenidas en el juicio oral, pero sirvieron de línea de investigación. No puede olvidarse, en todo caso, que tales declaraciones fueron prestadas de forma voluntaria y libre, sin que exista dato objetivo alguno en contrario, y una vez que fue informado, a presencia de letrado, que no tenía obligación de declarar pudiendo hacerlo ante la autoridad judicial. Se trata, pues, de un testimonio emitido ante los agentes policiales, una vez informado por éstos que no tiene obligación de decir nada en su contra. Nuestra doctrina jurisprudencial relativiza estas manifestaciones cuando son posteriormente negadas, pero admite su refuerzo en la convicción judicial cuando se obtienen otros elementos probatorios que llevan al mismo resultado”. Añadiendo la STS 349/2002, de 22 de febrero, que “la declaración ante la policía lo fue con asistencia letrada sin que tampoco conste denuncia u observación al respecto del Letrado interviniente cuya presencia, como ya se dijo en la Sentencia de esta Sala núm. 1206/1999 de 8 de septiembre, no es la de un invitado de piedra sino la de un colaborador directo en la recta administración de justicia y por tanto en cuanto garante del cumplimiento de la legalidad en la diligencia en la que está presente, debe denunciar cualquier anomalía o atropello, y por tanto su silencio es expresivo del cumplimiento de la Ley”». (F.J. 2º)

## **PRESUNCIÓN DE INOCENCIA. Valoración de la declaración de testigo protegido.**

Recurso: Casación nº 1309/2005  
Ponente: Sr. Martín Pallín  
Sentencia: nº 787/2006 de fecha 12/06/2006

«La Ley Orgánica 19/1994, de 23 de Diciembre de Protección a Peritos y Testigos en causas criminales, establece, de forma taxativa, en el artículo 4.5, que las declaraciones de los testigos que hayan sido objeto de protección en aplicación de esta ley durante la fase de instrucción, sólo podrán tener valor de prueba a efectos de sentencia si son ratificados en el juicio oral, en la forma prescrita por la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por quien los prestó.

El sistema innovador de la protección a testigos, establecido de forma clara y concluyente un principio de prueba tasada, en el sentido de que sólo serán válidas las manifestaciones inculpatorias previas sí, sometidas a la debida contradicción, se ratifican en el juicio oral. Esta exigencia no concurre en el caso presente, ya que es evidente que fuesen cuales fuesen las motivaciones del testigo protegido para cambiar su inculpación inicial, en el momento del juicio oral, se desdice e introduce toda clase de inconcreciones apartándose de forma clara de la inculpación anterior». (F. J. 1º.3)

## **PRESUNCIÓN DE INOCENCIA. Valoración de la manifiesta inverosimilitud de las declaraciones exculpativas del acusado.**

Recurso: Casación nº 934/2003  
Ponente: Sr. Berdugo Gómez de la Torre  
Sentencia nº 1301/2004 de fecha 17/11/2004

«...» la jurisprudencia (ssTS. 9.6.99, 17.11.2000) que precisa que si el acusado, que carece de la carga probatoria, introduce defensivamente un dato en el proceso y tal dato se revela falso, su simple resultado negativo no puede ser representado irrelevante o intrascendente, ya que indudablemente la convicción judicial sobre la culpabilidad del reo se verá corroborado con tal importante dato. La STS 5.6.92 es particularmente explícita al señalar que los contraindicios pueden cobrar singular relieve si se demuestran falsos o inexistentes, insistiendo en que la versión que de los hechos proporciona el acusado cuando se enfrenta con determinados indicios suficientemente acreditativos y significativos habría de ser examinada cuidadosamente, toda vez que explicaciones no convincentes o contradictorias, aunque, por si solas no son suficientes para declarar culpable a quien las profesa, si pueden ser un dato mas a tener en cuenta en la indagación rigurosa de los hechos ocurridos y personas que en ellos han intervenido. Es decir que la manifiesta inverosimilitud de las manifestaciones exculpativas del acusado, no implica invertir la carga de la prueba, ni vulnera el principio "nemo tenetur",

cuando existan otros indicios relevantes de cargo que, por si mismos, permitan deducir racionalmente su intervención en los hechos. En estos casos se trata únicamente de constatar que existiendo prueba directa de los elementos objetivos del tipo delictivo y una prueba indiciaria constitucionalmente valida, suficiente y concurrente, acerca de la participación en el hecho del acusado, como ya hemos analizado en este caso, a dicha prueba no se le contraponen una explicación racional y mínimamente verosímil, sino que por el contrario las manifestaciones del acusado por su total ausencia de explicación alternativa plausible refuerzan la convicción racionalmente deducida de la prueba practicada.

Así se pronuncia la sTS. 15.3.2002 "es cierto que no recae sobre el acusado la carga de probar su inocencia, pero cuando existen pruebas de cargo serias de la realización de un acto delictivo ... la ausencia de una explicación alternativa por parte del acusado, explicación "reclamada" por la prueba de cargo y que solamente éste se encuentra en condiciones de proporcionar, puede permitir obtener la conclusión por un simple razonamiento de sentido común, de que no existe explicación alternativa alguna...". (F.J. 5º)

## **PRESUNCIÓN DE INOCENCIA. Valoración de las distintas declaraciones de un mismo testigo o acusado.**

Recurso: Casación nº 503/2005 P  
Ponente: Sr. Giménez García  
Sentencia: nº 1446/2005 de fecha 02/12/2005

«Una última reflexión: la declaración de un testigo, de un imputado o de la víctima no puede considerarse *sic et simpliciter* como un todo inescindible, a valorar de forma idéntica al contrario una misma declaración puede tener distintos grados de credibilidad según el resto de probanzas o corroboraciones --STS 902/2004 de 13 de Julio--, de igual suerte que ante una diversidad de declaraciones de una misma persona, el Tribunal puede otorgar --razonadamente-- prevalencia a unas sobre otras por estimarlas de superior credibilidad, a la vista, también de otras probanzas --SSTS de 17 de Abril y 28 de Septiembre de 1996, 1159/98 de 6 de Octubre, 113/2003 de 30 de Enero, entre otras--». (F. J. 3º)

## **PRESUNCIÓN DE INOCENCIA. Valoración del silencio del acusado. Acto neutro.**

Recurso: Casación nº 1139/2004 P  
Ponente: Sr. Colmenero Menéndez de Luarca  
Sentencia: nº 1246/2005 de fecha 31/10/2005

«...El ejercicio del derecho a guardar silencio por parte del acusado en una causa penal en el acto del juicio oral, no puede ser interpretado sino como un acto neutro. No supone una negación o rectificación de lo declarado hasta ese momento,

pero tampoco se puede valorar como una aceptación o ratificación tácita de lo dicho con anterioridad. Se trata del ejercicio de un derecho fundamental, al que no pueden anudarse efectos negativos para su titular con carácter automático. Esto no impide que, si existen otras pruebas de cargo suficientes para acreditar el hecho y su intervención en él, de modo que pudiera entenderse que reclamaban una explicación por su parte, su silencio pueda ser valorado como demostrativo de la inexistencia de esa explicación exculpatoria. Pero aún en estos casos, la prueba de cargo es independiente de la valoración del silencio.

Si el acusado ha prestado declaración ante el Juez con todas las garantías, su negativa a declarar en el plenario no deja sin efecto esas declaraciones ni las convierte en inexistentes, pues fueron efectuadas en otro momento procesal en ejercicio de su libertad de prestar declaración con el contenido que tuviera por conveniente y, como se ha dicho, rodeado de todas las garantías exigibles. Puede entenderse, sin embargo, que la negativa a declarar supone la imposibilidad de practicar en el plenario la prueba, propuesta y admitida, consistente en la declaración del acusado, lo que autoriza a acudir al artículo 730 de la LECrim. Así lo entendió esta Sala entre otras en la STS nº 590/2004, de 6 de mayo.

.... En el caso, ante la negativa del acusado a declarar, para poder valorar como prueba de cargo su declaración sumarial, habría sido preciso proceder a su lectura en el juicio oral, o en su defecto, introducir su contenido de una forma clara en el debate con la finalidad de permitir la contradicción efectiva sobre ese elemento probatorio. El Ministerio Fiscal interesó la lectura y fue denegada por el Tribunal, decisión que no podemos considerar acertada, pues en realidad no se trata de una prueba que debiera haber sido propuesta antes del juicio oral, sino de una reacción prevista por la ley para el caso de imposibilidad de practicar una prueba propuesta y admitida, imposibilidad ante la que solo es posible reaccionar cuando se presenta». (F. J. 5º)

## **PRESUNCIÓN DE INOCENCIA. Valoración del silencio del acusado cuando existen otras pruebas.**

Recurso: Casación nº 626/2006

Ponente: Sr. Berdugo Gómez de la Torre

Sentencia: nº 1276/2006 de fecha 20/12/2006

«..Criterio reiterado en SS. 14.11.2005 y 830/2006 de 21.7, "la negativa a contestar en el acto del juicio oral, permite la entrada en juego de las previsiones del art. 714 L.E.Cr. (véase STS de 6 de febrero de 2.001), teniendo en cuenta, por otra parte, que carece de lógica que si el testigo o coacusado no comparece o no está localizable, se puede dar lectura a sus declaraciones anteriores y si comparece y se niega a declarar, no sea factible someter a contraste sus manifestaciones precedentes". Y en STS. 126/2005 de 31.10, "el ejercicio del derecho a guardar silencio por parte del acusado en una causa penal en el acto del juicio oral, no puede ser interpretado sino como un acto neutro. No supone una negación o rectificación de lo declarado hasta ese momento, pero tampoco se puede valorar

como una aceptación o ratificación tácita de lo dicho con anterioridad. Se trata del ejercicio de un derecho fundamental, al que no pueden anudarse efectos negativos para su titular con carácter automático. Esto no impide que, si existen otras pruebas de cargo suficientes para acreditar el hecho y su intervención en él, de modo que pudiera entenderse que reclamaban una explicación por su parte, su silencio pueda ser valorado como demostrativo de la inexistencia de esa explicación exculpatoria. Pero aún en estos casos, la prueba de cargo es independiente de la valoración del silencio». (F. J. 6º)

## **PRESUNCIÓN DE INOCENCIA. Valoración del silencio del acusado. Doctrina del TEDH.**

Recurso: Casación nº 1078/2003  
Ponente: Sr. Colmenero Menéndez de Luarca  
Sentencia nº 1191/2004 de fecha 21/10/2004

«...” El silencio del acusado supone el ejercicio por su parte de una opción que le reconoce la Constitución, y que forma parte de su derecho a la defensa directa. No supone exactamente una negativa o rectificación de lo anteriormente declarado, en su caso, lo cual podría requerir alguna explicación respecto al cambio de versión.

En tanto que puede negarse a declarar, su silencio no puede ser utilizado como prueba de cargo. No quiere ello decir que no pueda ser valorado. En aquellos casos en los que la acusación haya presentado un material probatorio de cargo de suficiente entidad como para requerir una explicación por parte del acusado, el silencio de éste no es una prueba en su contra, pero sí es un elemento a tener en cuenta en el momento de valoración de las auténticas pruebas.

En este sentido se ha pronunciado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en la Sentencia de 8 de febrero de 1996, Caso Murray contra el Reino Unido y en la Sentencia de 20 de marzo de 2001, Caso Telfner contra Austria, en la que reitera la anterior doctrina, matizando que el Tribunal puede sacar conclusiones del silencio del acusado cuando, dada la prueba presentada por la acusación, la única conclusión lógica sea que el acusado carece de explicación para el caso. Todo ello no impide resaltar su carácter complementario, de tal manera que, en realidad, estas consideraciones vienen a operar como argumentación de cierre sobre la existencia de prueba de cargo, pues siempre es necesario partir de la existencia de otras pruebas que acreditan el hecho y la participación del acusado...”». (F.J. 3º)

## **PRESUNCIÓN DE INOCENCIA. Valoración del silencio del acusado. Elemento corroborador de su incriminación.**

Recurso: Casación nº 10153/2006 P

Ponente: Sr. Maza Martín  
Sentencia: nº 1208/2006 de fecha 18/12/2006

«...Ha de tenerse en cuenta, además, la trascendencia que ostenta el hecho de que los acusados no se retractasen de sus anteriores declaraciones en el acto del Juicio oral, sino que tan sólo se acogieran a su derecho constitucional a guardar silencio.

Y es que, en modo alguno puede convertirse el ejercicio de un derecho constitucional en medio para la autoincriminación de quien lo ejercita, pero sí que conviene matizar que, mientras que en la fase de investigación del delito, ese derecho a no declarar actúa con plenos efectos y de su ejercicio, en ese momento, no cabe extraer consecuencia probatoria alguna, salvo en los casos y con las circunstancias referidos con anterioridad, cuando el silencio se produce en el Plenario, ante el Tribunal de Enjuiciamiento, que ya dispone de pruebas de cargo aportadas por la Acusación y que, en una u otra medida o eficacia, inculpan al acusado, el silencio de éste, plenamente subsistente en el sentido de que en modo alguno puede ser obligado a romperlo, sí que cabe, no obstante, que sea valorado cuando menos como una ausencia de versión exculpatoria que el propio acusado, en uso de su derecho y por las razones que considere convenientes, decide hurtar a quien le juzga.

De forma, por tanto, muy significativa, en supuestos como el presente en el que, como hemos dicho, no se trata propiamente de identificar unos elementos acreditativos autosuficientes para fundamentar válidamente la condena, sino de apreciar corroboraciones objetivas que complementen y otorguen confianza de verosimilitud a la verdadera prueba de cargo, que en este caso y como hemos visto no es otra que las declaraciones de los coimputados, actúa la precedente matización, abriendo la vía al examen, a los indicados efectos, de la declaración inicial, que no fue expresamente rectificada en el Juicio.

Proclama la STS de 14 de Noviembre de 2005:

*“La negativa a contestar en el acto del juicio oral, permite la entrada en juego de las previsiones del art. 714 L.E.Cr. (véase STS de 6 de febrero de 2001), teniendo en cuenta, por otra parte, que carece de lógica que si el testigo o coacusado no comparece o no está localizable, se puede dar lectura a sus declaraciones anteriores y si comparece y se niega a declarar, no sea factible someter a contraste sus manifestaciones precedentes.*

En este sentido, esta Sala ha reiterado que "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 parte del 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, habrán de ser tenidas en cuenta por el órgano judicial. La lícita y necesaria valoración del silencio del acusado como corroboración de lo que ya está acreditado es una situación que reclama claramente una explicación del acusado en virtud de las pruebas ya practicadas ..." (Vid STEDH



Caso Murray de 8.6.96 y Caso Condrom de 2.5.2000 y STC 137/98, de 7 de julio y 202/2000, de 24 de julio).

*En definitiva, el silencio del acusado en ejercicio de un derecho puede ser objeto de valoración cuando el cúmulo de pruebas de cargo reclame una explicación por su parte de los hechos. Pese a su silencio puede deducirse una ratificación del contenido incriminatorio resultante de otras pruebas (véase SSTS de 29 de septiembre de 2000 y de 27 de junio de 2002).*

*Este criterio se sustenta también en la doctrina del Tribunal Constitucional, según la cual, ante la existencia de ciertas evidencias objetivas presentadas por la acusación, la omisión de explicaciones acerca del comportamiento enjuiciado en virtud del legítimo ejercicio del derecho a guardar silencio puede utilizarse por el Juzgador para fundamentar la condena, a no ser que la inferencia no estuviese motivada o la motivación incurriese fuese irrazonable o arbitraria (TC 220/1998, FJ 4, por todas) o bien fuese la consecuencia del solo hecho de haber optado la recurrente por guardar silencio. Por lo demás, sin perjuicio de la razonabilidad de la valoración de la negativa inicial a prestar declaración, la condena se ha fundamentado en otras pruebas de cargo válidas que el demandante no ha cuestionado y a cuya valoración judicial, por no ser arbitraria ni irrazonable, nada cabe oponer en amparo (véase STC de 24 de julio de 2000).”*

En este sentido, hemos de traer de nuevo también aquí la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, citada en la Sentencia de esta Sala de 8 de Mayo de 2003, al afirmar:

*“El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, caso Murray contra el Reino Unido, de 08/02/96, ya señaló que la ausencia de una explicación alternativa por parte del acusado, que solamente éste se encuentra en condiciones de proporcionar, puede permitir obtener la conclusión, por un simple razonamiento de sentido común, de que no existe explicación alternativa alguna, es decir, ello equivale no sólo a valorar las alegaciones exculpatórias sino también el silencio del acusado como un elemento o indicio corroborador o periférico (S.S.T.S. 918/99, 554 y 1755/00 o 45/03). Lo que evidentemente no es posible es construir el método indiciario sólo a base de las manifestaciones autoexculpatórias del acusado, aún entendidas como inverosímiles o ilógicas, lo mismo que el silencio, pero si existen otros indicios sobre su participación en los hechos aquéllas pueden servir de indicio adicional o de refuerzo para consolidar éstos. La S.T.S. 1443/00 ha señalado, con cita del referido caso Murray y caso Condrom de 02/05/00, así como de la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional (S.T.C. 202/00), "en definitiva, el silencio del acusado en ejercicio de un derecho puede ser objeto de valoración cuando el cúmulo de pruebas de cargo reclame una explicación por su parte de los hechos. Pese a su silencio puede deducirse una ratificación del contenido incriminatorio resultante de otras pruebas"».* (F. J. 2º)

## **PREVARICACIÓN JUDICIAL. Los acuerdos encajan en la categoría de las resoluciones.**

Recurso: Casación nº 346/2005  
Ponente: Sr. Saavedra Ruiz  
Sentencia: nº 333/2006 de fecha 15/02/2006

«...es evidente que conforme dispone el artículo 244 LOPJ las resoluciones de los tribunales cuando no están constituidos en Sala de Justicia, las de las Salas de Gobierno y las de los jueces y presidentes cuando tuvieren carácter gubernativo se llamarán acuerdos, añadiendo en su apartado segundo que la misma denominación se dará a las advertencias y correcciones que por recaer en personas que estén sujetas a la jurisdicción disciplinaria se impongan en las sentencias o en otros actos judiciales. De lo anterior se desprende que genéricamente los actos judiciales se denominan resoluciones, que comprenden tanto los jurisdiccionales como los gubernativos, reservándose el término acuerdo específicamente a éstos últimos, luego el entendimiento del tipo objetivo del artículo 446.3 CP. debe ser conforme al precepto orgánico mencionado más arriba. Indudablemente, el acuerdo constituye una resolución y por ello no existe aplicación indebida del precepto sustantivo mencionado, máxime cuando la sentencia o resolución injustas van precedidas del adjetivo indefinido “*cualquier*”. Además, el carácter instrumental del acuerdo no prejuzga tampoco formalmente las categorías mencionadas, siendo irrelevante la calidad de su contenido siempre que incorpore un acto judicial dirigido a producir ciertos efectos, como es el caso». (F. J. 2º)

## **PRINCIPIOS PROCESALES. Inmediación. Valor.**

Recurso: Casación nº 10764/2006 P  
Ponente: Sr. Giménez García  
Sentencia: nº 227/2007 de fecha 15/03/2007

«..Por lo tanto es preciso situar el valor de la intermediación judicial en sus justos límites, y en tal sentido hay que decir:

a) La intermediación es una técnica de formación de la prueba, que se escenifica ante el Juez, pero no es ni debe ser considerada como un método para el convencimiento del Juez.

b) La intermediación no es ni debe ser una coartada para eximir al Tribunal sentenciador del deber de motivar, en tal sentido, hoy puede estimarse totalmente superada aquella jurisprudencia que estimaba que “...*la convicción que a través de la intermediación, forma el Tribunal de la prueba directa practicada a su presencia depende de una serie de circunstancias de percepción, experiencia y hasta intuición que no son expresables a través de la motivación....*” --STS de 12 de Febrero de 1993--.

c) La prueba valorada por el Tribunal sentenciador en el ámbito de la intermediación y en base a ella dicta la sentencia condenatoria puede y debe ser analizada en el ámbito del control casacional como consecuencia de la condición de esta Sala Casacional como garante de la efectividad de toda decisión arbitraria --art. 9-3º C.E.--, actualmente más acentuado, si cabe, a consecuencia de la efectividad a que debe responder el presente recurso de casación como recurso efectivo que permita el reexamen de la culpabilidad y de la pena impuesta por el Tribunal sentenciador de acuerdo con el art. 14-5º del Pacto de Derechos Civiles y Políticos ya citados. Sólo desde esta perspectiva puede sostenerse la tesis del recurso efectivo que con reiteración tiene declarado tanto la jurisprudencia de esta Sala como del Tribunal Constitucional». (F. J. 1º)

## **PRINCIPIOS PROCESALES. Presunción de inocencia y tutela judicial efectiva. Conflicto entre ámbos derechos. Voto particular.**

Recurso: Casación nº 785/2003  
Ponente: Sr. Andrés Ibáñez  
Sentencia nº 138/2005 de fecha 15/02/2005

«...» Así, en este momento de las actuaciones, lo suscitado es un conflicto entre intereses y derechos fundamentales. De un lado, el de los recurrentes a no ser enjuiciados de nuevo, dado que su derecho a la presunción de inocencia ha prevalecido en el juicio ya celebrado frente a la acusación de que fueron objeto. Del otro, el derecho de quienes, en la calidad de perjudicadas, estaban constitucionalmente legitimadas para ejercitar, también por sí mismas, la pretensión acusatoria; posibilidad de la que, como se ha visto, fueron indebidamente privadas.

En una consideración abstracta de tales derechos, está fuera de duda su igual calidad de fundamentales, en cuanto inherentes a la estructura misma del proceso acusatorio, fundado en el principio de contradicción (art. 24 CE). En efecto, las hijas de la fallecida, en el momento de producirse las vicisitudes procesales que han sido examinadas, tenían el derecho fundamental a accionar y estar en juicio como parte, en defensa de su pretensión; del mismo modo que los acusados se hallaban amparados por el derecho igualmente fundamental a la presunción de inocencia. Y, según se ha expuesto y hace ver el Tribunal Superior de Justicia en su sentencia, había un marco legal adecuado para que, uno y otro, hubieran podido obtener cumplida satisfacción en el curso de la vista. Pero ya se sabe que no fue así y se conoce también el porqué.

En el actual estado de la causa, los derechos fundamentales concernidos no han perdido este carácter, si bien las evocadas vicisitudes procesales hacen que ya no sea posible conjugarlos de la misma forma armónica en que antes habría sido posible. Pues, ahora, dar satisfacción a la pretensión de las perjudicadas conllevaría someter a nuevo juicio a quienes han sido acusados y regularmente absueltos; con

el grave perjuicio que representa hacer de nuevo frente al riesgo de una condena por delito.

Se da, por tanto, una situación de conflicto, por razón de la relativa incompatibilidad actual de los dos aludidos derechos fundamentales en presencia. Conflicto que sólo puede resolverse mediante un ejercicio de ponderación de la entidad de los valores e intereses que, aquí y ahora, se expresan en cada uno de ellos; en la línea a que apunta el Tribunal Constitucional, en sus conocidas sentencias 207/1996 y 136/1999. Ponderación que llevará inevitablemente consigo un cierto sacrificio para el que se estime no debe prevalecer.

En supuestos de esta clase, cuando decidir implica necesariamente imponer un gravamen concreto a los titulares de alguno de los derechos enfrentados, de legitimidad equivalente en el plano abstracto, lo más pertinente es atender a dos variables, doctrinal y prácticamente bien acreditadas: el peso relativo de cada uno de ellos; y la intensidad de la afectación negativa que la preferencia por una de las posiciones concurrentes pueda suponer para los interesados en la otra.

Siendo por demás obvio, no parece preciso discurrir aquí especialmente sobre la nuclear significación del derecho a la presunción de inocencia en la disciplina constitucional del proceso. Derecho que en este caso aparece reforzado en su concreta relevancia, al haber prevalecido después de un juicio en el que sus titulares fueron acusados de los delitos por los que se sigue esta causa. Tal circunstancia hace pertinente la invocación del art. 14,5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que, prevé el derecho a recurrir sólo en favor del imputado y frente a la sentencia que le condene; consagrando así el *ne bis in idem*, en la vertiente procesal, cuando aquélla fuere absolutoria. En el mismo sentido opera el Protocolo número 7 al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos, cuyo artículo 2º proclama el derecho de "toda persona declarada culpable de una infracción penal (...) a hacer que la declaración de culpabilidad o la condena sea examinada por un órgano jurisdiccional superior". De donde se sigue implícita, pero claramente, la indicación normativa de que todo fallo condenatorio sea sometido al juicio crítico de una nueva instancia. O lo que es lo mismo, la previsión a favor del inculpado de la garantía consistente en un control jurisdiccional de calidad de la sentencia desfavorable. Algo no previsto para la absolutoria. Así, cabe decir, los preceptos citados prescriben idealmente, como presupuesto de legitimidad, la exigencia de que toda condena cuente con el respaldo de dos sentencias coincidentes. Supuesto que no concurrirá cuando la primera, absolutoria, hubiera sido revocada en virtud de un recurso de la acusación; no previsto en estos textos fundamentales.

Cierto es que este modelo no ha sido incorporado en tales rigurosos términos a nuestro ordenamiento, en el que rige un sistema bilateral de recursos, pero también lo es que, no obstante, el Tribunal Constitucional (SSTC 21/2000 y 159/1987) se ha referido, expresando preocupación, "a la carga y la gravosidad [para el imputado] de un nuevo enjuiciamiento que no está destinado a corregir una vulneración en su contra de normas constitucionales con relevancia constitucional". Y en la misma línea se mueven sentencias de esta sala como las de 4 de marzo de 1996 y 944/1997, 30 de junio, que se refieren a la negativa relevancia que para el derecho a la presunción de inocencia tiene la decisión de someter al reo a un doble

juicio penal. Y las que, frente a la pretensión del Fiscal de que se deje sin efecto una sentencia absolutoria en razón de la vulneración del derecho de esta parte pública a la tutela judicial efectiva, deciden en el sentido de hacer prevalecer la presunción de inocencia del imputado que había salido indemne de un juicio. (SSTS 619/2003, 30 de abril y 614/2003, 5 de septiembre).

Por lo que hace al derecho a la tutela judicial efectiva de las perjudicadas, ya se ha dicho que les asistía plenamente y que, en efecto, ha experimentado un padecimiento concreto. Pero también es de señalar, que su interés en el ejercicio del ius puniendi en esta causa coincide con el postulado por el Fiscal, que lo defendió con una calidad técnica de la que no cabe dudar, con apoyo en la misma prueba de cargo que la acusación particular había propuesto. Y no sólo, ya que frente a la imputación de homicidio recogida en el escrito de esta parte, él sostuvo la de asesinato, pidiendo, consecuentemente, para los acusados, una pena mayor.

Pues bien, una comparación de la situación de ambos derechos en conflicto, en el estado actual de la causa, en la perspectiva de los criterios apuntados, obliga a hacer dos consideraciones.

a) El derecho a la tutela judicial efectiva de las perjudicadas, consistente en disponer de la posibilidad real de sostener la acusación, ha sido en buena medida materialmente satisfecho en esta causa. En efecto, la pretensión de una condena para los acusados, bien que mantenida por el Fiscal, se ha visto en un juicio que concluyó por sentencia regularmente dictada, tras el examen contradictorio de toda la prueba de cargo pertinente y relevante. Siendo así, y en la consideración ex post que ahora es posible, no cabe racionalmente prever que la reiteración de la vista fuera a aportar nada esencial, más allá de lo que pudiese representar la comprensible gratificación personal de las interesadas.

b) El derecho a la presunción de inocencia de los que fueron acusados ya soportó el gravamen de un juicio, que, según la citada norma del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, es lo máximo que cabría imponerles en su calidad de imputados. De manera que la repetición de esa experiencia sería equivalente a acusarles de un nuevo delito, por los mismos hechos; con la consiguiente exposición a un riesgo ciertamente extraordinario.

Por tanto, el peso de la presunción de inocencia de los recurrentes, cabe afirmar, es actualmente superior incluso al que corresponde a este derecho en condiciones de normalidad estándar. Pues ha salido indemne del test que implica la sumisión a juicio de sus titulares en virtud de una acusación por delito. En cambio, el peso concreto del derecho de las perjudicadas al personal ejercicio de su pretensión en este asunto, aquí y ahora, es inferior al constitucional-abstracto, ya que subsiste en su dimensión más bien formal, una vez que, como se ha visto, pudo desplegar toda su material eficacia en la instancia...»». (F.J. 3º)...

... VOTO PARTICULAR: no puede establecerse a priori una catalogación por categorías ordinales entre los aludidos derechos constitucionales en conflicto, sino que cada uno de ellos tiene su ámbito específico de actuación y desenvolvimiento, y todos ellos deben converger en el proceso penal, para conseguir un completo cuadro de garantías en el seno del conflicto, este sí, que significa el proceso penal

configurado modernamente. La tentación por la catalogación de los intereses en juego, nos puede llevar a formular distintas modulaciones de los derechos fundamentales, que no han de consumirse, tal vez, en de primera o de segunda, sino en varias categorías más inferiores, según el concepto que del propio proceso penal se tenga, así como de la calidad de los distintos intervinientes en el mismo.

No puede tampoco, a mi juicio, fundamentarse tal asimetría, en el contenido de los postulados de los tratados internacionales, pues en ellos tanto se dispone el derecho fundamental a la presunción de inocencia, como la ineludible intervención de una acusación, ejercitada por un sujeto distinto al órgano decisor, siendo igualmente sustancial que el objeto procesal sea resuelto por un órgano judicial independiente e imparcial. De modo que las posibilidades revisoras del fallo condenatorio ante una instancia superior, quedan incólumes ante una eventual anulación del juicio oral por haber infringido derechos fundamentales de una de las partes legítimas en el conflicto. La posibilidad de contar con una parte acusadora diferente al Ministerio fiscal, no solamente es consecuencia de nuestro diseño procesal establecido en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, sino que tiene su encuadre constitucional en el art. 125 de nuestra Carta Magna, que otorga a los ciudadanos su derecho (evidentemente constitucional) a ejercitar la acción popular (equivalente a estos efectos a la acusación particular) en el proceso penal, conformando un *ius ut procedatur*, de idéntica simetría y valor (de idéntico rango fundamental), al que corresponde al acusador público, cuando éste ejercita el *ius puniendi* del Estado. Lo importante es que exista un principio de elemental igualdad de armas, que se deriva de la necesidad de que las partes en conflicto, como ha dicho nuestro Tribunal Constitucional, cuenten con los mismos medios de ataque y defensa, e idénticas posibilidades y cargas de alegación, prueba e impugnación, a efectos de evitar desequilibrios entre sus respectivas posiciones procesales. El *ius ut procedatur* no puede quedar reducido a un mero impulso del proceso o a una mera comparecencia en el mismo, sino que de él se derivan con naturalidad y necesidad los derechos relativos a las reglas esenciales del desarrollo del proceso, de ahí que corresponde a los órganos judiciales procurar que en un mismo proceso se dé la necesaria contradicción entre ellas, así como que posean idénticas posibilidades de alegar o probar, y, en definitiva, de ejercitar su derecho de defensa en cada una de las instancias que lo componen. Este derecho, con rango de fundamental, ha sido configurado por nuestro Tribunal Constitucional como una manifestación del derecho fundamental a la jurisdicción (entre otras, STC 178/2001).

Y este derecho fundamental no puede ser sacrificado en aras de una hipotética, e idéntica o similar, actuación procesal, siempre futurible e incierta, bajo el parámetro de que nada hubiera cambiado si la acusación particular hubiera estado presente en la sala de justicia, por mor de que el Ministerio fiscal hizo todo lo que estaba en su mano para conseguir la pretensión punitiva que encarnaba en el proceso, al que ahora en concreto nos referimos. El caso es que se vulneró el derecho a la jurisdicción, al que legítima y constitucionalmente tenían derecho las hijas de la fallecida, para sostener su pretensión punitiva de forma igual o diferente a la ejercitada por la acusación pública, aún no coincidiendo –en realidad– en la calificación jurídico-penal de los hechos, menor incluso que la postulada por aquélla. Nos aparece claro que cuando la norma fundamental le concede el derecho constitucional a la víctima (o a los ciudadanos) de ejercitar tal acusación en el aludido art. 125, no quiera que sea con menos garantías que las diseñadas en el

cuadro de los derechos estrictamente fundamentales, particularmente en el art. 24.1 de la Constitución española, de modo que, ante el conflicto de intereses como el acontecido en esta causa, sea de mayor rango el art. 24.2 que el art. 24.1, que es el que corresponde en este caso a la acusación particular. Manejar postulados, como los de previsibilidad de resultado, cuando se vulneran (declarados) derechos fundamentales, sería tanto como no amparar tales derechos, porque en sede de conceptos de materialidad un acusado sin defensa técnica pudo haberse desenvuelto jurídicamente de igual forma a como lo hubiera hecho asistido de abogado.

La relación entre ambos apartados del art. 24 de la Constitución ha sido destacada por la jurisprudencia constitucional, manteniendo que, en diversas ocasiones el Tribunal Constitucional “ha sostenido que la conexión es estrecha, pues ambos reconocen a los ciudadanos derechos, tanto en su acceso a los órganos judiciales como en los procesos seguidos ante ellos, orientados a asegurarles una efectiva tutela judicial en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos (SSTC 46/1982, de 12 de julio, F. 2; 324/1994, de 1 de diciembre, F. 2; 10/2000, de 17 de enero, F. 2; 208/2001, de 22 de octubre, F. 3).

Mantenemos por consiguiente en este voto particular que ambos derechos, del acusado y de la víctima, se encuentran diseñados en plano de igualdad en nuestra configuración constitucional, de modo que no es de mayor rango el derecho a no sufrir un proceso ulterior, incluso cuando existe ese “riesgo ciertamente extraordinario” (para los acusados) al que alude la sentencia mayoritaria, que el derecho igualmente fundamental a ser satisfecha la tutela judicial efectiva sin indefensión, que la Constitución concede a todas las personas, según su dicción literal. El derecho fundamental al “non bis in idem” doctrinalmente se ha entendido hasta el momento, como la proscripción de sufrir un nuevo proceso por los mismos hechos, pero cuando éste haya sido ya consumido con todas las garantías, no con una parte de las mismas.

Esta ha sido, hasta ahora, una pacífica solución jurisprudencial cuando se han vulnerado los derechos a la prueba, a la defensa, al juez ordinario predeterminado por la ley, a la debida imparcialidad del juzgador, etc. incluso es de recordar la reciente Sentencia del Tribunal Constitucional (STC 169/2004, de 6 de octubre), que ante la defectuosa motivación del veredicto del Tribunal del Jurado en un caso de sentencia absolutoria, desestimó el recurso de amparo ante una Sentencia de esta propia Sala Casacional (STS 644/2002, de 22 de abril), que ordenaba la repetición del juicio oral en la misma instancia inicial. Así lo hace también esta Sala Segunda del Tribunal Supremo en aquellos casos en que los quebrantamientos de forma adquieren el relieve de una conculcación constitucional, ordenándose la celebración de un nuevo del juicio oral desconectado de cualquier antijuridicidad.

Y vemos que así lo hace también el máximo intérprete de la Constitución, cuando, si bien afirma la inviabilidad de anular en dicha sede una sentencia con un pronunciamiento absolutorio de fondo, dado que el proceso penal ha concluido, declara, en cambio, que “la cuestión es distinta si se han vulnerado derechos fundamentales de naturaleza procesal. En este sentido, hemos dicho en la STS 215/1999, ..., que el ius ut procedatur que asiste a la víctima de un delito no se agota en un mero impulso del proceso o una mera comparecencia en el mismo, sino que

de él derivan con naturalidad y necesidad los derechos relativos a las reglas esenciales del desarrollo del proceso... Tampoco la consiguiente anulación de la Sentencia absolutoria dictada en resolución de recurso de apelación y la retroacción de actuaciones al momento anterior a producirse la vulneración de la garantía procesal resulta contradictoria con las declaraciones efectuadas por este Tribunal en el sentido de que la declaración de lesión de un derecho fundamental en el seno de un proceso penal no puede llevar aparejada la anulación en esta jurisdicción de amparo de una Sentencia firme absolutoria por poderosas razones de seguridad jurídica (...), ya que ello no ha de entenderse referido a las resoluciones absolutorias dictadas en el seno de un proceso penal sustanciado con lesión de las más esenciales garantías procesales de las partes, pues toda resolución judicial ha de dictarse en el seno de un proceso respetando en él las garantías que le son consustanciales...”». (VOTO PARTICULAR)

## **PRINCIPIOS PROCESALES. Principio acusatorio. Asesinato, circunstancias cualificadas.**

Recurso: Casación nº 949/2004P

Ponente: Sr. Giménez García

Sentencia nº 937/2005 de fecha 07/07/2005

«...” En síntesis lo que se denuncia por el recurrente es que la sentencia dictada en apelación ha aplicado el art. 140 del Código Penal que fija la pena del delito de asesinato cuando concurra más de una de las circunstancias del artículo anterior --el del asesinato-- entre los veinte a veinticinco años de prisión....

... La discrepancia se encuentra en que el presente caso no se corresponde ni es equivalente con la doctrina de esta Sala fijada en el Pleno no Jurisdiccional de 14 de Julio de 1993 según el cual el Tribunal puede superar el límite cuantitativo de la pena pedida por las acusaciones siempre que se mantenga dentro de los límites legales, y siempre que exista una motivación reforzada justificadora de la imposición dentro del límite legal por encima de la petición acusadora --en tal sentido STC 20/2003 de 10 de Febrero--, no constituyendo motivación de la pena la sola apelación a la facultad discrecional del órgano judicial, que más limitadamente es sólo expresión del decisionismo judicial pero no de su motivación.

Más aún, en el campo doctrinal e incluso dentro del sistema penal español no dejan de existir voces y argumentos en contra de la vigencia de esta teoría por entender que el Tribunal sentenciador, en ningún caso debería rebasar el límite máximo de la pena pedida por la acusación al representar ese límite la justa y proporcionada compensación punitiva, consiguiéndose el restablecimiento del respeto al orden jurídico violado, lo que llevaría a la conclusión de que el Tribunal, desde su posición neutral y por tanto sin descender a la arena del combate para convertirse en acusador --en palabras de la Exposición de Motivos de la LECriminal-- no podría imponer pena superior, sin desbordar, superando, el papel de la acusación, aunque legalmente fuese posible, de igual modo que en el campo de los intereses privados que también existen en el delito --la responsabilidad civil--, tampoco se admite que pueda superarse el *petitum* solicitado.



En tal sentido, se contabiliza algún voto particular dentro de esta misma Sala en la STS 788/99 de 14 de Mayo, así como la Sentencia de 12 de Febrero de 1993 y 7 de Junio de 1993 citadas en dicho voto.

En la primera de las sentencias se hace referencia a "...una perfecta congruencia, tanto en la calificación jurídica del hecho como con la pena impuesta...", y en la segunda, se afirma que "...la función individualizadora de la pena que el Tribunal corresponde encuentra su techo en el quantum de tal pero solicitado por la más grave de las acusaciones...", igualmente citamos la circular de la Fiscalía General del Estado..... y ya, con carácter claramente normativo y por tanto constituyendo un referente de la mayor importancia, el art. 88 del Código Procesal Militar determina que "...La sentencia no podrá imponer pena que exceda de la más grave de las acusaciones, ni condenar por delito distinto cuando este conlleve una diversidad...". Desde estas reflexiones hay que concluir, que en todo caso hay que ser extremadamente cauteloso en la aplicación de esta doctrina aplicada por el Tribunal de la Apelación.

En el presente caso, la acusación del Ministerio Fiscal, si bien hizo referencia a la concurrencia de las agravantes de alevosía y ensañamiento, y sobre ambas se pronunció el Jurado positivamente, es lo cierto que en la calificación jurídica sólo hizo referencia al art. 139. sin duda se trató de un error, pero teniendo en cuenta que el principio acusatorio se proyecta sobre los hechos pero también sobre la calificación jurídica en la medida que la calificación jurídica no es ajena al debate contradictorio - -STS 260/2005 de 28 de Febrero-- y que paralelamente el acusado debe saber ex ante de los hechos de los que se le acusa, y también de la calificación jurídica pues ambos aspectos son necesarios para poder articular eficazmente su defensa en los términos del art. 24 C.E., habrá que concluir que la aplicación de la teoría de la posible superación por el Tribunal de la pena máxima pedida por las acusaciones, aunque dentro del límite legal no es de aplicación al caso de autos. La naturaleza del art. 140 es la propia de un subtipo agravado como lo acredita la hiperagravación de la pena prevista que constituye un salto cualitativo dando lugar a una nueva figura que mantiene respecto del asesinato del art. 139 la misma relación que la existente entre éste y el homicidio del art. 138, por ello es claro que se está extramuros del ámbito de la doctrina antes aludida y citada por el Tribunal Superior de Justicia de Madrid para revocar la sentencia de primera instancia.

No se trata de meros escrúpulos sino de la aplicación de un nuevo tipo penal cuya aplicación no había sido solicitada por el Ministerio Fiscal por lo que no puede ser aplicado sin riesgo de vulneración del principio acusatorio como aquí ha ocurrido...»». (F.J. 1º)

## **PRINCIPIOS PROCESALES. Principio Acusatorio. Auto de procesamiento.**

Recurso Casación nº 1405/ 2003  
Ponente: Sr. Berdugo Gómez de la Torre  
Sentencia nº 1070/2004 de fecha 24/09/2004

«...” Ciertamente el principio acusatorio constituye una de las garantías esenciales del proceso penal con rango de derecho fundamental en cuanto la doctrina del TC y de esta Sala lo considera implícito en el derecho a un proceso con todas las garantías, a la tutela judicial efectiva y a la prescripción de toda indefensión, consagrados en el art. 24 de la CE, junto con el derecho a que tiene todo acusado de ser informado de la acusación formulada con él. Y debe también subrayarse que la efectividad y vigencia del principio acusatorio exigen, para evitar la prohibida indefensión una combinación estricta entre el contenido de la acusación y el fallo de la sentencia. El Tribunal sentenciador tiene limitado su poder jurisdiccional a sus términos de la acusación que no pueden ser enjuiciados en perjuicio del reo.

Este criterio jurisprudencial que declara la vulneración del principio acusatorio y el correlativo derecho de defensa con prescripción de indefensión, cuenta con numerosos precedentes de los que puede destacarse como exponente las ss. TS. 4-3-93 y 4-12-2001 que subrayan la íntima ligazón entre el principio acusatorio y el derecho de defensa en cuanto implica el derecho que informado de la acusación de manera que "nadie puede defenderse, al menos con eficacia, de una acusación que desconoce o conoce mal". En armonía con las citadas sentencias, podemos afirmar que el principio acusatorio implica también una congruencia entre la acusación y la condena de tal manera que el Tribunal sentenciador, si bien puede introducir elementos paliativos de aquella y que favorezcan al acusado, no puede, por el contrario, traer por propia iniciativa nuevos términos o calificaciones que agraven la de la acusación contra la que el reo ejecutó su defensa, de modo que comprensivamente se encuentre el acusado con la imputación de algo de que, al no estar recogido en los términos de la acusación de que fue informado, no pudo defenderse.

El principio acusatorio, cuya violación de denuncia, exige, por ello, conforme ha precisado el TC., la exclusión de toda posible indefensión para el acusado, lo cual quiere decir "en primer término, que el hecho objeto de acusación y el que es base de la condena permanezcan inalterables, esto es, que exista identidad del hecho punible, de forma que el hecho debatido en juicio, señalado por la acusación y declarado probado, constituya supuesto fáctico de la calificación de la sentencia. La otra condición consiste en la homogeneidad de los delitos objeto de la condena y objeto de la acusación" (ss.TC 134/86 y 43/97).

Esta Sala tiene declarado sobre la cuestión planteada que "el sistema acusatorio que informa el proceso penal exige que exista la debida correlación entre la acusación y la sentencia de forma tal que la defensa del imputado tenga oportunidad de alegar, proponer prueba y participar en su práctica y en los debates, habiendo conocido con antelación suficiente aquello de lo que se le acusa, y sin que la sentencia de forma sorpresiva pueda condenar por algo de lo que antes no se acusó y respecto de lo cual consiguiente no pudo articularse la estrategia exigida por la Ley en garantía de la posición procesal del imputado", de así que "la acusación ha de ser precisa y clara respecto del hecho y del delito por el que se formula y la sentencia ha de ser congruente con tal acusación, sin introducir ningún elemento nuevo del que no hubiera existido antes posibilidad de defenderse" STS. 712/96, y que el establecimiento de los hechos constituye la clave de la bóveda de todo el sistema acusatorio del que el derecho a estar informado de la acusación es simple

consecuencia (s. T.S. 15/7/91). "los hechos básicos de la acusación constituyen elementos substanciales e inalterables y la sentencia tiene que ser congruente respecto de los mismos, sin la introducción de ningún nuevo elemento del que no existiera posibilidad de defensa "(ss. T.S. 8/2/93, 5/2/94 y 14/2/95). En suma, como se precisa en s. 26/2/94 es evidente:"a) Que sin haberlo solicitado la acusación no puede introducir un elemento "contra reo" de cualquier clase que sea;b) Que el derecho a ser informado de la acusación exige su conocimiento completo;c) Que el inculpado tiene derecho a conocer temporánea y oportunamente el alcance y contenido de la acusación a fin de no quedar sumido en una completa indefensión; y d) Que el objeto del proceso no puede ser alterado por el Tribunal de forma que se configure un delito distinto o una circunstancia penológica diferente a las que fueron objeto del debate procesal y sobre la que no haya oportunidad de informarse y manifestarse el acusado".

En definitiva, se garantiza que nadie será acusado en proceso penal en una acusación de la que no se ha tenido conocimiento suficiente y, por tanto, que no recibirá un trato de desigualdad frente al acusador que le ocasione indefensión (ss. T.C. 54/85 de 18 abril y 17/89 de 30 de enero). Constituye asimismo, según el citado T.C., el primer elemento del derecho de defensa, que condiciona todos los demás, pues mal puede defenderse de algo que no sabe en concreto -s. 44/83 de 24 de mayo- Consiste substancialmente este derecho en asegurar el conocimiento del acusado acerca de los hechos que se le imputan y de los cargos que contra él se formulan -ss 14/86 de 12 noviembre, 17/88 de 16 febrero y 30/89 de 7 de febrero- y se satisface, pues, siempre que haya conocimiento de los hechos imputados para poder defenderse de los mismos- s. 170/90 de 5 noviembre.- También el T.S. ha reconocido que el derecho a la tutela efectiva comporta, entre otros, el derecho a ser informado de la acusación, como primer elemento del derecho de defensa, que condiciona a todos los demás, ss 4/11/86, 21/4/87 y 3/3/89, teniendo derecho el acusado a conocer temporáneamente el alcance y contenido de la acusación a fin de no quedar sumido en una completa indefensión, cual sucede si de modo sorpresivo es blanco de novedosas imputaciones exteriorizadas y hechas saber cuando han precluido sus posibilidades de alegación y de proposición de pruebas exculpatorias - ss. 9/9/87, 8/5/89, 25/5/90, 18/5/92, 1824/93 de 14 julio, 1808/94 de 17 octubre, 229/96 de 14 marzo, 610/97 de 5 mayo, 273/98 de 28 febrero, 489/98 de 2 abril, 830/98 de 12 junio, 1029/98 de 22 septiembre y 1325/2001 de 5 julio, entre otras.

UNDECIMO: Indudablemente entre el derecho a ser informado de la acusación y el de defensa exista una conexión esencial, toda vez que sin conocimiento de la acusación no es posible defenderse de ella. Pero este vínculo lógico entre uno y otro derecho pone de manifiesto que si la acusación ha sido conocida en circunstancias que no excluyen la posibilidad de ejercicio del derecho de defensa no cabe apreciar vulneración de aquel derecho. Esta última estimación y la que ha tenido lugar en el presente proceso. Así aún cuando en el auto de 1-10-2001, el instructor solo procesó a CECILIO por un delito de homicidio en grado de tentativa, ya en el antecedente fáctico de dicha resolución se recogía que el acusado, al tiempo de su detención, portaba en una sobaquera de cuero una pistola Star 28 PK con 11 balas en un cargador y el número machacado con un punzón y después limado, por lo que tanto ya se destacaba esa posesión de un arma de fuego por el procesado, y si bien no se le procesó por un delito de tenencia ilícita de armas, la tesis del recurrente implica que el auto de procesamiento define el objeto del juicio y

por ello no puede ser admitida por esta Sala. Como dice la STS 10-7-2000, "el objeto del proceso por el contrario, está configurado por las pretensiones de las partes expuestas en las conclusiones definitivas con base en la prueba producida en el juicio oral, ello surge de lo que establece los arts. 741 y 851 de la LECrim. Por lo tanto, en la medida en la que el acusado y su defensa tuvieron conocimiento de la prueba del juicio y de las pretensiones de la acusación expuestas en las conclusiones definitivas, el Tribunal debía decidir en la forma en la que lo prevé los arts. 741 y 851.3 de la LECrim."

Por ello, la posible irregularidad procesal, derivada de no recoger en el auto de procesamiento la imputación judicial indiciaria de un delito -en este caso tenencia ilícita de armas- no ha producido indefensión alguna a la defensa del recurrente que conoció la imputación de dicho delito desde el inicio de la actuación sumarial, enmarcado en el escrito de acusación provisional del Ministerio Fiscal (folio 51 del rollo de Sala y de la acusación particular , folio 65), y respecto a las que formuló su escrito de defensa en el que calificó los hechos como constitutivos solo de un delito de lesiones (folio 73 a 76). En definitiva la omisión en el auto de procesamiento del delito de tenencia ilícita de armas -a pesar de que en los hechos que se relatan en el auto de 1-10-1 (folio 153 diligencias sumariales) se haga referencia a que el procesado "portaba al tiempo de su detención en una sobaquera de cuero marrón, una pistola "STAR 28 PK" con 11 balas en su cargador y el número machacado con un punzón y después limado"- no supone vulneración del principio acusatorio ni del derecho de defensa, al constituir doctrina consolidada de esta Sala Segunda (s. 27.2.2004), que al escrito de conclusiones definitivas debe ir referida la relación o juicio de congruencia del fallo, en cuanto el proceso se orienta y prepara por los escritos de calificaciones provisionales primero, y se consolida y concreta, a la vista de la resultancia del plenario, por las definitivas, llegando así a la conclusión de que el principio acusatorio, que constituye una de las garantías esenciales del proceso penal con rango de derecho fundamental, no ha resultado vulnerado ni se ha producido indefensión en cuanto ha existido una correlación estricta entre el contenido de la acusación y el fallo de la sentencia, sin que pueda cumplir ese cometido delimitador el auto de procesamiento, que es un simple presupuesto de acceso del proceso a la fase plenaria, pero no el ejercicio de la acción penal que únicamente se entiende fijada y promovida en el escrito de calificación de las acusaciones...».(F.J.10º,11º, y 12º)

## **PRINCIPIOS PROCESALES. Principio acusatorio. Delito continuado.**

Recurso: Casación nº 1913/2004  
Ponente: Sr. Ramos Gancedo  
Sentencia nº 609/2005 de fecha 12/05/2005

«...» En nuestro caso, y a tenor de esta doctrina, no parece aventurado integrar también en el ámbito de esa calificación jurídica que debe respetar el Tribunal sentenciador, la conceptualización efectuada por las acusaciones de la

instancia de que se ha cometido un solo delito y no dos como resultado de la actuación del acusado. Y ello, por cuanto que, como los anteriormente citados, se trata de una conclusión de naturaleza inequívocamente jurídica, que tiene su fundamento en los hechos imputados y tiene, como aquéllos, una relevante y directa repercusión en la pena a imponer; razones por las cuales entiende esta Sala que el tratamiento y efectos que debe atribuirse a esa conclusión jurídica plasmada por el Fiscal y la acusación particular en sus conclusiones definitivas, no debe diferir de aquellos otros factores -grado de perfeccionamiento del delito, de participación en el ilícito, concurrencia de circunstancias....- que forman parte de la calificación. Del mismo modo que cuando la acusación califica los hechos imputados como constitutivos de delito continuado, considera esta Sala que el principio acusatorio impone al Tribunal ceñirse a esa calificación y no le estará permitido modificarla sancionando individualizadamente cada una de las ilícitas conductas que supondría una exacerbación de la pena en notorio perjuicio del encausado; y ello es así porque, en tal caso, el Tribunal no se limitaría a aplicar las reglas especiales para la aplicación de las penas de la Sección 2ª, del Capítulo II, del Título III del C.P., que son disposiciones a observar una vez sentadas las bases fácticas y jurídicas sobre las que dichas reglas operan, sino que habría alterado sustancialmente esas bases ya preestablecidas en el debate procesal a las que debe atenerse sin introducir nuevos aspectos jurídico-penales en perjuicio del acusado.

Por último, conviene insistir en que el Tribunal sentenciador ni siquiera hizo uso del art. 733 L.E.Cr., que le permite plantear la tesis y es en la sentencia donde se rechaza la calificación jurídica definitivamente efectuada (en lo que aquí interesa) por el Fiscal con la consiguiente e inevitable repercusión penológica que tal decisión implica, privando de esta manera al acusado de la posibilidad de alegar en contra de la construcción jurídica introducida por el Tribunal y de defenderse de la misma, que se plantea en términos decisorios de una manera novedosa, sorpresiva y con inequívoca y perjudicial relevancia en la sanción que finalmente se establece por el juzgador. De suerte que no parece dudoso que con este proceder, el Tribunal de instancia ha vulnerado la piedra angular sobre la que descansa todo el edificio del principio acusatorio que no es otra que la proscripción de la indefensión que se proclama en el art. 24 C.E.

Como consecuencia de todo lo expuesto deberá admitirse el reproche que de consuno demandan el recurrente y el Ministerio Fiscal procediendo la anulación de la sentencia impugnada, dictándose una nueva resolución que se ciña y respete el marco de imputación que figuran en las conclusiones definitivas de las acusaciones en lo referente al extremo controvertido y, en consecuencia, sancionar por un solo delito tal y como se establecía en las pretensiones de las partes acusadoras...».  
(F.J. 3º)

## **PRINCIPIOS PROCESALES. Principio acusatorio. Derecho a no ser acusado de algo que había sido sobreseído y por lo que se había denegado la apertura del juicio oral**

Recurso: Casación nº 357/2006

Ponente: Sr. Sánchez Melgar  
Sentencia: nº 156/2007 de fecha 25/01/2007

«...lo que vincula posteriormente en el juicio oral, son los hechos por los que se ordena continuar el procedimiento, y que pueden ser asumidos como tales por las acusaciones, y la persona del imputado. Las calificaciones jurídicas, sin embargo, no vinculan al órgano sentenciador, que no parte de tal resolución judicial, sino de los escritos de acusación y defensa, en donde se delimita el objeto del proceso penal. Ni siquiera tiene que existir un ajuste exacto entre aquellos hechos y los hechos sometidos a consideración del Tribunal por las acusaciones, pero lo que no puede suceder, como aquí ocurre, es que los hechos por los que se acusan sean, no solamente totalmente distintos, sino que hayan sido expresamente excluidos en resolución judicial precedente, por parte del Tribunal de instancia, incurriendo en manifiesta contradicción.

A la vista, pues, de esta doctrina, es evidente que la Sala sentenciadora de instancia no pudo juzgar unos hechos por los que expresamente había denegado la apertura del juicio oral, toda vez que, precisamente por el delito de negociaciones prohibidas a los funcionarios públicos, exclusivamente se continuaban las diligencias (Auto de Transformación en Procedimiento Abreviado), por los hechos relativos a la Residencia de Ancianos de Aldeadávila, no por otros hechos.

Ciertamente, como antes razonábamos, la vinculación al mencionado principio, nunca se produce con las calificaciones, sino con los hechos exclusivamente. Pero, en este caso, los hechos venían perfectamente perfilados en el Auto de 28 de abril de 2004, de donde no debió salirse la Sala sentenciadora de instancia, so pena de vulnerar tal principio y el de defensa y congruencia, de contenido constitucional. Y del propio modo que no admitió los hechos que fundamentaban el delito de prevaricación administrativa, porque previamente ya se había pronunciado en sentido negativo, denegando la apertura del juicio oral, tampoco debió tolerar la acusación por unos hechos que habían sido expresamente excluidos en el Auto de Transformación. En suma, el Tribunal "a quo" debió ser consecuente con su previa resolución judicial, y admitir exclusivamente la acusación por los hechos b) y d) del mencionado Auto, que constituían precisamente el objeto del proceso penal que dicha Sala había previamente diseñado con anterioridad.

Al no hacerlo así, se ha conculcado el derecho constitucional del recurrente a no ser acusado de algo que había sido firmemente sobreseído, y por lo que se había denegado la apertura del juicio oral, lo que supone la estimación del motivo». (F. J. 2º)

## **PRINCIPIOS PROCESALES. Principio acusatorio. Modificación de calificación provisional**

Recurso: Casación nº 281/2003

Ponente: Sr. Granados Pérez

Sentencia nº 1185/2004 de fecha 22/10/2004

«...» Respecto a la invocada vulneración del principio acusatorio, el Tribunal Constitucional, en su Sentencia 33/2003, de 13 de febrero, recuerda 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, que se concreta en el derecho de defensa, señalando que, desde la STC 12/1981, viene declarando 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. Ahora bien, ya en aquella primera ocasión señalamos que si bien de este principio resulta la necesaria congruencia entre acusación y defensa, es, sin embargo, posible que los órganos judiciales se aparten de la calificación jurídica fijada por las acusaciones sin que ello suponga automáticamente la vulneración del derecho de defensa del acusado, siempre que concurren dos condiciones: “la identidad del hecho punible, de forma que el mismo hecho señalado por la acusación, que se debatió en el juicio contradictorio y que se declaró probado en la Sentencia de instancia, constituya el supuesto fáctico de la nueva calificación”, y “que ambos delitos..... sean homogéneos, es decir, tengan la misma naturaleza, porque el hecho que configura los tipos correspondientes sea sustancialmente el mismo”; en definitiva dijimos, “si el condenado tuvo ocasión de defenderse de todos y cada uno de los elementos que componen el tipo de delito señalado en la Sentencia... no existe indefensión”, ya que ningún elemento nuevo sirve de base a la nueva calificación. Esta doctrina ha sido reiterada hasta nuestros días (por todas, SSTC 104/1986, de 17 de julio, FJ 4; 161/1994, de 23 de mayo, FJ 2; 95/1995, de 19 de junio, FJ 3; 225/1997, de 15 de diciembre, FJ 3; 278/2000, de 27 de noviembre, FJ 14; 302/2000, de 16 de enero, FJ 2; 174/2001, de 26 de julio, FJ 5; 4/2002, de 14 de enero, FJ3; 228/2002, de 9 de diciembre, FJ 5). Señala esta Sentencia a continuación que el Tribunal Constitucional ha realizado precisiones en determinados aspectos relacionados con el principio acusatorio y el derecho de defensa y así menciona, entre otros, que el derecho a ser informado de la acusación es consustancial al derecho de defensa, pues parte esencial del mismo es el derecho a contradecir la pretensión acusatoria (STC 105/1983, de 23 de noviembre); no cabe acusación implícita, ni tácita, sino que la acusación debe ser formulada de forma expresa (SSTC 163/1986, de 17 de diciembre, 358/1993, de 29 de noviembre). Añade, la Sentencia que comentamos, que 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 acusado ha ejercido el derecho de defensa contra dicha acusación a partir de su conocimiento. En este contexto, es preciso recordar que la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en el marco de la regulación del procedimiento ordinario, establece la posibilidad de que se modifiquen las calificaciones provisionales al fijarlas de forma definitiva, pues eso puede resultar necesario en virtud de la prueba practicada (art. 732 LECrim). Y dispone también que el órgano judicial, una vez efectuadas las calificaciones definitivas, puede someter a las partes una nueva calificación jurídica, si considera que la efectuada incurre en manifiesto error, en cuyo caso puede suspender el juicio oral si las partes indicaren que no están suficientemente preparadas para discutir la propuesta (art. 733 LECrim). Asimismo, prevé la suspensión del juicio oral a instancia de parte “cuando revelaciones o retractaciones inesperadas produzcan alteraciones sustanciales en los juicios, haciendo necesarios nuevos elementos de prueba o alguna sumaria instrucción suplementaria” (art. 746.6 en relación con el art. 747 LECrim). Con mayor precisión, la Ley de Enjuiciamiento Criminal prevé, para el procedimiento abreviado (art. 793.7), que “cuando en sus conclusiones definitivas, 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, el Juez o Tribunal podrá 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. Tras la práctica de una nueva prueba que pueda solicitar la defensa, las partes acusadoras podrán, a su vez, modificar sus conclusiones definitivas. En suma, no toda modificación de las calificaciones provisionales al fijarse las definitivas que incide en elementos esenciales del hecho constitutivo de delito o que implica una nueva calificación jurídica infringe el derecho de defensa si, utilizando las vías habilitadas al efecto por la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se permite su ejercicio respecto de esos nuevos hechos y su calificación jurídica. Sigue diciendo que una alteración tan significativa de los hechos objeto de acusación ha de efectuarse sin limitar en modo alguno al acusado su derecho de defensa...”». (F.J.1º)

## **PRINCIPIOS PROCESALES. Principio acusatorio. Mutación fáctica que vulnera ese principio.**

Recurso: Casación nº 9/2005 P  
Ponente: Sr. Sánchez Melgar  
Sentencia: nº 1106/2005 de fecha 30/09/2005

«El principio acusatorio cuya violación denuncia aquí el recurrente exige, conforme ha precisado el Tribunal Constitucional, la exclusión de toda posible indefensión para el acusado, lo cual quiere decir, «en primer término, que el hecho objeto de acusación y el que es base de la condena permanezcan inalterables, esto



es, que exista *identidad del hecho punible*, de forma que el hecho debatido en juicio, señalado por la acusación y declarado probado, constituya supuesto fáctico de la calificación de la sentencia. La otra condición consiste en la homogeneidad de los delitos objeto de condena y objeto de acusación» (v. SSTC núms. 134/1986 y 43/1997). Esta Sala, por su parte, tiene declarado sobre la cuestión aquí examinada que «el sistema acusatorio que informa el proceso penal español exige que exista la debida correlación entre la acusación y la sentencia, de forma tal que la defensa del imputado tenga oportunidad de alegar, proponer prueba y participar en su práctica y en los debates, habiendo conocido con antelación suficiente aquello de que se le acusa, y sin que la sentencia de modo sorpresivo pueda condenar por algo de lo que antes no se acusó y respecto de lo cual consiguientemente no pudo articularse la estrategia exigida por la ley en garantía de la posición procesal del imputado», de ahí que «*la acusación ha de ser precisa y clara respecto del hecho y del delito por el que se formula y la sentencia ha de ser congruente con tal acusación sin introducir ningún elemento nuevo del que no hubiera existido antes posibilidad de defenderse*» (v. S. 7 diciembre 1996); y que «el establecimiento de los hechos constituye la clave de la bóveda de todo el sistema acusatorio del que el derecho a estar informado de la acusación es simple consecuencia» (v. S. 15 julio 1991). «Los hechos básicos de la acusación *constituyen elementos sustanciales e inalterables* y la sentencia tiene que ser congruente respecto de los mismos, sin la introducción de ningún nuevo elemento del que no existiera posibilidad de defensa» (v. SS. 8 febrero 1993, 5 febrero 1994 y 14 febrero 1995, entre otras). En suma, como se precisa en la Sentencia de 26 febrero 1994, es evidente: «a) que sin haberlo solicitado la acusación, la sentencia no puede introducir un elemento "contra reo" de cualquier clase que sea; b) que el derecho a ser informado de la acusación exige su conocimiento completo; c) que el inculpado tiene derecho a conocer temporánea y oportunamente el alcance y contenido de la acusación a fin de no quedar sumido en una completa indefensión; y, d) que el objeto del proceso no puede ser alterado por el Tribunal de forma que se configure un delito distinto o una circunstancia penológica diferente a las que fueron objeto del debate procesal y sobre la que no haya oportunidad de informarse y manifestarse el acusado».

Profundizando aún más en la cuestión fáctica que analizamos, la Sentencia de esta Sala de 29 de junio de 1999, declaró que el principio acusatorio prohíbe condenar por un hecho diferente al acusado (v. S. de 17 de marzo de 1997); es necesario, pues, una *identidad sustancial* en los hechos imputados y los sentenciados. Y la de 18 de noviembre de 1998, que «son los hechos asumidos por la *calificación definitiva* de la acusación los que marcan los límites entre lo prohibido y lo permitido». (F.J.3º)

## **PRINCIPIOS PROCESALES. Principio acusatorio. Valoración.**

Recurso: Casación nº 1735/2004

Ponente: Sr. Granados Pérez

Sentencia: nº 1427/2005 de fecha 02/12/2005

«Se alega que la sentencia recurrida aprecia continuidad delictiva en el delito de coacciones sin que ninguna de las acusaciones lo hubiese solicitado.

Se dice vulnerado, pues, el principio acusatorio y ciertamente tiene declarado el Tribunal Constitucional –Cfr- Sentencia 33/2003, de 13 de febrero- 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, que es consustancial al derecho de defensa, pues parte esencial del mismo es el derecho a contradecir la pretensión acusatoria (STC 105/1983, de 23 de noviembre); no cabe acusación implícita, ni tácita, sino que la acusación debe ser formulada de forma expresa (SSTC 163/1986, de 17 de diciembre, 358/1993, de 29 de noviembre).

En el presente recurso de casación, una vez examinados los escritos de acusación, tanto del Ministerio Fiscal como de la acusación particular, podemos comprobar que no se solicita la continuidad delictiva y que las acusaciones por coacciones y lesiones lo son por un solo delito.

Pudiera pensarse que al haberse acusado, asimismo, por delito de detención ilegal, acorde con la doctrina de esta Sala –Cfr. Sentencia 1984/2002, de 9 de diciembre, que admite, sin merma del principio acusatorio, la posibilidad de condenar por coacciones cuando se ha acusado por detención ilegal, teniendo en cuenta el carácter general y residual del tipo de coacciones, del que tan sólo se excluyen por su especialidad las que consisten en la privación de la libertad ambulatoria, que son una peculiar forma de coacción, y que con ello no aparece que se haya causado mengua ni menoscabo alguno a los derechos de los acusados a defenderse y a la vigencia del principio de contradicción en el proceso al que han sido sometidos, ni se les ha causado perjuicio alguno por imponérseles las penas correspondientes al delito de coacciones ya que son notablemente inferiores (por todas sentencias de 22 Junio de 1.995), sin embargo no existe en la sentencia ahora recurrida mención alguna a dicha conversión, por lo que difícilmente puede entenderse que se haya dado satisfacción al principio acusatorio por la homogeneidad entre tales figuras delictivas.

Por otra parte, el Tribunal de instancia razona sobre la inexistencia de los presupuestos que caracterizan el delito de lesiones objeto de acusación, por lo que únicamente puede apreciarse una mera falta, sin embargo, donde la acusación se contraía a una sola infracción delictiva la sentencia de instancia construye dos infracciones a nivel de faltas de malos tratos, y ello implica desatender el principio acusatorio que resulta obligado, con detrimento del derecho a la tutela judicial efectiva y a que no se produzca indefensión.

Así las cosas, y en aplicación del derecho a ser informado de la acusación, que es consustancial al derecho de defensa, procede estimar el presente motivo en el sentido de eliminar la continuidad delictiva así como una de las faltas de malos tratos de las dos apreciadas en la sentencia de instancia, quedando sin contenido los motivos cuarto y quinto del presente recurso». (F. J. 3º)

## **PRINCIPIOS PROCESALES. Principio acusatorio. Vinculación a las calificaciones.**

Recurso: Casación nº 1797/2004  
Ponente: Sr. Ramos Gancedo  
Sentencia: nº 1498/2005 de fecha 05/12/2005

«Naturalmente que las acusaciones no están vinculadas a la calificación efectuada en un trámite que por propia naturaleza es "provisional", y que como consecuencia de la práctica de las pruebas que se efectúa en el plenario, esa inicial calificación puede ser modificada o complementada con una calificación alternativa, pues de otro modo resultaría completamente superflua por irrelevante la actividad probatoria desarrollada en el acto solemne del juicio oral, siendo por ello las conclusiones definitivas de las partes las que delimitan el objeto del proceso tanto en cuanto a los hechos objeto de enjuiciamiento como en la calificación jurídico penal de los mismos.

Como decíamos en nuestra sentencia de 3 de abril de 2.001 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 L.E.Cr., 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 L.E.Cr., 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"». (F. J. 3º)

## **PRINCIPIOS PROCESALES. Principio acusatorio. Vinculación del Tribunal a la pena máxima en concreto pedida por las acusaciones. Acuerdo Plenario de 20/12/2006.**

Recurso: Casación nº 10457/2006 P

Ponente: Sr. Sánchez Melgar

Sentencia: nº 1319/2006 de fecha 12/01/2006

«...El primer motivo del recurso de Francisco Arqués Ginard plantea, como vulneración constitucional, por el cauce previsto en el art. 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, la infracción del principio acusatorio, al habersele impuesto mayor pena que la solicitada concretamente para él por el Ministerio fiscal, alegando que mientras la petición fiscal fue de 4 años de prisión (para uno de los delitos en que incurrió: delito de robo en casa habitada), la Sala sentenciadora de instancia impuso la pena de 5 años (máxima imponible), agregando un razonamiento para dicha elevación del umbral de la petición del Ministerio Público.

Al efecto, invoca como infringido el art. 789.3 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en su redacción actual (idéntico al anterior art. 749.3), que para el ámbito del procedimiento abreviado, como es el caso, establece:

*“... La sentencia no podrá imponer pena más grave de la solicitada por las acusaciones...”*

Este ha sido el punto nuclear de su queja casacional, y el que ha merecido la atención de la Sala Plenaria en funciones de unificación de doctrina, como luego trataremos.

La doctrina tradicional de esta Sala, hasta este momento, de la que es exponente, entre otras muchas, la STS 1426/2005, de 7 de diciembre, nos dice que esta cuestión ha dado lugar a opiniones doctrinales diferentes. Se refiere a la posibilidad de imponer pena superior a la más grave de las solicitadas (en concreto) por las acusaciones. Un sector doctrinal entiende, ciertamente, que tal decisión puede infringir el principio acusatorio al actuar el Tribunal más allá de lo pedido por las acusaciones, y también el derecho de defensa, pues el acusado organiza su defensa en función de la acusación y no de una eventual agravación, de la clase que sea, procedente del Tribunal.

No obstante, la aludida línea mayoritaria y tradicional de esta Sala y del Tribunal Constitucional, permite que el tribunal pueda imponer pena más grave que la solicitada por las acusaciones *siempre que la motive suficientemente y se mantenga dentro de los límites legales establecidos*, pues la vinculación del órgano jurisdiccional deriva directamente de la Ley y no de las peticiones de las partes, y la individualización de la pena corresponde únicamente al Tribunal y no a la acusación

(SSTS 21.10.1988, 16.11.1989, 18.6.1994, 22.5.95, y STC 43/1997, entre otras). Esta doctrina precisa que el principio acusatorio no exige la vinculación estricta del Juzgador a las calificaciones jurídicas y al «petitum» de las partes, sino sólo que el hecho objeto del juicio del fallo sea aquél sobre el que se haya sostenido la acusación, puesto que el objeto del proceso no es un «crimen», sino un «factum», «que debe entenderse respetado cuando el órgano judicial se atiene al hecho posible objeto de la acusación sin incurrir en incongruencia», aunque imponga una pena cuantitativamente superior a la pedida por el Fiscal. Recordando la reciente STC 163/2004 de 4.10, que la imposición de la pena de multa, comprendida en el tipo que fue objeto de la acusación y que no fue pedida por error por el Ministerio Fiscal, no quebranta el derecho de defensa, pues el acusado pudo defenderse del tipo penal en el debate contradictorio del juicio oral y el Tribunal motivó la razón por la que imponía la pena.

Además, sigue manteniendo tal Sentencia de esta Sala Casacional (la número 1426/2005), que la cuestión suscitada de si el Tribunal está vinculado por la pena en abstracto que corresponde al delito determinado por la acusación, o que el límite se encuentra en la pena concreta solicitada por las acusaciones y que, por error u otro motivo, puede no corresponder con la que legalmente está fijada para el delito acusado, la redacción actual del art. 789.3, en el extremo que ahora interesa, y *con independencia de que este precepto no resulte aplicable al caso que nos ocupa, tramitado por los cauces del procedimiento ordinario (se decía en tal resolución judicial)*, una interpretación del nuevo texto y su relación sistemática con lo dispuesto en el procedimiento ordinario, lleva a considerar que, en todo caso, un error material en la solicitud de la pena, por clara divergencia entre lo pedido en el escrito de acusación y la pena que señala la Ley para el delito que es objeto de la acusación, no vincula al Tribunal sentenciador.

Cierto es que en el caso ahora enjuiciado, el procedimiento seguido no es el ordinario sino efectivamente el abreviado. Pero ello no es lo importante, como veremos, sino la esencia misma del principio, su fundamento y su vinculación con el órgano jurisdiccional al que corresponde el enjuiciamiento del asunto.

Digamos ya de este momento, que no es justificable mantener ante esta cuestión dos criterios diversos, en función del tipo de procedimiento por el que se ventile la causa penal, pues es patente que no puede haber un procedimiento más “acusatorio” que otro.

En trance de poner en cuestión la posición tradicional en esta materia, conviene señalar que la razón que justifica un cambio en el punto de vista seguido hasta ahora y que produzca la vinculación del juzgador a la pena en concreto solicitada, como ámbito delimitador de las facultades del Tribunal sentenciador, deriva de la esencia misma del principio acusatorio, y en suma, de la estructura del proceso penal, denominado acusatorio, en donde quedan perfectamente escindidas las funciones de acusar y de juzgar, de modo que no puede nunca un mismo órgano arrogarse ambas, bajo pretexto alguno.

Del mismo modo que el Tribunal sentenciador no puede condenar por un delito que no haya sido imputado por la acusación, tampoco puede imponer una pena que no le haya sido solicitada por acusación alguna, pues ambos mecanismos se basan

en el respeto al principio acusatorio, y sus correlativas derivaciones de congruencia y defensa.

Como tiene señalado el Tribunal Constitucional en reiterada doctrina, entre las exigencias derivadas de tal principio acusatorio, «se encuentra la de que nadie puede ser condenado por *cosa distinta* de la que se le ha acusado y de la que, por lo tanto, haya podido defenderse, habiendo precisado a este respecto que por "cosa" no puede entenderse únicamente un concreto devenir de acontecimientos, un *factum*, sino también la perspectiva jurídica que delimita de un cierto modo ese devenir y selecciona algunos de sus rasgos, pues el debate contradictorio recae no sólo sobre los hechos, sino también sobre su calificación jurídica» (SSTC 12/1981, de 10 de abril, 95/1995, de 19 de junio, 225/1997, de 15 de diciembre, 4/2002, de 14 de enero, F. 3; 228/2002, de 9 de diciembre, F. 5; 35/2004, de 8 de marzo, F. 2; y 120/2005, de 10 de mayo, F. 5). La íntima relación existente entre el principio acusatorio y el derecho a la defensa ha sido asimismo señalada por tal Tribunal al insistir en que 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. 2; 4/2002, de 14 de enero, F. 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. 3; 95/1995, de 19 de junio, F. 2; 36/1996, de 11 de marzo, F. 4; 4/2002, de 14 de enero, F. 3).

Dicho principio acusatorio deriva del derecho fundamental al proceso debido (proceso con todas las garantías: art. 24.2 de nuestra Carta Magna), y es manifestación, como decimos, del principio de congruencia y defensa. De modo que este principio ha de quedar restringido no solamente al *factum* sino a la misma calificación jurídica, y dentro de ésta, tanto al título de imputación (delito), como a la propia petición punitiva contenida en la más grave de las acusaciones.

Cierto es que, con respecto a la calificación, han de tenerse en cuenta los conceptos de identidad fáctica y de homogeneidad en la calificación jurídica, pero lo relevante ahora es la vinculación respecto a la pena en concreto solicitada, pues nuestra jurisprudencia anterior había sostenido que no se produce vulneración de tal principio cuando el Tribunal sentenciador se aparta de la concreta petición acusatoria y desborda su umbral, manteniéndose dentro de la banda prefijada por el legislador en el correspondiente tipo penal, si aquél motiva justificadamente tal elevación en consideraciones atinentes al caso enjuiciado, desenfocando en cierta manera el contenido del art. 851.4º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Como consecuencia de este reproche casacional, se debatió en Pleno no Jurisdiccional para la Unificación de Criterios, el día 20 de diciembre de 2006, mantener o modificar esta línea jurisprudencial, obteniendo el respaldo mayoritario de la Sala un Acuerdo del siguiente tenor literal:

**“El Tribunal sentenciador no puede imponer pena superior a la más grave de las pedidas en concreto por las acusaciones, cualquiera que sea el tipo de procedimiento por el que se sustancie la causa”.**

Se funda tal Acuerdo en la propia estructura del proceso acusatorio, en donde es necesaria la neta separación entre las funciones de acusar y juzgar, de modo que si el Tribunal sentenciador pudiera imponer libremente la pena correspondiente al tipo penal que aplica, sin tener en cuenta las peticiones concretas de las acusaciones, en realidad, se estaría convirtiendo en acusación, con grave quebranto de los principios que alumbran el proceso penal moderno. Es, por otro lado, una consecuencia obligada de la misma aplicación del art. 789.3 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en su redacción actual (idéntico al anterior art. 749.3), que para el *ámbito del procedimiento abreviado*, como es el caso, establece: “... La sentencia no podrá imponer *pena* más grave de la *solicitada* por las acusaciones...” Obsérvese que la ley acentúa sobre la *pena a imponer* la cuantificación *solicitada* por las acusaciones, lo que, por otro lado, deja poco margen al intérprete, y responde además a la verdadera filosofía legal y estructural de todo el proceso penal, que se fundamenta en el principio acusatorio.

Y no es posible argumentar que la motivación puede convalidar la vulneración de tal principio, cuando es el propio Tribunal, desbordando el umbral de lo pedido por las acusaciones, quien justifica la razón de tal comportamiento, pues entonces habrá quiebra del principio de defensa, ya que es obvio que las razones eventualmente aducidas por el juzgador no han sido evidentemente discutidas por las partes, ni pueden éstas por consiguiente tener oportunidad de refutarlas. En tal sentido, la oportunidad del debate contradictorio es la esencia del principio, ya que, como dice el Tribunal Constitucional: “lo que resulta esencial al principio acusatorio es que el acusado haya tenido oportunidad cierta de defenderse de una acusación en un debate contradictorio con la acusación” (*ad exemplum*, STC 278/2000 de 27 de diciembre).

De modo que el marco penal que sirve de presupuesto al principio acusatorio no puede consistir solamente en la calificación delictiva, sino en la propia penalidad solicitada, que condiciona las expectativas del derecho de defensa, y los concretos mecanismos que lo relacionan (como la posibilidad de suspensión o sustitución de condena, entre otros).

Y desde un plano de legitimación, la postulación procesal y correlativa reacción punitiva, no corresponde al Tribunal sentenciador, sino a las acusaciones, en el mismo seno del desenvolvimiento del juicio oral, porque “siendo éste el arsenal donde el acusador y el acusado deben tomar sus armas de combate y de defensa y el Tribunal los fundamentos de su veredicto”, “los Magistrados deben permanecer durante la discusión pasivos, retraídos, neutrales ...”, y desde luego, sin descender a la “arena del combate”. Así se expresa la brillante Exposición de Motivos de nuestra Ley de Enjuiciamiento Criminal, suscrita por el Ministro de Justicia, Manuel Alonso Martínez. Tomar partido en la pena a imponer, por encima de lo postulado por las acusaciones, es descender a dicha “arena”, frustrar fundadas expectativas basadas en el derecho de defensa y, en suma, colocarse en el papel de acusador más que en el juzgador.

Por lo demás, esta conclusión interpretativa se aplicará a todos los procesos penales, cualquiera que sean las normas procesales que lo regulen, o su ámbito de aplicación, porque en todos ellos el fundamento es el mismo, sin que podamos decir, como ya anunciábamos, que un procedimiento es más *acusatorio* que otro.

Y, finalmente, siempre el Tribunal podrá plantear *la tesis* a que se refiere el art. 733 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, con la moderación que este Tribunal Supremo ha interpretado para su utilización, al efecto de corregir los manifiestos errores u omisiones en la estructuración de la pena solicitada por las acusaciones, dando oportunidad a todas las partes a un debate contradictorio.

En este sentido, el motivo ha de ser estimado, dictándose a continuación segunda sentencia». (F. J. 1º)

## **PRINCIPIOS PROCESALES. Principio acusatorio. Vulneración. Falta de homogeneidad entre delito de lesiones y de violencia doméstica.**

Recurso: Casación nº 858/2006

Ponente: Sr. Soriano Soriano

Sentencia: nº 1203/2006 de fecha 11/12/2006

«Por una parte, no debemos olvidar que el principio acusatorio deriva del derecho a la tutela judicial efectiva sin causar indefensión, del derecho a ser informado de la acusación y a un proceso con todas las garantías, lo que implica que nadie puede ser condenado si no se ha formulado contra él una acusación de la que haya tenido ocasión de defenderse de manera contradictoria.

La doctrina de esta Sala en sintonía con la del Tribunal Constitucional viene exigiendo dos requisitos para que un acusado pueda ser condenado por un delito distinto del que se acusó, sin quebrantar el principio acusatorio: identidad fáctica y homogeneidad en la calificación jurídica.

En orden a la identidad del hecho es patente, como la propia sentencia reconoce, que la misma parte acusadora que imputa al acusado las lesiones del art. 147 no cita la relación convivencial o de pareja de hecho que éste pudiera mantener con la ofendida.

El Fiscal que sí la cita, la referencia no posee más valor que el de una circunstancia integradora de la relación de hechos que ilustran sobre el contexto de confianza existente entre agresor y víctima en el que se desarrollaron las secuencias delictivas. El acusado, como quiera que no es consciente de que tal circunstancia va a elevarse a presupuesto de un delito (por el que no se acusa) la admite pacíficamente, en la confianza de que no provocará consecuencias desfavorables, ya que con proyección jurídica ni siquiera se menciona en su condición de circunstancia mixta con efectos agravatorios la del art. 23 C.P.



Así pues, como elemento de hecho imputado al acusado, con virtualidad para integrar uno de los presupuestos típicos del delito, nunca las acusaciones se refirieron a la existencia entre agresor y víctima de una relación de análoga significación a la del matrimonio. Aunque justo es decirlo la circunstancia fue objeto de contradicción en el plenario, cuando acusador y acusado pretendían acreditar cuál de los dos fue el que provocó la ruptura convivencial.

5. Respecto al segundo elemento que debe observarse para no vulnerar el principio acusatorio (homogeneidad de la calificación jurídica) la Audiencia Provincial nos dice que la identidad entre el art. 147 y 153, es clara en cuanto a las lesiones de uno y otro tipo sólo las diferencia la necesidad de asistencia facultativa, que no se exige en las del art. 153.

Pero añade textualmente: *"la relación víctima-agresor, que determina la aplicación de ese tipo (art. 153 C.P.) ha sido reconocida y asumida por el acusado y la defensa"*.

Fácilmente se advierte de que en trance de establecer la simetría estructural de ambos tipos penales, el tribunal de origen desprecia el elemento típico de las relaciones convivenciales análogas a la del matrimonio, y se remite a una cuestión de hecho reconocida. Lo cierto es que no contiene tal supuesto típico el art. 147 C.P., y por ende de él no habría podido defenderse el acusado. Su reconocimiento fáctico teóricamente no debería traerle consecuencias jurídicas desfavorables.

De todas formas la Audiencia nos habla de que mantenía ofensor y ofendida relaciones de noviazgo o eran pareja de hecho, vivían juntos y mantenían relaciones sexuales, aunque no se refiera exactamente a que la situación fuera plenamente asimilable a una relación matrimonial.

Los implicados agresor y agredida, amigos indiscutibles, pudieron decidir vivir juntos, porque a ambos les animara la idea de abandonar el domicilio familiar para alcanzar cotas de independencia personal, a la vez que viviendo juntos podrían colaborar a satisfacer los gastos domésticos, independientemente de que mantuvieran relaciones sexuales, que no es insólito que existan en el contexto social actual entre jóvenes amigos con convivencia o sin ella, con relaciones de noviazgo o sin ellas.

Al acusado debió dársele la oportunidad de acreditar los presupuestos del concepto de estar ligado a la joven por "análoga relación de afectividad a la de cónyuge", esto es, con posibilidad de demostrar el carácter estable o transitorio de la unión, voluntad de convivir como verdaderos cónyuges, con posibilidad de tener descendencia y demás obligaciones parentales que se establecen en el matrimonio, etc.

Debió, en suma, tener la oportunidad de probar la concurrencia de la antijuricidad material o lesión del bien jurídico, que integra el delito del art. 153 C.P., más allá del leve ataque a la integridad física, concretamente la concurrencia de la relación de análoga significación a la del matrimonio.

6. Sin embargo, no solo fue la no imputación de tal circunstancia, sino que faltó otro elemento típico que el art. 147 C.P. no contiene y cuya concurrencia es necesaria para que nazca a la vida jurídica el delito de lesiones por el que se condena. Nos referimos a la habitualidad, que tanto la sentencia, como el recurrente y el Fiscal han pasado por alto, y que este Tribunal de casación en respeto al principio de legalidad (voluntad impugnativa del recurrente) debe hacer prevalecer. Tampoco del requisito típico de la habitualidad pudo defenderse el acusado, rompiéndose así cualquier homogeneidad delictiva.

En el caso de autos, ofensor y ofendida durante y después de la relación de pareja mantuvieron relaciones de amistad y nunca se ha acreditado que la ofendida fuera objeto de malos tratos o lesiones no delictivas, en otras ocasiones. No se imputó tal hecho y por tanto tampoco se recogió en el relato probatorio de la sentencia.

La redacción actual del art. 153 C.P. se produjo por Ley Orgánica nº 1 de 28-diciembre-2004, suprimiendo la nota de la habitualidad en el ocasionamiento de lesiones no definidas como delito. Por su parte los hechos sucedieron el 1 de agosto del 2004, fecha en que se hallaba vigente la redacción del 153 dada por L.O. 14/99 de 9 de septiembre, en la que el tipo delictivo contenía el elemento de la habitualidad, que persistía cuando los hechos ocurrieron y en cuyo extremo no reparó el tribunal inferior.

No es un problema ya de vulneración del principio acusatorio, al condenar por un delito por el que no se acusa (art. 153 C.P.), sino que los hechos declarados probados no constituyen tal delito por falta de tipicidad. Es entonces el principio de legalidad el que se quebranta (arts. 25, 9-3 C.E. y art. 1-1º C.Penal).

7. Conforme a todo lo razonado esta Sala entiende que se ha violado tanto el principio acusatorio en su proyección del derecho de defensa, como el principio de legalidad por indebida aplicación del art. 153 C.P.

En el caso que nos concierne si la propia sentencia explica que es difícil determinar en qué términos entiende la acusación particular aplicable el art. 147 C.P., imputación a la que ya de por sí es difícil contradecir, con mayor razón se puede afirmar que, aprovechándose de la simple mención formal del art. 147 se pueda condenar por el art. 153, que protege un bien jurídico complejo». (F. J. 5º)

## **PRINCIPIOS PROCESALES. Principio acusatorio y derecho de defensa. No se vulnera al imponer el tribunal pena más grave que la solicitada por las acusaciones.**

Recurso: Casación nº 34/2005 P  
Ponente: Sr. Berdugo Gómez de la Torre  
Sentencia: nº 1426/2005 de fecha 07/12/2005

«Plantea el recurrente una cuestión de indudable interés que ha dado lugar a opiniones doctrinales diferentes. Se refiere a la posibilidad de imponer pena superior a la más grave de las solicitadas por las acusaciones. Un sector doctrina entiende, ciertamente, que tal decisión puede infringir el principio acusatorio al actuar el Tribunal más allá de lo pedido por las acusaciones, y también el derecho de defensa, pues el acusado organiza su defensa en función de la acusación y no de una eventual agravación, de la clase que sea, procedente del Tribunal.

No obstante la línea mayoritaria de la Sala y del Tribunal Constitucional articula que el tribunal puede imponer pena mas grave que las solicitadas por las acusaciones siempre que la motive suficientemente y se mantenga dentro de los limites establecidos, pues la vinculación del órgano jurisdiccional deriva de la Ley y no de las peticiones de las partes y la individualización de la pena corresponde únicamente al Tribunal y no a la acusación (SSTS. 21.10.88, 16.11.89, 18.6.94, 22.5.95, SSTC. 43/97 y AT. 477/87), que precisan que el principio acusatorio no exige la *vinculación estricta del Juzgador a las calificaciones jurídicas y al <<petitum>> de las partes sino sólo que el hecho objeto del juicio del fallo sea aquél sobre el que se haya sostenido la acusación, puesto que el objeto del proceso no es un <<crimen>>, sino un <<factum>>*" que debe entenderse respetado cuando el órgano judicial se atiene al "hecho posible objeto de la acusación sin incurrir en incongruencia", aunque imponga una pena cuantitativamente superior a la pedida por el Fiscal. Recordando la reciente STC. 163/2004 de 4.10, que la imposición de la pena de multa, comprendida en el tipo que fue objeto de la acusación y que no fue pedida por error por el Ministerio Fiscal, no quebranta el derecho de defensa, pues el acusado pudo defenderse del tipo penal en el debate contradictorio del juicio oral y el Tribunal motivó la razón por la que imponía la pena.

Además, en cuanto a la limitación de que la sentencia no pueda imponer pena superior a la solicitud, y la cuestión suscitada de si el Tribunal está restringido por la pena que corresponde al delito determinado por la acusación o el limite se encuentra en la pena concreta solicitada que, por error u otro motivo, puede no corresponder con la que legalmente está fijada para el delito acusado, la redacción actual del art. 789.3, en el extremo que ahora interesa, y con independencia de que este precepto no resulte aplicable al caso que nos ocupa, tramitado por los cauces del procedimiento ordinario, una interpretación del nuevo texto y su relación sistemática con lo dispuesto en el procedimiento ordinario, lleva a considerar que, en todo caso, un error material en la solicitud de la pena, por clara divergencia entre lo pedido en el escrito de acusación y la pena que señala la Ley para el delito que es objeto de la acusación, no vincula al Tribunal sentenciador». (F.J. 8º)

## **PRINCIPIOS PROCESALES. Principio de contradicción.**

Recurso: Casación nº 636/2005 P

Ponente: Sr. Andrés Ibañez

Sentencia: nº 1376/2005 de fecha 17/11/2005

«En este caso el argumento es que el núcleo de la prueba de cargo estuvo constituido por las declaraciones sumariales del testigo protegido Arman Andriasyan y su madre Ana Jactarian, corroborados por testimonios de quienes declararon en el juicio. Y el recurrente considera éstos insuficientes para apoyar la condena, máxime cuando -señala- la instructora de la causa seguida ante el Jurado, en la que declaró el primero, no dio valor a sus manifestaciones, según constaría en el auto que por fotocopia se acompaña al escrito del recurso.

“Contradecir” es sostener lo contrario de lo que otro afirma; por lo que, en términos procesales, “contradictorio” es el proceso en el que se reconoce a las partes el derecho de interlocución en condiciones de igualdad sobre los temas objeto de la decisión. De este modo, sólo aquél en el que se brinda la posibilidad real de efectuar un control intersubjetivo de las afirmaciones probatorias, a quienes puedan resultar afectados por ellas.

En el sentido indicado, el principio de contradicción es una implicación del derecho de defensa, pero tiene además reconocido valor epistémico, ya que, en virtud de una experiencia universal, se sabe que el método controversial y dialógico es el más adecuado para decidir sobre la verdad de los enunciados que expresan hipótesis relativas a hechos; pues, dicho de forma coloquial, es notorio y está generalmente aceptado que “de la discusión sale la luz”.

Tal es la razón por la que en el art. 6.3 d) del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales se reconoce a todo acusado “el derecho a interrogar o hacer interrogar a los testigos que declaren contra él”. Y en términos equivalentes se pronuncia el art. 14.3 e) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

En aplicación de este precepto, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha resuelto que es preciso “conceder al acusado una ocasión adecuada y suficiente para oponerse a un testimonio en su contra e interrogar a su autor, en el momento de la declaración o más tarde” (sentencia de 14 de diciembre de 1999 (caso A. M. contra Italia); y también, entre otras, la de 20 de septiembre de 1993 (caso Saïdi contra Francia) y la de 19 de diciembre de 1990 (caso Delta contra Francia)). El Tribunal Constitucional mantiene idéntica posición en la materia, haciéndose eco, precisamente, de la misma doctrina (por todas, SSTC 10/1992, y 137/1988). Y esta sala ha hecho hincapié en la efectividad del derecho a interrogar a los testigos de cargo como “esencia del derecho de contradicción, cuyo ejercicio se violenta cuando el acusado no tiene [esa] oportunidad”; de manera que “ni siquiera a las declaraciones inculpativas realizadas por el testigo ante el juez de instrucción puede otorgárseles eficacia probatoria cuando se traen al plenario por la vía de su lectura que prevé el art. 730 Lecrim, si en aquella diligencia judicial la defensa del acusado no ha tenido ocasión de contradecir esas manifestaciones interrogando al testigo” (sentencias nº 1577/1998, de 11 de diciembre y 1441/2002, de 9 de septiembre, entre otras).

Así las cosas, puede decirse, es claro que el derecho de referencia sólo se satisface mediante el reconocimiento de la posibilidad real de interlocución directa del acusado (normalmente a través de su defensa) con el testigo que le inculpe en los momentos del trámite en que éste fuera interrogado, y, esencialmente, en el acto

del juicio. Pero, como es razonable admitir que la observancia de esta regla se halla sujeta a imponderables, la generalidad de las legislaciones, y entre ellas la nuestra, entienden que cuando la misma no pudiera ser cumplida en sus términos ideales, sería necesario, al menos, que la defensa del inculcado hubiese podido interrogar directamente a quien es fuente de la inculpación, siquiera una vez en el curso de la causa». (F. J. 2º)

## **PRINCIPIOS PROCESALES. Principio de contradicción.**

Recurso: Casación nº 2143/2005

Ponente: Sr. Colmenero Menéndez de Luarca

Sentencia: nº 964/2006 de fecha 10/10/2006

«La vigencia efectiva del principio de contradicción tiene directa relación con el derecho a un proceso equitativo. El debate contradictorio sobre las pruebas permite a las partes intervenir activamente en su práctica y en lo que se refiere concretamente a la defensa le facilita la oportunidad de actuar poniendo de relieve los aspectos que a su juicio anulan, alteran o debilitan su valor probatorio, lo que contribuye a su valoración por parte del Tribunal. Cuando se trata de pruebas personales, tal principio se manifiesta en el derecho a interrogar o hacer interrogar a quienes declaran en contra del acusado. Por lo tanto, como regla, la privación del ejercicio de este derecho tiene que estar especialmente justificada y además, aun así, han de reconocérsele algunas consecuencias.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha entendido en la STEDH de 14 diciembre 1999, Caso A.M. contra Italia, que los medios de prueba deben ser presentados, en principio, ante el acusado en audiencia pública, para su debate contradictorio, y que, aunque tal principio tiene excepciones, “sólo podrían ser aceptadas con la salvaguarda de los derechos de la defensa; por regla general, los apartados 1 y 3 d) del artículo 6 obligan a conceder al acusado una ocasión adecuada y suficiente para rebatir el testimonio presentado en su contra y hacer interrogar a su autor, en el momento de la declaración o más tarde (Sentencias Van Mechelen y otros, citada, pg. 711, ap. 51 y Lüdi contra Suiza de 15 junio 1992, serie A núm. 238, pg. 21, ap. 49). En concreto, los derechos de la defensa están limitados por las garantías del artículo 6 cuando una condena se basa, únicamente o en una manera determinante, en las declaraciones de un testigo que ni en la fase de la instrucción ni durante los debates el acusado ha tenido la posibilidad de interrogar o de hacer interrogar (ver las Sentencias Van Mechelen y otros citada, pg. 712, ap. 55; Saïdi contra Francia de 20 septiembre 1993, serie A núm. 261-C, pgs. 56-57, aps. 43-44; Unterperthinger contra Austria de 24 noviembre 1986, serie A núm. 110, pgs. 14-15, aps. 31-33)”. Y más recientemente, ha señalado (STEDH de 27 de febrero de 2001, caso *Lucà*, § 40), que «los derechos de defensa se restringen de forma incompatible con las garantías del art. 6 cuando una condena se funda exclusivamente o de forma determinante en declaraciones hechas por una persona

que el acusado no ha podido interrogar o hacer interrogar ni en la fase de instrucción ni durante el plenario»

El Tribunal Constitucional se ha manifestado en el mismo sentido, atribuyendo al principio de contradicción el carácter de regla esencial del desarrollo del proceso (STC 155/2002, de 22 de julio), reconociendo la necesaria vigencia del derecho del acusado a su efectividad, si bien ha precisado que “conforme a las exigencias dimanantes del art. 24.2 CE (interpretado conforme al art. 6.3 d) CEDH, el derecho a interrogar o hacer interrogar a los testigos de la acusación, como manifestación del principio de contradicción, se satisface dando al acusado una ocasión adecuada y suficiente para discutir un testimonio en su contra e interrogar a su autor en el momento en que declare o en un momento posterior del proceso (SSTEDH de 24 de noviembre de 1986, caso Unterperthinger c. Austria, § 31; de 20 de noviembre de 1989, caso Kostovsky c. Holanda, § 41; de 27 de septiembre de 1990, caso Windisch c. Austria, § 26; de 19 de febrero de 1991, caso Isgro c. Italia, § 34; de 20 de septiembre de 1993, caso Saïdi c. Francia, § 43; y la más reciente, de 27 de febrero de 2001, caso Luca c. Italia, § 40). (STC nº 57/2002, de 11 de marzo).

No obstante, en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional se encuentran algunas precisiones, recogidas entre otras en la STC 1/2006. En primer lugar, se dice que no es preciso que la contradicción sea efectiva en el momento en que se presta la declaración sumarial inculpatória “pues cumplir tal exigencia no siempre es legal o materialmente posible. «Es la posterior posibilidad de confrontación en el acto del juicio oral la que cumple la exigencia constitucional de contradicción y suple cualquier déficit que, conforme a las previsiones legales, haya podido observarse en la fase sumarial» (SSTC 155/2002, de 22 de julio, F. 10; y 206/2003, de 1 de diciembre, F. 2). En definitiva, no existe vulneración del principio de contradicción cuando, «aun existiendo una falta de contradicción inicial, ésta tiene lugar con posterioridad de modo que se posibilita ulteriormente un ejercicio suficiente del derecho de defensa» (STC 187/2003, de 27 de octubre, F. 4)”, (STC 1/2006).

Y en segundo lugar se recuerda que «el principio de contradicción se respeta, no sólo cuando el demandante (su dirección letrada) goza de la posibilidad de intervenir en el interrogatorio de quien declara en su contra, sino también cuando tal efectiva intervención no llega a tener lugar por motivos o circunstancias que no se deben a una actuación judicial constitucionalmente censurable» (STC 187/2003, de 27 de octubre, F. 4). En este sentido, la exigencia de contradicción en la práctica de la declaración sumarial del testigo para posibilitar la lectura válida de la misma conforme al artículo 730 de la LECrim, se hace depender en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional de que en aquel momento tal contradicción fuera factible (STC 94/2002 y STC 148/2005, entre otras).

No obstante, no puede ignorarse que en estos casos la defensa no ha podido interrogar al testigo de cargo, de manera que, cuando ha existido una inicial ausencia de contradicción, no imputable al órgano jurisdiccional ni tampoco al acusado, sino debida a las propias circunstancias del proceso concreto, que no ha podido ser corregida en el juicio oral, si la sentencia se basa en la declaración del testigo incomparecido como única prueba, es preciso que ésta venga dotada de una garantía reforzada respecto a la veracidad de lo afirmado por aquél. Es decir, en definitiva, puede establecerse que en estos casos es necesario que la versión del testigo

encuentre en la causa algún elemento que la refuerce, para suplir con ello el déficit de contradicción y asegurar objetivamente la valoración de la prueba, extremos a los que deberá referirse suficientemente la sentencia condenatoria». (F. J. 1º)

## **PRINCIPIOS PROCESALES. Principio de intervención mínima.**

Recurso: Casación nº 1263/2003  
Ponente: Sr. Bacigalupo zapater  
Sentencia nº 1484/2004 de fecha 28/02/2005

«...” En todo caso, se debe señalar que el principio de mínima intervención no es un principio de la interpretación del derecho penal, sino de la política criminal y que se dirige fundamentalmente al legislador. Se trata de un principio que en el momento de la aplicación del derecho penal se refleja en la posibilidad de una interpretación estricta de la ley penal, que, en las concepciones actuales, significa que el principio de legalidad excluye la generalización del contenido del texto legal basado en la extensión analógica del mismo. El derecho penal vigente no contiene la posibilidad de excluir por razones de oportunidad los hechos de poca significación, lo que, en este caso, ni siquiera se podría plantear...”». F.J. 2º)

## **PRINCIPIOS PROCESALES. Principio de responsabilidad personal. Tenencia ilícita de armas.**

Recurso: Casación nº 1226/2003  
Ponente: Sr. Berdugo Gómez de la Torre  
Sentencia nº 1348/2004 de fecha 25/11/2004

«...” En efecto hemos de señalar previamente que entre los principios fundamentales del Derecho Penal ha sido reconocido sin excepciones el de la responsabilidad personal. De acuerdo con este principio, la base de la responsabilidad penal requiere como mínimo la realización de una acción culpable, de tal manera que nadie puede ser responsable por las acciones de otro.

En este sentido se ha sostenido por el TC. s. 131/87 que el principio de la personalidad de las consecuencias jurídico-penales se contiene en el principio de legalidad. De la vigencia de este principio señala el Tribunal Supremo en s. 9.5.90, se derivan exigencias para la interpretación de la Ley penal.

En particular se impone al interprete establecer claras de limitaciones objetivas en los tipos en los que el aspecto exterior de la conducta está descrita en la Ley de manera tan ambigua que no es posible una aplicación literal del mismo, ello es lo que ocurre indudablemente en los tipos penales que se caracterizan por la posesión de determinados objetos, pero en los que la acción se puede realizar, materialmente, aunque la posesión no se exteriorice en una tenencia permanente de ellos (tenencia de armas, arts. 563 y ss., provenientes de delito, art. 298 a) e incluso de drogas, art. 368).

En estos delitos se presenta con frecuencia el problema de distinguir entre la realización del tipo y los casos de aquellas personas inculpadas que tengan simplemente acceso a los objetos prohibidos, como consecuencia de la convivencia o relación familiar con el autor, sin realizar aporte alguno que exteriorice el contenido mínimo que caracteriza a todo tipo penal, en tanto descripción de conductas gravemente contrarias al orden social.

En estos casos y en relación a la tenencia ilícita de armas, naturalmente que la posesión puede ser compartida pero en la medida que es preciso excluir la responsabilidad penal por hechos ajenos, se requerirá que se acrediten suficientemente circunstancias adicionales que vayan más allá de la mera relación familiar y del conocimiento del porte del arma por parte, en este caso, de la madre, y que permitan deducir su coautoría en el sentido real de posesión o al menos de efectiva disponibilidad del arma.

Estas circunstancias pueden ser muy diversas, en cada caso, y difícilmente se podrían reducir a un catálogo cerrado, no obstante lo cual exigirán una comprobación positiva de los elementos que diferencia la relación familiar con el autor respecto de la autoría misma, pues la sola relación familiar no puede ser un fundamento válido de la coautoría de la tenencia.

De otra manera en dichos delitos se burlaría por esta vía la exclusión de la obligación de denunciar a los allegados o de declarar contra el pariente (art. 416 LECrim.) o incluso, de la prohibición de encubrir (art. 454 CP.) que ha dispuesto el Legislador, remplazándola por una autoría fundada en la mera convivencia familiar...”». (F.J. 8º)

## **PRINCIPIOS PROCESALES. Principio “Ne bis in idem”. No excluye la posibilidad de que un hecho declarado conforme a derecho por la Administración sea objeto de sanción penal**

Recurso: Casación nº 1907/2003  
Ponente: Sr. Bacigalupo Zapater  
Sentencia: nº 13/2006 de fecha 20/01/2006



«El principio *ne bis in idem* ha sido reconocido como una garantía básica del Estado de Derecho, aunque no haya sido mencionado en la Constitución. Este reconocimiento no significa que exista claridad en lo concerniente a su fundamento constitucional, ni tampoco en lo referente a sus efectos. De todos modos, la tesis de la Defensa no puede ser compartida por esta Sala, dado que la jurisprudencia constitucional ha limitado la vigencia del principio a los casos de doble sanción penal o de doble sanción administrativa por los mismos hechos. Pero el principio no excluye la posibilidad de que un hecho sancionado por la administración o declarado conforme a derecho por ésta sea objeto de una nueva sanción penal, siempre que en la pena resultante se compute la sanción administrativa sufrida (confr. SSTC 2/2003).

Sin perjuicio de lo anteriormente dicho, se debe señalar que actualmente la persecución del delito Fiscal no depende del impulso procesal de la Administración, como ocurría en la Ley (...). Por lo tanto, la jurisdicción penal no está limitada por un presupuesto procesal consistente en la desaprobación administrativa de la liquidación practicada por el contribuyente acusado de delito fiscal. Es de una evidencia incontrovertible que si el principio *ne bis in idem* no impide que la jurisdicción penal pueda sancionar un hecho que ha sido ya objeto de sanción administrativa, tampoco puede impedir que corrija el juicio de antijuricidad de la administración tributaria respecto de un mismo hecho, cuando éste es subsumible bajo el tipo penal del delito fiscal». (F. J. 7º)

## **PRINCIPIOS PROCESALES. Principio “non bis in idem”. Administración de loterías. Responsabilidad Civil: Compañías aseguradoras.**

Recurso: Casación nº 2049/2003  
Ponente: Sr. Sánchez Melgar  
Sentencia nº 225/2005 de fecha 24/02/2005

«... “Aduce el recurrente que la acusada ya ha sido sancionada administrativamente como consecuencia de los mismos hechos, acordándose el cierre y cancelación de la concesión por esta vía, de la administración de lotería (número 25 de Valladolid) que regentaba aquélla.

Este tema ha sido resuelto en Pleno no Jurisdiccional de esta Sala Casacional, Sala General de fecha 29/05/2003, conforme a la doctrina constitucional más reciente.

En efecto, el principio "non bis in idem" se configura como un derecho fundamental, integrado en el derecho al principio de culpabilidad en materia penal y sancionado en el art. 25.1 CE, que en su vertiente material impide sancionar en más de una ocasión el mismo hecho con el mismo fundamento (STC 2/2003, de 16 de enero, F. 3) y que, en una de sus más conocidas manifestaciones, supone que no recaiga duplicidad de sanciones –administrativa y penal– en los casos en que se

aprecie identidad de sujeto, hecho y fundamento, según se declaró ya en la STC 2/1981, de 30 de enero (F. 4). La garantía material de no ser sometido a bis in idem sancionador tiene como finalidad evitar una reacción punitiva desproporcionada, en cuanto dicho exceso punitivo hace quebrar la garantía del ciudadano de previsibilidad de las sanciones, pues la suma de la pluralidad de sanciones crea una sanción ajena al juicio de proporcionalidad realizado por el legislador y materializa la imposición de una sanción no prevista legalmente (STC 2/2003, de 16 de enero, F. 3). Véase también nuestras Sentencias 1207/2004, de 11 de octubre y 52/2003, de 24 de febrero.

Pero la misma jurisprudencia constitucional, admite la posibilidad de la doble sanción –penal y administrativa– en los supuestos en que, en el seno de una relación de supremacía especial de la Administración con el sancionado, esté justificado el ejercicio del ius puniendi por los Tribunales y a su vez la potestad sancionadora por la Administración (SSTC 2/1981, de 30 de enero, F. 4; 94/1986, de 8 de junio, F. 4; y 112/1990, de 18 de junio, F. 3)...

... Con respecto a este tipo de comportamientos delictivos, existe ya una sólida línea jurisprudencial, considerando los hechos enjuiciados como delito de malversación de caudales públicos, de las que son de citar, por ser las más recientes, las siguientes sentencias de esta Sala Casacional: 217/2004, de 18-2; 1824/2000, de 27-11; 1255/1998, de 19-10; 601/1998, de 30-4, y 676/1997, de 13-5; todas ellas referidas a administraciones de loterías...”>>. (F.J. 2º)...

...” En efecto, será perjudicado por el delito, tanto quien haya sufrido los daños consecuencia del mismo, como aquellas otras personas o entidades que hayan tenido que reparar sus consecuencias civiles, pero dentro siempre del ámbito de la víctima, nunca en la órbita jurídica del autor material del mismo. Así, para poner un ejemplo, en la mecánica comisiva derivada de un accidente de tráfico ocasionado con imprudencia punible, no solamente será perjudicado el directamente afectado por la acción u omisión del sujeto activo del delito (que incuestionablemente lo es), sino todas aquellas personas que, por ese hecho, se vean en la obligación de realizar gastos, prestar servicios o satisfacer indemnizaciones. De ese modo, son terceros perjudicados las entidades de asistencia sanitaria que presten cualquier servicio para solventar la salud del accidentado, o quien afronte las prestaciones económicas de cualquier tipo para aminorar o reparar las consecuencias del ilícito cometido. Ese tercer perjudicado siempre habrá de estar en la órbita jurídica del dañado o lesionado por el delito, nunca en la posición del causante del daño, imputado en la comisión delictiva, porque los que ostentan este estadio procesal, serán responsables directos o subsidiarios de la infracción penal, nunca terceros perjudicados por la misma, a los efectos de poder reclamar lo que tengan por conveniente de tal acusado en el proceso civil correspondiente, fuera siempre del proceso penal. En el ejemplo que se ha puesto, sería impensable que la compañía aseguradora que cubre las consecuencias civiles derivadas del ilícito penal constitutivo de imprudencia punible, después de satisfacer la correspondiente indemnización a la víctima del suceso (atropello, por poner un caso frecuente), se dirigieran contra el acusado (que es en realidad su asegurado) ejercitando la acusación particular en el propio proceso penal. Y ello porque el pago que ha realizado no deriva directamente del ilícito penal, sino de su relación contractual con dicho tomador del seguro. Si tal compañía aseguradora estima que, en virtud de tal

contrato, o de la ley, puede repetir el importe de lo pagado a un tercero perjudicado como consecuencia de tal delito en nombre de su cliente (asegurado), deberá verificarlo en el proceso civil que a su derecho convenga, pero nunca en el proceso penal, y ello como consecuencia de varias razones: en primer lugar, porque el pago no es consecuencia del delito, sino de su propio contrato, como ya hemos afirmado; en segundo lugar, porque la posición jurídica de la aseguradora del propio acusado se convierte de esta forma en contraria a los intereses de éste en el proceso penal, de modo que ostenta una acción civil (y a veces penal), que se contrapone con su mismo asegurado (como ocurre en este caso, en donde ha ostentado una postura procesal de acusación particular en la causa, tal y como se desprende del encabezamiento de la sentencia recurrida, y de la impugnación en esta sede casacional de todos los motivos esgrimidos por la acusada recurrente); en tercer lugar, porque esta dualidad de posiciones, y las cuestiones que se solventan en el proceso penal, no es el ámbito adecuado para resolver los problemas derivados del contrato que quiere hacer efectivo tal compañía aseguradora, porque –hemos de reconocer- no es el espacio más idóneo para desenvolverse los problemas derivados de las excepciones procesales, dilatorias o perentorias, o la misma interpretación del contrato, en el caso de que el asegurado (que aquí, repetimos, es el acusado) pueda oponer, como podría ser la falta virtualidad jurídica de la oponibilidad de la repetición pretendida; ello sin contar con que, en muchos casos, se produciría la pretensión de un ilícito enriquecimiento, pues la aseguradora pretendería repetir aquello a lo que ya estaba obligada por el contrato (la indemnización al perjudicado); en cuarto lugar, porque el contenido el art. 117 del Código penal, es suficientemente explícito al respecto, desde nuestro punto de vista. Dice así: “los aseguradores que hubieren asumido el riesgo de las responsabilidades pecuniarias derivadas del uso o explotación de cualquier bien, empresa, industria o actividad, cuando, como consecuencia de un hecho previsto en este Código, se produzca el evento que determine el riesgo asegurado, serán responsables civiles directos hasta el límite de la indemnización legalmente establecida o convencionalmente pactada, sin perjuicio del derecho de repetición contra quien corresponda.” Esto es, tales aseguradores ostentan frente al ámbito jurídico de la víctima la condición de responsables directos hasta tal límite, pero con respecto a la órbita del causante de la infracción penal, que es el acusado (eventualmente, el responsable civil subsidiario), o lo que es lo mismo, su asegurado, si bien pueden ostentar algún derecho de repetición, la ley penal -en el precepto transcrito- les reserva tal acción, pero deberán ejercitarla en el procedimiento civil correspondiente, no en sede del proceso penal...

... Es exponente de este criterio, entre otras, la Sentencia de esta Sala de 13 de febrero de 1991, en la que se expresa que «terceros sólo son los que han sido directamente perjudicados por el hecho delictivo y no los titulares de una acción de repetición ni los que estén enlazados con la víctima con relaciones contractuales que se ven afectadas por el hecho punible y que, en realidad, no derivan de él sino de la sentencia condenatoria...». No se debe confundir el ejercicio de la acción directa contra el asegurador que establece el artículo 76 de la Ley de Contrato de Seguro de 8 octubre 1980, que ha reconocido reiterada doctrina de esta Sala y que viene expresamente prevista en el artículo 117 del vigente Código Penal, con el derecho de poder repetir el asegurador contra el asegurado al que también se refieren los dos preceptos que se acaban de citar. No puede, por consiguiente, sostenerse, como se pretende en el motivo, que se haya producido vulneración del principio de igualdad que proclama el artículo 14 de la Constitución”...». (F.J. 5º)

## **PRINCIPIOS PROCESALES. Principio “non bis in idem”. Art. 180.2 Código Penal**

Recurso: Casación nº 2605/2003

Ponente: Sr. Ramos Gancedo

Sentencia nº 686/2005 de fecha 02/06/2005

«...” Fue el vigente Código Penal quien introdujo como artículo de nueva planta, sin precedente en el anterior, diversos subtipos agravados de los delitos básicos de las agresiones sexuales descritos en los artículos 178 y 179.

Entre los subtipos previstos, se incluyó el que es objeto de estudio y debate en esta resolución, relativo a la realización en grupo prevista en el nº 2 del art. 180. Esta figura constituía una agravante genérica en el Código Penal de 1973, y como tal estaba incluida en el art. 10 ap. 13 *"ejecutarlo de noche, en despoblado o en cuadrilla"*, que ha desaparecido en el vigente texto, y eso puede ser la explicación de que haya reaparecido como subtipo agravado en relación a las agresiones sexuales.

La introducción de esta figura agravada puede ser perturbadora y fuente de conflicto en relación a los supuestos --por otra parte frecuentes-- de una pluralidad de partícipes en la agresión sexual, que tenía la traducción jurisprudencial en el anterior Código Penal, desde la concepción amplia de autor, de hacer a todos los partícipes autores materiales de la propia violación o agresión efectuada, y al mismo tiempo autores por cooperación necesaria respecto de las agresiones de los otros copartícipes, con posible concurrencia de la agravante genérica de cuadrilla, para la que, recordemos, el propio Código Penal daba una definición legal: *"hay cuadrilla cuando concurren en la comisión del delito más de tres malhechores armados"*.

Esta situación ha cambiado radicalmente con la creación en el vigente Código del subtipo agravado del art. 180-2, porque caso de coparticipación de los intervinientes en el doble concepto de autores materiales de sus propios actos, y autores por cooperación de los actos de los otros partícipes, la posterior aplicación en las dos modalidades de autoría, del subtipo agravado de actuación en grupo incidiría directamente sobre una misma situación --pluralidad delictiva-- que se valoraría penalmente de forma sucesiva dos veces, en cada copartícipe: lo que se traduciría en la calificación del hecho como constitutivo de dos delitos de agresión sexual, uno como autor natural y otro como autor por cooperación, pero ambos cualificados por el subtipo de actuación conjunta de dos o más personas.

Esta es, precisamente, la calificación que recoge la sentencia que condena al recurrente como autor de dos delitos de agresión sexual del art. 179 y del art. 180-2º. Tal calificación se estima vulneradora del principio *non bis in idem* por cuanto la estimación de ser autor por cooperación necesaria, se superpone exactamente sobre el subtipo de actuación en grupo. Dicho de otro modo, la autoría por cooperación

necesaria en estos casos exige, al menos, una dualidad de personas por lo que a tal autoría le es inherente la actuación en conjunta en grupo que describe el subtipo agravado. Por ello, en casos como el presente en el que existe una cooperación necesaria a las agresiones concertadas, cada persona debe responder de su propia agresión sexual y la de aquellos en las que hubiese cooperado, pero sin la concurrencia del subtipo previsto en el nº 2 del art. 180 por la incompatibilidad expuesta, que por las mismas razones debe extenderse a la calificación de autor material, con la consecuencia de quedar, en la práctica, muy reducido el ámbito de aplicación de tal modalidad agravada en casos de doble autoría material y por cooperación necesaria.

La conclusión de cuanto se ha razonado, es la de estimar improcedente por vulnerador del principio *non bis in idem*, la aplicación del subtipo agravado de actuación de dos o más personas previsto en el art. 180-2º del Código Penal, debiendo calificarse las dos agresiones sexuales por las que ha sido condenado el recurrente como constitutivas del tipo básico del art. 179 del Código Penal». (F.J. 3º)

## **PRINCIPIOS PROCESALES. Principio “non bis in idem”.**

### **Concepto de acción en el ámbito penal**

Recurso: Casación nº 904/2004P

Ponente: Sr. Giménez García

Sentencia nº 777/2005 de fecha 15/06/2005

«...” Se dice en la argumentación que se está ante una "unidad natural de acción" como en los casos en los que se profieren diversas expresiones injuriosas, o se dirigen varios golpes contra diversas partes del cuerpo de la víctima. Esta concepción causal-naturalística de la acción entendida como transformación física del mundo no es la determinante en la esfera penal, sino que en la medida que el concepto de acción u omisión en clave penal debe ser puesta en conexión con el ataque a bienes jurídicos protegidos, lo que determinará el concepto de acción. Por ello no es tanto la acción u omisión humana, sino dicha acción en cuanto ataca a bienes jurídicos protegidos por la norma, en consecuencia, si una acción en clave naturalística atenta o lesiona bienes jurídicos o de naturaleza personalísima protegidos por la misma o diversas normas jurídicas, se estará ante tantas acciones normativas como bienes jurídicos atacados: un disparo que mata a dos personas, comete dos homicidios aunque naturalísticamente haya existido una acción natural, una agresión a un agente policial puede constituir un delito de atentado y otro de lesiones.

Paralelamente, el concepto normativo de acción exigirá la concurrencia de varias acciones naturales en aquellos delitos en los que el tal concepto de acción se integre por una pluralidad de acciones diversas como ocurre en relación a los delitos de tráfico de drogas o falsedad de moneda --STC 384/04 de 2004--. Por ello, el concepto de acción en el ámbito del derecho penal, es propio de esta disciplina y autónomo de la concepción natural de acción, aunque puedan coincidir en aquellos

casos en los que a la acción en sentido natural se corresponde una acción en sentido normativo porque sólo queda afectado un precepto penal, como el hecho de disparar contra una sola persona y producida la muerte, aunque en otras ocasiones no sean conceptos equivalentes...»». (F.J. 1º)

## **PRINCIPIOS PROCESALES. Principio “non bis in idem”. Doble sanción: penal y administrativa.**

Recurso: Casación nº 235/2003

Ponente: Sr. Sánchez Melgar

Sentencia nº 1207 de fecha 11/10/2004

«...” Este tema ha sido resuelto en Pleno no Jurisdiccional de esta Sala Casacional, Sala General de fecha 29/05/2003, conforme a la doctrina constitucional más reciente.

En efecto, el principio "non bis in idem" se configura como un derecho fundamental, integrado en el derecho al principio de legalidad en materia penal y sancionadora del art. 25.1 CE, que en su vertiente material impide sancionar en más de una ocasión el mismo hecho con el mismo fundamento (STC 2/2003, de 16 de enero, F. 3) y que, en una de sus más conocidas manifestaciones, supone que no recaiga duplicidad de sanciones –administrativa y penal– en los casos en que se aprecie identidad de sujeto, hecho y fundamento, según se declaró ya en la STC 2/1981, de 30 de enero (F. 4). La garantía material de no ser sometido a bis in idem sancionador tiene como finalidad evitar una reacción punitiva desproporcionada, en cuanto dicho exceso punitivo hace quebrar la garantía del ciudadano de previsibilidad de las sanciones, pues la suma de la pluralidad de sanciones crea una sanción ajena al juicio de proporcionalidad realizado por el legislador y materializa la imposición de una sanción no prevista legalmente (STC 2/2003, de 16 de enero, F. 3).

Pero la misma jurisprudencia constitucional, admite la posibilidad de la doble sanción –penal y administrativa– en los supuestos en que, en el seno de una relación de supremacía especial de la Administración con el sancionado, esté justificado el ejercicio del ius puniendi por los Tribunales y a su vez la potestad sancionadora por la Administración (SSTC 2/1981, de 30 de enero, F. 4; 94/1986, de 8 de junio, F. 4; y 112/1990, de 18 de junio, F. 3).

En todo caso, se ha dicho por el Tribunal Constitucional, que no es posible apreciar la triple identidad requerida, de sujetos, hechos y fundamentos, que se erigen en presupuestos de la interdicción constitucional de incurrir en «bis in idem» al no darse la identidad subjetiva exigida como presupuesto para la vulneración denunciada cuando en uno de los procesos se sanciona a la persona jurídica

empresario y en el otro se sanciona penalmente al representante legal de la misma (AATC 355/1991, de 25 de noviembre, y 357/2003, de 10 de noviembre).

En efecto, en la vía administrativa se ha sancionado a la entidad “Laboratorio Bogas and Schay, S.A.”, mientras que en el proceso penal lo ha sido personalmente Antonio Miguel Bogas Cardeñosa, de modo que no concurre el requisito de la identidad de sujeto, sin perjuicio de lo expuesto sobre el requisito del fundamento, en tanto que este proceso penal se castiga la conducta de este último como autor de un delito contra la salud pública, lo que no se tiene en cuenta en la resolución administrativa precedente, no obstante la natural conexión de todas las infracciones definidas en la Ley del Medicamento con miras en la salud pública en general. De adoptarse un criterio tan restrictivo como quiere el recurrente, cualquier infracción de tal ley especial produciría un “bis in idem” sobre el consiguiente proceso penal, siendo evidente que ambos campos tienen deslindes diferenciados, aunque con una protección última sobre la salud de los ciudadanos...”». (F.J. 2º)

## **PROCESO PENAL. Celebración de juicio oral en ausencia de los acusados, intervinientes en el acto mediante videoconferencia. Nulidad.**

Recurso: Casación nº 1103/2003

Ponente: Sr. Maza Martín

Sentencia nº 678/2005 de fecha 17/05/2005

«...” al no poder afirmarse la integridad del respeto a las garantías procesales habituales, la decisión acerca de la celebración de un Juicio con la presencia mediante videoconferencia de los acusados requiere prestar inexcusable atención a criterios de proporcionalidad que relacionen el sacrificio de tales derechos con la relevancia de las causas que aconsejan semejante medida.

Quedando, por supuesto, fuera de esa ponderación cualesquiera alusiones a planteamientos de índole funcional, como el ahorro de gastos o de las dificultades y molestias derivadas de traslados y comparecencias, pues es obligación del Estado, dentro del correcto ejercicio de su “ius puniendi”, facilitar los medios necesarios para respetar los principios rectores de nuestro sistema de enjuiciamiento, siempre que fuere posible.

De modo que sólo motivos de absoluta imposibilidad de asistencia personal del acusado servirían para justificar, válidamente, el empleo en estos casos de los novedosos métodos contemplados en nuestra legislación, en especial cuando de la presencia del propio acusado se trate.

Amén de aquellos otros supuestos como en los que el Tribunal se haya visto obligado a replicar a una conducta perturbadora con la expulsión del desobediente, en los que, precisamente, la posibilidad de que siga su Juicio a través de medios electrónicos desde un lugar externo a la Sala, como acontece en procedimientos de los que conocen ciertos Tribunales supranacionales, se erige en el más eficaz y garantista sucedáneo de la presencia física de quien ha forzado, e manera inevitable, esa situación.

Y, en este sentido, las razones de seguridad que se esgrimen, de manera fundamental, en el caso que nos ocupa, atendiendo a la elevada peligrosidad apreciable en alguno de los acusados, aunque pudiera encontrar inicialmente un soporte normativo en los preceptos antes indicados, no se ha justificado adecuadamente, visto el aporte de su escasa, por no decir nula, fundamentación, más allá de la mera afirmación de su concurrencia, al extenderla por añadidura y sin discriminación alguna a todos los acusados, máxime si tenemos en cuenta, por otro lado, la existencia de medios más que suficientes para neutralizar ese peligro, sin necesidad imperiosa de suprimir derechos fundamentales de los juzgados.

Piénsese, si no, en los numerosos Juicios que se celebran en órganos especializados en el enjuiciamiento de individuos acusados de pertenencia a organizaciones terroristas, bandas armadas u otros supuestos semejantes, para los que, a pesar de su indudable peligrosidad potencial, no por ello se les restringe su derecho a estar presentes en la Sala de Audiencia, sino que se adoptan las medidas oportunas, incluso mediante la especial adecuación de la Sala, para la celebración del acto con su asistencia al mismo.

De modo que esta Sala no puede permitir la apertura generosa de tan discutible portillo, facilitando una interpretación amplia de las posibilidades del Juicio mediante videoconferencia que, antes al contrario, deben ser entendidas desde planteamientos rigurosamente restrictivos...»». (F.J.3º)

## **PROCESO PENAL. Legitimación. Acción popular.**

Recurso: Casación nº 626/2006

Ponente: Sr. Berdugo Gómez de la Torre

Sentencia: nº 1276/2006 de fecha 20/12/2006

«...Sin olvidar que esta Sala viene manteniendo (SSTS. 18.3.92, 22.5.93, 3.6.95, 4.2.97), que el legislador, tratándose de delito público, no ha limitado la acción popular al derecho de pedir la incoación del proceso penal mediante querrela y fianza, sino que ha permitido ejercitarla en las causas ya iniciadas personándose en los términos prevenidos en el art. 110 LECriminal, es decir, mostrándose parte como adhesión en nombre de la ciudadanía a un proceso pendiente, sin dejar condicionada la eficacia de la acción penal a la formulación de querrela. La existencia de fianza, impuesta por el art. 280, constituye requisito de admisibilidad de la querrela cuando



ésta es medio de iniciación del proceso penal, pero cuando el ejercicio de la acción popular se realiza en un proceso en curso la necesidad de tal requisito no parece razonable». (F. J. 8º)

## **PROCESO PENAL. Limitación del principio acusatorio para la protección del acusado.**

Recurso: Casación nº 1226/2003

Ponente: Sr. Berdugo Gómez de la Torre

Sentencia nº 1348/2004 de fecha 25/11/2004

«...» el principio de investigación de la verdad material obliga al Juzgador a enterarse de los supuestos de hecho con fidelidad histórica, al paso que la verdad formal se encierra y reduce a la verdad específica del proceso y ello conduce al principio de inmutabilidad o de no disponibilidad de las partes, no pudiendo quedar a la voluntad de las mismas la solución del proceso.

La función punitiva del Estado -dice la STS 12.7.97- solo puede hacerse valer contra el que realmente ha cometido el delito y la verdad material a la que debe tender el proceso penal debe servir para fundamento de la sentencia. La verdad material es la identidad con lo realmente ocurrido, no lo que las partes afirman como verdad. Ello conduce, asimismo, al principio de libre convencimiento judicial.

Ello presenta trascendencia, no puede condenarse a un acusado en la forma que ha sido, con independencia de que se defienda adecuadamente; si las pruebas practicadas patentizan su inocencia e igualmente en los casos de condena atenuada, cuando se demuestra una menor responsabilidad de la imputada en sentencia, con independencia de que se haya o no alegado por la defensa.

El principio acusatorio está limitado para la protección del acusado, y no se vulnera cuando se aprecia una atenuación en su conducta derivada de los hechos probados o se suprime una agravante indebidamente apreciada, independientemente de que se haya aducido o no por la defensa.

Otra cosa conduciría a una injusticia manifiesta, contraria a la dignidad humana y el respeto a la persona en el ámbito procesal, porque obligaría al Juez a condenar al inocente que no alegó tal dato o a condenar a una persona más gravemente en base a una circunstancia como la reincidencia cuyos presupuestos de aplicación no consten, tan solo porque su impugnación no haya sido expresa o formalmente aducida por su defensa.

No existe vulneración del principio acusatorio y se faltaría a la lealtad y la buena fe procesales, si se condenara a un inocente como culpable, no siéndolo tan solo porque no lo alegó, y en el mismo sentido, al que la prueba patentiza una menor responsabilidad bien por concurrencia de atenuantes hayan sido o no alegadas por

su defensa, bien por indebida aplicación de agravantes hayan sido o no cuestionadas por ésta...”». (F.J. 2º)

## **PROCESO PENAL. Sobreseimiento libre. Límites del instructor.**

Recurso: Casación nº 486/2003

Ponente Sr. Saavedra Ruiz

Sentencia nº 1524/2004 de fecha 29/12/2004

«...” Cuando se recurre un Auto de sobreseimiento libre (artículo 848.2 LECrim.) el juicio de revisión casacional debe extenderse a comprobar si los hechos investigados pueden ser o no constitutivos de infracción penal teniendo en cuenta el fundamento de la imputación a la vista de los indicios racionales de criminalidad existentes en las diligencias (artículos 386 y 779.1 ambos LECrim.), luego en estos casos necesariamente la infracción de preceptos penales sustantivos es de segundo grado o por alcance teniendo en cuenta la existencia o no de fundamento de la imputación. La existencia de indicios racionales de criminalidad sobre la participación de una persona en hechos presuntamente delictivos es suficiente para fundamentar la imputación frente a la misma, lo que en este caso equivale a acordar la apertura del juicio oral. Pues bien, es preciso deslindar las funciones del Instructor y las del Tribunal al que corresponde el enjuiciamiento y la decisión, de forma que el primero, siempre que exista una acusación, no puede rebasar las funciones propias de la instrucción y adentrarse en cuestiones que afectan a la culpabilidad, como es el dolo, o a otros elementos del tipo, salvo casos de diafanidad manifiesta, entrando en juicios de inferencia, cuya decisión exige la celebración de verdaderos actos de prueba bajo el imperio de los principios que rigen el juicio oral, pues de lo contrario se está vulnerando el derecho a la tutela judicial efectiva con indefensión de la acusación que se ve privada además de su derecho a sostener la misma y a utilizar los medios de prueba pertinentes (artículo 24 C.E.). En el presente caso los indicios racionales de criminalidad sobre la participación de la recurrente en los hechos investigados tienen fundamento suficiente para acordar la apertura del juicio oral a instancia de las acusaciones, pues se constata el otorgamiento de un contrato simulado de intermediación y la emisión de una factura cuya finalidad no es diáfana, constituyendo lo anterior hechos externos y objetivos a partir de los cuales podrá o no inferirse el dolo de la recurrente pero siempre después de que las partes a la vista de las pruebas desarrolladas en el juicio oral puedan alegar en su integridad los argumentos convenientes para su defensa. Existe fundamento para la imputación y por ello debió mantenerse por la Audiencia la resolución del Juzgado de Instrucción...”». (F.J.1º)

## **PRUEBA. ADN. Protección de datos personales. Recogida de muestras y autorización judicial. Criterio de Acuerdo de Pleno de 31/01/06.**

Recurso: Casación nº 566/2005 P

Ponente: Sr. Soriano Soriano

Sentencia: nº 179/2006 de fecha 14/02/2006

«... El primero de los reproches lo formulan los recurrentes por el cauce del art. 5-4 L.O.P.J., al entender lesionado el art. 18-1º C.E., en concreto el derecho a la intimidad.

1. Los argumentos que sostienen para mantener esta pretensión impugnativa se centran en la reprochable unilateralidad de la sentencia al considerar como único apoyo para construir los hechos probados la coincidencia del ADN de los imputados con los restos biológicos hallados en algunas prendas abandonadas en las proximidades del lugar de los hechos.

En la vista oral recuerdan que se solicitó la nulidad del informe, sin que hasta el momento se haya determinado si la huella genética utilizada como instrumento para identificar a las personas supone ingerencia en el derecho a la intimidad personal, ya que es sabido que el ADN útil a efectos forenses resulta ser de ámbito no codificante, es decir, no aparecen en tal analítica ni se descubren enfermedades u otros datos sensibles para el individuo.

A pesar de ello -insisten- el análisis limitado al ámbito no codificante incide en el derecho a la intimidad por cuanto:

- no puede excluirse en un futuro la lectura de la información genética contenida en las bandas de ADN no codificante.

- existe la posibilidad y riesgo de posibles abusos y excesos.

Terminan invocando la S.T.C. nº 207/1996, sobre la doctrina relativa al derecho a la intimidad.

2. Parece ser que el motivo protesta exclusivamente por la procedencia y admisibilidad de esta prueba en nuestro derecho en razón a los riesgos que ofrece de divulgación de informaciones personales sensibles. Es cierto que en el momento de ocurrir los hechos existía un sistema de cierta anomia o de escasa legislación aplicable al caso, pero ello no empece la vigencia del principio de la admisibilidad procesal de tal medio probatorio (prueba pericial), como mecanismo legítimo para alcanzar la verdad material en el proceso.

Los recurrentes no tachan de irregular la recogida de muestras, sino la utilización en el proceso por los riesgos futuros de desvelar datos personales sensibles de la persona.

Desde luego la doctrina de la sentencia del T. Constitucional traída a colación en modo alguno es trasladable a nuestro caso, ya que la hipótesis contemplada estaba referida a una intervención corporal (afeitado del vello de una axila) en el que se rechaza por el Tribunal Constitucional el juicio de proporcionalidad, dados los objetivos probatorios de la injerencia, afectantes a aspectos secundarios de la pretensión acusatoria (S.T.C. 207/1996).

La garantía de que tales temores carecen de fundamento viene impuesta y se halla asegurada por lo siguiente:

1) los propios recurrentes reconocen que en materia de investigación policial los análisis se ciñen a desvelar el ADN no codificante con exclusivos fines identificadores, a diferencia de los análisis realizados en el ámbito de la medicina con objetivos investigadores o terapéuticos.

2) en la Ley Orgánica de Protección de datos de carácter personal, nº 15 de 13 de diciembre de 1999 se prevé un alto nivel de medidas de seguridad, desarrolladas en los reglamentos correspondientes, así como las disposiciones autonómicas, concretamente la orden de 2 de septiembre de 2003 del Departamento de Interior del País Vasco que regula los ficheros automatizados de datos de carácter personal, que sucedió a su equivalente normativo (Orden de 16 de mayo de 1996, del mismo Departamento).

3) tanto en una disposición como en otra, que fue norte y guía de la actuación de la policía autonómica vasca, existen preceptos que garantizan que los datos de carácter personal registrados en los ficheros automatizados sólo serán utilizados para los fines expresamente previstos y por personal debidamente autorizado, asegurando en todo caso la confiabilidad, seguridad e integridad de los mismos mediante la implantación de medidas conducentes a hacer efectivas las garantías, obligaciones y derechos reconocidos en la Ley Orgánica 15/1999 de 13 de diciembre.

**3.** En atención a todo lo expuesto resulta que cualquier temor o recelo de un potencial ataque al "*habeas data*" está injustificado, sin que por otro lado tales temores tengan que ver con la vulneración del derecho fundamental a la intimidad en la recogida y custodia de muestras si tal cometido se ha realizado con plena acomodación a la normativa vigente.

Lo que nunca puede excluirse es que cualquier persona pueda infringir la ley, en cuyo caso estaría sujeto a las correspondientes sanciones penales o disciplinarias que fueran pertinentes. Pero esa eventualidad en nada afecta a la prueba practicada y a la recogida y conservación de las muestras genéticas, que en ningún aspecto atacan al derecho fundamental contemplado en el art. 18-1 C.E.

El motivo ha de decaer (F.J. 1º).

.... En el correlativo, al amparo del art. 5-4 L.O.P.J. se denuncia violación del art. 18-4 C.E., que consagra el derecho a la autodeterminación informativa.

**1.** Este motivo plantea la misma cuestión que el anterior, si bien desde la perspectiva de los daños que a la intimidad privada y familiar puede causar el uso de

la informática, en este caso, los ficheros de ADN utilizados por la Sección de Genética Forense de la Ertzaintza.

Añade que tales ficheros deben ajustarse a lo regulado en la L.O. 15/1999 de 13 de diciembre de Protección de datos de carácter personal, pero la Ertzaintza no tiene registrada la base de datos de identificación genética en la Agencia, tal y como le impone la Ley orgánica referida.

Por último, protesta porque según la legislación vigente el procedimiento de recogida de muestras de carácter personal no se ha observado, al prescindirse del consentimiento informado del propio interesado o en su caso del requerimiento judicial.

**2.** El derecho de autodeterminación informativa debe entenderse como aquél que ostenta toda persona física a la reserva y control de los datos que le conciernen en los distintos ámbitos de la vida, de tal suerte que pueda decidir en todo momento cuándo, cómo y en qué medida esa información sea recogida, almacenada, tratada y en su caso transferida a terceros, así como a ser informado de los datos personales que a estos efectos se encuentren almacenados en ficheros o bases de datos, pudiendo acudir a los mismos con la posibilidad de exigir su identificación, puesta al día o cancelación.

No obstante, este derecho como todos, tiene excepciones y puede ser limitado por razones de otro interés preponderante.

En la Ley de Protección de datos se establece en el art. 6 la exigencia del consentimiento inequívoco del afectado, pero en el mismo precepto se establecen excepciones. "No será preciso el consentimiento cuando los datos de carácter personal se recojen para el ejercicio de las funciones propias de las Administraciones públicas en el ámbito de sus competencias".

Respecto al cumplimiento de las formalidades legales por parte del Departamento de Interior Vasco, es lógico que la parte cuando solicita certificación de la Agencia General de Protección de Datos sobre la inscripción de los ficheros de la Ertzaintza sobre genética forense, se responda negativamente ya que la ley del 1999, en su art. 2-2c, dispone que el régimen de protección de datos de carácter personal que se establece en dicha ley no será de aplicación a los ficheros establecidos para la investigación del terrorismo y de formas graves de delincuencia organizada.

De ahí que la Orden del Departamento de Interior Vasco de 2 de septiembre de 2003 omite remitir datos sobre el fichero en cuestión, cuya existencia, características generales y finalidad fueron oportunamente comunicados a la Agencia de Protección de Datos por el Gobierno vasco.

La legislación nacional, por otra parte, resulta reforzada por el art. 8 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades fundamentales, en el que se señala que la salvaguardia de la intimidad permite la injerencia prevista por la ley cuando se trate de medidas aceptables en una sociedad democrática para la prevención del delito.

Por último, la necesidad de autorización judicial en la obtención de datos de carácter personal, es objeto del motivo siguiente, que plantea la irregular recogida de las muestras de ADN.

El presente motivo no puede prosperar. (F.J. 2º)

... Amparado en el art. 5-4 L.O.P.J., en el correlativo ordinal estiman violado el derecho a la presunción de inocencia (art. 24-2 C.E.), al sustentarse los hechos probados en una diligencia probatoria integrada por análisis periciales de ADN extraídos de una colilla arrojada por los recurrentes y contrastados con el ADN de los restos biológicos hallados en algunas prendas recogidas al ocurrir los hechos en lugar próximo a los mismos.

1. El argumento jurídico para entender infringida la Ley procesal en la recogida de muestras encuentra su apoyo en la doctrina que establece la reciente sentencia de esta Sala nº 501 de 19 de abril de 2005.

Varias son las quejas sobre supuestas irregularidades radicales e insubsanables detectadas en la recogida de muestras y realización de la prueba de ADN.

a) los vestigios biológicos fueron recogidos por la policía sin hallarse plasmados en su atestado.

b) no pueden realizarse en el proceso penal análisis de esta naturaleza hasta que exista una regulación legal suficiente.

c) no existió autorización judicial previa para la realización de la diligencia, cuando es requisito de validez y de eficacia probatoria.

d) no existió consentimiento de los afectados en la recogida y utilización para fines de investigación policial de vestigios o excrecencias (saliva) encontradas en la colilla por ellos arrojada.

e) consecuentemente la prueba carece de total validez y con ello se produce un vacío probatorio, que deja sin justificar la sentencia condenatoria (presunción de inocencia).

2. Sobre la ausencia de consentimiento de los acusados, ni la autoridad judicial ni la policial que investiga a sus órdenes ha de pedir permiso a un ciudadano para cumplir con sus obligaciones. Cosa distinta es que el fluido biológico deba obtenerse de su propio cuerpo o invadiendo otros derechos fundamentales, que haría precisa la autorización judicial.

En el caso de autos una colilla arrojada por los recurrentes, se convierte en "*res nullius*" y por ende accesible a la fuerza policial si puede constituir un instrumento de investigación de los delitos.

En el caso que nos ocupa había informe policial escrito sobre la recogida y práctica de la diligencia pericial, como consta en la causa.

El atestado policial se confeccionó tan pronto ocurrieron los hechos y después de practicadas las diligencias inmediatas se procedió por el juzgado al sobresimiento provisional de la causa, ya que se había comprobado la comisión de un delito, pero se desconocía el autor o autores del mismo.

Fue posteriormente, en las diligencias de investigación que el instructor al sobreseer provisionalmente la causa ordena practicar a la policía, cuando surge este dictamen pericial que provoca la reapertura del proceso. Así pues, atestado exitió desde un principio; y sobre la incidencia sobrevenida, apuntando a una prueba incriminatoria de especial relevancia, se comunicó por escrito al juez, entregándole el informe y la pericia realizada, debidamente documentadas.

Tampoco resulta acorde con la estructura y finalidad del proceso penal la afirmación de que en ausencia de regulación legal sobre recogida de vestigios no puedan éstos ser recogidos, analizados y sometidos al dictamen pericial.

Nos hallaríamos ante una prueba pericial legítima de la que pueden servirse tanto las partes acusadoras, como acusadas, sin perjuicio de que merezca mayor o menor credibilidad en atención a las garantías de su práctica, en ausencia de disposiciones legales que la regulen con suficiencia.

**3.** Análisis separado debe merecer el argumento, que encuentra apoyo jurisprudencial en la sentencia de esta Sala, antes aludida (501/2005), sobre la necesidad de la iniciativa judicial en la práctica de la prueba como condición de licitud o validez de la misma.

Dicha sentencia contiene un argumento central, condicionante del fallo, que asegura su corrección legal. Cuando declara la invalidez de la pericia practicada fue porque faltaban toda clase de garantías en su realización, particularmente porque no se aseguraba la cadena de custodia, si atendemos al desarrollo de la actuación policial. Ante la irregularidad descalificante de la diligencia la causa quedó huérfana de prueba de cargo suficiente para asentar una condena. La sentencia contenía una decisión justa.

Junto a esa idea, con carácter de refuerzo argumental, se realiza en la propia sentencia algunas manifestaciones, exacerbando la intervención judicial para atribuir validez a la práctica de la prueba.

En nuestro panorama legislativo actual quedan bien diferenciadas la obtención de muestras para la práctica de la prueba de ADN del cuerpo del sospechoso, de aquéllas otras en la que no se precisa incidir en la esfera privada con afectación a derechos fundamentales personales.

En el primer caso contamos con el art. 363 L.E.Cr. y para el segundo el 326 L.E.Cr., ambos reformados por la Ley Orgánica 15 de 25 de noviembre de 2003.

En el 363, párrafo 2º se dice: *"Siempre que concurren acreditadas razones que lo justifiquen, el Juez de instrucción podrá acordar, en resolución motivada, la obtención de muestras biológicas del sospechoso que resulten indispensables para la determinación de su perfil de ADN. A tal fin, podrá decidir la práctica de aquellos actos de inspección, reconocimiento o intervención corporal que resulten adecuados a los principios de proporcionalidad y razonabilidad"*.

El art. 326, párrafo 3º, se pronuncia en los siguientes términos: *"Cuando se pusiera de manifiesto la existencia de huellas o vestigios cuyo análisis biológico pudiera contribuir al esclarecimiento del hecho investigado, el Juez de Instrucción adoptará u ordenará a la Policía Judicial o al médico forense que adopte las medidas necesarias para que la recogida, custodia y examen de aquéllas muestras se verifique en condiciones que garanticen su autenticidad sin perjuicio de lo establecido en el artículo 282"*.

4. La precitada sentencia 851/2005 ante el raquitismo normativo existente en el momento de ocurrir los hechos ensayó una interpretación posible pero rigurosa, con apoyo en el párrafo 1º del art. 363 L.E.Cr. vigente a la sazón, sosteniendo que "sin resolución judicial que ordenara o autorizara la prueba de ADN", nos hallamos ante una prueba irregular, ilícitamente obtenida y por tanto sin ningún valor probatorio.

Es claro que la resolución judicial es necesaria bajo pena de nulidad radical, cuando la materia biológica de contraste se ha de extraer del cuerpo del acusado y éste se opone a ello. En tal hipótesis es esencial la autorización judicial.

Pero el supuesto que nos concierne es otro. Será el art. 326 L.E.Cr. sistemáticamente incluido dentro de la inspección ocular a practicar en el sumario, el aplicable, en el cual dando por supuesta la intervención del juez, se establece un mecanismo para dotar del mayor grado de garantía posible a la diligencia que atribuye el control de la misma a la autoridad judicial en los casos usuales y al sólo objeto de "garantizar la autenticidad" de la recogida de la muestra y posterior análisis.

Pero lo cierto es que después de la reforma de 2003, y como criterio asumible antes y después de la misma, se puede concluir que la intervención del juez, salvo en supuestos de afectación de derechos fundamentales, no debe impedir la posibilidad de actuación de la policía, en el ámbito de la investigación y averiguación de los delitos en los que posee espacios de actuación autónoma.

Ésa ha sido la decisión de la Sala 2ª, del Pleno no jurisdiccional que tuvo lugar el 31 de enero del corriente año que estableció:

**"La Policía Judicial puede recoger restos genéticos o muestras biológicas abandonadas por el sospechoso sin necesidad de autorización judicial"**.

5. Conforme a tal doctrina resulta que en la recogida de muestras sin necesidad de intervención corporal para la práctica de análisis sobre ADN, conforme al art. 326 L.E.Cr., la competencia la tendrá tanto el juez como la policía, dada su obligación común de investigar y descubrir delitos y delincuentes. Las medidas de



garantía para la autenticidad de la diligencia deberán adoptarlas, según el orden preferencial siguiente:

- el juez de instrucción en los casos normales.

- en supuestos de peligro de desaparición de la prueba también la policía judicial en atención a la remisión que el art. 326 hace al 282.

No obstante, esta Sala estima oportuno interpretar de forma flexible las facultades atribuidas a la policía, dada la vetustez del párrafo 1º del mentado art. 282 al que remite el art. 326, que debe verse enriquecido con una interpretación armónica en sintonía con el contexto legislativo actual, en atención a las más amplias facultades concedidas a una policía científica especializada y mejor preparada, con funciones relevantes en la investigación de los delitos (véase Ley Orgánica de Fuerzas y Cuerpos de la Seguridad del Estado de 13 de marzo de 1986, art. 11.1.g; y Real Decreto de Policía Judicial de 19 de junio de 1987, art. 4º).

Todavía habría que plantearse los supuestos en que sin ordenarlo el juez instructor y sin existir riesgo de que la prueba se pierda o desaparezca, intervenga la policía y conforme a sus protocolos proceda a la recogida y práctica documentada de la diligencia, poniéndola en conocimiento del juez y aportando a la causa sus resultados.

En estos casos nos hallaríamos ante una infracción procesal, que no viciaría de nulidad la diligencia, sin perjuicio de la devaluación garantista de autenticidad provocada por el déficit formal que podría llegar hasta la descalificación total de la pericia si la cadena de custodia no ofrece ninguna garantía, como fue el caso contemplado por la reseñada sentencia de esta Sala nº 501 de 19 de abril de 2005.

**6.** En el caso que nos ocupa, desde el punto de vista procesal se hacía necesaria la intervención de la policía judicial en la práctica de tal diligencia, bajo la autorización tácita o indirecta del juez, que espera resultados positivos de la investigación de una causa provisionalmente sobreseida. Sólo cuando se aporta un indicio de cargo relevante se puede proceder a la reapertura de las diligencias.

La policía, que parte normalmente del peligro o riesgo de pérdida de la muestra o vestigio hallado (art. 236, en relación al 282 L.E.Cr.), no puede provocar una revocación del sumario para que el juez controle la práctica de una diligencia que probablemente resulte negativa. La reapertura del sumario sólo podrá producirse ante la existencia de novedades relevantes en el curso de la investigación, en este caso, por resultados analíticos positivos y altamente incriminatorios. La lógica estructural de nuestro sistema procesal todavía legitima más si cabe la recogida policial de la muestra.

**7.** Trasladando las precedentes observaciones al apartado final del motivo sobre presunción de inocencia, hemos de dejar sentada la corrección procesal de la práctica de la prueba de ADN.

El instructor del sumario había dictado auto de sobreseimiento provisional por falta de autor. La policía autonómica vasca al entregar el atestado, y después de

practicadas las primeras diligencias justifica indiciariamente la comisión de uno o varios delitos, quedando pendiente en su cometido o función el descubrimiento del autor o autores de los mismos. La policía advierte al juez que sigue practicando diligencias, de cuyo resultado positivo le dará oportuna cuenta. Y así fue, ante unos jóvenes sospechosos, se les sigue y en un momento que arrojan una colilla al suelo, se procede a la recogida de la muestra entregándola a la Jefatura de Policía, que la remite a su Laboratorio de genética forense; revelada la "huella genética" resulta coincidente con tres de los perfiles que se detectaron en las capuchas y mangas de jersey halladas junto al lugar de los hechos y que utilizaron los autores del delito para ocultar su identidad.

Todo ello lo hacen en la correspondiente diligencia, por escrito y documentada, procediendo a su entrega al juez, que no advierte ninguna irregularidad y la une a los autos.

A continuación el Instructor requiere a los imputados para que faciliten saliva u otro fluido corporal al objeto de realizar una prueba de contraste, a lo que se niegan, a pesar del poco sacrificio personal que ello suponía. En el juicio oral son citados el policía o policías que practican la recogida y los que realizan los análisis; éstos últimos para la práctica de la prueba pericial correspondiente, junto a los que también intervino otro perito especialista en análisis de este género, propuesto por la defensa, emitiendo el correspondiente parecer en juicio y confirmando los análisis realizados con posibilidad de contradicción de todas las partes procesales.

La Audiencia Nacional, en su sentencia y dentro de la fundamentación jurídica, con el carácter cointegrador del factum, establece y repite para cada uno de los tres procesados, ahora recurrentes, la siguiente frase referida al agente que por orden de la Jefatura policial vigila a los sospechosos: *"y al ver que tiraba una colilla de un cigarro que se había fumado..... sin ser perdida de vista en ningún momento por dicho agente, recogió la misma, manteniendo las más elementales normas para su no contaminación, entregándola seguidamente a la Jefatura de la Unidad para su traslado a la Unidad de Policía Científica"*.

En definitiva, garantizada la cadena de custodia, al Tribunal no le ofrece la menor duda que la muestra recogida pertenece a la persona vigilada y que los perfiles genéticos se corresponden con los hallados en las muestras dubitadas intervenidas en su día.

Consecuentemente, la prueba es válida y eficaz para desvirtuar el derecho a la presunción de inocencia.

El motivo ha de rechazarse». (F. J. 3º)

## **PRUEBA. ADN. Recogida de muestras biológicas sin necesidad de autorización judicial**

Recurso: Casación nº 1352/2006

Ponente: Sr. Ramos Gancedo  
Sentencia: nº 1267/2006 de fecha 20/12/2006

«...La sentencia fundamenta su convicción en base a la prueba pericial genética practicada por los funcionarios de Policía Científica nº 52453 y 52454 (informes IP 04/134t.02 y nº IP 04/2023/01 obrantes a los folios 36 y 40 de las actuaciones, ratificados en el juicio oral) sobre los restos biológicos obtenidos de los sellos con los que se franquean los tres sobres manuscritos que contenían el texto amenazante y sobre los restos biológicos obtenidos de una colilla de tabaco perteneciente a la acusada, dictámenes que concluyen categóricamente que existe una identidad penal entre el perfil genético de las cuatro muestras (los tres sobres y la colilla) y que la probabilidad de coincidencia con otra persona es de 1,03 billones sobre el conjunto estadístico de la población española.

Por su parte, la recurrente niega la validez de la prueba alegando que en la obtención de la misma que acordó el Juez de Instrucción por Auto de 1 de marzo de 2.005 no concurren los requisitos de proporcionalidad y necesidad exigibles para la práctica del análisis de los perfiles genéticos del investigado. Lo que ocurre, sin embargo, es que la prueba valorada por el Tribunal a quo no fue la que autorizaba el mencionado Auto mediante la obtención de restos biológicos de la acusada, a cuya donación se negó ésta y no llegó a practicarse, sino en el análisis científico de las muestras biológicas de una colilla de cigarrillo abandonada por la acusada y que fue recogida inmediatamente por un funcionario policial que realizaba labores de seguimiento de la misma dentro de la investigación desarrollada por el envío de cartas amenazantes.

La prueba de ADN se practicó sobre esa colilla deshechada por la acusada, dato éste sobre el que se practicó prueba testifical del agente que la recogió, y por consiguiente resulta de plena aplicación el Acuerdo del Pleno no Jurisdiccional de esta Sala Segunda del Tribunal Supremo, de 31 de enero de 2.006, que menciona la sentencia recurrida, en orden a que la policía judicial puede recoger restos genéticos o muestras biológicas abandonadas por el sospechoso sin necesidad de autorización judicial (doctrina ratificada en las sentencias de 14.02.06 y 20.03.06), plenamente aplicable aquí por cuanto conforme lo expuesto, la muestra biológica sobre la que se obtiene el ADN de la acusada se encuentra en una colilla voluntariamente abandonada en la calle, comprándose con el obtenido en el examen pericial del cuerpo del delito: las cartas amenazantes; prueba pericial pues plenamente válida y así valorable por la Sala ya que en nada le afecta al auto del Instructor de 1 de marzo de 2.005». (F. J. 1º)

## **PRUEBA. ADN. Vulneración. Recogida de la muestra indubidada. Necesidad de intervención judicial**

Recurso: Casación nº 774/2004P  
Ponente: Sr. Delgado García  
Sentencia nº 501/2005 de fecha 19/04/2005

«...” Las normas procesales antes referidas imponen al juez la obligación de actuar personalmente en la recogida de esta clase de muestras, cuando se quiere que el acto tenga valor probatorio, obligación que tiene su justificación no en desconfianza alguna hacia la policía, sino en que, salvo las razones de urgencia antes citadas y que en el caso presente no concurren, es a la autoridad judicial a quien corresponde la práctica de actuaciones que tienen un verdadero y propio contenido procesal a las que la actuación del secretario como fedatario público (arts. 281 y 473 LOPJ) confiere autenticidad documental.

No podemos olvidar, además, que en la práctica de estas pruebas de ADN, tiene particular relieve la toma de la muestra indubitada, de modo que en ese acto procesal queden precisados el objeto recogido, el lugar donde éste se encontraba, y demás circunstancias necesarias para dejar acreditada la pertenencia a la persona a la que se atribuyen, dato esencial para que la muestra obtenida pueda ser considerada, con las garantías debidas, como una verdadera y propia muestra indubitada. Como ocurre con los cuerpos de escritura que se hacen para la práctica de una prueba pericial caligráfica, los cuales han de realizarse a presencia judicial.

Además, en el caso presente ni siquiera consta en las actuaciones diligencias o informe alguno en el que conste por escrito esa recogida policial de la muestra biológica luego utilizada como indubitada para compararla con la obtenida del examen de los restos sacados de la tan repetida manga del jersey. Ya hemos dicho cómo los extremos relativos a este tema de muestra indubitada, así como su envío al órgano policial especializado que practicó la pericial de ADN, sólo aparecen acreditados por la declaración del funcionario que acudió como testigo al juicio oral.

Así pues, en el caso presente no puede tener validez probatoria alguna el análisis de ADN practicado sobre una muestra biológica indubitada que fue obtenida sin las garantías exigidas por nuestra ley procesal. No había razón de urgencia que permitiera actuar a prevención al funcionario policial que tomó la muestra biológica de la celda ocupada por el ahora recurrente, el joven Orkatz Gallastegui Sodupe. No había obstáculo alguno para que tal funcionario acudiera al juzgado correspondiente a solicitar la intervención de la autoridad judicial, adoptando, mientras el juez resolvía al respecto, las precauciones necesarias para que esos restos biológicos se conservaran como estaban cuando se detectaron...”». (F.J. 3º)

## **PRUEBA. Análisis pericial. Comparecencia de perito distinto del firmante del informe.**

Recurso: Casación nº 1143/2003P  
Ponente: Sr. Bacigalupo Zapater  
Sentencia nº 387/2005 de fecha 23/03/2005

«...” 1. La cuestión planteada respecto de la prueba pericial, que se fundamentaría en la infracción del derecho a la contradicción, no puede ser admitida por la Sala. En efecto, cuando se trata de un informe oficial realizado por un ente público especializado -sin que la Defensa haya cuestionado el proceder, ni haya propuesto otra alternativa- es evidente que se trata de procedimientos estandarizados y ajustados a determinados protocolos, cuya ejecución compete al personal técnico que forma parte del mismo. Consecuentemente, cualquiera de los funcionarios del ente puede informar sobre las cuestiones que podrían ser objeto de contradicción en el juicio oral. Dado que la operación analítica, por regla general, no es en sí misma repetible y que esta repetición, en todo caso, no ha sido solicitada por la Defensa, es claro que el debate sólo hubiera podido versar sobre los métodos y procedimientos de la pericia. Por lo tanto, si esos métodos y procedimientos eran el único objeto posible de la contradicción, no ofrece dudas que el principio de contradicción no ha sido vulnerado y que el informe, del que la Defensa sostiene sólo desconoce quién lo efectuó, ha podido ser considerado válidamente como prueba en el presente proceso...»». (F.J. UNICO)

## **PRUEBA. Autoinculpatoria en fase procesal. Prueba de coimputado voto particular.**

Recurso: Casación nº 10102/2006 P

Ponente: Sr. Maza Martín

Sentencia: nº 927/2006 de fecha 04/10/2006

«...En el caso de Letona, hay constancia de que se autoinculpó al declarar a la Guardia Civil y de que, luego, ante el instructor se acogió a su derecho a guardar silencio, para, en el juicio oral, sostener que esa manifestación había sido realizada bajo el efecto de la tortura. Algo que, en vista de la ausencia de síntomas médicamente constatables y de lo declarado en juicio por el instructor del atestado, que acredita la regularidad del interrogatorio, no es creíble. A esto debe sumarse la inculpación de que le hizo objeto el también acusado Echániz ante el instructor, con la expresiva circunstancia de que ambos pertenecían a la organización terrorista ETA, y, precisamente, al llamado “comando Vizcaya” (STS 830/2006, de 21 de julio), del que igualmente formaban parte el otro condenado.

Pues bien, siendo así, la sala de instancia pudo contar con la autoinculpación aludida, que, por lo expuesto, se produjo de forma voluntaria y no se limitó a una simple afirmación, pues aportó a la Guardia Civil datos muy concretos. Verdad es que no fue mantenida después, pero tampoco desmentida, ya que, como figura en la sentencia impugnada, Letona, en el Juzgado, se limitó a guardar silencio, y ante el Tribunal, simplemente sugirió torturas, sin el menor fundamento, como se ha visto.

Esta sala ha entendido (SSTS de 14 de noviembre de 2005 y 830/2006, de 21 de julio) que el silencio o las manifestaciones meramente evasivas del acusado que se hubiera autoinculpado en declaraciones producidas en un momento anterior del trámite son datos a los que cabe legítimamente atribuir valor probatorio de cargo en el contexto de los restantes elementos de prueba existentes en la causa. Y que pese

al silencio puede deducirse una ratificación del contenido incriminatorio resultante de otras pruebas (SSTS de 29 de septiembre de 2000 y de 27 de junio de 2002, en la línea de lo resuelto por el TEDH en el caso Murray –8 de junio de 1996- y caso Condrom –2 de mayo de 2000- y STC 137/1998, de 7 de julio y 202/2000, de 24 de julio).

De este modo resulta que a las propias manifestaciones de este inculpado, tratadas por la sala de instancia conforme autoriza el art. 714 Lecrim, se une la atribución de responsabilidad en el hecho enjuiciado, debida al acusado Echániz, y la inserción de ambos en el mismo grupo criminal. Un conjunto de datos avalan la condena impuesta.

Por lo que se refiere a Borde, hay constancia de que ante la Guardia Civil admitió expresamente su intervención en el hecho de esta causa. Luego, en una primera declaración en el Juzgado se acogió a su derecho a guardar silencio. Y en un segundo momento dijo tener constancia de los hechos, si bien explicando que él no participó, limitándose a salir corriendo.

Pues bien, en vista de ello, hay que tener en cuenta que Borde aparece inculpado por Echániz, tanto ante la policía como en el Juzgado y que él mismo reconoce haber estado en el escenario de los hechos. Ciertamente, dice que allí se limitó a salir huyendo, pero también consta, como se lee en la sentencia, que en sus manifestaciones a la policía, ofreció datos hasta entonces desconocidos e informó sobre particularidades del intento de huída que concuerdan con las manifestaciones del testigo propietario del automóvil “Mercedes”, que no llegó a ser sustraído, y con las del empleado del quiosco, que relató la forma en que se produjo la huída de tres participantes en la acción criminal, en el auto Seat 131.

En consecuencia, se impone la conclusión de que la declaración incriminatoria de Echániz halla corroboración en la del propio Borde, cuya presencia –por él admitida- en el escenario de los hechos no tiene ninguna otra explicación plausible que no sea, precisamente, la intervención en ellos. Y todos estos elementos de juicio resultan avalados en su significación incriminatoria por los procedentes de los dos últimos testigos aludidos. (F. J. 1º del R. J.A.B.G y E.L.V)

....

***Voto particular que formula el magistrado Perfecto Andrés Ibáñez a la sentencia nº 927/06, de fecha 4/10/2006, dictada para decidir el recurso nº10102/06-P.***

Mi discrepancia tiene sólo que ver con lo resuelto en relación con el acusado Letona, debido a que el núcleo de la información probatoria valorada en la sentencia como de cargo procede exclusivamente: a) de su autoinculpación ante la Guardia Civil; y b) de lo declarado por el también acusado Echaniz.

Por lo que hace a), es de advertir que, tanto en el tratamiento dado a esa declaración por la Audiencia Nacional en la sentencia a examen, como por la mayoría en la de casación, se observa un uso inadecuado del art. 714 de la Lecrim que autoriza –si alguna parte lo solicita- la lectura de la declaración prestada en el sumario, es decir, producida ante el Juez de Instrucción, con objeto de poner de

relieve eventuales contradicciones y en demanda de una explicación para las mismas, como medio de evaluar la credibilidad de lo que estuviera siendo manifestado en el juicio.

Pues bien, dado el tenor de la disposición aludida y el valor de mera denuncia que la ley atribuye al atestado, es patente que sólo lo declarado ante el instructor puede ser usado al objeto de contrastar la veracidad de la deposición de un testigo o de un imputado. De este modo, resulta claro que el contenido de las diligencias policiales no puede acceder al juicio por la vía de lectura del citado precepto y tampoco por la del art. 730 Lecrim (STC de 23 de febrero de 1995, entre otras; y STS de 20 de septiembre de 1993).

A propósito de b), hay que decir que los datos tomados en consideración proceden del propio círculo de los coimputados, y, por tanto, carecen de validez a los efectos de corroboración de informaciones de cargo de esa misma procedencia (como las autoinculporias de Letona).

Al respecto, es bien conocida la jurisprudencia relativa al valor probatorio de las declaraciones del coimputado y a las cautelas con que deben tomarse los elementos incriminatorios de esa fuente debido a que podrían estar contaminados por razón de intereses parciales. Y, además, por la circunstancia de que, dado el estatuto procesal del declarante, el principio de contradicción opera de forma muy limitada en tal clase de supuestos (por todas, STC 297/2002, de 11 de noviembre y STS 658/2002, de 12 de abril).

Es a lo que se debe la exigencia de valorar con particular prudencia las aportaciones procedentes del imputado y atípico testigo, cuidando, muy especialmente, de comprobar que las mismas cuenten siempre con el aval representado por la confirmación mediante datos de otra fuente (por todas, SSTC de 14 de octubre de 2002 y de 13 de mayo de 2003).

En este punto, conocida jurisprudencia del Tribunal Constitucional –entre otras, la sentencia 65/2003, de 7 de abril- es sumamente rigurosa: “las declaraciones de un coimputado, por sí solas, no permiten desvirtuar la presunción de inocencia constitucionalmente reconocida, de modo que para que pueda fundarse una condena en tales declaraciones sin lesionar el derecho fundamental a la presunción de inocencia, es preciso que se adicione a las mismas algún dato que corrobore mínimamente su contenido”. De esta manera, se niega aptitud constitucional para ser valorada a la declaración del coimputado que no goce de alguna corroboración externa. O lo que es lo mismo, se sitúa en este punto el umbral de un eficaz acceso al cuadro probatorio para los elementos de juicio de tal procedencia que, en principio, pudieran operar como de cargo.

Por otra parte, esa misma instancia ha precisado en diversidad de ocasiones (así, STC 65/2003, de 7 de abril, que hace referencia a otras) “que la circunstancia de que la condena se funde exclusivamente en las declaraciones de más de un coimputado no permite considerar desvirtuada la presunción de inocencia del condenado, siendo exigible también en tales casos la mínima corroboración del contenido de esas declaraciones de la pluralidad de coimputados mediante algún dato, hecho o circunstancia externos a las mismas, [pues] la declaración de un

coimputado no constituye corroboración mínima, a los efectos de la declaración de otro coimputado”.

De las anteriores consideraciones se desprende, en primer término, que la declaración de Letona a la Guardia Civil, por lo dispuesto en el art. 714 Lecrim, carece de aptitud objetiva para ser objeto de corroboración en juicio. Y, en segundo lugar, que las manifestaciones de Echániz, por su estatuto de coimputado, tampoco gozan de eficacia probatoria.

Siendo así, quedarían en pie, como objeto de posible valoración, la pertenencia de Letona a ETA y al mismo comando que los otros dos implicados. Se ha entendido que esta doble circunstancia aportaría un elemento de convicción relativo a su intervención personal en el atentado. Pero lo que se sigue de tales premisas es sólo una posibilidad al respecto, porque no consta entre los elementos de prueba que el número de componentes de ese grupo fuera tan limitado como para concluir de ello que cualquier acción terrorista de su autoría tendría que haber contado, con el más alto grado de probabilidad, con la intervención de todos sus integrantes.

En este caso, puede darse por acreditado en virtud de sentencia firme, que Letona formaba parte de ETA y del mismo comando que los otros acusados. Ahora bien, esto permitiría aventurar que *podiera* haber realizado la acción a que se refiere la causa, pero no le sitúa en el escenario de los hechos: ésta es una conclusión que no se sigue con certeza práctica de esos únicos antecedentes. Y lo cierto es que, procesalmente, no se cuenta con más argumentos, por lo ya expuesto sobre la falta de aptitud probatoria –e incluso para la corroboración- de la declaración del atestado y por la falta de eficacia convictiva de la declaración del coimputado Echániz.

En fin, creo que hay también algo que decir acerca del tratamiento del silencio del inculpado que se hace en alguna jurisprudencia a la que alude la mayoría en la sentencia.

Es bien conocido que, por influencia ilustrada, el derecho del imputado al silencio –o sea, a no declarar e incluso a mentir, como relevado del deber de decir verdad- consagrado en la máxima *nemo tenetur se detegere*, es uno de los principios cardinales del proceso penal de inspiración liberal-democrática. Y así se encuentra consagrado en el art. 24,2 CE.

En la doctrina se ha señalado que esto obedece a la asunción del “carácter *contra naturam* de toda declaración auto-incriminatoria”. Y –en vista de una elocuente y durísima experiencia en la materia, histórica e incluso actual- responde asimismo al interés por dejar a los sujetos oficiales -los diversos agentes del *ius puniendi*- que se relacionan con el imputado, a salvo de la tentación de hacerle objeto de cualquier forma de constricción. Incluida la de carácter moral que pudiera representar el propio juramento.

El principio de referencia ha sido tradicional y pacíficamente interpretado en el sentido de que el silencio del imputado *no significa nada a los fines de la decisión* y de que hacerlo pesar sobre él equivaldría a *imponerle la carga de una prueba negativa*. Tal es, en rigor, la única clave de lectura posible de las sentencias del



Tribunal Constitucional sobre el asunto, como la nº 202/2000, de 24 de agosto (inspirada en la del TEDH en el *caso Murray*), de la que resulta que sólo “puede justificarse que se extraigan consecuencias negativas del silencio, cuando, existiendo pruebas incriminatorias objetivas al respecto, cabe esperar del imputado una explicación”. En realidad, un aserto banal: porque las consecuencias incriminatorias se extraerían, *no del silencio del acusado* en sí mismo considerado, esto es, no de lo que *no dice*, y tampoco del hecho de que *no diga*, que es un dato neutro, sino *de lo que hay en su contra*, a partir de otras fuentes de prueba.

Así, por callar, el imputado no aporta *nada* en favor de su condena. Y sólo ocurre que la conclusión inculpatoria del tribunal, obtenida a través de otros medios de prueba, se verá confortada por la circunstancia de que la hipótesis de la acusación, dotada de sustrato probatorio bastante, no resulta menoscabada en lo más mínimo por la concurrencia de alguna explicación plausible de lo sucedido, favorable a aquél. Caso éste en el que sólo cabría absolver.

Operar de otro modo, o sea, con el argumento de que cuando el imputado calla en presencia de consistentes indicios que le señalan como autor del delito, es que es culpable, equivale a hacer *que el silencio valga como confesión*, por eso de que “el que calla otorga”. Es decir, en virtud de una simple receta del llamado sentido común, que, al fin, prevalecería sobre el derecho procesal de carácter fundamental del imputado a no declarar contra sí mismo; o, dicho de otro modo, a no brindarse como fuente de prueba de la acusación. Y, por tanto, atribuir a esa actitud el carácter de lo que impropriamente se llama un “contraindicio” *-rectius*: un indicio desfavorable-, es, pura y simplemente, valorizar el silencio como declaración de cargo.

Es por lo que tengo que discrepar también de la afirmación de algunas sentencias de esta sala citadas en la de la mayoría, donde se sostiene que el silencio del imputado *corrobor*a, lo que no es cierto.

Según se lee en STS nº 944/2003, de 23 de junio, relativa a hechos de naturaleza similar a los de esta causa, “corroborar es dar fuerza a una imputación con datos de distinta fuente que los que prestaron soporte a la misma. Así, el elemento de corroboración es un dato empírico que no coincide con el hecho imputado, ni en su alcance ni en su fuente, pero que interfiere con él por formar parte del mismo contexto, de tal manera que puede servir para fundar la convicción de que el segundo se habría producido realmente”. Y, en efecto, sólo tiene aptitud para corroborar el dato que -por ser contextual de los que forman la imputación y por apuntar en idéntico sentido- avale la afirmación de que éstos efectivamente tuvieron lugar en la forma que postula la acusación. Se tratará, pues, de una afirmación relativa a lo acontecido en su día en la realidad extraprocesal, que haya ingresado en el cuadro probatorio de un modo regular, por alguno de los medios utilizados en el juicio.

El silencio del imputado, en cambio, no es un dato de esa clase *sino una actitud procesal* en la que se expresa el ejercicio de un derecho fundamental, que, como tal, no puede verse menoscabado. Una actitud que, por imperativo constitucional, *juega* en el ámbito de la presunción de inocencia y no aporta nada que pueda beneficiar a la acusación; que deberá operar, única y exclusivamente,

con la información probatoria de cualquier otra procedencia llevada a la causa, que sea legítimamente valorable».

## **PRUEBA. Cacheos. Doctrina jurisprudencial.**

Recurso: Casación nº 1872/2005

Ponente: Sr. Granados Pérez

Sentencia: nº 352/2006 de fecha 15/03/2006

«Se alega que el motivo tiene su fundamento en el cacheo que realiza la mujer de un Guardia Civil sobre la imputada que se considera nulo al haberse realizado por un particular, con vulneración del derecho a la intimidad, sin que se indicase quien lo había realizado. Asimismo se denuncia que el cacheo se realizó sin la asistencia letrada que se considera preceptiva.

El motivo no puede prosperar.

Tanto la acusada María Clened Castrillón como su compañero Edward Julián Zapata reconocen, en sus declaraciones, que ella era portadora del paquete con la droga y que se lo había entregado momentos antes Edward, quién se había dado cuenta de que los Guardias Civiles eran todos hombres y que no podrían cachearla.

Una vez en las dependencias de la Guardia Civil, la mujer de uno de los Guardias pidió a la acusada que se quitara la blusa observando la existencia del paquete que una vez recogido lo entregó a uno de los Guardias, y la propia acusada, en el acto del juicio oral, declara que llevaba una blusa escotada y se puso el paquete en el canalillo, que era pequeño, que cuando se quitó la blusa la mujer lo vio y lo cogió.

Eso es lo que ha sucedido y no llega ni siquiera a ser un cacheo y mucho menos una intervención corporal, por lo que en modo alguno se ha visto vulnerado el derecho a la intimidad ni ningún otro derecho constitucional incluido el derecho de defensa, ya que la presencia de Letrado en modo alguno era preceptiva.

Y en ese sentido se ha pronunciado la doctrina de esta Sala, incluso cuando se trata de verdaderos cacheos, como es exponente la Sentencia 473/2005, de 14 de abril, en la que se declara que no existió propiamente una intervención corporal sino la extracción por el propio acusado de la bolsa que portaba en su ropa interior a requerimiento de uno de los agentes a quien le resultó sospecho comprobar como trataba de ocultar algo en los genitales. El tribunal razona que aún en el supuesto de que hubiera sido registrado por los agentes tal actuación estaría amparada por la Ley de seguridad ciudadana, como cacheo del detenido, sujeto a las exigencias de proporcionalidad, razonabilidad y respeto a la dignidad y decoro del detenido.

Con ese mismo criterio se expresa la Sentencia de 21 de noviembre de 1999, en la que se declara que en los supuestos de cacheos externos no operan las garantías constitucionales del art. 18 C.E. y esas injerencias policiales se encuentran legitimadas por la Ley Orgánica de Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado

2/1986, de 13 de marzo, cuyo artículo 11.1, f) y g) impone a sus miembros el deber y otorga la facultad de realizar esta clase de actuaciones siempre que, atendidas las circunstancias concurrentes, esas diligencias no revistan caracteres de desproporcionadas o arbitrarias, sino racionalmente adecuadas a la prevención de actividades delictivas y a la seguridad de la colectividad.

Y en la Sentencia 1.393/2002 de 24/07/2002 se expresa que esta Sala, en reiterados precedentes, ha declarado la acomodación legal y constitucional de los cacheos. Concretamente la STS 1605/99, de 14 de febrero de 2000 declara que *«las diligencias de cacheo suponen para el afectado un sometimiento normal a las normas de policía y no implican violación de sus derechos constitucionales a la intimidad, siempre que la actuación policial esté justificada y se mantenga dentro del respeto al principio de proporcionalidad»*. (Sentencias, entre otras, de 7 de julio de 1995 y 23 de diciembre de 1996). Por otra parte, la actuación queda amparada por el artículo 11.1, f) y g) de la Ley de Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado. En el mismo sentido las SSTS 1519/2000, de 6 de octubre, que declara que el cacheo constituye una diligencia policial legalmente amparada en el art. 19.2 de la L.O. 1/92, de 21 de febrero, un comportamiento policial de averiguación absolutamente proporcionado, razonable y lícito en el que el agente actuó dentro del ámbito legítimo de su funciones.

Por otra parte, no llevan razón los recurrentes al exigir la presencia de Letrado para la práctica del cacheo, no sólo porque no existió propiamente un cacheo sino porque aunque hubiera existido tampoco era preceptiva esa presencia como tiene declarado esta Sala, como es exponente la 168/2001 de 9 de febrero, en la que se declara que, de acuerdo con una reiterada praxis jurisprudencial, el artículo 24.2 habla de la asistencia de Letrado para evitar la indefensión material que se originaría en aquellos casos en los que el acusado, por dicha causa, sufriera una manifiesta merma en sus garantías jurídicas. Se quiere, en definitiva, proteger y apoyar moralmente, o ayudar profesionalmente, al acusado (ver la Sentencia del Tribunal Constitucional de 7 de octubre de 1985). El fundamento jurídico segundo de la Sentencia del Tribunal Constitucional número 47 de 1987 señalaba que la finalidad de tal derecho es asegurar la efectiva realización de los principios de igualdad y de contradicción que imponen a los órganos judiciales el deber positivo de evitar desequilibrios entre la respectiva posición procesal de las partes, o de evitar limitaciones en la defensa que causen indefensión, y que debe recordarse la diferencia entre la infracción de normas procesales de un lado y la indefensión de otro, pues ésta sólo se produce cuando se priva al justiciable de alguno de los instrumentos que el ordenamiento pone a su alcance para la defensa de sus derechos, "con menoscabo real y efectivo" de los mismos. De ahí que la falta de asistencia letrada provocará la indefensión, con los efectos consiguientes, si esa circunstancia ha causado o ha podido causar razonablemente un perjuicio a la parte, incluso habría de probarse el que racionalmente apareciera demostrado que la falta procesal cometida podía influenciar o cambiar el signo de la resolución adoptada (ver las Sentencias de 5 de junio de 1995 y 24 de octubre de 1994). El fundamento jurídico segundo de la Sentencia número 206 de 1991 del Tribunal Constitucional es más contundente. Conforme a la misma, aunque la Constitución garantiza la asistencia de Abogado (artículos 17.3 y 24 de la Constitución) en todas las diligencias judiciales y policiales, es cierto que de dicha exigencia no se deriva la necesaria e ineludible asistencia del defensor a todos y cada uno de los actos introductorios. En

los demás actos procesales, en los que no es necesario garantizar la contradicción, la intervención del defensor no deviene obligatoria.

Y en la Sentencia 525/2000, de 31 de marzo, que examina un supuesto de cacheo, declara que no procede exigir la presencia de letrado y demás garantías inherentes a la detención. Y aún tratándose de un detenido, el cacheo es una actuación inmediata sobre éste que no exige la asistencia letrada, por las siguientes razones: **a)** por tener que cumplir siempre una finalidad preventiva de seguridad para los Agentes de la Autoridad y para el propio detenido, que por la propia exigencia de inmediatez hace imposible su vigencia; **b)** porque la presencia de Letrado no supone un "plus" de garantía, dado que se trata de una actuación objetiva sólo tendente a asegurar que los derechos constitucionales del detenido sean respetados, no sufra coacción o trato incompatible con la dignidad y libertad de declaración, y tenga el debido asesoramiento técnico sobre la conducta a observar en los interrogatorios; y no cabe entender que el sometimiento al cacheo imponga una forma de autoincriminación, siendo comparable a estos efectos al test de alcoholemia, sobre el que existe abundante jurisprudencia. **c)** El derecho a la integridad física no está afectado por el cacheo. La mínima intervención corporal que el cacheo supone excluye toda idea de riesgo para la integridad física del interesado. En cuanto al derecho a la intimidad, queda preservado si se cumplen tres condiciones: que el cacheo se realice por alguien del mismo sexo (vid. S. 23-febrero-1994); que según la intensidad y alcance corporal del cacheo se haga en sitio reservado; y que se eviten posturas o situaciones degradantes o humillantes.

La doctrina que se deja expresada en esta última sentencia es perfectamente aplicable al caso que examinamos en el presente recurso, no habiéndose producido vulneración alguna del derecho a la intimidad ni de defensa al haberse realizado la recogida del paquete, que llevaba la acusada debajo de su camisa, con cumplido acatamiento a los condicionamientos que se recogen en las sentencias antes mencionadas y sin que fuese precisa la asistencia de Letrado». (F. J. 1º)

## **PRUEBA. Confesión. Efectos.**

Recurso: Casación nº 474/2004

Ponente: Sr. Berdugo Gómez de la Torre

Sentencia s/nº /2005 de fecha 07/03/2005

«...» En efecto la jurisprudencia distingue entre la prueba de la existencia del delito (cuerpo del delito) y prueba de la autoría. Así la sentencia de 18.1.89 precisa en relación a la existencia de prueba legal para desmontar la presunción de inocencia y en la exigencia de las pruebas corroborantes de la confesión que se pueda deducir del art. 406 LECrim, que esta deducción es, en principio correcta, pues si la Ley impone al Juez el deber de verificar la existencia del delito confesado para adquirir la convicción respecto de la verdad de la confesión, es porque por sí sola aquélla no es prueba suficiente de la existencia misma del delito. Sin embargo, la argumentación del recurrente presupone que la confesión de la autoría también carece por sí sola de todo valor y que esta debería ser probada por

medio de otras pruebas distintas de la confesión. Este punto de vista es evidentemente erróneo.

El art. 406 LECr. exige distinguir entre la prueba de la existencia del delito (del cuerpo del delito) y la prueba de la autoría. Sólo la primera no puede ser probada exclusivamente por la confesión. Con respecto a la autoría, por el contrario, la confesión es por sí misma suficiente. Esta distinción se explica por la finalidad de la norma contenida en el art. 406 LECr. Se trata, como es sabido, de una disposición que procura evitar que una persona sufra una pena por un delito del que no se ha probado su realidad.

Por lo tanto, la confesión, en un correcto entendimiento del art. 406 LECr., no será idónea, en principio, para probar el "cuerpo del delito", que no conste por otros medios de prueba. Pero, constando el cuerpo del delito (en el caso del homicidio, la muerte de una persona causada violentamente por otra) la confesión puede por sí misma ser prueba suficiente de la autoría.

En similar dirección la STS. 20.12.91, nos dice "cierto que el art. 406 LECrim. establece que la nueva confesión del acusado no dispensará al Juez de practicar todas las diligencias necesarias para adquirir el conocimiento de la verdad de la confesión y de la existencia del delito. Estas precisiones establecidas para la fase sumarial tienen su reproducción en el juicio oral al exigir el legislador la continuación de la vista si en el sumario no hubiese sido posible hacer constar la existencia del cuerpo del delito cuando, de haberse cometido este, no pueda menos de existir aquel, aunque hayan prestado su conformidad el procesado o procesados y sus defensores (artículo 699 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal). En el caso presente la confesión del procesado está complementada con la ocupación material de la droga en su poder, pudiéndose deducir su propósito, por el volumen de las dosis ocupadas"..."». (F.J. 19º)

## **PRUEBA. Confesión del inculpado.**

Recurso: casación nº 1216/2003  
Ponente: Sr. Berdugo Gómez de la Torre  
Sentencia nº 1453/2004 de fecha 16/12/2004

«...» En definitiva, puede concluirse que en relación a la prueba de confesión del inculpado esta puede operar como una prueba autónoma e independiente de la prueba declarada nula siempre que se acredite que dicha declaración se efectuó: a) previa información de sus derechos constitucionales, entre los que se encuentra el de guardar silencio o negarse a contestar, b) encontrarse en el momento de la declaración asistido de su letrado y c) tratarse de una declaración voluntaria, sin vicios ni situaciones sugestivas que puedan alterar tal voluntariedad, condiciones todas que nos conducen a concretar como escenario de tal declaración el Plenario,

por ser en ese momento donde tales derechos y garantías se desarrollan en la mayor extensión.

Como se afirma en la ya citada STC 161/99 "...De lo que se trata es de garantizar que una prueba como es la confesión, que por su propia naturaleza es independiente de cualquier otra circunstancia del proceso ya que su contenido es disponible por el acusado y depende únicamente de su voluntad, no responde a un acto de ....., inducción fraudulenta o intimidación...."». (F.J. 2º)

## **PRUEBA. Confesión del inculpado. Conexión de antijuricidad.**

Recurso: Casación nº 789/2003P

Ponente: Sr. Giménez García

Sentencia nº 1048/2004 de fecha 22/09/2004

«...» En definitiva, puede concluirse que en relación a la prueba de confesión del inculpado esta puede operar como una prueba autónoma e independiente de la prueba declarada nula siempre que se acredite que dicha declaración se efectuó: a) previa información de sus derechos constitucionales, entre los que se encuentra el de guardar silencio o negarse a contestar, b) encontrarse en el momento de la declaración asistido de su letrado y c) tratarse de una declaración voluntaria, sin vicios ni situaciones sugestivas que puedan alterar tal voluntariedad, condiciones todas que nos conducen a concretar como escenario de tal declaración el Plenario, por ser en ese momento donde tales derechos y garantías se desarrollan en la mayor extensión.

Como se afirma en la ya citada STC 161/99 "...De lo que se trata es de garantizar que una prueba como es la confesión, que por su propia naturaleza es independiente de cualquier otra circunstancia del proceso ya que su contenido es disponible por el acusado y depende únicamente de su voluntad, no responde a un acto de ....., inducción fraudulenta o intimidación....".

No se ignora que recientemente se han dictado por esta Sala dos sentencias -23/2003 de 17 de Enero y 58/2003 de 22 de Enero-- que efectúan una nueva interpretación del ámbito de expansión de los efectos indirectos de la prueba nula en el sentido de incluir en ellos toda información obtenida al hilo del descubrimiento de la obtenida por la prueba nula, con la consecuencia de que el interrogatorio efectuado en tales circunstancias ya estaría viciado porque el conocimiento de tales hechos lo habría sido en base a la prueba nula, cuya inexistencia debe --debería-- operar no sólo en el campo del mundo jurídico sino también en el real, con lo que la confesión inculpativa del acusado en el Plenario, no obstante estar prestada con todas las garantías y puntualmente informado de la nulidad de la prueba sería igualmente y en todo caso nula porque los datos que sirvieron de base al interrogatorio procedían de un hallazgo obtenido en una prueba invalidada, con la

conclusión de resultar imposible efectuar al inculpado pregunta alguna relativa al descubrimiento obtenido a través de la prueba anulada, dada su naturaleza de pregunta capciosa en el sentido de inductoras a error. Doctrina semejante pero más modulada se encuentra en la STS 160/2003 de 24 de Febrero. En todo caso se trata de una tesis minoritaria dentro de la doctrina de esta Sala y del Tribunal Constitucional ya citada.

En todo caso, no estará de más recordar la reflexión contenida, también, en la STC 161/99 de 27 de Septiembre, ya citada, que al respecto afirma que "...que el hallazgo de la droga fuera consecuencia de un acto ilícito no supone que la droga no fue hallada, ni que sobre el hallazgo no se puede proponer prueba porque haya de operarse como si no hubiera sucedido....", "...la droga existe, fue hallada, decomisada y analizada....", y se concluye "...no puede aceptarse la afirmación hecha por el demandado de que no se le podía preguntar por la droga...." -- Fundamento Jurídico segundo y tercero--.

Es evidente que como se indica en la STS 1203/2002 de 18 de Julio "...ha de evitarse que esta fórmula (se refiere a la conexión de antijuridicidad) se constituya en una fuente de inseguridad que vacíe de contenido efectivo la disposición legal expresa prevenida en el art. 11-1º LOPJ y nos retrotraiga en esta materia a criterios probatorios ya superados con la aprobación de la LOPJ....", por ello será preciso un especial análisis de las condiciones concretas y en cada caso en las que se produjo la confesión inculpativa, en orden a verificar que ella fue exponente de su libre voluntad autodeterminada y no viciada por la realidad del hallazgo de la droga.

En este sentido existe una sentencia de esta Sala --408/2003 de 4 de Abril-- que declaró que la nulidad de la declaración autoinculpativa en sede policial arrastró por conexión a la siguiente declaración en sede judicial, también inculpativa, formalmente válida pero que se estimó nula por la proximidad temporal entre ambas y considere que por esa razón la nulidad de la primera declaración abarcó también a la declaración judicial.

En el caso de autos constatamos que la declaración autoinculpativa de Jacob fue efectuada por primera y única vez en el Plenario, donde la asistencia letrada es más intensa y lo fue después de estar expresamente advertido de que existía un debate sobre la validez o nulidad de las intervenciones telefónicas por haber sido impugnada su validez por las defensas y después de saber que la Sala resolvería en sentencia tal cuestión --folio 1 vuelto del Acta--.

En esta situación estimamos que dicha confesión está efectuada como manifestación de su libre decisión, plenamente consciente de ella y con la necesaria información de la trascendencia que la misma pudiera depararle, sin ser fruto de la sugestión que pudiera suponerle la evidencia del hallazgo de la droga...» (F.J. 3º)

## **PRUEBA. Confesión del inculpado. Conexión de antijuridicidad.**

Recurso: Casación nº 1396/2005

Ponente: Sr. Berdugo Gómez de la Torre

Sentencia: nº 261/2006 de fecha 14/03/2006

«Dado que los motivos por infracción de precepto constitucional al amparo de los arts. 852 LECrim. y 5 LOPJ. por infracción del art. 17.3 CE. que consagra el derecho a la asistencia de abogado al detenido en las diligencias policiales y judiciales (motivo primero); por infracción del art. 24.2 CE. que consagra el derecho a la asistencia de letrado, así como a la presunción de inocencia (motivo segundo), por infracción del art. 18.2 CE. que consagra la inviolabilidad del domicilio (motivo tercero), e infracción de Ley, art. 849.1 LECrim..... por infracción del art. 11.1 LOPJ, referente a la nulidad de las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando derechos o libertades fundamentales (motivo cuarto), coinciden en su planteamiento, esto es, que reconocida en la sentencia la nulidad de la diligencia de entrada y registro practicadas en el domicilio del recurrente, al no haber prestado éste su consentimiento y autorización asistido de abogado, la audiencia no debió valorar y fundar el fallo condenatorio en pruebas derivadas de dicha diligencia, por cuanto la ilegitimidad de la prueba originaria se transmite a las derivadas, ello posibilita a la Sala a efectuar un análisis conjunto en aras de evitar innecesarias repeticiones.

Pues bien, habrá que determinar si en el presente caso existió prueba de cargo autónoma e independiente en relación a dichos coacusados no recurrentes.

Por ello decíamos en la S. 416/2005 de 31.3, será preciso examinar cual es la trascendencia mediata a los efectos inhabilitantes de la prueba obtenida con violación del derecho fundamental, como recordaba la STS.4.4.02 fruto del intento de superación de diversas interpretaciones y de la integración, en los más justos términos, de lo que el mandato legal contiene como severa proscripción del uso de practicas constitucionalmente reprobables en la obtención de elementos probatorios y de la búsqueda de eficacia, en términos de estricta justicia, para el proceso penal, se impone recientemente una alternativa, de la que se hacen eco sentencias como la del TC. 8/2000 de 17.1, y la de esta Sala 550/01 de 3.4, entre otras, asentadas, sobre las siguientes aseveraciones, en orden a la transferencia mediata de la nulidad por vulneración del derecho fundamental a una prueba que directamente no produjo esa vulneración:

a) que, en primer lugar, hemos de partir de una fuente probatoria obtenida, efectivamente, con violación del derecho fundamental constitucionalmente conocido y no afectada simplemente de irregularidad de carácter procesal, por grave que esta sea, que para el caso de las entradas y registros tendría que consistir en algunas de las infracciones, con esa trascendencia constitucional por agredir ilícitamente al derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio

b) que la nulidad constitucional de una prueba en el proceso no impide la acreditación de los extremos penalmente relevantes mediante otros medios de prueba de origen independiente al de la fuente contaminada, pues si no existe una "conexión causal" entre ambos ese material desconectado estará desde un principio limpio de toda contaminación.

c) por ultimo, y esto es lo mas determinante, que no basta con el material probatorio derivado de esa fuente viciada se encuentra vinculado con ella en conexión exclusivamente causal, de carácter fáctico, para que se produzca la



transmisión inhabilitante, debe de existir entre la fuente corrompida y la prueba derivada de ella lo que doctrinalmente se viene denominando "conexión de antijuricidad", es decir, desde un punto de vista interno, el que la prueba ulterior no sea ajena a la vulneración del mismo derecho fundamental infringido por la originaria sino que realmente se haya transmitido, de una a otra, ese carácter de inconstitucionalidad, atendiendo a la índole y características de la inicial violación del derecho y de las consecuencias que de ella se derivaron y, desde una perspectiva externa, que las exigencias marcadas por las necesidades esenciales de la tutela de la efectividad del derecho infringido requieran el rechazo de la eficacia probatoria del material derivado.

En definitiva, que para que tan nocivos efectos se produzcan es siempre necesario que la admisión a valoración de una prueba conculque también, de alguna forma, la vigencia y efectividad del derecho constitucional infringido por la originaria que, de este modo, le transmite una antijuricidad que la obligación de tutela de aquel derecho está llamada a proscribir. De no ser así, aunque la segunda prueba haya sido obtenida a causa de la constitucionalmente inaceptable, conservará su valor acreditativo, pues esa vinculación causal se ha producido en virtud de unos resultados fácticos que no pueden excluirse de la realidad y no existen razones de protección del derecho vulnerado que justifiquen unas consecuencias más allá de la inutilización del propio producto de esa vulneración.

Recordaba la STS 2210/2001 de 20.11, que el tema ha sido abordado en diversas sentencias del TC. que han deslindado cuidadosamente la causalidad material de la causalidad jurídica en relación a la extensión que ha de dársele a la nulidad de una prueba y las consecuencias que de ella se deriven, de suerte que no es la mera conexión de causalidad la que permite extender los efectos de la nulidad a otras pruebas, sino la conexión de antijuricidad la que debe de darse.

En palabras de la STS 161/99 de 3.11, es la conexión de antijuricidad con las otras pruebas lo que permite determinar el ámbito y extensión de la nulidad declarada, de suerte que si las pruebas incriminadoras "tuvieran una causa real diferente y totalmente ajenas (a la vulneración del derecho fundamental) su validez y la consiguiente posibilidad de valoración a efectos de enervar la presunción de inocencia sería indiscutible..." Doctrina que constituye un solo cuerpo jurisprudencial del que pueden citarse las SSTC 81/98, 49/99, 94/99, 154/99, 299/2000, 138/2001.

En idéntico sentido podemos decir con la STS 498/2003 de 24.4 y la muy reciente 1048/04 de 22.9, que hay que diferenciar entre las pruebas originales nulas y las derivadas de estas ya directa o indirectamente, de acuerdo con lo prevenido en el art. 11.1 LOPJ., de aquellas otras independientes y autónomas de la prueba nula y ello porque si bien desde una perspectiva de causalidad material pueden aparecer conectadas con el hecho constitutivo de la vulneración del derecho deben estimarse independientes jurídicamente por proceder de fuentes no contaminadas, como serían aquellas pruebas obtenidas fruto de otras vías de investigación tendente a establecer el hecho en que se produjo la prueba prohibida, como sería el supuesto de nulidad de unas entradas y registros que no extendería a los conocimientos policiales exclusivamente obtenidos a través de vigilancias estáticas y seguimientos acordados al margen de aquella intervención, o bien en aquellos casos en los que no se de la llamada conexión de antijuricidad entre la prueba prohibida y la derivada.

En el mismo sentido, la STC 86/95, y también en relación a la prueba de confesión del imputado, declaró: aptitud de tal declaración una vez verificado que se prestó con respeto a las garantías de todo imputado, declarando que la validez de tal confesión y su aptitud como prueba de cargo capaz de provocar el decaimiento de la presunción de inocencia no puede hacerse depender de los motivos internos del confesante, sino de las condiciones externas objetivas en las que se obtuvo.

También puede citarse la STC 239/99 de 20 de Diciembre, en la que se reitera la doctrina de que no existe nexo de antijuridicidad que invalide la declaración del condenado sobre la realidad de la ocupación del arma en el domicilio, confesión que fue prestada en el Plenario, y la nulidad del registro domiciliario en el que fue hallada, no debiéndose indagar las razones del porqué el recurrente en el Plenario, debidamente instruido, decidió reconocer la ocupación del arma cuando pudo simplemente negarse a declarar o guardar silencio.

Idéntica doctrina se reitera, entre otras, en las SSTC 81/1998, 49/1999, 8/2000, 136/2000, 299/2000, 14/2001 y 138/2001.

Por su parte, esta Sala de Casación ha mantenido idéntica posición de la que son exponente las SSTS 550/2001, 676/2001, 998/2002, 1011/2002, 1203/2002, 1151/2002 ó 1989/2002, entre las más recientes, además de la ya citada STS 498/2003 de 24 de Abril.

En definitiva, puede concluirse que en relación a la prueba de confesión del inculpado esta puede operar como una prueba autónoma e independiente de la prueba declarada nula siempre que se acredite que dicha declaración se efectuó: a) previa información de sus derechos constitucionales, entre los que se encuentra el de guardar silencio o negarse a contestar, b) encontrarse en el momento de la declaración asistido de su letrado y c) tratarse de una declaración voluntaria, sin vicios ni situaciones sugestivas que puedan alterar tal voluntariedad, condiciones todas que nos conducen a concretar como escenario de tal declaración el Plenario, por ser en ese momento donde tales derechos y garantías se desarrollan en la mayor extensión.

Como se afirma en la ya citada STC 161/99 "*...De lo que se trata es de garantizar que una prueba como es la confesión, que por su propia naturaleza es independiente de cualquier otra circunstancia del proceso ya que su contenido es disponible por el acusado y depende únicamente de su voluntad, no responde a un acto de ....., inducción fraudulenta o intimidación....*".

No se ignora que recientemente se han dictado por esta Sala otras sentencias --23/2003 de 17 de Enero y 58/2003 de 22 de Enero-- que efectúan una nueva interpretación del ámbito de expansión de los efectos indirectos de la prueba nula en el sentido de incluir en ellos toda información obtenida al hilo del descubrimiento de la obtenida por la prueba nula, con la consecuencia de que el interrogatorio efectuado en tales circunstancias ya estaría viciado porque el conocimiento de tales hechos lo habría sido en base a la prueba nula, cuya inexistencia debe --debería-- operar no sólo en el campo del mundo jurídico sino también en el real, con lo que la confesión inculpatória del acusado en el Plenario, no obstante estar prestada con todas las

garantías y puntualmente informado de la nulidad de la prueba sería igualmente y en todo caso nula porque los datos que sirvieron de base al interrogatorio procedían de un hallazgo obtenido en una prueba invalidada, con la conclusión de resultar imposible efectuar al inculpado pregunta alguna relativa al descubrimiento obtenido a través de la prueba anulada, dada su naturaleza de pregunta capciosa en el sentido de inductoras a error. Doctrina semejante pero más modulada se encuentra en la STS 160/2003 de 24 de Febrero. En todo caso se trata de una tesis minoritaria dentro de la doctrina de esta Sala y del Tribunal Constitucional ya citada.

En todo caso, no estará de más recordar la reflexión contenida, también, en la STC 161/99 de 27 de Septiembre, ya citada, que al respecto afirma que "*....que el hallazgo de la droga fuera consecuencia de un acto ilícito no supone que la droga no fue hallada, ni que sobre el hallazgo no se puede proponer prueba porque haya de operarse como si no hubiera sucedido....*", "*....la droga existe, fue hallada, decomisada y analizada....*", y se concluye "*....no puede aceptarse la afirmación hecha por el demandado de que no se le podía preguntar por la droga....*" -- Fundamento Jurídico segundo y tercero--.

Es evidente que como se indica en la STS 1203/2002 de 18 de Julio "*....ha de evitarse que esta fórmula (se refiere a la conexión de antijuridicidad) se constituya en una fuente de inseguridad que vacíe de contenido efectivo la disposición legal expresa prevenida en el art. 11-1º LOPJ y nos retrotraiga en esta materia a criterios probatorios ya superados con la aprobación de la LOPJ....*", por ello será preciso un especial análisis de las condiciones concretas y en cada caso en las que se produjo la confesión inculpativa, en orden a verificar que ella fue exponente de su libre voluntad autodeterminada y no viciada por la realidad del hallazgo de la droga». (F. J. 9º)

## **PRUEBA. Confesión del inculpado. Requisitos.**

Recurso: Casación nº 1023/2003

Ponente: Sr. Giménez García

Sentencia nº 1440/2004 de fecha 09/12/2004

«..» En definitiva, puede concluirse que en relación a la prueba de confesión del inculpado esta puede operar como una prueba autónoma e independiente de la prueba declarada nula siempre que se acredite que dicha declaración se efectuó: a) previa información de sus derechos constitucionales, entre los que se encuentra el de guardar silencio o negarse a contestar, b) encontrarse en el momento de la declaración asistido de su letrado y c) tratarse de una declaración voluntaria, sin vicios ni situaciones sugestivas que puedan alterar tal voluntariedad, condiciones todas que nos conducen a concretar como escenario propio para la validez de tal declaración, el Plenario, por ser en ese momento donde tales derechos y garantías se desarrollan en la mayor extensión, donde la información que tiene el inculpado es máxima, y por tanto donde no cabe dudar la libertad con que tal confesión se ha efectuado...». (F.J. 2º)

## **PRUEBA. Confesión del inculpado en fase sumarial. Lectura de declaración en plenario ante silencio acusado. Conexión de antijuricidad con intervención telefónica ilícita.**

Recurso: Casación nº 2243/2005

Ponente: Sr. Soriano Soriano

Sentencia: nº 926/2006 de fecha 06/10/2006

«Desde la sentencia T.C. nº 86 de 6 de junio de 1995 es posible la valoración como pruebas aptas de carácter incriminatorio y por tanto capaces de enervar el derecho a la presunción de inocencia, aquéllas cuyo origen último o causa natural se halle en una diligencia de investigación, vulneradora de un derecho fundamental, cuando entre aquéllas y ésta no se aprecia "conexión de antijuricidad".

Esta doctrina se reafirma y concreta en la sentencia 81/98, en relación a la prueba de confesión del acusado, posterior y derivada de una diligencia inicial ilícita, por considerar el origen de tal confesión una fuente independiente.

Son abundantes las sentencias del Tribunal Constitucional y de esta Sala que admiten la prueba de confesión como autónoma e independiente de la prueba declarada nula, siempre que concurren las siguientes circunstancias:

a) que dicha declaración se practique ante el juez previa información del inculpado de sus derechos constitucionales, en particular del derecho a no confesarse culpable y a no declarar contra sí mismo, con posibilidad de guardar silencio o de no contestar a alguna o algunas de las preguntas que se le formulan.

b) que se halle asistido del letrado correspondiente.

c) que se trate de una declaración voluntaria sin vicios ni situaciones sugestivas que puedan alterar dicha voluntariedad.

**4.** A su vez es oportuno poner de manifiesto otro de los puntos que la sentencia de origen toma en consideración para otorgar validez probatoria a la prueba de confesión, como desconectada jurídicamente de las intervenciones telefónicas que descubren el delito.

Se trata de una pauta interpretativa del Tribunal Constitucional (vale, por todas, la S. nº 161 de 27 de septiembre de 1999) según la cual el hallazgo de la droga consecuencia de un acto ilícito no supone que la droga no fuera hallada, ni que sobre el hallazgo no se pueda proponer prueba porque haya de operarse como si el mismo no se hubiera producido. La droga existe, fue hallada, decomisada y analizada. Por ello la pretensión acusatoria puede fundarse en un relato fáctico que parte de su existencia. Precisamente el juicio acerca de si la presunción de inocencia ha quedado

o no desvirtuada consiste en determinar si dicho relato fáctico está o no acreditado con elementos de prueba constitucionalmente admisibles.

Nos dice el T. Constitucional que el reconocimiento de la lesión del derecho fundamental a la inviolabilidad domiciliaria (en nuestro caso secreto de las comunicaciones) no tiene en sí mismo consecuencias fácticas, es decir, no permite afirmar que "no fue hallada droga" o que la misma "no existe, porque no está en los autos". Los hechos conocidos no dejan de existir como consecuencia de que sea ilícita la forma de llegar a conocerlos. Cuestión distinta es que esos hechos no puedan darse judicialmente por acreditados para fundar una condena penal sino mediante pruebas de cargo obtenidas con todas las garantías.

5. Dicho lo anterior la doctrina de esta Sala ha venido admitiendo que ante la legítima decisión del acusado de negarse a declarar en el acto del juicio, se puede proceder a dar lectura de lo declarado por aquél de forma regular en fase sumarial, por aplicación de la regla general del art. 730 L.E.Cr. Este criterio, como muy bien expone la combatida ha sido confirmado por el T. Constitucional (verbigracia S. nº 80 de 28-abril-2003), en los siguientes términos: "lo decisivo es que las declaraciones sumariales que se consideran sean sometidas a confrontación y puedan ser contradichas por las partes, lo que tiene lugar tanto si se leen expresamente como si a través de las preguntas formuladas se pone en evidencia y se debate su contenido".

El silencio del acusado y su negativa a declarar fueron evidentes y tal negativa debe entenderse, a pesar de lo afirmado por el recurrente, a responder cualquier pregunta, incluso la genérica de reconocer lo previamente declarado o rechazar su veracidad.

El silencio constituye un derecho, pero cuando es esperable una respuesta razonable y ésta no existe, no se descarta que tal silencio pueda ser interpretado por el Tribunal en el plano probatorio en los términos que estime conveniente.

6. En definitiva, en nuestro caso no se puede cuestionar la voluntariedad de la declaración realizada el 2 de marzo de 2001, distante temporalmente del momento del hallazgo de la droga y después de una declaración exculpatoria, sin que pueda afirmarse cualquier influencia inmediata por la seducción originada por el descubrimiento de la droga.

Por su parte el Tribunal Constitucional ha venido reafirmando que la confesión en determinadas condiciones (en nuestro caso se cumplen) se halla desconectada de cualquier diligencia ilícita que constituya el antecedente de aquélla. Confesó a su instancia mucho tiempo después de ser sorprendido en posesión de una importante cantidad de hachís, se le informó de sus derechos y estuvo presente para asesorarle el letrado.

Durante tanto tiempo transcurrido el acusado y su letrado pudieron imaginarse -dentro de la lógica más elemental- que su detención y el descubrimiento de la droga no fue mera casualidad, y si no se descubrió el delito por el azar, es indudable que debió mediar un confidente, un delator o una intervención de conversaciones telefónicas como hipótesis más usuales.

7. Por otra parte la admisión de la confesión como desconectada de otras pruebas ilícitas precedentes, se va afianzando como doctrina del Tribunal Constitucional, que la admite con gran amplitud.

Muestra de ello es la reciente sentencia del T. Constitucional nº 136/2006, de 8 de mayo, que confirma *"la autonomía jurídica y la legitimidad constitucional de la valoración de la prueba de confesión, esto es, de las declaraciones de los imputados, al entender que los derechos a no declarar contra sí mismo, a no declararse culpable y a que las declaraciones se presten con la asistencia letrada, son garantías constitucionales que constituyen medio eficaz de protección frente a cualquier tipo de conexión o compulsión ilegítima, por lo que el contenido de las declaraciones del acusado puede ser valorado siempre como prueba válida..."*

Si lo definitivo es ponderar la libertad y voluntariedad del acusado a la hora de emitir su declaración, en el caso que nos ocupa no existe posibilidad de recurrir al art. 5-1º L.O.P.J., reputando nula la confesión, como prueba refleja de una ilicitud insubsanable de las intervenciones telefónicas.

En particular y descendiendo a nuestra hipótesis el desconocimiento de la existencia de intervenciones telefónicas era compartido, en el principio de la investigación y mientras las diligencias penales del juzgado nº 4 de Almería se mantuvieran secretas, tanto por el juez de Castellón como por el Mº Fiscal y por la fuerza policial instructora, que no podían conocer la existencia de las mismas.

8. La valoración probatoria de la autoinculpación debe hacerse de acuerdo con las circunstancias fácticas y jurídicas concurrentes. De éstas no se deriva cuál hubiera sido el testimonio del inculpado de conocer que la droga descubierta en su coche fue fruto de ciertas intervenciones telefónicas, ordenadas por un juez de Almería en el correspondiente auto habilitante.

En cualquier caso ni el acusado ni su defensa, como puntualiza perfectamente la sentencia de instancia, ha apuntado la posibilidad de que el recurrente actuara de otro modo. Se dice que ante la evidencia del descubrimiento pretendía con la confesión beneficiarse de la aplicación del art. 376 C.P., previsto para los arrepentidos. El argumento carece del menor apoyo jurídico, porque el acusado no acudió a la policía a confesar su infracción, sino que fue detenido mientras realizaba un transporte de droga, lo que excluye cualquier posibilidad de aplicación de tal precepto.

9. Por último, la validez probatoria de la confesión se reafirma si la consideramos, como con acierto hace la Audiencia Provincial, desde la óptica del principio de proporcionalidad.

En tal sentido el vicio originario de las escuchas es la insuficiencia de datos objetivos sospechosos de criminalidad y su expresión en el auto habilitante.

Por consiguiente no es lo mismo, según explica la Audiencia, dentro de las posibilidades lesivas de un derecho fundamental, que la vulneración producida se provoque sin intervención de la autoridad judicial que con la intervención de la misma,

y de igual modo no cabe equiparar un auto carente de motivación con el que posee una motivación insuficiente.

Por todo ello y siendo válida la prueba de confesión, tal probanza en relación a la droga intervenida destruye eficazmente el derecho a la presunción de inocencia». (F. J. 2º)

## **PRUEBA. Contraindicios.**

Recurso: Casación nº 10354/2006 P

Ponente: Sr. Berdugo Gómez de la Torre

Sentencia: nº 1281/2006 de fecha 27/12/2006

«...En efecto, es cierto que el contraindicio no puede ir aislado y debe ir, unido al menos, a un indicio por cuanto la primera de las exigencias de la prueba indiciaria, esto es, la necesaria relación directa entre indicio y resultado, comporta una consecuencia evidente: el indicio debe probar directamente el hecho inmediato, es decir, no cabe intercalar entre indicio y resultado otra presunción, entendida ésta en su conjunto u otro indicio. La consecuencia que se extraiga del hecho indirecto debe ser directa.

Por ello se sostiene que no es posible valorar el contraindicio o coartada como elemento base o interpuesto de la presunción o de extraer una consecuencia indirecta de un hecho inmediato o, lo que es lo mismo, no inferida del hecho probado. Se estima, en definitiva, que la falsedad de la coartada no puede ser en buena lógica un indicio de culpabilidad y ello por faltar los elementos que tipificar el indicio y, en especial, por no responder el elemento racional que es común a toda prueba indiciaria.

Así, y en tanto, el indicio es un hecho normalmente positivo (huellas objetos en poder del acusado, etc...) que sirve para probar directamente la autoría del delito, el contraindicio o coartada opera en sentido negativo y supone la intercalación de un razonamiento adicional, falta de base causal, al menos, por sí sólo, pero también es cierto que la valoración de la manifiesta inverosimilitud de las manifestaciones exculpatorias de la acusada, no implica invertir la carga de la prueba, *cuando existen otros indicios relevantes de cargo*. Se trata únicamente de constatar que existiendo prueba directa de los elementos objetivos del tipo delictivo, y una prueba indiciaria constitucionalmente válida, suficiente y convincente, acerca de la participación en el hecho del acusado, a dicha prueba no se le contrapone una explicación racional y mínimamente verosímil, sino que por el contrario las manifestaciones del acusado por su total ausencia de explicación alternativa plausible refuerzan la convicción, ya racionalmente deducida de la prueba practicada (STS. 29.10.2001).

En definitiva, si el acusado que carece de la carga probatoria, introduce defensivamente un dato en el proceso y tal dato se revela falso, su simple resultado negativo no puede ser considerado irrelevante o intrascendente, ya que, indudablemente la convicción judicial sobre la culpabilidad del reo se verá

corroborada con tal importante dato, la STS. 5.6.92 es particularmente explícita al señalar que "los contraindicios pueden cobrar singular relieve si se demuestran falsos o inexistentes, insistiendo en que la versión que de los hechos proporciona el acusado cuando se enfrenta con determinados indicios suficientemente acreditativos y significativos habría de ser examinada cuidadosamente, toda vez que explicaciones no convincentes o contradictorias, aunque, por si solas no son suficientes para declarar culpable a quien las profesa, si pueden ser un dato más a tener en cuenta en la indagación racional y rigurosa de los hechos ocurridos y personas que en ellos han intervenido.

Por ello la falta de credibilidad de la coartada y la ausencia de explicación alternativa de la presencia de sus huellas en el manual de instalación del mismo programa con que fueron elaborados los archivos del disquete intervenido al recurrente "Claris Woks" puede ser valorada por la Sala para reforzar su convicción, por cuanto, aun siendo cierto, se insiste, que no recae sobre el acusado la carga de acreditar su inocencia, cuando existen pruebas de cargo serias de la realización o participación en un hecho delictivo, la ausencia de una explicación alternativa por parte del acusado, explicación "reclamada" por la prueba de cargo y que solamente éste se encuentra en condiciones de proporcionar, puede permitir obtener la conclusión, por un simple razonamiento de sentido común, de que no existe explicación alternativa alguna (STS. 15-3-2002)». (F. J. 5º)

## **PRUEBA. Dactiloscopia. Agresión sexual. Compatibilidad con la circunstancia agravante del art. 22.2. del C.P. Requisitos.**

Recurso: Casación nº 538/2004P

Ponente: Sr. Berdugo Gómez de la Torre

Sentencia nº 75/2005 de fecha 25/01/2005

«...» Ahora bien, los funcionarios de la policía judicial que actúan en tareas de investigación delictiva están obligados (art. 297 LECrim.) a observar las formalidades legales en cuantas diligencias practiquen, por lo que, de conformidad con lo establecido en el art. 292 LECrim. especificarán con la mayor exactitud los hechos averiguados, anotando todas las circunstancias que hubiesen observado y pudiesen ser prueba o indicio del delito. En consecuencia se deberá hacer constar, en el atestado remitido a la autoridad judicial, la existencia de huellas dactilares y el lugar en que se ha detectado o, en todo caso, informar al Juez que se ha llamado a los especialistas para que revelen las posibles huellas que hubieran podido dejar los autores del hecho investigado. No es admisible que no se informe de un aspecto tan relevante, desde el punto de vista probatorio y que posteriormente aparezca un informe dactiloscópico cuyos antecedentes no figuran en el atestado y sobre el que la autoridad judicial no ha tenido noticia alguna...»>. (F.J. 1º)...



... En la sTS. 22.7.98 se señala expresamente que las circunstancias del art. 22.2 no son inherentes a la agresión sexual "pues si bien no suelen cometerse en público, ello no equivale a que precise de las mismas", y así se apreció en agresiones sexuales en las sentencias de esta Sala de 18.4.89, 6.6.91, 1.4.95 y 21.7.2003 que precisa, en relación a que en los delitos contra la libertad sexual no sea de aplicación la agravante de lugar del art. 22.2, "que este modo de discurrir está aquejado de una patente confusión. En efecto una cosa es que para ejecutar delitos como los de esta causa se busque la ausencia de posibles espectadores y otra bien distinta, que por sistema, se lleven a cabo en lugares que puedan denotarse como "despoblados". Se da la circunstancia de que lo primero puede conseguirse, como de hecho ocurre con la mayor frecuencia, incluso en medios urbanos, no solo elegir determinadas horas, lo que elimina el riesgo de presencia de personas en ámbitos poblados que, en un momento distinto, podrían resultar concurridos: un ejemplo bien característico es el de los parques públicos. De donde se sigue la perfecta compatibilidad entre los delitos contra la libertad sexual y la agravante que se examina".

Sin embargo, como señala la sTS 16.2.99, esta circunstancia agravatoria ha de ser interpretada con un carácter restrictivo en delitos como el de violación precisamente, porque se trata de tipos delictivos que por sus propias características requieren generalmente para ser realizados de un alejamiento de cualquier tipo de publicidad o conocimiento directo del resto de los ciudadanos.

En definitiva, la doctrina jurisprudencial actual estima compatible la apreciación de esta circunstancia con los delitos de agresión sexual o violación, si bien con carácter más restrictivo de lo natural dadas las características propias de estos tipos delictivos...">>. (F.J. 5º)...

... Dos elementos han de concurrir para la configuración de esta agravante en su modalidad de aprovechamiento del lugar y tiempo, que es la aquí aplicada, para que recaiga un mayor reproche sobre la conducta de quien busca para la comisión de un delito, un lugar o una hora, en que se encuentre la víctima en situación desamparada por la imposibilidad de recibir ayuda humana: uno, objetivo, topológico o temporal, de realizarse el hecho en lugar desierto, o suficientemente alejado de donde se congreguen, permanente o transitoriamente o puedan pasar o afluir, gentes, o bien en hora nocturna en la que concurren las mismas condiciones; y dos, el subjetivo o teleológico de búsqueda o aprovechamiento por el agente del elemento objetivo para una más fácil ejecución del delito, sin la eventual presencia de personas que perturben o puedan impedir la realización del mismo, auxiliando a la víctima o presenciando su comisión y determinando así la posibilidad de testimoniar sobre su ocurrencia (ssTS. 10.5.91, 19.4.95, 25.7.2000).

En definitiva "buscar premeditadamente un lugar solitario y apartado que facilite su comisión e incremente la situación de indefensión de la víctima" (ssTS. 11.12.2000 y 19.2.2001).

En el supuesto actual aun cuando las concretas circunstancias ambientales, en el momento de la comisión de los tres hechos: víctima sola en su propio domicilio, suponen un aislamiento de la misma en el momento en que se la agrede sexualmente, ni la hora ni que las agresiones tuvieron lugar (hecho a) a partir de las

9,10 horas de la mañana; hecho b) sobre las 10,00 horas; y hecho c) a las 11 horas, ni la ubicación del domicilio: piso en un bloque de viviendas, podían descartar la posibilidad de presencia de personas que pudieran acudir a dicho domicilio o bien pudieran oír cualquier tipo de grito o petición de ayuda por parte de la víctima.

En esta dirección la sTS. 302/97 de 11.3 señaló que:"en virtud del principio de legalidad y derivada taxatividad de los tipos penales impiden cobijar la agravante de morada en las circunstancias del lugar a que se refiere el art. 22.2 CP.", y de forma aún más explícita la sTS. 415/98 de 14.4 precisó que "la agravante de realizar el hecho en la morada del ofendido que se encontraba en el nº 16 del art. 10 CP. precedente se explicaba en razón de una mayor antijuricidad de la actuación del agente del hecho al no respetar la santidad del hogar de la víctima. El nuevo CP. no expresa ya esa circunstancia y cabe plantearse, si ello no obstante podía estar ahora situada en forma no especificada entre las que se enumeran en el actual nº 2 del art. 22 y más concretamente la de aprovechamiento de las circunstancias del lugar para realizar el hecho. Es claro que esta expresión permite apreciar lo que precedentemente se denominaba despoblado, pero ni la expresión de aprovechamiento de la circunstancia permite sostener la interpretación de mayor antijuricidad de un hecho realizado vulnerando el respeto que se debe al hogar ajeno y que tiene además sanción penal en el allanamiento de morada y de domicilio de personas jurídicas que se recogen en los arts. 202, 203 y 204 del vigente CP, así como en forma de agravante específica del delito de robo su realización en casa habitada (art. 241) pero por razones distintas del respeto a la santidad de la vivienda del prójimo ni, por otra parte, es posible llegar a tal interpretación en razón de la sistemática que se aprecia en la redacción del Texto del nuevo art. 22 en el que, tras establecer en su nº 1 la tradicional agravante de alevosía aplicable en delitos contra las personas, engloba, en el nº 2; una serie de conductas facilitadoras de la realización de delitos o de su impunidad, con pretensión generalizadora de algunas de ellas (abuso de superioridad, aprovechamiento de circunstancias de lugar, tiempo o auxilio de otras personas) que permiten la inclusión de toda una serie de conductas a las que se pueda aplicar esas finalidades, pero entre las que es claro que no puede incluirse una agravación basada en la infracción del respeto al hogar de la víctima"...". (F. J. 7º)

## **PRUEBA. Declaración como testigo protegido e imputado con información de derechos y asistencia letrada, prestando juramento: nulidad.**

Recurso: Casación nº 1293/2005 P

Ponente: Sr. Sánchez Melgar

Sentencia: nº 1076/2006 de fecha 27/10/2006

«El primero y segundo motivo de su recurso, denuncia la vulneración constitucional de los derechos fundamentales a un proceso con todas las garantías y de tutela judicial efectiva, alegando que es nula su declaración como **testigo protegido** y a su vez **imputado, encontrándose detenido, por lo que le fue dada**

**lectura a sus derechos constitucionales**, y previo juramento, con sus efectos irradiantes de conexión de antijuridicidad.

Señala también el recurrente que le ofrecieron “ventajas” en reuniones previas para llegar esta declaración, y que se produjo tanto “desconcierto procesal” por dicha intervención en la indicada doble condición, que incluso el propio Ministerio fiscal le llamó a declarar como testigo protegido número 1, debiendo adoptar su posición de acusado en el plenario, una vez que se aclaró su verdadera posición procesal.

Ya ante el Tribunal de instancia, se planteó la nulidad de dicho testimonio, pero la sentencia recurrida dice exclusivamente al respecto que la declaración de M. P. V. A. es plenamente válida, aunque figure identificado formalmente como “testigo protegido”, y ello porque fue prestada “materialmente” en concepto de imputado, con lectura de derechos y asistencia letrada.

La Ley 19/1994, de 23 de diciembre, de Protección a Testigos y a Peritos en Causas Criminales, no admite en su artículo primero otra protección que la correspondiente a los testigos o a los peritos. Así, el art.1º.1 de la misma, dispone literalmente que: “*las medidas de protección previstas en esta Ley son aplicables a quienes en calidad de testigos o peritos intervengan en procesos penales*”. No pueden arbitrarse tales medidas, de modo alguno, a los imputados, por falta de previsión legal, y porque la situación de éstos es radicalmente diferente a la de un testigo o un perito.

Así, tanto en el atestado policial, como en la propia sede judicial, se le toma declaración en condición de testigo protegido, pero, a su vez, se le informa de sus derechos constitucionales, y le asiste un letrado, y todo ello se adereza con la prestación de “juramento” antes de tomarle declaración. En suma, estas declaraciones **son completamente nulas**, por infringir las más elementales normas a un proceso con todas las garantías, e irradian su conexión de antijuridicidad a cualquiera otra declaración que haya prestado el propio acusado, aun en el acto del plenario.

Esta nulidad, junto al dato igualmente afectante a otros acusados, de no constar expresamente conocer el origen ilícito del dinero en el “factum” de la sentencia recurrida, debe producir la absolución del mismo, por vulneración de sus derechos fundamentales, y particularmente su derecho constitucional a la presunción de inocencia (motivo cuarto), una vez que se ha expulsado del material probatorio tales declaraciones en concepto de *testigo protegido*, sin que sea ya preciso el estudio de sus restantes motivos casacionales». (F. J. 21º)

## **PRUEBA. Declaración de coimputado. Contradicción.**

Recurso: Casación nº 1078/2003  
Ponente: Sr. Colmenero Menéndez de Luarca  
Sentencia nº 1191/2004 de fecha 21/10/2004

«...” El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en su artículo 14.3, y el Convenio Europeo de Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, en su artículo 6º.3º d), establece en principio el derecho de todo acusado a interrogar o hacer interrogar a los testigos que declaren contra él, y al interrogatorio de los testigos que declaren en su favor en las mismas condiciones que los testigos que lo hacen en su contra. Tales tratados, ratificados por España son normas integrantes de nuestro Ordenamiento Jurídico y sirven de guía para la interpretación de los derechos fundamentales y las libertades que la Constitución reconoce, según establece el artículo 10. 2 CE.

En la Sentencia de 20 de setiembre de 1993, Caso Saïdi contra Francia, el TEDH ha señalado que la ausencia de toda confrontación priva al acusado de un proceso equitativo, y ha considerado que las exigencias de contradicción son mayores cuando los testimonios inculpatórios proceden de quienes han declarado sin obligación de decir la verdad, por lo cual, la sentencia condenatoria no puede apoyarse exclusivamente en la declaración de un coimputado al que la defensa no ha podido interrogar. En este sentido el TEDH ha entendido, entre otras en la STEDH de 19 de diciembre de 1990, Caso Delta contra Francia, que los derechos de la defensa, por norma general, “exigen conceder al acusado una ocasión adecuada y suficiente para oponerse a un testimonio en su contra e interrogar a su autor, en el momento de la declaración o más tarde (Sentencia Kostovski de 20 noviembre 1989)”.

El Tribunal de instancia valora como prueba de cargo la declaración del coimputado Pedro Juan Sosa Apolinario prestada en la fase de instrucción el día 8 de mayo de 2000, que aparece en los folios 983 y siguientes del sumario, que fue ratificada posteriormente también ante el Juez al prestar declaración indagatoria. Aunque el procesado se acogió a su derecho a no declarar en el juicio oral, el contenido de su declaración fue introducido en el debate a través del interrogatorio que el Fiscal hizo constar en el acta.

La negativa a declarar, tal y como se produjo en este caso, puede enmarcarse en el ámbito del ejercicio directo del derecho de defensa mediante el silencio del acusado, pues no se aprecian otros móviles. Al contrario, tal forma de actuar es coherente con el planteamiento por parte de su defensa técnica de la invalidez de las escuchas telefónicas y con el hecho de haber confesado los hechos en algunas declaraciones ante el Juez de instrucción, cuya validez asimismo podría hacerse depender de la validez de aquellas alegando la existencia de una vinculación entre ambas que impidiera su valoración, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 11.1 de la LOPJ. Sin embargo, lo cierto es que, con independencia de los derechos del otro acusado a su propia defensa, en esa ocasión la defensa del recurrente no pudo interrogar según su derecho a quien le inculpaba del hecho que le es imputado por la acusación.

El elemento decisivo que inicialmente permite plantear la valoración de la declaración del coimputado como prueba de cargo, es que, según se desprende del sumario, la defensa del recurrente tuvo la posibilidad de intervenir en la declaración prestada el día 8 de mayo de 2000, pues fue notificada al efecto, aun cuando después decidiera no comparecer. Efectivamente, consta en el sumario que la declaración fue prevista inicialmente para el día 27 de abril y fue trasladada

posteriormente al día 8 de mayo, lo cual fue notificado al letrado designado por el recurrente, folio 972 del sumario. Se cumplió así con la exigencia de que el acusado pueda interrogar a quien le acusa, en algún momento del proceso, en este caso concreto en el momento en que prestó la declaración incriminatoria. Pues lo decisivo es precisamente que exista la posibilidad de interrogar, y no que tal posibilidad se haga efectiva...». (F.J. 5º)

## **PRUEBA. Declaración de coimputado. Doctrina.**

Recurso: Casación nº 954/2005 P

Ponente: Sr. Sánchez Melgar

Sentencia: nº 184/2006 de fecha 20/02/2006

«Siguiendo la doctrina de nuestras Sentencias 23/2003, de 21 de enero, y 413/2003, de 21 de marzo, hemos de poner de manifiesto el requisito positivo exigido por la doctrina del Tribunal Constitucional -SSTC 153/1997 y 49/1998-, reiterada en la 115/1998, de 1 de junio, según la cual «... la declaración incriminatoria del coimputado carece de consistencia plena como prueba de cargo cuando siendo única, *no resulta mínimamente corroborada por otras pruebas...*»; de ello se deriva la exigencia de una adición a las declaraciones del coimputado, de *algún otro dato* que corrobore su contenido, y este plus es de tal necesidad que, en palabras de la misma sentencia «... antes de ese mínimo no puede hablarse de base probatoria suficiente o de inferencia suficientemente sólida o consistente desde la perspectiva constitucional que demanda la presunción de inocencia...». Doctrina que eleva la condición de esas otras evidencias a la naturaleza de presupuesto, en relación con *la inicial posición jurisprudencial que ponía el acento exclusivamente en la inexistencia de intereses bastardos en lo declarado por el imputado*, es decir, en el requisito negativo - Sentencia del Tribunal Supremo 877/1996, de 21 de noviembre- bien que ya se apuntase la improcedencia de fundar la condena «sic et simpliciter» en la mera acusación del coimputado -Sentencias del Tribunal Supremo de 10 de noviembre de 1994 y 15 de febrero de 1996-, pero siempre en una clave de mero reforzamiento, y así se viene a decir en la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de octubre de 1992 que la admite como medio de prueba «... máxime si coincide con otros apoyos probatorios...». A partir de la doctrina expuesta, esos otros apoyos o datos, no son «ex abundantia», sino *presupuesto necesario positivo* para la consideración del testimonio del coimputado como prueba de cargo. El requisito negativo está constituido por la ausencia de móviles espurios o motivos que induzca a deducir que el coimputado haya efectuado la heteroincrimación guiado por móviles de odio personal, obediencia a tercera persona, soborno, venganza o resentimiento, o bien por móviles tendentes a buscar la propia exculpación mediante la incriminación del otro. En definitiva, se trata de constatar que no concurre ninguna tacha ni sombra en el testimonio dado, que pueda afectar a la credibilidad del mismo, ya que en definitiva, se está ante un problema de credibilidad, y por ello, esta cuestión *debe ser examinada escrupulosamente por el Tribunal de instancia*. En este sentido, la Sentencia de esta Sala de 16 de febrero de 2000.

En términos de las SSTC 153/1997 y 49/1998, la declaración incriminatoria del coimputado carece de consistencia como prueba de cargo cuando siendo única, no

resulta *mínimamente corroborada* por otra prueba. El tradicional criterio de la ausencia de intereses bastardos en la incriminación, como ya hemos señalado, se complementa en la moderna jurisprudencia por la corroboración *externa* de la declaración incriminatoria.

Para terminar con este planteamiento jurídico sobre el valor probatorio de la declaración del coimputado, hemos de recordar lo expuesto en nuestra Sentencia 23/2003, de 21 de enero, analizando dos sentencias de la Sala Primera del TC (SSTC 181/2002, de 14 de octubre y 207/2002, de 11 de noviembre), aprobadas por mayoría, en las que parece apreciarse un nuevo cambio jurisprudencial en esta materia, pues el requisito de la *mínima corroboración objetiva*, concebido hasta la fecha como cualquier dato, hecho o circunstancia externa que para el Tribunal sentenciador avale razonablemente la veracidad del conjunto de la declaración del coimputado (SSTC 182/2001 o 70/2002), se transforma aparentemente en la *exigencia práctica de una prueba adicional, distinta*, que acredite de modo expreso la participación del condenado en los hechos.

En cualquier caso conviene resaltar que la Sala Segunda del TC ha recuperado, a nuestro parecer –sigue diciendo dicha sentencia–, la mejor doctrina sobre esta materia, en la sentencia 233/2002, de 9 de diciembre, en la que se reitera el criterio de que la exigencia de corroboración se concreta en *dos ideas*: que la corroboración *no ha de ser plena*, ya que ello exigiría entrar a valorar la prueba, posibilidad que está vedada al TC, sino *mínima*; y que no cabe establecer qué ha de entenderse por corroboración en términos generales, más allá de la idea obvia de que la veracidad objetiva de la declaración del coimputado ha de estar avalada por *algún hecho, dato o circunstancia externa*, debiendo *dejar al análisis caso por caso* la determinación de si dicha mínima corroboración se ha producido o no.

Resume dicha resolución la doctrina consolidada del TC sobre esta materia, señalando que los rasgos que la definen son: a) la declaración incriminatoria de un coimputado es prueba legítima desde la perspectiva constitucional; b) la declaración incriminatoria de un coimputado es prueba insuficiente y no constituye por sí misma actividad probatoria de cargo mínima para enervar la presunción de inocencia; c) la aptitud como prueba de cargo mínima de la declaración incriminatoria de un imputado se adquiere a partir de que su contenido quede mínimamente corroborado; d) se considera corroboración mínima la existencia de hechos, datos o circunstancias externas que avalen de manera genérica la veracidad de la declaración; y d) la valoración de la existencia de corroboración mínima ha de realizarse caso por caso.

Estas ideas han de ser puestas en relación, conforme a la referida STC 233/2002, de 9 de diciembre, con la imposibilidad del Tribunal Constitucional de revisar la valoración de los diferentes elementos probatorios en que los Tribunales penales basan su convicción, lo que constituye una función exclusiva de los órganos judiciales, en atención a lo dispuesto en el art. 117.3 CE. A esta misma conclusión llega la Sentencia del Tribunal Constitucional de 10 de febrero de 2003 (recurso 5006/2000). Por tanto, al Tribunal Constitucional, ante la invocación del derecho a la presunción de inocencia en los supuestos en que las declaraciones incriminatorias de coimputados aparecen como la única prueba en la que se fundamente la condena, sólo le compete verificar su aptitud para ser prueba de cargo, lo que se producirá cuando existan hechos, datos o circunstancias externas que avalen mínimamente su

contenido. No puede entrar, sin embargo, a analizar ni la credibilidad que merezca dicha declaración ni, más allá del control externo de la razonabilidad de las inferencias, si los hechos han quedado acreditados a partir de tales pruebas. A este Tribunal Supremo, le compete, además, constatar que el Tribunal de instancia ha descartado, de forma razonable, la concurrencia de eventuales motivaciones espurias que pudiesen desvirtuar la credibilidad subjetiva de la declaración del coimputado. (F. J. 3º)

...Ciertamente no se ha definido aún lo que ha de entenderse por corroboración de la declaración inculpatoria de un coimputado, más allá de que aquella sea externa y objetiva, y además, que sea mínima. Esto último significa que *no es precisa una prueba adicional*, completa, que acredite la participación del tercero (coimputado, como el anterior) en el hecho delictivo enjuiciado, pues en tal caso sobraría la primera. La determinación de lo que deba entenderse por “mínima”, queda, pues, a la libre valoración del Tribunal de instancia (art. 741 LECrim.), que es a quien corresponde dicha valoración judicial (no al Tribunal Supremo). La corroboración ha de ser externa y objetiva, esto es, venir referida a algún dato, hecho o circunstancia externa, es decir, ajena a la misma declaración del coimputado, no debiendo comprenderse por “objetiva” la que se refiera a vestigios o elementos de tal naturaleza, sino también los datos que se introduzcan por otros sujetos procesales y que coincidan con lo aportado en la declaración del coimputado, pues parece evidente que la corroboran. Por corroboración debemos entender la aportación de datos que por entrar en coincidencia con lo manifestado por el autor de la declaración inculpatoria, la doten de verosimilitud, y en consecuencia, proporcionen credibilidad a quien presta aquella declaración. La STS 944/2003, de 23 de junio, nos dice que corroborar es dar fuerza a una imputación con otros datos que no figuran incluidos en la misma. Así, el elemento de corroboración es un dato empírico, que no coincide con el hecho imputado, ni en su alcance ni en la fuente, pero que interfiere con él por formar parte del mismo contexto, de tal manera que puede servir para fundar razonadamente la convicción de que el segundo se habría producido realmente.

La corroboración puede ser, en consecuencia, personal o real; será personal, cuando el dato que la corrobore se encuentre inserto en otra declaración (un testigo, por ejemplo, que lo afirme también), dotándola de refuerzo; será real, cuando el dato se halle en una prueba de tal naturaleza dentro de la causa penal (en un documento) y también en una prueba pericial, que se corresponda con lo aportado en la declaración del coimputado, con el mismo objeto anterior, esto es, servir de refuerzo a tal declaración. La corroboración será genérica o específica. Genéricamente estará referida a toda una declaración, y específica, a cada uno de los elementos que integren una figura delictiva en concreto. Y aún así, también puede distinguirse la que se refiere a uno o a diversos sucesos, cualquiera que sea la calificación delictiva que hayan merecido los mismos, si se trata de aquellos sucedidos en una misma *unidad de acción* (por ejemplo, el atraco a tal o cual entidad, aunque los delitos cometidos en cada “acción”, sean complejos o diversos). En cualquier caso, el Tribunal Constitucional parece referirse a una “genérica” corroboración, cuando nos dice, y muy reiteradamente, que “se considera corroboración mínima la existencia de hechos, datos o circunstancias externas que avalen de *manera genérica* la veracidad de la declaración”. Tal corroboración no puede estar constituida por la misma ocurrencia del hecho que se declara (esto es evidente: no se puede decir como ocurrió *en efecto* el hecho, la declaración ya está corroborada), sino que la aportación

de tales datos, hechos o circunstancias deben ser elementos aportados que signifiquen algo más, como los propios detalles de su misma existencia y contenido.

Ya hemos dicho que tiene que ser “mínima” (la corroboración), sin que se haya formulado un criterio general acerca de su significado (ni tal vez pueda hacerse), sino que tal apreciación debe hacerlo quien está llamado a valorar la prueba, siendo la función del Tribunal Casacional la de constatar tal elemento, pero no valorarle.

Y que tal declaración de un coimputado sirve para acreditar hechos externos de otros a quienes le inculpe su aportación procesal, nos lo demuestra la introducción en el Código penal de los denominados “arrepentidos” (arts. 376 y 579), que son los que aportan pruebas para la identificación de otros miembros de su actividad criminal, luego es claro que el ordenamiento jurídico considera prueba de cargo tales aportaciones, al punto de ser premiadas con una ostensible disminución en la penalidad imponible. De modo que la declaración del coimputado a veces incluso es reconocida por el legislador, sin que por ello se descolore su capacidad inculpatoria.

Pero, de todas formas, este tipo de técnica probatoria, que se predica de la declaración del coimputado, dista mucho de estar acabada científicamente, al punto que el Tribunal Constitucional no ha tenido por menos que señalar, como ya expusimos anteriormente, que “la valoración de la existencia de corroboración mínima ha de realizarse *caso por caso*”». (F. J. 4º)

## **PRUEBA. Declaración de coimputado. Doctrina del TC.**

Recurso: Casación nº 1911/2004

Ponente: Sr. Colmenero Menéndez de Luarca

Sentencia: nº 53/2006 de fecha 30/01/2006

«En principio, nada se opone a valorar este tipo de declaraciones como prueba de cargo, pues quien declara lo hace sobre hechos de conocimiento propio, en los cuales, además, en muchas ocasiones puede haber intervenido. Habida cuenta de las características de esta prueba, que la hacen sospechosa a causa de los intereses del coimputado en el proceso, que pueden enturbiar su valor inculpatorio, es razonable la exigencia de algún elemento de corroboración que apoye la decisión del Tribunal de aceptar su versión como prueba de cargo. Esta exigencia, que podría incluirse en la racionalidad del proceso valorativo, ha sido elevada por el Tribunal Constitucional al rango de requisito de carácter previo a la valoración misma de la declaración, de forma que es necesario verificar la existencia de algún elemento de corroboración de la versión del coimputado antes de examinar su credibilidad.

No ha precisado dicho Tribunal qué ha de entenderse por corroboración. Es claro que no es preciso que se trate de otra prueba bastante sobre el mismo extremo, dado que esta exigencia solo es aplicable a los casos en los que la declaración del coimputado es la única prueba, siendo suficiente que se trate de una corroboración mínima.



Sí ha precisado, sin embargo, algunos aspectos. En primer lugar, que no constituye corroboración la coincidencia de dos o más coimputados en la misma versión inculpatoria (por todas, SSTC 65/2003, de 7 de abril, FJ 5; ó 152/2004, de 20 de septiembre, FJ 3). En segundo lugar, que la corroboración mínima resulta exigible no en cualquier punto, sino en relación con la participación del recurrente en los hechos punibles que el órgano judicial considera probados (entre las últimas, SSTC 17/2004, de 23 de febrero, FJ 3; 118/2004, de 12 de julio, FJ 2; ó 147/2004, de 13 de septiembre, FJ 2). En tercer lugar, 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 externos de corroboración (las mismas sentencias antes citadas). Y en cuarto lugar, que los elementos corroboradores que pueden ser tenidos en cuenta al revisar la decisión del Tribunal son exclusivamente los que aparezcan expresados en las resoluciones judiciales impugnadas como fundamentos probatorios de la condena (SSTC 181/2002, de 14 de octubre, FJ 4; 65/2003, de 7 de abril, FJ 6). Aspecto este último que, si bien aparece en las referidas sentencias como aplicable al recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional, resulta igualmente de aplicación al recurso de casación, ante la imposibilidad de establecer de otra forma si el Tribunal de instancia tuvo o no como probados determinados aspectos fácticos en función de las pruebas de las que dispuso». (F. J. 4º)

## **PRUEBA. Declaración de coimputado. Doctrina del Tribunal Constitucional. Corroboración externa.**

Recurso: Casación nº 10339/2006 P  
Ponente: Sr. Delgado García  
Sentencia: nº 1021/2006 de fecha 16/10/2006

«. Es conocida de todos la doctrina del TC relativa a la validez de las declaraciones de los coimputados como prueba de cargo, iniciada en dos sentencias, las números 153/1997 y 49/1998, y ahora ya consolidada (Ss. 68, 72 y 182/2001, y 2, 57, 181 y 233/2002, entre otras muchas), doctrina que podemos resumir en los términos siguientes:

1º. Su fundamento se encuentra en que estas declaraciones de los coacusados sólo de una forma limitada pueden someterse a contradicción, habida cuenta de la facultad de guardar silencio que estos tienen por lo dispuesto en el art. 24.2 CE, que les reconoce el derecho a no declarar contra sí mismos y a no confesarse culpables, lo cual constituye una garantía instrumental del más amplio derecho de defensa en cuanto que reconoce a todo ciudadano el derecho a no contribuir a su propia incriminación (STC 57/2002).

2º. La consecuencia que de esta menor eficacia probatoria se deriva es que con sólo esta prueba no cabe condenar a una persona salvo que su contenido tenga una mínima corroboración.

3º. Tal corroboración aparece definida en nuestro TC como la existencia de cualquier hecho, dato o circunstancia externos apto para avalar ese contenido en que consisten las declaraciones concretas de dicho coacusado.

4º. Con el calificativo de "externos" entendemos que el TC quiere referirse a algo obvio, como lo es el que tal hecho, dato o circunstancia se halle localizado fuera de esas declaraciones del coimputado.

5º. Respecto al otro calificativo de "mínima" referido al concepto de corroboración, reconoce el TC que no puede concretar más, dejando la determinación de su suficiencia al examen del caso concreto. Basta con que exista algo "externo" que sirva para atribuir verosimilitud a esas declaraciones.

6º. No sirve como elemento corroborador la declaración de otro coimputado. El que haya manifestaciones de varios acusados coincidentes en su contenido de imputación contra un tercero no excusa de que tenga que existir la mencionada corroboración procedente de un dato externo.

Particularmente queremos referirnos aquí a una sentencia reciente de dicho TC la nº 55/2005, de 14 de marzo, luego reproducida en otra, la nº 286/2005, de 7 de noviembre, en cuyo fundamento de derecho 1º podemos leer lo siguiente:

*«Debe añadirse que la corroboración mínima resulta exigible no en cualquier punto, sino en relación con la participación del recurrente en los hechos punibles que el órgano judicial considera probados.»>>*

Añade después, en ese mismo fundamento de derecho 1º, que:

*«...los elementos cuyo carácter corroborador ha de ser valorado por este tribunal son exclusivamente los que aparezcan expresados en las resoluciones judiciales impugnadas como fundamentos probatorios de la condena (SSTC 181/2002, de 14 de octubre, F. 4; 65/2003, de 7 de abril, F.6)».*

Con lo dicho en estas dos últimas sentencias del TC, 55 y 86 ambas de 2005, queda aclarado que este requisito de la corroboración externa, concreción objetiva y singularmente eficaz del contenido del derecho a la presunción de inocencia, ha de ser individualizado respecto de cada acusado en concreto y, asimismo, con relación a cada uno de los hechos que se atribuyen a cada uno de los coimputados.

Si son varios los procesados y estos aparecen implicados, a su vez, en diferentes hechos delictivos, no cabe valorar de modo global como creíble la declaración del imputado (o imputados) por existencia de alguna corroboración externa para, a partir de aquí, considerar que todo lo dicho en tal declaración ha de reputarse válido para cuantas coimputaciones aparezcan en la misma.

Véase la sentencia de esta sala 1/2006 de 9 de enero en su fundamento de derecho 4º». (F. J. 3º)

## **PRUEBA. Declaración de testigo en fase instructora. Art. 730 LECrím.**

Recurso: Casación nº 925/2004P  
Ponente: Sr. Soriano Soriano  
Sentencia nº 612/2005 de fecha 12/05/2005

«...» es plenamente válido y ajustado a la normativa procesal acudir al art. 730 L.E.Cr. y proceder a la lectura de la declaración en juicio, para someterlo a contradicción.

El caso se acomoda a las hipótesis que esta Sala viene considerando como de imposible realización de la prueba testifical de manera presencial (muerte del testigo, enajenación mental sobrevenida, desaparición del mismo, residencia en el extranjero, etc.), situaciones en que se cumple con la lectura de la declaración. Como quiera que no se trata de una prueba anticipada, sino preconstituída, la ausencia del Letrado de la defensa, cuando el testigo incomparecido testimonió en fase instructora, ni era preceptiva ni tampoco necesaria, toda vez que la diligencia no poseía el carácter de prueba sino de acto de investigación o preparatorio.

La garantía y certeza del testimonio, no su credibilidad, proviene de haberse realizado a presencia judicial y bajo fé de Secretario. Es el Tribunal, en juicio, el que debe valorar, una vez leída y sometida a contradicción, su capacidad suasoria atendiendo a la limitación contradictoria, que por razones de fuerza mayor no pudo ser salvada, lo que en ningún caso hace que deba prescindirse de tal prueba...».  
(F.J. 1º)

## **PRUEBA: Declaración de testigo en fase instructora. Art. 730 LECrím.**

Recurso: Casación nº 581/2004  
Ponente: Sr. Saavedra Ruiz  
Sentencia: nº 1150/2005 de fecha 04/10/2005

«Sin embargo, como ya señala la S.T.C. 41/1991, de 25/2, fundamento jurídico segundo, la doctrina de la práctica en el acto del juicio oral de los actos de prueba se ha modulado en la medida en que puede suceder, por varios motivos, que los testigos que han depuesto en forma en el Sumario no puedan comparecer en el acto de la vista, extrayendo como consecuencia que *"si tales declaraciones figuran en autos vertidas con las debidas garantías, estamos ante la denominada prueba preconstituída que, en tanto prueba documentada, que no documental, puede ser traída al juicio oral al solicitarse por las partes la lectura o reproducción de lo sumarialmente actuado"*, ello de conformidad con lo dispuesto en el artículo 730 LECrim. (también artículo 4.5 L.O. 19/1994, de 23/12, de Protección a testigos y peritos en causas criminales), vía que permite al Tribunal ex artículo 726 LECrim

tomar en consideración dichas declaraciones documentadas, siendo condición necesaria para ello que en el Plenario se proceda a la lectura concreta y particular de las declaraciones sumariales, no siendo suficiente el formalismo consistente en tenerlas "*por reproducidas*", pues dicha lectura expresa constituye el complemento necesario de su regular introducción en el debate, cumpliéndose de esta forma los principios mencionados, especialmente, el de contradicción.

El fundamento de la admisión como prueba de cargo válida de la preconstituida en las condiciones señaladas anteriormente lo describe la sentencia citada del Tribunal Constitucional, que cita igualmente sus resoluciones anteriores, S.S.T.C. 107/1985, 182/1989 y 154/1990, afirmando que no admitiéndose "*supondría hacer depender el ejercicio del <<ius puniendi>> del Estado del azar o de la malquerencia de las partes (amenaza a los testigos), pudiendo dejarse sin efecto lo actuado sumarialmente*", añadiendo que "*un sistema que pondere adecuadamente tanto la necesidad social de protección de bienes jurídicos esenciales, como el haz de garantías frente a posibles abusos a los ciudadanos, con independencia de su posición, ha de estar en condiciones de hacer valer la seriedad de lo actuado por los órganos encargados de la represión penal, siempre que lo actuado lo haya sido con pleno respeto a aquellas garantías*".

Como ha expuesto la Jurisprudencia (S.T.S. 1699/00), el artículo 730 LECrim. es aplicable, desde luego excepcionalmente, en los casos de fallecimiento del testigo o cuando se encuentre fuera de la jurisdicción del Tribunal y no sea factible su comparecencia, o sea imposible su localización por desconocer su paradero (S.S.T.S. de 25/09/95, 18/02/97 o 16/02/98). La declaración sumarial de los testigos ante el Juez de Instrucción debe realizarse también concurriendo las formalidades legales aplicables al caso». (F.J. 1º)

## **PRUEBA: Declaración de testigo en fase instructora que se retracta en plenario. Art. 714 LECrim.**

Recurso: Casación nº 133/2005 P

Ponente: Sr. Martínez Arrieta

Sentencia: nº 1241/2005 de fecha 27/10/2005

«...hemos declarado con reiteración que las declaraciones de los testigos aún cuando se retracten en el juicio oral, pueden ser tenidas como actividad probatoria suficiente para enervar el derecho fundamental a la presunción de inocencia sobre la base de la mayor fiabilidad que pudiera tener la versión sumarial. Pero esta afirmación aparece sujeta a determinados requisitos que inciden sobre la apreciación de la credibilidad de la rectificación con confrontación de las distintas manifestaciones, extremo que depende sustancialmente de la percepción directa que sólo tiene el Tribunal de instancia por la inmediatez de la prueba (Sentencias de 7 de noviembre de 1997; 14 de mayo de 1999, STC 98/90 de 20 de junio). En otros términos, la posibilidad de valorar una u otra declaración no significa un omnímodo poder de los tribunales para optar por una u otra declaración, a modo de alternativa siempre disponible por el solo hecho de existir en los autos una

declaración distinta de la prestada por el testigo, o en su caso coimputado, en el Juicio Oral.

Jurisprudencialmente hemos requerido la concurrencia de circunstancias que afectan tanto a las condiciones de validez de la prueba que permita su valoración como a los criterios de valoración. Así, en primer término, para que la declaración sumarial sea valorable en sentido objetivo, es decir susceptible de ser valorada como material probatorio, es preciso que se incorpore al plenario sometiéndose a la contradicción, exigencia condicionante de la propia idoneidad probatoria de la declaración sumarial, sin la cual ésta no puede ser considerada siquiera por el Tribunal de instancia en la formación de su convicción. Es necesario para ello que se dé cumplimiento a lo dispuesto en el art. 714 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal procediendo a la lectura de aquélla y permitiendo a las partes someter la declaración a contradicción (SSTS. de 5 de noviembre de 1996 y 20 de mayo de 1997 ; y STC. de 29 de septiembre de 1997 ). Sin esta incorporación al plenario la declaración sumarial no es prueba, ni cabe ser considerada, incorporación que puede ser realizada bien por lectura de la misma, bien por interrogatorio de las partes sobre su contenido esencial, como ha ocurrido en el presente enjuiciamiento.

Esta exigencia presupone que la declaración que se incorpora al enjuiciamiento, provenga del sumario, es decir, de la documentación de la actuación judicial en investigación de un hecho delictivo, pues así lo exige el art. 714 de la ley procesal, que refiere la posibilidad de dar lectura a las declaraciones del sumario, esto es las practicadas en sede jurisdiccional con exclusión de las celebradas ante la policía. Además tal declaración ha de ser realizada con observancia de las reglas que rigen la práctica de estas diligencias. Por otra parte, la contradicción que permite la lectura de las obrantes en el sumario deber recaer sobre aspectos esenciales del testimonio, como afirmaciones contradictorias o retractaciones totales o parciales. La jurisprudencia de esta Sala Segunda y la del Tribunal Constitucional han relativizado el requisito formal de la lectura considerando suficiente el que las diligencias sumariales hayan aparecido en el debate del juicio por el procedimiento del art.714 o por cualquier otro que garantice la contradicción, siendo suficiente que las preguntas y respuestas dadas en el Juicio Oral hagan referencia expresa a tales declaraciones sumariales poniendo de manifiesto las contradicciones al objeto de que pueda darse la explicación oportuna (en tal sentido SSTC. 137/1988; 161/1990 y 80/1991).

Incorporada al Juicio Oral la declaración sumarial del testigo o, en su caso, del coimputado, esto es las condiciones de valorabilidad de la declaración obrante en el sumario, analizamos las exigencias que deben concurrir en la sentencia que la valora para comprobar, desde la perspectiva del control caacional de la presunción de inocencia, la correcta valoración de la prueba y la correcta enervación del derecho a la presunción de inocencia.

En primer lugar, por la falta de inmediación de aquélla, la hipotética mayor credibilidad frente a la declaración en Juicio Oral ha de apoyarse en su verosimilitud objetiva lo que significa que en ese plano debe estar corroborada por otras circunstancias periféricas u otros medios probatorios (SSTC. 153/97, de 29 de septiembre; 115/98, de 1 de junio; y SSTS. de 13 de julio de 1998 y 14 de mayo de 1999). Es decir, la credibilidad objetiva precisa de la concurrencia de hechos o

indicios externos o periféricos a la declaración inculpativa del coacusado que le doten de objetividad bastante para hacer razonable su valoración favorable frente a la declaración que, con observancia del principio de inmediación, se prestó en el Juicio Oral.

En segundo término, y como consecuencia del anterior requisito, es necesario que el Tribunal de instancia exprese las razones por las que se inclina por versión distinta de la que ha aflorado en el Juicio Oral (Sentencias de 22 de diciembre de 1997 y 14 de mayo de 1999), pues no habiendo presenciado la declaración sumarial se hace especialmente necesario razonar la causa de concederle mayor credibilidad, a la vista de lo declarado contradictoriamente a su presencia, rectificando sus manifestaciones anteriores, y de las explicaciones dadas al respecto por el declarante». (F.J. 2º)

## **PRUEBA. Declaración de testigo menor en fase de Instrucción. Prueba preconstituida.**

Recurso: Casación nº 877/2005

Ponente: Sr. Puerta Luis

Sentencia: nº 626/2006 de fecha 02/06/2006

«...importa poner de relieve: a) que el art. 448 de la LECrim. prevé expresamente la prueba testifical preconstituida, como una excepción a la exigencia de que toda la prueba se practique en el plenario; b) que la propia Ley de Enjuiciamiento Criminal prevé igualmente la posibilidad de que sean leídas en el plenario, “a instancia de cualquiera de las partes, las diligencias practicadas en el sumario, que, por causas independientes de la voluntad de aquéllas, no puedan ser reproducidas en el juicio oral” (v. art. 730); c) que la L.O. 1/1996, de Protección jurídica del menor, sobre la base del art. 39.4 de la Constitución, y de la Convención de Derechos del Niño de Naciones Unidas, de 20 de noviembre de 1989, establece claramente: que, “en aplicación de la presente Ley primará el interés superior de los menores sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir” (v. art. 2), que “la protección del menor por los poderes públicos se realizará mediante la prevención y reparación de situaciones de riesgo” (v. art. 12.1), que, “en situaciones de riesgo, (...), la actuación de los poderes públicos deberá garantizar en todo caso los derechos que le asisten y se orientará a disminuir los factores de riesgo” (v. art. 17), y que “serán principios rectores de la actuación de los poderes públicos, los siguientes: a/ la supremacía del interés del menor. (...) d/ La prevención de todas aquellas situaciones que puedan perjudicar su desarrollo personal” (v. art. 11.2); d) que el Tribunal Constitucional ha admitido reiteradamente como prueba válida y eficaz para desvirtuar la presunción de inocencia la llamada “prueba preconstituida”, habiendo declarado también, respecto de la validez como prueba de cargo de los testimonios de referencia, que “el recurso al testigo de referencia ha de quedar limitado a aquellas situaciones excepcionales de imposibilidad real y efectiva de obtener la declaración del testigo directo y principal” (SSTC 70/1994 –FJ 4-; 68/2002 –FJ 10; y 155/2002 –FJ 17), lo que resultaría aplicable en el presente caso, en el que la víctima es una niña de corta edad, incapacitada para declarar por falta de

discernimiento (art. 417.2 LECrim.)” (v. STC 41/2003 –FJ 3); y. e) que, este Tribunal ha admitido también la posibilidad de enervar el derecho a la presunción de inocencia de los acusados, en algunos tipos de delitos, caso de inasistencia de la víctima a las sesiones del juicio oral, por todas las razones anteriormente expuestas. Así, en un supuesto de delito continuado de abusos sexuales, en que el Tribunal contó, como prueba de cargo, con el testimonio de la profesora y de la directora del colegio en que estudiaban las niñas víctimas de los hechos enjuiciados en aquella causa, la audición de las cintas en que se grabó la exploración judicial de la menor de las niñas y la prueba pericial psicológica “que puso de manifiesto las profundas y gravísimas secuelas que dejó en ambas niñas el repugnante comportamiento de ambos acusados”, se estimó que existía una prueba de cargo con suficiente entidad para enervar el derecho a la presunción de inocencia (v. STS de 1 de julio de 2002 y las en él citadas).

Con estos antecedentes, debemos tener en cuenta que, en el presente caso, el Tribunal de instancia ha dispuesto, como pruebas de cargo, con la prueba preconstituida relativa a la exploración de la menor, llevada a la vista del juicio oral como prueba documental, junto con el testimonio e informe del médico especialista que la examinó el día de autos, con el informe del médico forense, y con el testimonio de referencia de la madre de la menor, por lo que, de acuerdo con la doctrina anteriormente expuesta, hemos de reconocer que, en su conjunto, constituye una prueba de cargo, regularmente obtenida y con entidad suficiente para que el Tribunal de instancia haya podido enervar el derecho del acusado a la presunción de inocencia; pues en estos supuestos excepcionales los Tribunales han de ponderar, con el mayor cuidado, los derechos tanto de los acusados como los de las víctimas, de modo especial, cuando se trata de menores, respetándolos en la mayor medida posible. Y, a este respecto, hemos de reconocer que, en el presente caso, el Tribunal de instancia –cuya sentencia podemos calificar de ejemplar- ha respetado, en términos jurídicamente aceptables, tanto los derechos de la víctima, como los de defensa y contradicción del acusado, dando cumplimiento, en forma satisfactoria también, a la obligación de motivar las resoluciones judiciales (v. art. 120.3 C.E.)». (F. J. 2º)

## **PRUEBA. Declaración del testigo que declara oculto. Motivación.**

Recurso: Casación nº 507/2004P  
Ponente: Sr. Colmenero Menéndez de Luarca  
Sentencia nº 828/2005 de fecha 27/06/2005

«...” La LECrim, en el artículo 705 dispone que el Presidente mandará entrar a los testigos, lo que supone que estén físicamente en la misma Sala durante el interrogatorio, permitiendo la confrontación entre el testigo y el acusado, y aumentando de esa forma las posibilidades de valoración del Tribunal sobre la base de la inmediación. Asimismo, el conocimiento de la identidad del testigo permite orientar algunos aspectos del interrogatorio y cuestionar algunos elementos que

puedan afectar a la credibilidad. Así lo ha entendido el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en la STEDH de 20 noviembre 1989, Caso Kostovski contra Países Bajos, en la que se decía que “si la defensa desconoce la identidad de la persona a la que intenta interrogar, puede verse privada de datos que precisamente le permitan probar que es parcial, hostil o indigna de crédito”.

Aunque esta sea la regla general, no puede desconocerse que en algunos casos los riesgos serios que puede correr el testigo que acude al Tribunal a mantener su testimonio pueden ser de tal naturaleza que debiliten su decisión de declarar, dando lugar a situaciones negativas para el funcionamiento correcto y eficaz de la Administración de Justicia. En atención a esta clase de consideraciones la Ley permite algunas excepciones a esta forma de practicar la prueba testifical, las cuales suponen una disminución de la vigencia de los principios que regulan el juicio oral, aportando a cambio una mayor seguridad al testigo. Concretamente la ocultación de éste respecto del acusado puede afectar al principio de contradicción, que resulta limitado en cuanto que se suprime la confrontación directa entre ambos. En el artículo 707 de la LECrim se prevé expresamente la posibilidad de que, tratándose de testigos menores de edad, puedan ser interrogados de modo que se evite la confrontación visual con el inculpado. Y la Ley Orgánica 19/1994 prevé asimismo que en el curso del proceso o en la vista oral se acuerden, entre otras, medidas que eviten la identificación visual normal del testigo, o, concretamente ya para el enjuiciamiento, otras medidas nuevas, distintas de las ya acordadas.

Sin embargo, en todos los casos, tanto el artículo 707 de la LECrim para el juicio oral, como la Ley Orgánica 19/1994 para la fase de instrucción o para el juicio oral, en atención sin duda a que se trata de medidas que suponen la restricción de derechos fundamentales dentro del marco del derecho a un proceso público con todas las garantías, del derecho de defensa y del derecho a la presunción de inocencia, exigen que la decisión se adopte motivadamente por el Juez o Tribunal, y concretamente cuando se refiere a las medidas que puede adoptar el órgano judicial competente para el enjuiciamiento de los hechos, exige además que se efectúe por el órgano jurisdiccional una previa ponderación de los bienes jurídicos constitucionalmente protegidos, de los derechos fundamentales en conflicto y de las circunstancias concurrentes en los testigos (y peritos) en relación con el proceso penal de que se trate, (artículo 4.1 de la L.O. 19/1994). Ello constituye la forma de trasladar a los afectados las razones de la restricción de los derechos que inicialmente les corresponden, y además, generalmente, la vía que permite el control posterior a través del recurso sobre la racionalidad y el acierto de la decisión adoptada por el Juez o Tribunal. De esta forma se impone a los Tribunales no solo la necesidad de actuar de forma prudente, sino de expresarlo en su decisión de forma comprensible.

En el caso, la decisión se adopta verbalmente, lo cual es posible, aunque no excusa de una mínima motivación. No se desprende del acta que ésta existiera, por lo que permanecen ignotas las razones del Tribunal para mantener la ocultación de la identidad del testigo y para practicar la prueba estando éste en un despacho contiguo a la Sala de audiencias, oculto al menos para los acusados. De las características del hecho no se pueden deducir la existencia de peligros graves para el testigo, pues se trata de unos hechos calificados por la Audiencia como delito de detención ilegal, y no consta tampoco ninguna circunstancia relativa a las relaciones



entre acusados y testigo o referida a la peligrosidad concreta de aquellos. No es posible, por lo tanto, conocer las razones atendidas por el Tribunal y realizar el adecuado control acerca de la ponderación de bienes realizada y de la justificación de la medida adoptada, lo que da lugar a la declaración de nulidad de la prueba así practicada en cuanto afecta al derecho a un proceso con todas las garantías...”». (F.J. 1º)

## **PRUEBA. Declaración de la víctima.**

Recurso: Casación nº 2322/2003  
Ponente: Sr. Delgado García  
Sentencia nº 577/2005 de fecha 04/05/2005

«...” Incluso cuando la declaración de la víctima es prueba de cargo única, esta sala y el T.C. venimos proclamando su aptitud para desvirtuar la presunción de inocencia a la que tiene derecho todo acusado, aunque en estos casos la motivación fáctica, que toda sentencia condenatoria penal ha de contener, reviste particular importancia, porque debe quedar de manifiesto, de modo singular, la razonabilidad de la condena en base a esa prueba única....”». (F.J. 6ª)

## **PRUEBA. Declaración de la víctima. Credibilidad.**

Recurso: Casación nº 248/2004  
Ponente: Sr. Martín Pallín  
Sentencia nº 450/2005 de fecha 11/04/2005

«...” Este núcleo esencial de la conducta delictiva debe ser analizado a la luz de los elementos externos que puedan reforzar o desvanecer la credibilidad de la imputación. La tarea es delicada y no sólo corresponde al Tribunal sentenciador, sino que pasa a ser un factor elemental de las garantías constitucionales, por lo que el Tribunal de casación, prescindiendo de la exorbitada mitificación de la intermediación, puede entrar en el juicio de razonabilidad y explicación de los apoyos probatorios que son imprescindibles para fundar una decisión más allá de la duda razonable, que, si existiese, nos obligaría a decantarnos en favor del acusado...

... El elemento determinante o sugestivo de la coherencia o persistencia en la acusación debe ser valorado de forma mas acorde con las normas de la experiencia y con las que emanan de la ciencia de la psicología. La veracidad o fabulación de la imputación, no radica ni puede obtenerse de forma indubitada, sobre una persistente y continuada imputación de unos hechos ya que una vez que la persona da el paso

de imputar unos hechos es normal que mantenga la versión de los mismos a lo largo de la causa. La veracidad no vendría determinada por la persistencia y reiteración en la denuncia sino por la aparición de datos objetivos que pusiesen en cuestión la versión facilitada. Una imprecisión o inexactitud, corroborada por datos objetivos incriminatorios, es mucho mas fuerte que una versión monolítica pero carente de elementos corroborantes...»». (F.J. 2º)

### **PRUEBA. Declaración efectuada en el atestado: primero como testigo y luego como imputado. La primera no puede introducirse a través de los agentes policiales ante los que prestó.**

Recurso: Casación nº 2142/2005  
Ponente: Sr. Giménez García  
Sentencia: nº 1048/2006 de fecha 25/10/2006

«...Como antes se ha razonado, se estima que no puede rescatarse por la vía indirecta del testigo de referencia o testigo "de oídas" la declaración incriminatoria en el atestado de quién luego no lo ratifica en presencia judicial, siendo el único dato incriminatorio existente, y ello porque no cabe la figura del testigo de referencia --art. 710-- allí donde está disponible para el Tribunal el autor de la manifestación concernida. Pero resulta, que, en el presente caso ni siquiera por la interpretación que la doctrina del Tribunal Constitucional ha efectuado esta Sala como se acaba de hacer referencia, puede tener acceso al inventario de pruebas la declaración del agente porque al recurrente se le recibió en un primer momento declaración en condición de testigo y fue en esa conclusión cuando alegó que había acompañado a sus amigos en ventas anteriores, y por tanto, sin instrucción de derechos ni asistencia de letrado --véase folio 15 del atestado--, al final de la declaración, es cuando se acuerda que el agente instructor la detención e instrucción de sus derechos, a las 5'45 horas del día 29 --folio 17--, debiéndose consignar que la declaración en calidad de testigo concluyó a las 5'37 h. Seguidamente a las 12'44 horas del mismo día 29 de Agosto, se le recibió, ya como imputado y con asistencia de letrado nueva declaración --folio 18--. En dicha declaración no efectuó manifestación alguna, con lo que resulta que los elementos autoincriminatorios se hicieron cuando declaró como testigo, y en este estado, es claro que bajo ningún concepto puede introducirse esta declaración a través de los agentes policiales ante los que se prestó, por lo que hay que concluir que a efectos de actividad probatoria la misma es inexistente». (F. J. 3º)

### **PRUEBA. Declaraciones nulas a todos los efectos.**

Recurso: Casación nº 914/2003  
Ponente: Sr. Giménez García

Sentencia nº 1413/2004 de fecha 13/12/2004

«...” En síntesis, la sentencia de instancia declara nulas las declaraciones de las tres personas absueltas pero las recupera en una especie de sanación en raíz parcial y a posteriori dándoles el valor de testifical en cuanto a las imputaciones que en aquellas se contienen contra el recurrente que les pedía dinero a cambio de no perseguir la venta de droga.

Tal proceder es totalmente inadmisibile.

En primer lugar, las declaraciones declaradas nulas lo son de forma total y absoluta, no pudiendo ser nulas en algunos aspectos --los que incriminan a los declarantes-- y válidas en otros --en cuanto incriminan al recurrente--. Tal división ignora la radical unidad de toda declaración cuya validez no puede ser troceada. Si hubo nulidad lo es en su integridad.

En segundo lugar, tampoco es admisible la doble condición de la declaración como confesión y testifical que se efectúa en la sentencia. Los aspectos de la declaración que tienen aspectos heteroincriminatorios, no convierten la declaración en testifical respecto de tales aspectos, sino en declaración del coimputado, respecto de la que esta Sala tiene ya una sólida doctrina jurisprudencial en línea con la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. En tal condición la declaración del coimputado, es intrínsecamente sospechosa y por ello esta necesidad --cuando es prueba única-- de corroboraciones como plus de suficiencia para provocar el decaimiento de la presunción de inocencia. En tal sentido, la reciente STS 1440/2004 de 9 de Diciembre y las en ella citadas tanto de esta Sala como del Tribunal Constitucional. En el presente caso no existe corroboración alguna.

En tercer lugar, pero no en último lugar, el proceder de la Sala de instancia obvia de forma patente el art. 11 de la LOPJ que prescribe la nulidad de las pruebas obtenidas directa o indirectamente, violentando los derechos o libertades fundamentales.

En el caso de autos, la notitia criminis del cobro por el recurrente de cantidades a los otros imputados absueltos para no ser molestados en su "negocio" de venta de droga al menudeo, lo dieron los propios interesados que lo contaron a otros agentes de la Guardia Civil, lo que permitió el inicio y la dirección de la investigación y "preparar" la actuación del día 3 de Marzo de 2000.

No ha existido otra fuente de conocimiento que la constituida por las propias declaraciones de las tres personas absueltas....”». (F.J. 2º)

## **PRUEBA. Denegación de preguntas. Art. 66.4º del Código Penal**

Recurso: Casación nº 2377/2003

Ponente: Sr. Ramos Gancedo

Sentencia nº 169/2005 de fecha 14/02/2005

«...” Como tantas veces ha declarado esta Sala, la práctica de la prueba en el proceso penal no tiene un carácter ilimitado o absoluto, quedando excluida la actividad probatoria que sea impertinente o inútil. A tal fin, entre las facultades del Presidente del Tribunal dirigidas a velar por la buena marcha del proceso, el artículo 709 le atribuye la facultad y el deber de impedir que los testigos respondan preguntas capciosas, sugestivas o impertinentes:

Son capciosas las preguntas engañosas, que tienden a confundir al testigo por su formulación artificiosa, para provocar una respuesta que daría en otro sentido si la pregunta hubiese sido formulada sin subterfugios.

b) Son sugestivas las que se formulan de tal manera que inducen a dar una respuesta en determinado sentido, es decir las que sugieren la respuesta.

c) Y son impertinentes las que no tienen relación con el tema o temas objeto de debate en el proceso. En tal sentido esta Sala tiene dicho que deben entenderse como inicialmente pertinentes aquellas preguntas correctamente propuestas que sean congruentes con los puntos debatidos (Sentencia de 27 de octubre de 1989); y puedan tener influencia en la causa (Sentencias de 20 de septiembre de 1992 y 22 de octubre de 1993)( STS de 14 de abril de 2.000). También deben incluirse en el catálogo de impertinentes aquellas preguntas que versen sobre una cuestión fáctica suficientemente debatida o cuando el Tribunal tenga formada la convicción en base a otros elementos probatorios en relación con el hecho objeto del interrogatorio...”». (F.J. 3º)

## **PRUEBA. Derecho a la prueba. Requisitos.**

Recurso: Casación nº 1663/2003

Ponente: Sr. Giménez García

Sentencia nº 1545/2004 de fecha 23/12/2004

«...” Por ello es doctrina del Tribunal Constitucional --entre las más recientes SSTC 43/2003 de 3 de Marzo y 1/2004 de 14 de Enero-- que el derecho a la prueba está delimitado por cuatro consideraciones:

a)Que la prueba sea pertinente, pues sólo a ella se refiere el art. 24-2 C.E.

b)Que dada su configuración legal, es preciso que la parte la haya propuesto de acuerdo con las previsiones de la Ley procesal, es decir en tiempo oportuno y de forma legal.

c)Desde la perspectiva del Tribunal sentenciador, que éste la haya desestimado.

d)Al tratarse el derecho a la prueba de un derecho medial/procedimental que se acredite que tal denegación ha podido tener una influencia en el fallo, porque

podría haberse variado, y es esta aptitud de la prueba denegada en relación al fondo del asunto, lo que da lugar a la indefensión que prescribe la C.E., indefensión que debe ser material y no simplemente formal --STC 237/99--.

Esta Sala de Casación, tiene una consolidada doctrina en esta misma línea, y en tal sentido, la STS 649/2000 de 19 de Abril declara que "...el derecho a la prueba no es derecho absoluto o incondicionado, y que no se produce vulneración del derecho constitucional cuando la prueba rechazada, aún siendo pertinente, carece su contenido de la capacidad para alterar el resultado de la resolución final, y ello exige por parte de quien alegue tal vulneración una doble acreditación:

a) De una parte que el recurrente ha de concretar la relación de hechos que se quisieron y no se pudieron probar y las pruebas inadmitidas.

b) El invocante de la vulneración del derecho a los medios de prueba pertinente deberá argumentar de modo convincente que la resolución final del proceso a quo podría haberle sido favorable de haberse aceptado y practicado la prueba objeto de la controversia....".

En tal sentido, SSTs 1092/94 de 27 de Mayo, 336/95 de 10 de Marzo, 48/96 de 29 de Enero y 276/96 de 2 de Abril. Del Tribunal Constitucional, además de las más arriba citadas, se pueden añadir las SSTC 51/85 de 10 de Abril, 212/90 de 20 de Diciembre, 8/92 de 11 de Junio, 187/96 de 25 de Diciembre y del TEDH casos Bricmont, Kotovski, Windisch y Delta, entre otros...». (F.J.2º)

## **PRUEBA. Dispensa de declarar: testigo víctima. Equiparación de la pareja de hecho al matrimonio.**

Recurso: Casación nº 10712/2006 P

Ponente: Sr. Giménez García

Sentencia: nº 134/2007 de fecha 22/02/2007

«...La excepción o dispensa de declarar al pariente del procesado o al cónyuge que establece este artículo, tiene por finalidad resolver el conflicto que se le puede plantear al testigo entre el deber de decir la verdad y el vínculo de solidaridad y familiaridad que le une con el procesado. Esta colisión se resuelve con la dispensa de declarar, que es igualmente válida para el testigo en quien concurre la condición de víctima del delito del que se imputa al inculpado.

Puede ser una situación infrecuente pero no insólita. La víctima puede sobrevalorar el vínculo de afecto y parentesco que le une al victimario, que el legítimo derecho a declarar contra él. Es una colisión que debe resolverse reconociendo el derecho a la víctima de decidir libremente, en ejercicio de su autodeterminación en uno u otro sentido.

En el presente caso, como ya se ha dicho, actuó correctamente la Audiencia cuando le permitía a la víctima el derecho a no declarar una vez verificado por la propia declaración de la víctima en el Plenario, que la connivencia continuaba.

La equiparación de la pareja de hecho al matrimonio es consecuencia de encontrarse en la misma situación *more uxorio* y que en definitiva el ordenamiento jurídico viene equiparando ambas situaciones a todos los efectos. Por lo que se refiere al sistema de justicia penal, basta la lectura de la circunstancia mixta de parentesco del art. 23 del Código Penal que se refiere junto a la relación conyugal a la de que la persona "esté o haya estado ligada de forma estable por análoga relación de afectividad"». (F. J. 1º)

## **PRUEBA. Eficacia probatoria de una resolución judicial**

Recurso: Casación nº 487/2003  
Ponente: Sr. Delgado García  
Sentencia nº 1318/2004 de fecha 15/11/2004

«...» Además, en una reciente sentencia de esta misma sala, de 28.6.2004 hemos dicho lo siguiente (fundamento de derecho 3º, apartado 3):

Una resolución judicial ciertamente es un documento, incluso podemos afirmar que es un documento público, pero por su propia naturaleza sólo puede acreditar que efectivamente existió en el seno de un determinado procedimiento, así como los datos externos que la configuran: órgano del que procede, su fecha, su argumentación, lo que fue resuelto en ese proceso concreto, etc

Pero en modo alguno puede tener eficacia probatoria respecto de ningún elemento de hecho fuera de estos que acabamos de decir. Nunca puede acreditar nada en relación con lo que en una sentencia penal pudiera haberse declarado como hecho probado."

Cada proceso tiene su propia prueba y con arreglo a la practicada en su seno han de dictarse las correspondientes resoluciones. Una cosa es la existente en un proceso civil en una acción reivindicatoria como la ejercitada en el citado procedimiento del Juzgado de Primera Instancia nº 1 de Soria y otra la que tiene por objeto determinar si hubo o no un delito de prevaricación, aunque el dato de la propiedad discutida en el primero también haya tenido su importancia en el segundo, el aquí examinado...". (F.J. 2º)

## **PRUEBA. Entrada y registro. Concepto de domicilio.**

Recurso: Casación nº 1619/2004

Ponente: Sr. Ramos Gancedo  
Sentencia: nº 1448/2005 de fecha 18/11/2005

«Este Tribunal Supremo ha consolidado un criterio, reiteradamente declarado, según el cual, el art. 18.2 C.E. consagra el artículo 18.2 de la Constitución consagra el derecho fundamental a "la inviolabilidad del domicilio", prohibiendo la entrada en el mismo (salvo caso de "flagrante delito"), sin consentimiento de su titular o resolución judicial y el Tribunal Constitucional al referirse a dicho derecho, ha indicado que la protección constitucional del domicilio lo es de carácter instrumental y que defiende "los ámbitos en que se desarrolla la vida privada de una persona", con la imbricación que así existe entre dicha norma que, como se ha dicho, prohíbe la entrada y registro en un domicilio, y la que conlleva la defensa y garantía del ámbito de "privacidad" e "intimidad" en el número 1º de referido artículo 18 de la Carta Magna (Cfr. S. del Tribunal Constitucional 22/1.984, de 17 de Febrero), lo que implica las garantías procesales establecidas para la práctica de las diligencias de "entrada" y "registro" en un "domicilio" (Cfr. artículos 545 y siguientes de la Ley rituarial penal).

Consecuencia de dicha doctrina y en una interpretación ajustada al espíritu de nuestra Constitución, la Sala entiende como "domicilio" "cualquier lugar cerrado en el que pueda transcurrir la vida privada, individual o familiar" (Cfr. SS., entre otras, de 14 de Enero, 3 de Julio y 5 y 24 de Octubre de 1.992, 14 de Noviembre de 1.993 y 18 de Febrero, 23 de Mayo y 15 de Octubre de 1.994), o lo que es lo mismo, que "sirva de habitación o morada a quien en él vive", estimándose que constituye domicilio o morada, cualquier lugar, cualquiera que sea su condición y característica, donde vive una persona o una familia, sea propiamente domicilio o simplemente residencia, estable o transitoria, incluidas las chabolas, tiendas de campaña, roulotes, etc., comprendidas las habitaciones de un hotel u hospedería en la que se viva (Cfr. SS. de 26 de Junio y 17 de Septiembre de 1.993 y las precedentemente citadas de 18 de Febrero, 23 de Mayo y 15 de Octubre de 1.994).

Por el contrario, no integra el concepto de vivienda, el local comercial o de esparcimiento (bares, tabernas, pubs, restaurantes, tiendas, locales de exposición, almacenes, etc. (Cfr. SS. de 11 de Junio de 1.991, 19 de Junio y 5 de Octubre de 1.992, la antes citada de 17 de Septiembre de 1.993 y la de 21 de Febrero de 1.994), sencillamente porque no lo son al estar esencialmente destinados a estar abiertos al público y esto es así porque el derecho fundamental proclamado en el artículo 18.2 de la Constitución, protege como antes se dijo, la "intimidad" como valor esencialísimo, que para nada se proyecta sobre bienes materiales en sí ni en defensa de su propiedad (SS., entre otras, de 31 de Octubre de 1.988 y 28 de Abril de 1.993).

En esta línea, debe señalarse que el derecho fundamental a la intimidad personal (art. 18.1 C.E.) se concreta en la posibilidad de cada ciudadano de erigir ámbitos privados, es decir, que excluyen la observación de los demás y de las autoridades del Estado. Tal derecho se deriva directamente del derecho al libre desarrollo de la personalidad (artículo 10.1 de la CE). Consecuentemente, la protección del domicilio no es sino un aspecto de la protección de la intimidad que sirve al libre desarrollo de la personalidad. De ellos se deduce que el domicilio, en el

sentido de la Constitución, no sólo es el lugar donde se pernocta habitualmente o donde se realizan otras actividades cotidianas habituales, sino también el ámbito cerrado erigido por una persona con objeto de desarrollar en él alguna actividad. En este sentido se ha dicho en la S.TC. 22/84 (Fº Jº 5) que el derecho a la inviolabilidad del domicilio <<constituye un auténtico derecho fundamental de la persona, establecido, según hemos dicho, para garantizar el ámbito de privacidad de ésta, dentro del espacio que la propia persona elige y que tiene que caracterizarse precisamente por quedar exento o inmune a las invasiones o agresiones exteriores, de otras personas o de la autoridad pública. Como se ha dicho acertadamente - continúa la S.TC.-, el domicilio inviolable es un espacio en el cual el individuo vive sin estar sujeto necesariamente a los usos y convenciones sociales y ejerce su libertad más íntima. Por ello --concluye--, a través de este derecho no sólo es objeto de protección el espacio físico en sí mismo considerado, sino lo que en él hay de emanación de la persona y de esfera privada de ella>>.

Esta conexión entre el ámbito donde se desarrolla la privacidad o intimidad de la persona y el domicilio, ha llevado a esta Sala a ampliar este último concepto, pues como espacio de intimidad constitucionalmente protegido, el art. 87.2 L.O.P.J. demuestra que el marco de intimidad que corresponde al derecho fundamental es más amplio que el de habitación o morada, puesto que dicho precepto reconoce la existencia de "domicilios" y de otros "edificios o lugares de acceso dependiente del consentimiento del titular", es decir, que no constituyen morada en sentido estricto. Es claro, por lo tanto, que el establecimiento de un ámbito de intimidad constitucionalmente protegible no está vinculado a la habitación en sí misma, sino al libre desarrollo de la personalidad y, consecuentemente, no necesita estar identificado con la morada habitual. Basta, pues, con esta adscripción al ámbito propio de la privacidad o intimidad para que el inmueble que reúna estas características precise para su acceso al mismo de la resolución judicial habilitante o, en su caso, del consentimiento del titular o la percepción sensorial de una situación de flagrancia.

En virtud de esta concepción amplia, se ha estimado como domicilio a efectos de su protección constitucional cualquier lugar, sea cual fuere su condición y características, que constituya morada, sea propiamente domicilio o simplemente residencia, estable o transitoria, incluidas las chabolas, tiendas de campaña, roulottes, habitaciones de establecimientos hoteleros, etc. Espacios éstos donde se protege el derecho a la inviolabilidad domiciliaria como espacio físico en sí mismo considerado, sino también lo que hay en él de emanación de la persona y de esfera privada de ella.

Numerosísimas resoluciones de la Sala Segunda del Tribunal Supremo ratifican, completan y especifican la naturaleza del domicilio particular, como espacio físico amparado por el artículo 18.2 de la Constitución, en donde se ejerce la privacidad de cada uno y se proyecta el "yo anímico" del individuo o individuo, en múltiples direcciones. De acuerdo con el artículo 8.1 del Convenio Europeo de Roma de 1950, sirve para cobijar aquel concepto cualquier local por humilde y precaria que sea la construcción en donde viva la persona, las personas o la familia, incluso en concepto de residencia temporal, desde la "roulot", la tienda de campaña o la chabola, hasta el mayor de los palacios.



**Cualquier ámbito espacial limitado, que el sujeto escoge y elige, y que por lógica ha de quedar exento o inmune de las agresiones exteriores, sea un particular, sea la Autoridad. (F.J. 3º)**

.....Consecuencia de este criterio jurisprudencial ha sido la exclusión de ese ámbito constitucionalmente protegido, de los bares, cafeterías y similares, incluidas las dependencias que sirvan de almacén, las habitaciones reservadas de un club de libre acceso al público, las cocinas de estos establecimientos públicos y también los aseos privados de los mismos (véanse, entre otras muchas, SS.T.S. de 3 de mayo de 1.994, 10 de diciembre de 1.994, 20 de noviembre de 1.995 y 16 de enero de 2.002).

**En el caso presente, la droga intervenida se encontraba debajo y detrás de la barra de un bar que se encontraba abierto al público y en el mismo habitáculo o dependencia destinado al mismo, y aunque la parte de detrás de la barra no sea una zona a la que suele acceder el público, no puede en modo alguno ser calificada como lugar donde se ejerza la privacidad o la intimidad a que hemos hecho referencia como elemento condicionante de la protección constitucional del domicilio, sino, en todo caso, como una zona reservada a los empleados y trabajadores del local para el ejercicio de sus tareas laborales y, por tanto, sin posibilidad alguna de equiparación con el ámbito domiciliario». (F.J. 4º)**

**PRUEBA. Entrada y registro. Control de las sustancias intervenidas.**

Recurso: Casación nº 1707/2004  
Ponente: Sr. Puerta Luis  
Sentencia: nº 246 de fecha 06/03/2006

«En el desarrollo del motivo, dice la parte recurrente que “en el presente caso, no es que se ponga en duda el análisis de farmacia como tal, sino que la droga que se remitió a farmacia correspondiera a las presentes actuaciones, dado que durante el tiempo que estuvo bajo control policial, que parece que no tuvo mucho control, no

existió control judicial, dado que la droga que se remitió al Instituto de Toxicología no estuvo a disposición judicial, a pesar de haber intervenido en el registro domiciliario el secretario judicial, sino que se la quedó la policía que la remitió al Instituto de Toxicología pasadas más de 24 horas desde que se produce la intervención y se pregunta esta Letrado ¿la sustancia aprehendida y la que llegó a la Dirección General es la misma?”, citándose al efecto los artículos 344, 338.1º, 336 y 333 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Como acertadamente ha puesto de manifiesto el Ministerio Fiscal, al evacuar el trámite de instrucción, lo que aquí se cuestiona “no es el análisis de farmacia sino el curso seguido por las sustancias intervenidas desde la diligencia de entrada y registro hasta que son remitidos al laboratorio para examen”, sin que se haya designado “folio de la causa que contenga prueba de carácter documental, en la que conste un particular sobre el que debatir el error de hecho en que incurre el juzgador”, por lo que “no nos encontramos ante el supuesto casacional previsto en el art. 849.2º por el que se articula la denuncia”.

De modo evidente, lo que se denuncia en este motivo nada tiene que ver con el cauce procesal elegido, por lo que, en principio, procede la desestimación del motivo (v. art. 884.4º y 6º LECrim.). Mas, con independencia de ello, parece oportuno recordar:

a) que, con carácter general, la Policía Judicial tiene encomendada, entre sus atribuciones, una función aseguradora del cuerpo del delito (arts. 282, 772 y 292 LECrim., art.547 LOPJ y art. 11.1 g) de la LO 2/1986 de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad).

b) que, en cuanto se refiere al cuerpo del delito (arts. 334 y sgtes. LECrim.), es preciso tener en cuenta las reformas introducidas en la ley procesal para el caso de que se trate de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas (v. L 4/1984 y L 21/1994), junto con la vigencia, en lo no afectado por las reformas operadas por las anteriores leyes en el art. 338 LECrim., del RD 2783/1976, y lo dispuesto en el art. 796, regla 6ª de la LECrim., según el texto dado al mismo por la Ley 38/2002, en la que se establece que la Policía Judicial “remitirá al Instituto de Toxicología, al Instituto de Medicina Legal o al laboratorio correspondiente las sustancias aprehendidas cuyo análisis resulte pertinente. (...)”. Y,

c) que, de acuerdo con las drásticas medidas de intervención estatal sobre las sustancias estupefacientes y psicotrópicas (Convenios Internacionales de 1961 y de 1971), por la Ley 17/1967, de 8 de abril, se ordenó que “las sustancias estupefacientes decomisadas a los delincuentes e infractores de contrabando serán entregadas al Servicio de Control de Estupefacientes” (v. art. 31 de la citada Ley).

De todo lo expuesto, es preciso concluir que, en el presente caso, no cabe hablar de falta de control judicial sobre la droga intervenida, dado que la misma fue aprehendida en el curso de una diligencia llevada a cabo por la Comisión Judicial y a presencia del Secretario Judicial; ni tampoco de falta de ulterior control judicial, dado que, tratándose de drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas, la custodia y el traslado de la misma a los centros o laboratorios donde haya de ser

analizada, constituye –conforme a la normativa anteriormente citada- competencia y función propia de la Policía Judicial (v. STS de 6 de julio de 1990)». (F. J. 6º)

## **PRUEBA. Entrada y registro. Entrada judicialmente autorizada y registro amparado por la flagrancia delictiva.**

Recurso: Casación nº 1449/2006  
Ponente: Sr. Sánchez Melgar  
Sentencia: nº 171/2007 de fecha 26/02/2007

«...La ley procesal distingue entre la entrada y el registro. No cabe duda que los policías que accedieron a la vivienda tenían un mandamiento judicial que amparaba la entrada en la misma, y que para el registro era necesaria la presencia del Secretario Judicial. Además, en el caso, la autorización judicial contemplaba la práctica sucesiva de tres registros domiciliarios. Lo más conforme a la legalidad ordinaria sería la habilitación de funcionarios judiciales para que pudiera practicarse el registro de forma simultánea en todos los casos, con objeto de asegurar la diligencia. Pero lo trascendente aquí lo constituye el hecho de verificar una entrada para la que la policía judicial cuenta con la habilitación judicial correspondiente, no, por el contrario, para verificar el registro por propia autoridad, si no es con la asistencia y el concurso del fedatario judicial. Y a su vez, la ley procesal permite la adopción de las llamadas medidas preventivas que disciplina en el art. 567 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Es, por ello, que en un caso que guarda similitudes con el actual, concretamente el decidido en la STS 14-3-2000, se consideró válida la entrada, ante el temor de resultar fallida la diligencia, ordenando el Jefe del Grupo Policial (que venía de camino con el Secretario Judicial) a sus fuerzas, *la entrada*, reuniendo a los ocupantes en el salón de la vivienda, aguardando la llegada del Secretario que portaba el mandamiento, antes de llevar a cabo el registro autorizado judicialmente.

Del propio modo, en este caso, los funcionarios policiales, portando el mandamiento judicial, pretendían el aseguramiento del registro, y ante la flagrancia delictiva que suponía el desprenderse de una ingente cantidad de sustancia estupefaciente, ya arrojada al inodoro, pudieron recuperar las papelinas citadas (por la fuerza actuante), lo que no produjo en los moradores vulneración del derecho constitucional a la inviolabilidad del domicilio (art. 18.2 de nuestra Carta Magna), pues *la entrada* en el mismo había sido previamente autorizada judicialmente, en condiciones de regularidad procesal, y lo sucedido después estaba cubierto constitucionalmente ante la flagrancia delictiva observada». (F. J. 2º)

## **PRUEBA. Entrada y registro. Inexistencia de delito flagrante.**

Recurso: Casación nº 10134/2006 P

Ponente: Sr. Andrés Ibáñez  
Sentencia: nº 879/2006 de fecha 20/09/2006

«Pues bien, a tenor de estas consideraciones no puede ser más claro que en el supuesto a examen no existió delito flagrante, por lo que el registro policial de la vivienda careció abiertamente de justificación. Y es que, en efecto, los bomberos, en el curso de su intervención, fueron testigos directos de que estaba vacía; de que no había en ella personas en situación de riesgo y tampoco alguna actividad en marcha. No concurría, pues, ninguna circunstancia habilitante para el allanamiento. Así, como se ha dicho, aun considerando admisible la primera inspección, dada la situación de emergencia, la intervención de los agentes tendría que haber cesado de manera inmediata, para trasladar al juzgado la noticia de lo advertido y dar lugar así a una actuación ajustada a la legalidad.

Invoca la sala la doctrina del hallazgo casual, tratando de dar un imposible marchamo de regularidad a la actuación descrita. Pero la evocación no puede ser menos pertinente, porque para que lo obtenido de ese modo pueda ser tomado en consideración a efectos probatorios, es necesario que el descubrimiento acontezca en el curso de una intervención regular, que es, justamente, lo que aquí falta. Pues, si hubiera sido legítima la constatación por la policía municipal de ciertos indicios de delito, y éstos idóneos para fundar un registro judicial; no lo fue en cambio el de carácter exclusivamente policial llevado a cabo, que es el contexto en el que se produjo la incautación de la cocaína y demás objetos.

Siendo así, la conclusión sólo puede ser una: el derecho fundamental que consagra el art. 18,2 CE se ha visto negativamente afectado, de manera intensa, en esta causa, precisamente en el curso de la actividad de indagación que permitió obtener todos los datos posteriormente utilizados como incriminatorios y que constituyen la única base de la sentencia impugnada, conforme resulta inequívocamente del tenor de la misma y, en general, de las actuaciones. Es por lo que el conocimiento obtenido de ese modo tendría que haber sido tratado de la forma que impone el art. 11,1 LOPJ, que lo hace rigurosamente inutilizable». (F. J. 7º)

## **PRUEBA. Entrada y registro. “Interesado”. Presencia del titular del domicilio, presencia del imputado.**

Recurso: Casación nº 1816/2006  
Ponente: Sr. Berdugo Gómez de la Torre  
Sentencia: nº 181/2007 de fecha 07/03/2007

«...Respecto a la no intervención de la interesada o propietaria del domicilio disponible al estar detenida y la no constancia de los testigos que asistieron al registro, la STS. 183/2005 de 18.2, nos explica que el interesado, cuya presencia exige el art. 569 LECrim. es el titular del domicilio registrado, cualidad que se ostente con independencia de que se tenga o no la condición de propietario o arrendatario. No es lo relevante la dimensión patrimonial de estos derechos sino el derecho

personalismo o la intimidad, que corresponde a quien por cualquier título o sin él tiene en el domicilio que ocupa el ámbito material de su privacidad.

El hecho de que la cualidad de imputado en el procedimiento y de titular del domicilio registrado normalmente coinciden no debe ocultar que es la segunda la que específicamente determina la condición de interesado "a que se refiere el art. 569 LECrim.". Así resulta claramente de las referencias al interesado contenidas en los arts. 550, 566 y 570 LECrim. Por lo que en definitiva, el interesado cuya presencia exige el art. 569 es el titular del domicilio registrado, que es el que, en su caso, puede consentir la entrada y el que debe recibir la notificación del auto judicial que lo autoriza, sin perjuicio del derecho que al imputado corresponda en su condición de tal de intervenir en la diligencia de registro. Son numerosas las sentencias de esta Sala en las que se mantiene la validez y eficacia de los registros efectuados ausente la persona investigada siempre que hubiesen estado presente el titular del domicilio, o en el caso de ser varios los moradores del domicilio registrado, es suficiente la presencia de cualquiera de ellos en la diligencia, incluso cuando no se corresponda con el investigado (SSTS. 12.3.96, 19.1.99, 11.2.2000).

Es cierto que es ya uniforme la jurisprudencia exigiendo en todo caso la presencia del interesado -persona investigada- en la realización del registro en aquellos casos en los que se halle detenido y aun en el supuesto en que sea distinta del titular del domicilio o éste se halle presente. Tal presencia, se dice, si es posible, viene reclamada por las exigencias contradictorias de que debe de rodearse toda diligencia de prueba.

El Tribunal Constitucional sin embargo para los supuestos en que el acusado no estuvo presente en la diligencia de registro del domicilio en que fue localizada la droga, pero si lo estuvo su compañera sentimental la titular del domicilio, vino a declarar que aquella ausencia es constitucionalmente irrelevante y no lesiona el derecho a la inviolabilidad del domicilio (STC. 171/99 de 27.9)». (F. J. 9º)

## **PRUEBA. Entrada y registro. No constituye flagrancia la entrada sin resolución judicial con el fin de asegurar las pruebas del delito.**

Recurso: Casación nº 899/2004P

Ponente: Sr. Maza Martín

Sentencia nº 460/2005 de fecha 12/04/2005

«... “ No pudiendo atribuirse, por tanto, los policías intervinientes, y fuera de lo que les autoriza la norma procesal, la facultad para decidir la irrupción en la vivienda, sin disponer del oportuno mandamiento judicial, bajo su solo criterio respecto de la conveniencia, en aras de mera eficacia investigadora, de actuar

restringiendo o allanando un derecho fundamental constitucionalmente reconocido...». (F.J. 3º)

## **PRUEBA. Entrada y registro. Trastero.**

Recurso: Casación nº 403/2004+  
Ponente: Sr. Colmenero Menéndez de Luarca  
Sentencia nº 616/2005 de fecha 12/05/2005

«...» Es claro que un trastero o almacén destinado a guardar objetos, sin comunicación directa con la vivienda, no puede considerarse domicilio al no tener relación con el ámbito de privacidad constitucionalmente protegido, y por lo tanto no son aplicables a la entrada y registro en el mismo las reglas derivadas de la protección constitucional del derecho a la inviolabilidad del domicilio. En este sentido la STS nº 282/2004, de 1 de marzo y las que en ella se citan...». (F.J. 6º)

## **PRUEBA. Entrada y registro. Validez pese a no estar presente el interesado detenido.**

Recurso: Casación nº 163/2004  
Ponente: Sr. Puerta Luis  
Sentencia: nº 1594/2005 de fecha 23/12/2005

«Por lo demás, esta Sala ha declarado también sobre esta materia que “ciertamente el art. 569 LECrim. establece esta condición de la diligencia (la presencia del interesado en la entrada y registro). Pero, de la omisión no se deriva necesariamente la prohibición de valoración de la prueba, si la diligencia fue supervisada por el Secretario Judicial y con la ausencia del interesado no se frustró ninguna defensa que éste pudiera haber ejercido” (v. STS 41/2005)». (F. J. 2º)

## **PRUEBA. Entrada y registro domiciliario: consentimiento: requisitos**

Recurso: Casación nº 1396/2005  
Ponente: Sr. Berdugo Gómez de la Torre  
Sentencia: nº 261/2006 de fecha 14/03/2006

«Es cierto que solo existen tres supuestos de entrada lícita en domicilio ajeno. consentimiento del titular -art. 551-, flagrante delito -art. 553- y autorización judicial -art. 558-, (SSTS. 20.9.94, 24.1, 27.4.95, 18.10.96 y 23.1.97), y que los requisitos que deben tenerse en cuenta para el consentimiento autorizante del registro domiciliario, según la STS. 1803/2002 de 4.11, son los siguientes:

a) Otorgado por persona capaz; esto es mayor de edad (Sentencia de 9 de noviembre de 1994), y sin restricción alguna en su capacidad de obrar. En supuestos de minusvalía psíquica aparente, esté o no declarada judicialmente, no puede considerarse válidamente prestado el consentimiento, todo ello en base al art. 25 del Código penal: "a los efectos de este Código se considera incapaz a toda persona, haya sido o no declarada su incapacitación, que padezca una enfermedad de carácter persistente que le impida gobernar su persona o bienes por sí misma".

b) Otorgado consciente y libremente. Lo cual requiere:

a') que no esté invalidado por error, violencia o intimidación de cualquier clase; b') que no se condicione a circunstancia alguna periférica, como promesas de cualquier actuación policial, del signo que sean; c') que si el que va a conceder el consentimiento se encuentra detenido, no puede válidamente prestar tal consentimiento si no es con asistencia de Letrado, lo que así se hará constar por diligencia policial. "El consentimiento a la realización de la diligencia, uno de los supuestos que permiten la injerencia en el derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio, requiere que ha de ser prestado ante un letrado que le asista y ello porque esa manifestación de carácter personal que realiza el detenido puede afectar, indudablemente, a su derecho a la inviolabilidad y también a su derecho de defensa, a la articulación de su defensa en el proceso penal, para lo que ha de estar asesorado sobre el contenido y alcance del acto de naturaleza procesal que realiza" (STS 2-12-1998). Por tanto si el titular está detenido su consentimiento no será válido de carecer al concederlo de asistencia letrada (SSTC. 196/87, 252/94, SSTS. 2.7.93, 20.11.967, 23.1.98, 14.3.2000, 12.11.2000, 3.4.2001).

c) Puede prestarse oralmente o por escrito, pero siempre se reflejará documentalmente para su constancia indeleble.

d) Debe otorgarse expresamente, si bien la Ley de Enjuiciamiento Criminal en su art. 551 autoriza el consentimiento presunto. Este artículo ha de interpretarse restrictivamente, pues el consentimiento tácito ha de constar de modo inequívoco mediante actos propios tanto de no oposición cuanto, y sobre todo, de colaboración, pues la duda sobre el consentimiento presunto hay que resolverla en favor de la no autorización, en virtud del principio in dubio libertas y el criterio declarado por el Tribunal Constitucional de interpretar siempre las normas en el sentido más favorable a los derechos fundamentales de la persona, en este caso del titular de la morada (SS.5.3, 30.9 y 3.10.96m 7.3.97 y 26.6.98). Si el consentimiento no se produce en las condiciones de serenidad y libertad ambiental necesarias no se considerará suficiente como consentimiento: "Qui siluit cum loqui debuit, et notint, consentire de videtur" (SS. 7.3 y 18.12.97), pues consiente el que soporta, permite, tolera y otorga, inequívocamente" que entre y registre y registre (S. 23.1.98).

e) Debe ser otorgado por el titular del domicilio, titularidad que puede provenir de cualquier título legítimo civilmente, sin que sea necesaria la titularidad dominical.

f) El consentimiento debe ser otorgado para un asunto concreto, del que tenga conocimiento quien lo presta, sin que se pueda aprovechar para otros fines distintos (Sentencia de 6 de junio de 2001).

g) No son necesarias en ese caso las formalidades recogidas en el art. 569 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, respecto de la presencia del Secretario Judicial». (F. J. 1º)

## **PRUEBA. Entrada y registro en buque con bandera extranjera.**

Recurso: Casación nº 10048/2006 P

Ponente: Sr. Maza Martín

Sentencia: nº 55/2007 de fecha 23/01/2007

**«...Respecto de la primera de tales alegaciones, baste recordar, insistiendo en lo ya suficientemente razonado, con pleno acierto, por la Sala de instancia en su Sentencia, que nos encontramos ante una nave que no puede reclamar para sí el amparo de los Convenios que regulan la navegación, especialmente el suscrito en Montego Bay, en 1982, toda vez que el Rapa Nui utilizaba un doble abanderamiento, habiendo dispuesto, en el inicio de su travesía, de bandera chilena para, posteriormente, izar la hondureña, con clara intención de ocultar su verdadera identidad, llegando a ostentar en su casco la referida denominación Rapa Nui, que tampoco se corresponde con su nombre real, como exhaustivamente demuestran los atinados fundamentos contenidos, respecto de este extremo, en la Resolución recurrida, tras un pormenorizado examen de las pruebas documentales obrantes al respecto en las actuaciones. Argumentos a los que nos remitimos para rechazar la alegada necesidad de contar con dicha autorización de las autoridades de la República de Honduras». (F. J. 1º.4)**



## **PRUEBA. Entrada y registro en domicilio. Alcance de autorización judicial**

Recurso: Casación nº 409/2005 P

Ponente: Sr. Monterde Ferrer

Sentencia: nº 1393/2005 de fecha 17/11/2005

«Previamente debe advertirse que es doctrina de esta Sala (STS de 28-5-2002, nº 1011/2002) que “La naturaleza del derecho a la inviolabilidad del domicilio no consiente que éste pueda ser sacrificado en virtud de una autorización judicial de la que se hace una utilización más allá del marco temporal en el que se concedió y en el que se efectuó el inevitable juicio de ponderación entre los intereses en conflicto por parte del juez; la autorización lo es a la vista de las concretas circunstancias expuestas y para ser llevado a cabo, inexorablemente, en las condiciones en las que se concede, singularmente las de tipo temporal”.

Pero, igualmente, (STS de 10-7-2003, nº 1019/2003) que “el sustento de la resolución, no debe olvidarse que no ha de consistir en la aportación de pruebas acabadas de la comisión del ilícito, pues en tal caso no sería ya necesaria la práctica de más diligencias de investigación, sino, tan sólo, la de fundadas sospechas del actuar delictivo que requieran la confirmación a través del resultado que pudiera arrojar precisamente el registro”.

Y también, (STS de 22-4-2002, nº 82/2002, y SSTC 49/1999, de 5 de abril; y 171/1999, de 27 de septiembre) que “deben exteriorizarse los datos o hechos objetivos que puedan considerarse indicios de la existencia del delito y de su comisión por las personas investigadas, así como los datos relativos al delito investigado, a los números de los teléfonos intervenidos, a quienes llevarán a cabo la intervención, y a su duración”.

Así como (Cfr STS de 28-12-2002, nº 1729/2002) que la *proporcionalidad* de la entrada y registro “se determina con relación a la gravedad del delito. Por lo tanto, la existencia de una imputación referida a un delito de la gravedad del tráfico de drogas no afecta en modo alguno a la proporcionalidad. Una cuestión diferente es la concerniente a la *motivación* del auto que ordena la entrada y registro. En diversos precedentes de esta Sala hemos señalado que la motivación del auto que dispone una medida de instrucción que la ley autoriza a tomar sin conocimiento del afectado y que, como tal, no puede ser recurrida, no necesita hacer constar especiales razonamientos que informen a dicho afectado de las razones que debería combatir ante el tribunal de alzada si tuviera a su disposición un recurso. La legitimidad del auto en cuestión, por lo tanto, depende de si la medida adoptada por el Juez de Instrucción era o no necesaria, a la luz de la información con la que el Juez contaba en el momento de la decisión”.

Por otra parte, el sustento de la medida (Cfr. STS de 10-7-2003, nº 1019/2003) “no ha de consistir en la aportación de pruebas acabadas de la comisión del ilícito, pues en tal caso no sería ya necesaria la práctica de más diligencias de investigación, sino, tan sólo, la de *fundadas sospechas* del actuar delictivo que requieran la confirmación a través del resultado que pudiera arrojar precisamente el registro”.

Y “no es exigible a la Autoridad judicial (Cfr. STS de 27-10-2004, nº 1231/2004), verificar la veracidad de los datos suministrados por la Policía como requisito previo al Auto habilitante, porque no existe una presunción de inveracidad de los informes policiales, y porque la práctica de diligencias judiciales para confirmar la realidad de los datos suministrados por los servicios policiales del Estado supondrán una notoria dilación incompatible con la urgencia que de ordinario requiere en esta clase de actuaciones”». (F. J. 3º)

## **PRUEBA. Entrada y Registro en domicilio. Requisitos de motivación.**

Recurso: Casación nº 405/2004  
Ponente: Sr. Sánchez Melgar  
Sentencia nº 326/2005 de fecha 14/03/2005

«...” Este requisito tiene una doble vertiente, interna y externa. Desde la primera perspectiva, quiere decirse que el juez deberá realizar un juicio racional sobre el hecho investigado, los indicios concurrentes, la proporcionalidad y necesidad de la medida, para tomar la decisión de dictar el auto, autorizándola o rechazándola. Este es un juicio interno, que tiene las características de jurídico (en tanto se subsume el hecho en la norma), racional (en tanto se valoran las circunstancias fácticas concurrentes), inferencial (en cuanto se actúa a base indicios probatorios), probabilístico (en cuanto se trata de suponer, en caso afirmativo, las posibilidades de éxito de la medida que se va autorizar) y alternativo (en tanto pueden contemplarse otras posibilidades menos gravosas e igualmente útiles a la investigación).

Desde la perspectiva externa, ese juicio interno tiene que trascender a la fundamentación jurídica de la resolución judicial, que llevará la forma de auto. Este auto será siempre fundado (art. 248.2 LOPJ), remarcando esta necesidad de motivación la propia Ley de Enjuiciamiento Criminal en sus artículos 550 (“en virtud de auto motivado”) y 558 (“el auto de entrada y registro en el domicilio de un particular será siempre fundado”). Tal motivación servirá no solamente para exponer el juicio jurídico interno al que nos hemos referido, sino que servirá de contraste para apreciar su racionalidad, explicará las razones conducentes de la adopción de tal resolución judicial evitando la arbitrariedad en la toma de decisiones como ejercicio de poder público, y servirá de control hacia instancias superiores revisoras de tal actuación. Pero la jurisprudencia ha dado carta de naturaleza subsanatoria a la fundamentación por remisión a las razones que se pusieron de manifiesto en el escrito por el que se solicitaba la medida (véanse SSTS 4-11-1994 y 26-9-1997), aunque de forma excepcional...”». (F.J. 3º)

## **PRUEBA. Falta de notificación al Ministerio Fiscal de los autos acordando restricción de los Derechos Fundamentales.**

Recurso: Casación nº 19/2006  
Ponente: Sr. Granados Pérez  
Sentencia: nº 1202/2006 de fecha 23/11/2006

«Se alega falta renotificación al MF de los autos que autorizaron las intervenciones telefónicas y los registros.

Al rechazar esta misma invocación realizada por el anterior recurrente se razonó ese rechazo expresándose que no puede compartirse la afirmación que se hace, en defensa del motivo, de que esas resoluciones judiciales no hubiesen sido puestas en conocimiento del Ministerio Fiscal, ya que consta en los Autos mencionados, con firma del Juez y dación de cuenta por el Secretario judicial, que las resoluciones se comuniquen al Ministerio Fiscal, es decir que se ha dado cumplimiento a esa exigencia de notificación, como se declara en la Sentencia del Tribunal Constitucional 146/2006, de 8 de mayo, al existir la orden que así lo acuerda, sin que pueda exigirse acuse de recibo de esa notificación. Y no debe olvidarse que el Fiscal está constituido en las actuaciones, como se establece en el artículo 773 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, y no existe dato alguno de que esa ordenada notificación no se hubiese efectuado». (F. J. 2º del R.FLR)

## **PRUEBA: Grabaciones videográficas.**

Recurso: Casación nº 616/2004P  
Ponente: Sr. Granados Pérez  
Sentencia nº 595/2005 de fecha 09/05/2005

«...» En el desarrollo de estas funciones se pueden realizar labores de vigilancia u observación de lugares o personas que pudieran estar relacionadas con el hecho que es objeto de la investigación. Estas labores de vigilancia se pueden desarrollar en la vía pública concretándose en tareas de seguimiento o visualización de comportamientos y conductas de las personas consideradas como sospechosas. Para llevar a cabo estas funciones se pueden utilizar toda clase de medios que permitan constatar la realidad sospechada y que sean aptos para perfilar o construir un material probatorio que después pueda ser utilizado para concretar una denuncia ante la autoridad judicial. No están descartados los sistemas mecánicos de grabación de imágenes y su utilización debe realizarse dentro de los márgenes marcados por el respeto a la intimidad y a la inviolabilidad del domicilio. Los derechos establecidos por la L.O. de 5 de mayo de 1982, reguladora de la Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidación Personal y Familiar y a la Propia Imagen, no pueden considerarse absolutamente ilimitados. Imperativos de interés público pueden hacer que por ley se autoricen expresamente determinadas entradas

en el ámbito de la intimidad que podrán ser reputadas legítimas. Según el art. 8 de la Ley Orgánica, antes mencionada, no se reputarán intromisiones ilegítimas las actuaciones autorizadas o acordadas por la autoridad competente de acuerdo con la ley. El art. 282 LECr. autoriza a la Policía a practicar las diligencias necesarias para comprobar los delitos y descubrir a los delincuentes. No existe obstáculo para que las labores de investigación se extiendan a la captación de imágenes de personas sospechosas en los momentos en que se supone fundamentalmente que está cometiendo un hecho delictivo. Del mismo modo que nada se opone a que los funcionarios de Policía hagan labores de seguimiento y observación de personas sospechosas, sin tomar ninguna otra medida restrictiva de derechos, mediante la percepción visual y directa de las acciones que realiza en la vía pública o en cualquier otro espacio abierto. No existe inconveniente para que se pueda transferir esas percepciones a un instrumento mecánico de grabación de imágenes que complementa y toma constancia de lo que sucede ante la presencia de los agentes de la autoridad. La captación de imágenes se encuentra autorizada por la ley en el curso de una investigación criminal siempre que se limiten a la grabación de lo que ocurre en espacios públicos fuera del recinto inviolable del domicilio donde tiene lugar el ejercicio de la intimidad. Por ello cuando el emplazamiento de aparatos de filmación o de escucha invada el espacio restringido reservado para la intimidad de las personas sólo puede ser acordado en virtud de mandamiento judicial que constituye un instrumento habilitante para la intromisión en un derecho fundamental. No estarían autorizados, sin el oportuno placet judicial, aquellos medios de captación de la imagen o del sonido que filmaran escenas en el interior del domicilio prevaliéndose de los adelantos y posibilidades técnicos de estos aparatos grabadores, aún cuando la captación tuviera lugar desde emplazamientos alejados del recinto domiciliario. El material fotográfico y videográfico obtenido en las condiciones anteriormente mencionadas y sin intromisión indebida en la intimidad familiar tienen un innegable valor probatorio, siempre que sea reproducido en las sesiones del juicio oral. Y en la Sentencia 1207/1999, de 23 de julio, en un recurso en el que fue alegada la nulidad de la prueba consistente en la filmación en vídeo realizada por la Policía se expresa que la jurisprudencia de esta Sala (Cfr. Sentencia 188/199, de 15 de febrero) ha estimado legítima y no vulneradora de derechos fundamentales la actividad de filmación de escenas presuntamente delictivas, que sucedían en vías o espacios públicos, y ha considerado que únicamente se necesita autorización judicial para la captación clandestina de imágenes o de sonidos en domicilios o lugares privados (así se ha reconocido por esta Sala, en las SS. de 6.5.93, 7.2, 6.4 y 21.5.94, 18.12.95, 27.2.96, 5.5.97 y 968/98 de 17.7 entre otras)...»». (F.J.2º)

## **PRUEBA. Grabaciones videográficas: apoyo documental de la declaración testifical**

Recurso: Casación nº 64/2005  
Ponente: Sr. Bacigalupo Zapater  
Sentencia: nº 439/2006 de fecha 24/04/2006

«...la sentencia está apoyada en la comprobación mediante grabaciones videográficas de la sustracción de la mercancía, reflejada correspondientemente en la anulación de las operaciones en las "tiras" de caja, confeccionadas por la recurrente, correspondientes a dicha extracción de mercancías.

Las objeciones de las Defensas no contienen ninguna de las posibles censuras que se admiten en el recurso de casación.

Carece en este sentido de toda relevancia la alegada falta de control de las grabaciones videográficas. Se trata de la documentación de las percepciones de un testigo y por la misma razón que un testigo no necesita estar controlado por nadie para que su percepción sea valorable por un tribunal, tampoco lo requiere la perpetuación de esa percepción en una grabación videográfica. Éste es un apoyo documental de la declaración del testigo que no está sujeta a ningún control de una autoridad.

La afirmación de que esas grabaciones pudieron ser manipuladas, por otra parte, es totalmente inconsistente, dado que todo puede haber sido manipulado. Pero no se trata de posibilidades abstractas, sino de si concreta y realmente fueron manipuladas. Y, desde este punto de vista, no existe la menor duda de que hayan sido manipuladas». (F. J. 1º)

## **PRUEBA. Igualdad ante la ley.**

Recurso: Casación nº 156/2004P

Ponente: Sr. Granados Pérez

Sentencia nº 1159/2004 de fecha 28/10/2004

«...» Los razonamientos expresados en la sentencia ahora recurrida para atribuir a la recurrente una participación en concepto de cooperadora necesaria aparecen correctos ya que las circunstancias en las que se produjo el asesinato del Sr. Tejero Magro, al que dispararon en la cabeza cuando accedía al garaje procedente del ascensor del inmueble en el que tenía su domicilio, tras ser encerrados en una habitación el guarda del garaje y el conductor del vehículo de la víctima, hacía imprescindible una información detallada y precisa sobre los movimientos de quien iba a ser víctima del atentado como de las personas que podrían ayudarle, tratándose, por consiguiente, acorde con la doctrina de esta Sala, de un supuesto de cooperación necesaria y no de complicidad.

Así, en la Sentencia de esta Sala 458/2003, de 31 marzo, en la que se juzgó un supuesto similar de información a un comando terrorista para la comisión de un atentado, se declara que no debe ser la teoría de dominio del hecho la que resuelva este problema, pues ésta sirve para otra cosa: para diferenciar al autor (o mejor el

coautor) de los partícipes (inductores, cooperadores necesarios y no necesarios), y se señala la eficacia de la teoría de los bienes escasos, por su practicidad y fácil comprensión: quien aporta al autor o autores un comportamiento de colaboración no fácil de conseguir, sería cooperador necesario y cómplice en caso contrario. Otra posición se aproxima más al texto literal del precepto legal: sería cooperación necesaria aquella que el autor o autores hubieran tenido en cuenta para tomar su resolución de delinquir, de modo que, de no haber contado con esa colaboración concreta, no se habrían decidido a cometer el delito. El «acto sin el cual no se habría efectuado» el delito, lo refieren, a este criterio subjetivo. Termina señalando que aplicando lo antes expuesto al caso presente, esta Sala no tiene la menor duda acerca de que fue acertada la condena por cooperación necesaria que en cuanto se había proporcionado informaciones de las que se valieron los autores para preparar y cometer el delito, concretamente la ruta que la policía seguía desde Martutene al cuartel de San Sebastián.

Y en la Sentencia igualmente de esta sala, 634/1999, de 20 abril, se alcanza la convicción de que la información facilitada a los autores materiales del hecho, cuando es esencial y de difícil adquisición, debe calificarse de cooperación necesaria. Y recuerda que tiene declarado esta Sala, que lo decisivo a los fines aquí perseguidos es la eficacia, la necesidad y la trascendencia de la cooperación en orden a la consecución del resultado finalístico de la acción (v. SS. 28 de enero y 16 de junio de 1991 [RJ 1991\404]). En el presente caso, no puede hablarse de una participación meramente accidental o no condicionante, ni de carácter inferior o secundario, como es lo propio de la complicidad (v. SS. 31 de octubre de 1973 [RJ 1993\4007] y de 25 de septiembre de 1974 [RJ 1994\3306]). Y que la más reciente jurisprudencia de esta Sala, sin dejar de reconocer la dificultad que a veces puede suponer distinguir la conducta del cooperador necesario y la del simple cómplice, en cuanto ambos cooperan a la realización del delito, viene declarando que existe cooperación necesaria cuando se colabora con el ejecutor directo aportando una conducta sin la cual el delito no se habría cometido (teoría de la «conditio sine qua non»), cuando se colabora mediante la aportación de algo que no es fácil obtener de otro modo (teoría de los bienes escasos), o cuando el que colabora puede impedir la comisión del delito retirando su concurso (teoría del dominio del hecho), y que la complicidad constituye una participación accidental, no condicionante y de carácter secundario (v. SS. 8 de noviembre de 1986 [RJ 1986\6822] y de 4 de febrero de 1997 [RJ 1997\694], entre otras muchas).

Por lo que se acaba de exponer, no debería plantear cuestión la calificación realizada por el Tribunal de instancia de que la conducta realizada por la recurrente se pueda subsumir en un supuesto de autoría por cooperación necesaria.

Sin embargo, debemos examinar esta cuestión desde un ámbito bien distinto: el del principio de igualdad en la aplicación de la ley.

Para la mejor comprensión de esta cuestión, es oportuno recordar la doctrina sentada por el Tribunal Constitucional, y así en la Sentencia 102/2000, de 10 de abril, se afirma que la doctrina fijada por este Tribunal en relación con el principio de igualdad en aplicación de la ley es abundante y se encuentra perfectamente definida. Hemos dicho en numerosas ocasiones que, para que se produzca una desigualdad en dicha aplicación, es necesario que «un mismo órgano judicial, en supuestos

sustancialmente idénticos, resuelva en sentido distinto sin ofrecer una adecuada motivación de su cambio de criterio, o sin que la misma pueda deducirse razonablemente de los términos de la resolución impugnada» (así, las SSTC 82/1990, de 4 de mayo [RTC 1990\82], F. 2, 183/1991, de 30 de septiembre [RTC 1991\183], F. 3 y 104/1996, de 11 de junio [RTC 1996\104], F. 2, entre otras). Ahora bien, el reconocimiento de la lesión que ahora se denuncia exige tener en cuenta que las Secciones de una misma Audiencia o Tribunal, aunque estén integradas en el mismo órgano, actúan como juzgadores independientes entre sí, por lo que han de ser considerados, tanto orgánica como funcionalmente, órganos judiciales distintos (SSTC 134/1991, de 17 de junio [RTC 1991\134], F. 2, 183/1991, de 30 de septiembre, F. 4, 285/1994, de 27 de octubre [RTC 1994\285], F. 3 y 104/1996, de 11 de junio, F. 2), recayendo sobre quien esgrima la desigualdad la carga de aportar los precedentes de los que la resolución atacada se ha separado, exigencia que no queda cubierta citando cualquier precedente o uno aislado, sino una concreta y definida orientación jurisprudencial de la que sean predicables los rasgos de generalidad, continuidad y firmeza (SSTC 142/1985, de 23 de octubre [RTC 1985\142], F. 1, 115/1989, de 22 de junio [RTC 1989\115], F. 5, 159/1989, de 6 de octubre [RTC 1989\159], F. 4, 11/1995, de 16 de enero [RTC 1995\11], F. 7 y 1/1997, de 13 de enero [RTC 1997\1], F. 2, entre otras muchas).

Y en la sentencia de ese mismo Tribunal Constitucional 104/1996, de 11 de junio, se recoge la misma orientación señalando que ha de recordarse que para que se produzca una desigualdad en aquella aplicación es necesario que «un mismo órgano judicial, en supuestos sustancialmente idénticos, resuelva en sentido distinto sin ofrecer una adecuada motivación de su cambio de criterio, o sin que dicha motivación pueda deducirse razonablemente de los términos de la resolución impugnada (STC 82/1990 [RTC 1990\82]), pues dicho valor constitucional de la igualdad en su versión de igualdad en la aplicación de la ley protege fundamentalmente frente a divergencias arbitrarias de trato en resoluciones judiciales, evitando el capricho, el favoritismo o la arbitrariedad del órgano judicial, e impidiendo que no se trate a los justiciables por igual y se discrimine entre ellos. Pero ni el principio de igualdad ni su configuración como derecho subjetivo permiten asegurar un tratamiento idéntico uniforme o unificado por los distintos órganos judiciales, ya que el repetido principio ha de hacerse compatible con el principio de independencia de los mencionados órganos» (SSTC 200/1990 [RTC 1990\200] y 183/1991 [RTC 1991\183]). En definitiva, pues, cada órgano jurisdiccional sólo puede compararse consigo mismo: la identidad del órgano jurisdiccional es presupuesto para realizar la comparación que toda discriminación en la aplicación judicial de la Ley lleva consigo (STC 168/1989 [RTC 1989\168]). Y aún será de señalar que una reiterada doctrina constitucional viene poniendo de relieve que las Secciones de un mismo Tribunal son órganos jurisdiccionales con entidad diferenciada suficiente para desvirtuar una supuesta desigualdad en la aplicación judicial de la Ley (SSTC 134/1991 [RTC 1991\134], 245/1994 [RTC 1994\245] y 285/1994 [RTC 1994\285]).

En relación a la identidad del órgano jurisdiccional, el propio Tribunal Constitucional tiene declarado, como es exponente la Sentencia 82/2001, de 26 de marzo, que concurre el requisito de la identidad del órgano judicial cuando se trata de sentencias dictadas, por distintos magistrados, pero integrantes de la misma Sala Segunda del Tribunal Supremo.

Aplicando la doctrina expresada al caso que debatimos, podemos comprobar que existe identidad del órgano judicial, en cuanto se trata de la misma Sección de la Sala Penal de la Audiencia Nacional, aunque los Magistrados sean distintos, que se trata no ya de un supuesto sustancialmente idéntico, sino del mismo caso y supuesto, y se ha producido una aplicación desigual de preceptos del Código Penal sin que exista la más mínima motivación o explicación para justificar el cambio de criterio, sin que pueda deducirse razonablemente de los términos de la resolución impugnada.

El conocimiento de que se estaban apartando de la aplicación de la ley realizada por la misma Sección de la Sala de lo Penal, en la misma causa, no puede plantear duda, ya que se hace referencia y mención de las sentencias anteriores dictadas en esa misma causa.

Así las cosas, se ha producido una desigualdad en la aplicación de preceptos del Código Penal, por el mismo órgano judicial, en supuestos idénticos, lo que implica una vulneración del derecho constitucional a la igualdad ante la ley, que proclama el artículo 14 de la Constitución, que debe ser reparado, en los términos que se expresarán en la segunda sentencia de esta Sala...»». (F.J. 2º)

## **PRUEBA. Imparcialidad. Negativa a declarar del imputado.**

Recurso: Casación nº 1916/2003

Ponente: Sr. Gímenez García

Sentencia nº 291/2005 de fecha 02/03/2005

«...» En relación a la confesión efectuada en el Plenario desde la doctrina expuesta más arriba es claro que el Tribunal perdió su imprescindible imparcialidad cuando, tras negarse el recurrente a contestar a las preguntas del Ministerio Fiscal, en ejercicio de su derecho a guardar silencio, el Presidente asumiendo un rol acusador que le es impropio, dirigió toda una batería de preguntas que excedían, y con mucho, de las meras previsiones o matizaciones a que se refiere el art. 708 LECriminal que, en relación a los testigos, se refiere a "...preguntas que estime conducentes para depurar los hechos..." lo que ha sido interpretado por la doctrina más autorizada como una práctica judicial de la que se debe hacer un uso muy moderado y sólo para solicitar aclaraciones. Si estas prevenciones son en relación al interrogatorio de los testigos, es obvio que una mayor prudencia y moderación debe ser exigible en relación a preguntas efectuadas por el Presidente del Tribunal al acusado, y es obvio, que cuando éste se niega a responder a la acusación como ocurrió en este caso, no puede el Tribunal reproducir o efectuar un interrogatorio de naturaleza claramente acusatoria sin pérdida de la necesaria imparcialidad que debe guardar. A tal respecto, citamos la STS 429/1999 de 9 de Marzo de 1999 que en su supuesto menos relevante que el actual --se trató de la lectura acordada por el Presidente de unas declaraciones efectuadas en sede policial que no habían sido introducidas en el Plenario ni solicitadas por la acusación--, estimó la quiebra del derecho a un juez imparcial, porque tal iniciativa "...descubre una posición del juzgador aparentemente tendente a cooperar al éxito de la pretensión condenatoria



de la parte acusadora, ayudándole para suplir la omisión de una prueba cuya carga le correspondía frente al acusado, que fue luego interrogado sobre el contenido de la declaración leída sin que gozara de la posibilidad de instrumentar una meditada y bien preparada defensa ante la inesperada prueba que se realizó tras pronunciar su defensa el informe correspondiente...."....

... sino que al haberse privado al acusado de su derecho a ser juzgado por un Tribunal que no recurría en el caso la necesaria imparcialidad objetiva.... es preciso que se vuelva a repetir el juicio ante un Tribunal compuesto por otros jueces para evitar cualquier riesgo de que, aún de manera inconsciente y no querida, pueda verse comprometida la necesaria imparcialidad objetiva....".

En el caso de autos, el Tribunal al efectuar el interrogatorio, tomó el partido de la acusación descendiendo a la arena del combate, situándose en las antípodas del modelo ya descrito en la Exposición de Motivos de nuestra venerable Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1332 a cuyo espíritu hay que seguir siendo obediente "...No; los Magistrados deben permanecer durante la discusión pasivos, retraídos, neutrales, a semejanza de los jueces de los antiguos torneos, limitándose a dirigir con ánimo sereno los debates....".

Podrá cuestionarse porqué el recurrente que se negó a responder al Ministerio Fiscal, lo hizo al Presidente del Tribunal, no es difícil apuntar una respuesta: la acusación era del Ministerio Fiscal a quien se negó responder, hay que suponer, razonablemente, que no pudo prever que el Presidente del Tribunal le iba a efectuar un interrogatorio como el que le efectuó, la propia escenografía del Plenario, con el Tribunal situado en medio del Ministerio Fiscal y de la defensa ya indica un papel de aquél diferente, distinto y distante del de la Acusación, si a la sorpresa de las preguntas, se une el aislamiento en que se encuentra situado el acusado en la Sala de Vistas, asistido de letrado pero aislado de él y sin su cercanía y sin su comunicación confidencial, no es difícil comprender las respuestas positivas que dio.

En este tiempo de reformas penales, tanto sustantivas como procesales, parece llegado el tiempo de diseñar un nuevo escenario de las audiencias penales que sitúe al acusado junto con su letrado. Con ello se conseguiría una más efectiva asistencia jurídica que se vería potenciada por la propia cercanía física, y, al mismo tiempo se pondría fin a una irritante desigualdad existente en relación a la Ley del Jurado, cuyo art. 42-2º prevé que "...el acusado o acusados se encontrarán situados de forma que sea posible su inmediata comunicación con los defensores....", lo que por otra parte es norma usual en el derecho comparado.

No existe tal prevención en relación a los otros juicios, con lo que se impide esa inmediata comunicación, que, para ser llevada a cabo exige la interrupción de la Vista.

Ciertamente, esta exigencia habría que hacerla compatible con el art. 187 de la LOPJ que prevé que los abogados se sientan a la misma altura del Tribunal, pero vista la colisión de los intereses en conflicto, parece claro que el juicio de ponderación debe inclinarse en favor de la superior entidad que tiene --que tendría-- para el mejor desarrollo del derecho de defensa que, el letrado estuviese situado junto a su cliente/defendido, en comunicación permanente con él. La única

excepción estaría representada por la existencia de razones de seguridad que exigiese una severa custodia del inculpado.

Hay que concluir afirmando que el derecho a un juicio imparcial quedó vulnerado por la actuación ya analizada y que en consecuencia, también este motivo segundo va a prosperar, y al igual que en el primer motivo, procede declarar la nulidad de la sentencia...”». (F.J. 4º)

## **PRUEBA. Imparcialidad del jurado. Presiones externas al proceso.**

Recurso: Casación nº 24/2004P  
Ponente: Sr. Colmenero Menéndez de Luarca  
Sentencia nº 223/2005 de fecha 24/02/2005

«.” Por otro lado, la existencia de una cierta presión social, más o menos intensa, que puede acompañar a numerosos crímenes a causa de sus especiales características, no puede entenderse que constituye, en todo caso y sin más aditamentos, un impedimento para la emisión de un veredicto imparcial por parte de los jurados, siempre que éstos se encuentren en condiciones de decidir con libertad, lo cual habrá de apreciarse en atención a las circunstancias que rodeen su actuación en cada momento.

El incidente que el recurrente menciona existió efectivamente y pudo significar que los integrantes del jurado vivieran unos momentos de especial tensión emocional. Pero no consta que tras la intervención del Magistrado Presidente y hasta la emisión del veredicto, lo que tiene lugar dos días después, se produjera ninguna otra incidencia que hubiera podido impedir a los jurados resolver en conciencia y con libertad de criterio, aun cuando fueran conscientes de la importancia del caso que juzgaban y de su trascendencia social. No consta en modo alguno que, en el momento en que deliberan o emiten su veredicto, los jurados estuvieran condicionados en forma tal que no pudieran decidir con libertad...”». (F.J.2º)

## **PRUEBA. Informe médico-forense sobre lesiones. Prueba preconstituida. La falta de ratificación en la vista no le priva de eficacia probatoria al no haber sido impugnado.**

Recurso: Casación nº 268/2005 P  
Ponente: Sr. Berdugo Gómez de la Torre  
Sentencia: nº 1228/2005 de fecha 24/10/2005

«En efecto los médicos forenses constituyen un cuerpo titulado al servicio de la Administración de Justicia y desempeñan funciones de asistencia técnica a los Juzgados y Tribunales, Fiscales y oficinas del Registro Civil en las materias de su disciplina profesional, con sujeción en su caso, a lo establecido en la legislación aplicable (arts. 497 y ss. LOPJ).

Según el auto de esta Sala de 3.10.2001 respecto del informe forense, no necesita de ratificación en el acto del juicio oral si no ha sido combatido con anterioridad (STS. 14.6.91)., señalando que no es conforme con la buena fe procesal impugnar en casación aquello que tácitamente fue admitido en la instancia, pues la parte pudo proponer prueba sobre ese extremo y si pudo hacerlo y no lo hizo es porque aceptaba su realidad como hecho no discutido (STS. 1.12.95).

Con mas detalle sobre la materia la STS. 23.10.2000 al decir que "cuando la parte acusada no expresa en su escrito de calificación provisional su oposición o discrepancia con el dictamen pericial practicado, ni solicita ampliación o aclaración alguna de éste, debe entenderse que dicho informe oficial adquiere el carácter de prueba preconstituida, aceptada y consentida como tal de forma implícita.

Este criterio ha sido avalado por el Tribunal Constitucional (SS.T.C. de 5 de julio de 1.990 y 11 de febrero de 1.991) al declarar la validez como elemento probatorio de los informes practicados en la fase previa al juicio basados en conocimientos especializados y que aparezcan documentados en las actuaciones que permitan su valoración y contradicción, sin que sea necesaria la presencia de sus emisores. Y ha sido proseguido en multitud de sentencias de esta Sala que, al abordar el mismo problema suscitado ahora, ha dejado dicho que si bien la prueba pericial y cuasi pericial en principio, como es norma general en toda clase de prueba, ha de ser practicada en el juicio oral, quedando así sometida a las garantías propias de la oralidad, publicidad, contradicción e inmediatez que rigen tal acto, puede ocurrir que, practicada en trámite de instrucción, y conocida así por las partes al darles traslado de la causa para calificación, nadie propusiera al respecto prueba alguna para el acto del juicio, en cuyo caso, por estimarse que hubo una aceptación tácita, ha de reconocerse aptitud a esas diligencias periciales o cuasi-periciales para ser valoradas como verdaderas pruebas, máxime si han sido realizadas por un órgano de carácter público u oficial (STS de 5 de mayo, 14 y 30 de diciembre de 1.995, 23 de enero y 11 de noviembre de 1.996.....). Criterio ha sido ratificado por el Pleno no jurisdiccional de esta Sala de 21 de mayo de 1.999.

La mencionada sentencia del Tribunal Constitucional 127/90 de 5 de julio, estableció lo siguiente:

"En primer lugar, es cierto que, conforme a reiterada doctrina de este Tribunal elaborada a partir de su STC 31/1981, la prueba de cargo susceptible de desvirtuar la presunción de inocencia ha de desarrollarse normalmente en el juicio oral (art. 741 LECr.), como premisa básica para la legitimidad del proceso con las garantías de publicidad, oralidad, inmediatez y contradicción. Sin embargo, no puede olvidarse tampoco que, de acuerdo con la misma doctrina (SSTC 80/1986, 150/1987, 22/1988, 25/1988 y 137/1988, entre otras), además de los supuestos propiamente dichos de prueba preconstituida en los casos en que se dé el requisito objetivo de su muy difícil o imposible reproducción, de conformidad con los arts. 726 y 730 LECr., pueden ser

tomados en consideración informes practicados en la fase previa al juicio que se basen en conocimientos técnicos especializados, con constancia documental en autos que permita su valoración y contradicción en juicio, sin que en tal supuesto sea absolutamente imprescindible la presencia en dicho acto de quienes lo emitieron para su interrogatorio personal".

Y la STC. 24/91 de 11.2, referida precisamente a los informes médico-forenses, precisó: "Estas pericias practicadas necesariamente con anterioridad a la celebración del juicio, e incluso con antelación al inicio del proceso "lato sensu" entendido, constituyen pruebas preconstituidas que despliegan toda su validez si no son impugnadas por ninguna de las partes y son aportadas al acervo de las diligencias".

En los presentes autos resulta innegable la condición de prueba preconstituida que el certificado médico inicial y los posteriores forenses incorporan, dado que la determinación de las lesiones sufridas solo pueden acreditarse en el momento de producirse y mientras éstas pueden ser observadas, es decir, mientras duran sus efectos o secuelas. El único modo de desvirtuar la fuerza de convicción que pruebas preconstituidas periciales puedan tener es interrogar al perito en el acto del juicio oral, para lo cual deberá ser reclamado por la parte que pretende o ratificar su dictamen o como podía haber sido aquí el caso, impugnar el mismo. No haber puesto en duda la corrección científica del citado certificado lleva aparejado como consecuencia que, en tanto que prueba documentada, que no documental, el órgano judicial tal como estatuye el art. 726 LECrim. haya examinado "por si mismo los libros, documentos, papeles y demás piezas de convicción que puedan contribuir al esclarecimiento de los hechos o a la más segura investigación de la verdad". No ha de olvidarse que este precepto encabeza la regulación de la prueba documental y de la inspección ocular y que, por tanto, de no efectuarse tacha alguna sobre los citados elementos, el Tribunal dispone libremente de ellos y puede formarse su pertinente convicción legítimamente".

En definitiva y para concluir, "dicha pericial ha sido emitida por el organismo público competente (forense perteneciente a la Clínica Médico Forense) y no ha sido cuestionado en ningún momento ni su resultado, ni la neutralidad y competencia del profesional o profesionales que lo han emitido, y la parte recurrente ha prescindido de solicitar cualquier ampliación o aclaración en el plenario, no interesando la citación del perito, por lo que resulta incuestionable que tal dictamen adquiere valor de prueba de cargo aunque no haya sido ratificado en el acto del juicio oral.

Consecuentemente la falta de ratificación del informe médico forense en el acto de la vista, tal omisión no priva al mismo de toda eficacia probatoria puesto que, obrante en la causa desde la fecha de su emisión, la parte ahora recurrente tuvo conocimiento del mismo y en ningún momento lo impugnó, con lo que, como resulta evidente, no puede pretenderse ahora que el repetido informe no pudiera ser tenido en cuenta por el Tribunal de instancia, integrando, por el contrario, un elemento probatorio más de entre los que disponía aquel Juzgador, sin perjuicio, claro es, de la eficacia que pudiera atribuirle en atención a la credibilidad que le mereciera, teniendo en cuenta el contenido del mismo y el hecho de que hubiera sido emitido por un médico forense, cuya profesionalidad y objetividad en el desempeño de sus funciones no se cuestiona, si bien, se permite la valoración de sus informes en

relación con el resto de las pruebas practicadas y conforme a las exigencias de la sana crítica, porque no tienen carácter vinculante». (F.J. 3º)

**PRUEBA. Intervención telefónica. Audición de cintas en juicio. Doble naturaleza de las cintas: documental y pieza de convicción. Basta solicitar tal diligencia como complemento de la prueba documental interesada.**

Recurso: Casación nº 10381/2006 P  
Ponente: Sr. Soriano Soriano  
Sentencia: nº 1186/2006 de fecha 01/12/2006

«...En extracto la razón de la protesta radica en la admisión y práctica en juicio de una prueba no solicitada en tiempo y forma por el Mº Fiscal, ni por ninguna de las partes, cual fue, la audición directa de una parte de las cintas originales incorporadas al plenario.

Se soporta argumentalmente tal impugnación en el tenor del art. 728 L.E.Cr., según el cual, no podrán practicarse en el acto del juicio oral ninguna otra prueba que las solicitadas por las partes. A su vez ninguna de las excepciones que establece el art. 729 de dicha Ley resultan aplicables al caso.

El Tribunal realmente tan sólo solicitó para el acto de la vista la incorporación como documental de las transcripciones pero no la adverbación de su contenido mediante la audición, ante cuya circunstancia tampoco la defensa articuló medio de prueba alguno para poder acreditar la autenticidad de las mismas.

Incluso sostiene que tampoco tendría posibilidades el tribunal de instancia de dar cabida a la audición de las cintas por el cauce del art. 726 L.E.Cr. ya que no fue ésta la vía a la que se acogió el Fiscal para proceder a la audición.

Con todo ello la parte recurrente considera que la actuación de la Audiencia vino a incidir de forma directa en el desequilibrio de las posiciones de acusación y defensa con la introducción extemporánea de un elemento probatorio no previsto.

**2. Al recurrente no le asiste razón.**

Por una parte el art. 726 L.E.Cr. siempre le brinda posibilidades al tribunal sentenciador de tomar contacto directo, a efectos de evaluar los elementos probatorios que se contengan en documentos, piezas de convicción, libros, papeles, etc. que puedan contribuir al esclarecimiento de los hechos o a la más segura investigación de la verdad.

En nuestro caso las cintas grabadas integran claramente un documento de conformidad a los términos definitorios del art. 26 del C.Penal: "todo soporte material que exprese e incorpore datos, hechos o narraciones con eficacia probatoria o cualquier otro tipo de relevancia jurídica".

3. Por otra parte, también las cintas grabadas integran una pieza de convicción en cuanto constituye un instrumento que incorpora datos que acreditan la posible comisión de un delito.

Partiendo de su dúplice naturaleza documental y de pieza de convicción, el Ministerio Fiscal para el acto del juicio solicitó la lectura de determinadas transcripciones atribuidas al procesado Alberto Contreras, pero al negarse este procesado haciendo uso de su derecho a no declarar interesó la audición directa de las mismas. La Audiencia tras deliberar sobre la admisión de la prueba acuerda que:

1) las piezas de convicción es obligado tenerlas en la Sala -el art. 688 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, establece que en el día señalado para la celebración del juicio oral y al dar principio a las sesiones se colocarán en el local del Tribunal las piezas de convicción que se hubieran recogido, y las cintas donde consta la grabación de las conversaciones lo son-.

2) que se puede proceder a la lectura de un documento y a la audición de las cintas que estén a disposición del Tribunal como pieza de convicción, y por ello se procede a la audición haciendo constar su protesta los letrados y en concreto el del recurrente que manifiesta que las cintas no constituyen prueba documental al ser éstas los folios transcritos.

Los demás procesados se comportaron de la misma guisa cuando llegó el turno de su interrogatorio, procediéndose de igual modo.

4. En conclusión podemos afirmar que, aportadas las cintas originales a la causa, debidamente transcritas por la fuerza policial, como le fue ordenado judicialmente, la parte recurrente tuvo dentro de sus posibilidades defensivas, si entendía que la autoría o contenido de las mismas no se ajustaba a la realidad, solicitar prueba fonológica o el cotejo de las cintas por el secretario judicial o su audición directa en el juicio y ninguna de esas posibilidades utilizaron.

Con la audición directa de las grabaciones se tenía la posibilidad de subsanar presuntas irregularidades que pudieran presentar y en cualquier caso se ofreció a las partes la posibilidad de contradecirlas. Por si fuera poco el contenido grabado fue corroborado por los policías que lo efectuaron, que como testigos pudieron dar completo detalle de su desarrollo y resultados, con posibilidad de ser interrogados por todas las partes procesales. La prueba fué legítimamente practicada.

El motivo debe ser rechazado». (F. J. 6º)

## **PRUEBA. Intervención telefónica: auto de ampliación a nuevos hechos ante descubrimiento casual**

Recurso: Casación nº 1042/2005 P

Ponente: Sr. Sánchez Melgar

Sentencia: nº 440/2006 de fecha 07/04/2006

«En suma, la denuncia casacional del recurrente es que *“la Guardia Civil sí pone en conocimiento del juez la existencia de un nuevo delito, pero no lo hace inmediatamente tal y como viene exigido jurisprudencialmente ... por lo que la nulidad de dichas intervenciones telefónicas es más que evidente”*.

El razonamiento desconoce que la ampliación de la intervención al nuevo delito descubierto no puede llevarse a efecto *antes* de que aparezcan indicios de su comisión (otra actuación, convertiría al juez en una especie de pitonisa o adivino del futuro, lo que es un alegato extravagante del motivo), y además, es un argumento en círculo, pues si el juez lo autoriza sin indicios, se alegraría que no habría motivación suficiente que justificase la injerencia, y si se hace cuando ya existen, entonces se denuncia su “tardanza”. Fuera de ello, y para agotar la cuestión, el descubrimiento o hallazgo inesperado, también justificaría el empleo de prueba constitucionalmente de cargo en este caso». (F. J. 2º)

## **PRUEBA. Intervención telefónica. Captura de datos externos. Se extiende el ámbito de protección del derecho fundamental**

Recurso: Casación nº 1351/2005 P

Ponente: Sr. Andrés Ibáñez

Sentencia: nº 130/2007 de fecha 19/02/2007

«...En vista de lo expuesto, hay que establecer dos conclusiones. Una acerca de lo efectivamente sucedido en la obtención de los números de Emilio Andrés Parra, por parte de la policía; la otra tiene que ver con la caracterización jurídica de ese modo de operar.

En cuanto a lo primero, existe base para afirmar —a los solos efectos de esta resolución— que la policía, antes de acudir al juzgado en demanda de una autorización para intervenir los teléfonos de referencia, habría procedido por sus propios medios técnicos a injerirse en el curso de algunas comunicaciones telefónicas, consiguiendo así los números de los correspondientes a un determinado usuario. Es lo que resulta del oficio que abre la causa en relación con la afirmación testifical antes transcrita, en la que el funcionario declarante precisó que el ingenio técnico utilizado permite la detección de “los números de teléfono que se están utilizando”. Esto es, los que son objeto de un uso actual, obviamente, para el diálogo entre personas, como es lo propio de tales medios. De donde se sigue que la pesquisa policial afectó de forma jurídicamente irregular a un acto de comunicación telefónica con objeto de desvelar un dato amparado por el derecho al secreto de las comunicaciones del art.18,3 CE.

En efecto, el Reglamento antes citado, en su art. 84, apartado a) requiere, para que la “interceptación [sea] legal”, que la “medida” [haya sido] establecida por la ley y adoptada por una autoridad judicial que acuerda o autoriza el acceso o la transmisión de las comunicaciones electrónicas de una persona, y la información relativa a la

interceptación a los agentes facultados”. Y, en el apartado e), considera “agente facultado al efecto” al “policía judicial o personal del Centro Nacional de Inteligencia habilitado por una autoridad judicial para materializar una interceptación legal”.

Por otro lado, la misma disposición considera “información relativa a la interceptación”, entre otras, la “identidad o identidades —en la acepción definida en el art. 84 i—”. Y éste define la “identidad” como “etiqueta técnica que puede representar el origen o el destino de cualquier tráfico de comunicaciones electrónicas, en general identificables mediante un número de identidad de comunicaciones electrónicas físico (tal como un número de teléfono) o un código de identidad de comunicaciones electrónicas lógico o virtual (tal como un número personal) que el abonado puede asignar a un acceso físico caso a caso”.

Por tanto, también la captura de los llamados “datos externos” al contenido de la comunicación, del tipo de los que acaban de indicarse, tiene la naturaleza de verdadera y propia interceptación, a efectos constitucionales y legales, y está sujeta al mismo régimen, tanto en el plano de los requisitos como en el de las consecuencias asociadas a la infracción de éstos. Es lo que asimismo se desprende, según se ha visto, de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, en la línea de lo establecido por el Tribunal Europeo de los Derechos Humanos, en su sentencia en el caso *Malone*, ya citada, conforme a la cual, “los números marcados” en un teléfono son también “parte de las comunicaciones telefónicas”.

En los datos obtenidos en este caso concurre, además, otra particularidad. Y es que, al corresponder a teléfonos de los conocidos como de “prepago”, sus números estaban sujetos a un régimen comercial que otorga *de facto* un plus de reserva, pues la relación de pertenencia a un determinado titular resulta desconocida incluso para el propio operador que dispensa el servicio. Así, la información constituida por la identidad del comunicante sólo pudo obtenerse incidiendo sobre él y, precisamente, en el momento de la comunicación.

Todas estas referencias constitucionales y legales ponen de manifiesto algo esencial en la materia. Esto es, que el umbral de la garantía del derecho al secreto de las comunicaciones tiene carácter rigurosamente preceptivo. Por tanto, es el ordenamiento el que establece sus términos y su alcance mismo. Así, como espacio de intimidad garantizado al máximo nivel normativo, no podría quedar, y no queda, a expensas de la evolución de los avances de la técnica, lo que supondría un riesgo permanente de eventual relativización, con la consiguiente degradación de lo que es una relevante cuestión de derecho a mero dato fáctico. De modo que importa poco la clase de recursos que pudieran utilizarse, el grado de sofisticación de éstos y las modalidades de aplicación, si, en supuestos como el contemplado, lo que al final resulta es la intervención de comunicaciones que son proyección de la intimidad personal, en cualquiera de los aspectos de las mismas dotados de tutela constitucional. Tal es lo que resulta también del tenor del art. 197 Cpenal, que, para proteger el derecho del art. 18,3 CE, criminaliza el empleo —para los fines que describe— de “cualquiera otra señal de comunicación”, además de las que expresamente menciona. Esto confirma de la manera más elocuente que en nuestro orden legal vigente el derecho fundamental de referencia goza del máximo de protección, que se extiende no sólo al contenido de la conversación sino, igualmente, a los datos técnicos reservados, mediante cuyo conocimiento podría llegarse a saber



de la existencia de la misma como tal. Lo que, en el caso de las comunicaciones por teléfono móvil o celular, comprende tanto la captura del número de abonado (si el acceso al servicio es por contrato) o de usuario (en el supuesto de tarjetas de "prepago", que es el de esta causa) como la del código del terminal, que, por una vía más indirecta, permite obtener el mismo efecto de invasión del ámbito del secreto.

La afirmación que da sustento a los motivos que se examinan, además de constituir un argumento de impugnación, comporta la imputación de una conducta penalmente relevante a los efectos de los arts. 197 y 198 Cpenal. Por eso, en rigor, su veracidad sólo podría afirmarse con fundamento en la existencia de verdadera prueba de cargo, tratada de forma contradictoria en un juicio. Algo que no se ha dado y que tampoco cabe en esta causa». (F. J. 1º)

## **PRUEBA. Intervención telefónica. Control judicial de las medidas y sus prórrogas.**

Recurso: Casación nº 638/2004P

Ponente: Sr. García Pérez

Sentencia nº 586/2005 de fecha 21/04/2005

«...» Ciertamente que los autos de prórroga aparecen concatenados al primero, pero consta en las actuaciones que tales autos sucesivos se adoptaban tras nuevas informaciones detalladas que aportaba la Policía y que incluían transcripciones de lo que hasta entonces se venía escuchando...

... Pero las hojas constan unidas a las actuaciones, nada exige que todos los folios estén firmados o rubricados por el Sr. Secretario; y lo que sí aparecen en las actas de cotejo, después del cuerpo en que figura la presencia no sólo de secretario, sino también del juez, son sendas firmas bajo el título "el Juez" y "Secretario Judicial"; lo que responde a lo preceptuado en los arts. 280 y 281 LOPJ...»». (F.J.1º)

## **PRUEBA. Intervención telefónica. Control judicial de transcripciones policiales.**

Recurso: Casación nº 1325/2004

Ponente: Sr. Saavedra Ruiz

Sentencia: nº 515/2006 de fecha 04/04/2006

«Tampoco ha existido falta de control judicial sobre las transcripciones policiales de esas conversaciones telefónicas. Como hemos dicho en numerosas ocasiones (entre otras, STS 719/2.003), dicho control en sede instructora, previo a la autorización de prórrogas, ha de entenderse cumplido con la mera aportación de estas transcripciones y su unión a los autos. La transcripción de las conversaciones y la verificación de su contenido con el original o cotejo no dejan de ser funciones

instrumentales, ordenadas a un mejor "confort" y economía procesal. Sólo si se prescinde de la audición de las cintas originales en la vista oral y se sustituye por el contenido escrito de las transcripciones, debe preconstituirse la prueba con absoluta regularidad procesal, con intervención del Secretario y de las partes, aunque la contradicción siempre puede salvarse en el plenario, siendo una cuestión atinente a las normas que rigen la práctica de la prueba. Otra vía de introducción de la prueba en el plenario es la testifical prestada en el mismo por los funcionarios que hayan percibido directamente el objeto de la prueba (las conversaciones). Como dice la STS 1.112/2.002, *"su introducción regular en el plenario lo será primordialmente mediante la audición directa del contenido de las cintas por el Tribunal, fuente original de la prueba. Ahora bien, también es admisible mediante la lectura en el juicio de las transcripciones, diligencia sumarial documentada, previamente cotejadas por el Secretario con sus originales, e incluso por testimonio directo de los agentes encargados de las escuchas"*. (F. J. 3º)

### **PRUEBA. Intervención telefónica. El acudir a "noticias confidenciales" para motivar la diligencia no es suficiente.**

Recurso: Casación nº 947/2004P  
Ponente: Sr. García Pérez  
Sentencia nº 780/2005 de fecha 01/06/2005

«...» La naturaleza de la fuente de conocimiento específica, "noticias confidenciales", no permitía ponderar la necesidad y la proporcionalidad de la invasión que se acordaba en el derecho al secreto de las comunicaciones. El auto base no respetaba ese derecho fundamental....»». (F.J. 4º)

### **PRUEBA. Intervención telefónica. La falta de notificación al Ministerio Fiscal no afecta al derecho de defensa del acusado.**

Recurso: Casación nº 422/2006  
Ponente: Sr. Maza Martín  
Sentencia: nº 1187/2006 de fecha 30/11/2006

«c) Y, finalmente, la inexistencia de notificación al Fiscal de la realización de las "escuchas".

A este respecto, es sobradamente sabido que el Ministerio Público se encuentra permanentemente personado en las actuaciones, con capacidad propia para tomar conocimiento de las mismas, por lo que no es necesaria la notificación a la que se refiere el Recurso, máxime cuando no se aprecia en qué forma esa

ausencia pudiera haber afectado al derecho de defensa, siendo el Juez Instructor, en nuestro sistema, sobre quien recae la responsabilidad de tutela de los derechos de los investigados, mientras que transcurren las intervenciones, y sobre todo cuando el propio Fiscal no sólo no ha suscitado esta cuestión sino que impugna expresamente el motivo de la parte». (F. J. 1º)

## **PRUEBA: Intervención telefónica. Motivación. Remisión del auto al oficial policial.**

Recurso: Casación nº 492/2004 P

Ponente: Sr. Colmenero Menéndez de Luarca

Sentencia: nº 1090/2005 de fecha 15/09/2005

«En cuanto a la falta de motivación, hemos señalado en anteriores ocasiones que es posible, aunque no deseable, la motivación por remisión a la solicitud policial, si bien limitada estrictamente a la aceptación de los datos objetivos que consten en la misma y no a las razones que de los mismos se extraigan para acordar la restricción del derecho fundamental, pues este es un aspecto que solo concierne al Juez. En el caso, el auto judicial contiene además una constatación expresa de uno de los datos de mayor relieve dentro de los aportados en la solicitud policial, del que se deriva la relación posible del sospechoso con operaciones relacionadas con el tráfico de drogas, lo que pudo justificar la adopción de la medida ahora cuestionada.

En lo que se refiere a la valoración de estos datos como indicios suficientes, hemos exigido en resoluciones anteriores, (STS nº 75/2003, de 23 de enero, entre otras), que “consten los indicios que el órgano jurisdiccional ha tenido en cuenta como apoyo para considerar razonable y fundada la sospecha acerca de la comisión de un delito y de la participación en él del sospechoso. En este sentido, no es necesario que se alcance el nivel de los indicios racionales de criminalidad, propios de la adopción del procesamiento. Es de tener en cuenta, como recuerda la STS de 25 de octubre de 2002, que en el momento inicial del procedimiento en el que ordinariamente se acuerda la intervención telefónica no resulta exigible una justificación fáctica exhaustiva, pues se trata de una medida adoptada, precisamente, para profundizar en una investigación no acabada (STS 1240/1998, de 27 noviembre, y STS 1018/1999, de 30 setiembre), por lo que únicamente pueden conocerse unos iniciales elementos indiciarios. Pero sin duda han de ser superadas las meras hipótesis subjetivas o la simple plasmación de la suposición de la existencia de un delito o de la intervención en él de una determinada persona, pues en ese caso la invasión de la esfera de intimidad protegida por un derecho fundamental dependería exclusivamente del deseo del investigador, sin exigencia de justificación objetiva de ninguna clase, lo que no es tolerable en un sistema de derechos y libertades efectivos.

Tales indicios, despojados de la retórica que en algún caso pueda acompañar su presentación, han de ser entendidos, pues, como datos objetivos, que por su

naturaleza han de ser susceptibles de verificación posterior, que permitan concebir sospechas que puedan considerarse razonablemente fundadas acerca de la existencia misma del hecho que se pretende investigar, y de la relación que tiene con el mismo la persona que va a resultar directamente afectada por la medida. Han de ser objetivos “en un doble sentido. En primer lugar, en el de ser accesibles a terceros, sin lo que no serían susceptibles de control. Y, en segundo lugar, en el de que han de proporcionar una base real de la que pueda inferirse que se ha cometido o se va a cometer el delito sin que puedan consistir en valoraciones acerca de la persona” (STC 184/2003, de 23 de octubre). Y su contenido ha de ser de tal naturaleza que “permitan suponer que alguien intenta cometer, está cometiendo o ha cometido una infracción grave o en buenas razones o fuertes presunciones de que las infracciones están a punto de cometerse (Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 6 de septiembre de 1978 –caso Klass– y de 15 de junio de 1992 –caso Ludí–) o, en los términos en los que se expresa el actual art. 579 LECrim, en «indicios de obtener por estos medios el descubrimiento o la comprobación de algún hecho o circunstancia importante de la causa» (art. 579.1 LECrim) o «indicios de responsabilidad criminal» (art. 579.3 LECrim) (SSTC 49/1999, de 5 de abril, F. 8; 166/1999, de 27 de septiembre, F. 8; 171/1999, de 27 de septiembre, F. 8; 299/2000, de 11 de diciembre, F. 4; 14/2001, de 29 de enero, F. 5; 138/2001, de 18 de junio, F. 3; 202/2001, de 15 de octubre, F. 4)”. (STC 167/2002, de 18 de setiembre)”.

En el caso, el Juzgado ha valorado expresamente el dato relativo a la relación del sospechoso con un vehículo utilizado en otras operaciones de tráfico de drogas, lo cual es un hecho objetivo comprobado por la previa observación policial, como también lo es la existencia de antecedentes mencionada por la Guardia Civil, verificada después al menos parcialmente, pues como consta en el hecho probado, el sospechoso inicial, Adrian Cardona, había sido condenado en 1992 por un delito contra la salud pública a la pena de diez años de prisión mayor». (F.J.2º)

## **PRUEBA. Intervención telefónica. Motivación. Remisión del auto al oficio policial. Defectos en la motivación y en el oficio policial.**

Recurso: Casación nº 2785/2002

Ponente: Sr. Colmenero Menéndez de Luarca

Sentencia nº 178/2005 de fecha 15/02/2005

«..» Así pues, la motivación en cuanto a los hechos que justifican la adopción de la medida, debe contemplar la individualidad de cada supuesto en particular, y puede hacerlo remitiéndose a los aspectos fácticos contenidos en el oficio policial en el que se solicita su adopción. No se trata desde luego de una práctica recomendable, a pesar de la frecuencia con la que se recurre a ella, pero no determina por sí misma la nulidad de lo actuado.

Es preciso, por tanto, que consten los indicios que el órgano jurisdiccional ha tenido en cuenta como apoyo para considerar razonable y fundada la sospecha acerca de la comisión de un delito y de la participación en él del sospechoso. En este sentido, no es necesario que se alcance el nivel de los indicios racionales de criminalidad, propios de la adopción del procesamiento. Es de tener en cuenta, como recuerda la STS de 25 de octubre de 2002, que en el momento inicial del procedimiento en el que ordinariamente se acuerda la intervención telefónica no resulta exigible una justificación fáctica exhaustiva, pues se trata de una medida adoptada, precisamente, para profundizar en una investigación no acabada (STS 1240/1998, de 27 noviembre, y STS 1018/1999, de 30 setiembre), por lo que únicamente pueden conocerse unos iniciales elementos indiciarios. Pero sin duda han de ser superadas las meras hipótesis subjetivas o la simple plasmación de la suposición de la existencia de un delito o de la intervención en él de una determinada persona, pues en ese caso la invasión de la esfera de intimidad protegida por un derecho fundamental dependería exclusivamente del deseo del investigador, sin exigencia de justificación objetiva de ninguna clase, lo que no es tolerable en un sistema de derechos y libertades efectivos...”...

... Cuando la decisión judicial ha de basarse exclusivamente en la solicitud policial, tales datos deben figurar en la misma, constituyendo su base y justificación; y asimismo deben aparecer en la resolución judicial. Aun en los casos en que se remita a aquella, habrá de hacerlo de tal forma que quede de manifiesto que el Juez ha aceptado provisionalmente la existencia de los indicios alegados y que ha procedido a su valoración en el ámbito de la proporcionalidad y necesidad de la medida, de modo que al menos consten los elementos que permitan la comprobación posterior de su concurrencia. Es decir, que de alguna forma debe constar en la resolución judicial que el Juez ha realizado una valoración de la situación y de los intereses en conflicto.

Como ya hemos advertido, es frecuente, aunque no deseable, que la fundamentación fáctica de las resoluciones judiciales en esta materia haya de buscarse en el oficio policial que solicita la intervención telefónica más que en el cuerpo de la propia resolución judicial, que es donde debería aparecer. Ello por sí mismo no da lugar a la nulidad de la resolución, pero hemos de aclarar una vez más que la remisión a la previa solicitud policial no puede extenderse más allá de los meros hechos objetivos que contenga, respecto de los cuales es posible que el Juez nada pueda añadir a lo que expone la Policía, pero nunca puede referirse a la expresión de las razones que, sobre la base de esos datos, puedan justificar la intervención que se solicita, pues ese aspecto valorativo afecta a la comprobación de la proporcionalidad y necesidad de la medida lo cual es competencia del órgano jurisdiccional de manera exclusiva y excluyente...”>. (F.J. 2º)...

... Como se puede comprobar, en el oficio policial no se contienen otros datos fácticos que los que se refieren, de forma notoriamente imprecisa, a investigaciones anteriores y a antecedentes penales, respecto de los cuales no se concretan las fechas ni el contenido. Ningún dato se ofrece en relación con el hecho nuevo que se dice que se trata de investigar. No se describe una previa investigación ni, naturalmente, sus eventuales resultados. Nada que vincule a la persona cuyo teléfono se pretende intervenir con una operación concreta de tráfico de drogas, realizada por él o por los otros, ni tampoco en relación a posibles operaciones

concretas coetáneas a la investigación, sin precisar tampoco, para este hipotético caso, la relación del afectado por la medida con los aparentes autores de un hecho delictivo. Solamente, pues, sospechas y conjeturas, que, aunque pueden ser legítimas en cuanto basadas precisamente en los antecedentes penales y policiales de los sospechosos unidos a actividades que pudieran considerarse policialmente como no suficientemente claras, y que, en esa medida, pueden justificar el inicio de una investigación policial en búsqueda de los verdaderos indicios, no reúnen las características de éstos, como fundados en datos objetivos, que resultan necesarias para justificar la restricción de un derecho fundamental de tanta trascendencia para el individuo como el que garantiza el secreto de las comunicaciones...» (F.J. 3º)

### **PRUEBA. Intervención telefónica. Motivación acto habilitante.**

Recurso: Casación nº 2559/2004

Ponente: Sr. Sánchez Melgar

Sentencia: nº 55/2006 de fecha 03/02/2006

«Por lo que hace a la motivación de las resoluciones judiciales atinentes a la injerencia en el derecho al secreto de las comunicaciones (véase nuestra Sentencia 988/2003, de 4 de julio, que es seguida por la Sentencia 530/2004, de 29 de abril), como ha señalado igualmente la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (STC 167/2002, de 18/09, con cita de los numerosos precedentes jurisprudenciales del mismo Tribunal aplicables al caso), «tiene por fundamento la necesidad de justificar el presupuesto legal habilitante de la intervención y la de hacer posible su control posterior en aras del respeto del derecho de defensa del sujeto pasivo de la medida, habida cuenta de que, por la propia finalidad de ésta, dicha defensa no puede tener lugar en el momento de la adopción de la medida» (también STC 299/2000, de 11/12). Deben expresarse los indicios que existen acerca de la presunta comisión de un hecho delictivo grave por una determinada persona; número o números de teléfono y personas cuyas conversaciones han de ser intervenidas; tiempo de duración; quiénes han de llevarla a cabo y cómo; y los períodos en los que debe darse cuenta al juez para controlar su ejecución; particular relevancia tiene la necesidad de exteriorizar los datos o hechos objetivos que puedan considerarse indicios de la existencia del delito y la conexión de la persona o personas investigadas con el mismo, señalándose que «los indicios son algo más que simples sospechas pero también algo menos que los indicios racionales que se exigen para el procesamiento» o «sospechas fundadas en alguna clase de dato objetivo» (SSTC 171/1999, 299/2000 y 202/2001). Estos últimos han de manifestarse en el doble sentido de ser accesibles a terceros y de proporcionar una base real de la que pueda inferirse que se ha cometido o que se va a cometer el delito. Sigue diciendo la sentencia señalada en primer lugar (fundamento jurídico segundo) que ello es necesario para apreciar la conexión referida más arriba, pues el control constitucional exige verificar su razonabilidad y dicha relación se manifiesta en las sospechas, que no son circunstancias meramente anímicas, sino que precisan para ser fundadas apoyarse en datos objetivos que, insistimos, sean accesibles a terceros y tengan una base real sobre la comisión del hecho delictivo, sin que puedan consistir en valoraciones sobre las personas. La STC 299/2000, como recuerda la 167/2002, apunta igualmente a este respecto que «el hecho en que el presunto delito pueda consistir no puede servir como fuente de conocimiento de su existencia. La fuente del

conocimiento y el hecho conocido no puede ser la misma cosa». Por ello, habrá que indicar al menos en qué han consistido las investigaciones y sus resultados (elementos objetivos indiciarios), sin que por ello basten afirmaciones como «por investigaciones propias de este Servicio se ha tenido conocimiento...». También, aunque lo deseable es que la expresión de los indicios objetivos se exteriorice directamente en la resolución judicial, puede considerarse suficientemente motivada si, integrada con la solicitud policial, a la que puede remitirse, contiene los elementos necesarios». (F. J. 2º)

### **PRUEBA. Intervención telefónica. Repetición juicio para audición de cintas extraviadas y aparecidas durante tramitación recurso de casación.**

Recurso: Casación nº 444/2005 P

Ponente: Sr. Maza Martín

Sentencia: nº 412/2006 de fecha 06/04/2006

«...la corrección constitucional de las “escuchas” excluye por sí sola cualquiera posibilidad de declaración de nulidad del restante acervo probatorio obtenido en la investigación como consecuencia de aquellas, pero el valor probatorio del resultado de esas intervenciones telefónicas llevadas a cabo, en su día, por la policía, es puesto nuevamente a prueba, una vez afirmada desde el punto de vista constitucional, a la hora de comprobar si cumple también con las exigencias, éstas ya de mera legalidad ordinaria, para ostentar definitiva eficacia acreditativa por sí mismas, en sus propios resultados, o si, por el contrario, careciendo de dicho valor, precisan ser sustituidas por otros medios probatorios distintos que sí que lo posean.

Es aquí donde se ubican con precisión las alegaciones de los recurrentes referidas al quebrantamiento de forma consistente en la introducción en Juicio del resultado de aquellas diligencias mediante la lectura de unas transcripciones que ni habían sido cotejadas adecuadamente ni se encontraban a disposición del Tribunal ni de las partes, al haber sido extraviadas con anterioridad a la celebración de la Vista.

Quebrantamiento de forma que, según la óptica de quienes lo alegan, habría vulnerado su derecho a la defensa, causando por ende indefensión a los acusados, al no haber podido disponer de la práctica de una prueba del todo pertinente y necesaria, cual la audición de las cintas que contenían las grabaciones que finalmente serían utilizadas como pruebas de cargo definitivas por la Audiencia.

Y es que, en efecto, la Jurisprudencia de esta Sala ha venido afirmando la indudable importancia que el debido respeto a la iniciativa probatoria de la parte merece “...desde la perspectiva de las garantías fundamentales y el derecho a un “juicio justo” con proscripción de la indefensión, que garantiza nuestra Constitución (art. 24.2) y los Convenios internacionales incorporados a nuestro Ordenamiento jurídico por vía de ratificación” (SsTS de 16 de Octubre de 1995 o 23 de Mayo de 1996).

Pero también se recuerda con insistencia que ni ese derecho a la prueba es un derecho absoluto o incondicionado ni desapodera al Tribunal competente de su

facultad para valorar la pertinencia, necesidad y posibilidad de práctica de las pruebas propuestas, procediendo, en consecuencia, a su admisión o rechazo.

Es por ello que, para la prosperidad del Recurso basado en el cauce abierto por el referido artículo 850.2º de la Ley de ritos penal, ha de comprobarse que la prueba que se inadmite lo haya sido con carencia de motivación alguna, lo que nos aproximaría más al campo del derecho a la tutela judicial efectiva en relación con el principio de interdicción de la arbitrariedad, o que esa motivación haya de considerarse incorrecta, pues el medio probatorio era en realidad: a) **pertinente**, en el sentido de concerniente o atinente a lo que en el procedimiento en concreto se trata, es decir, que “venga a propósito” del objeto del enjuiciamiento, que guarde auténtica relación con él; b) **necesario**, pues de su práctica el Juzgador puede extraer información de la que es menester disponer para la decisión sobre algún aspecto esencial, debiendo ser, por tanto, no sólo pertinente sino también influyente en la decisión última del Tribunal, puesto que si el extremo objeto de acreditación se encuentra ya debidamente probado por otros medios o se observa anticipadamente, con absoluta seguridad, que la eficacia acreditativa de la prueba no es bastante para alterar el resultado ya obtenido, ésta deviene obviamente innecesaria; y c) **posible**, toda vez que no es de recibo el que, de su admisión, se derive un bloqueo absoluto del trámite o, en el mejor de los casos, se incurra en la violación del derecho, también constitucional, a un juicio sin dilaciones indebidas, en tanto que al Juez tampoco le puede ser exigible una diligencia que vaya más allá del razonable agotamiento de las posibilidades para la realización de la prueba que, en ocasiones, desde un principio se revela ya como en modo alguno factible. (SsTS de 22 de Marzo de 1994, 21 de Marzo de 1995, 18 de Septiembre de 1996, 3 de Octubre de 1997 y un largo etcétera; así como las SsTC de 5 de Octubre de 1989 o 1 de Marzo de 1991, por citar sólo dos; además de otras numerosas SsTEDH, como las de 7 de Julio y 20 de Noviembre de 1989 y 27 de Septiembre y 19 de Diciembre de 1990).

En este caso se trataba, como venimos diciendo, de la ausencia de audición, e incluso de la posibilidad de cotejo, de las grabaciones obtenidas por la policía, ya que las mismas se habían extraviado en el Juzgado y no pudieron ser remitidas, por ello, a la Sala enjuiciadora.

De este modo y en semejantes circunstancias, la respuesta inicialmente adecuada a las pretensiones de los Recursos, en este punto, no podría ser otra que la de su desestimación pues, aunque indudablemente la prueba era del todo pertinente y necesaria, a la vista de su incidencia final en el criterio del Juzgador, lo cierto es que había devenido imposible en la práctica y, en consecuencia, la decisión de la Sala de instancia era plenamente correcta y la única viable, en cuanto a la continuación del Juicio sin llevar a cabo la audición interesada.

Y todo ello, por supuesto, sin perjuicio del valor que pudiera otorgarse a la solución ofrecida por los Jueces de instancia, para acceder al contenido de esas grabaciones, que sería la tarea que habría de correspondernos seguidamente, una vez desestimados los motivos objeto de análisis en este momento.

Pero acontece, en este caso particular, una circunstancia verdaderamente excepcional, cual es el hallazgo de las cintas extraviadas, con posterioridad a la celebración del Juicio y encontrándose ya, pendiente de señalamiento, el presente



Recurso, de acuerdo con la información facilitada por la Audiencia en Oficio dirigido a esta Sala el pasado día 23 de febrero de 2006 y del que se dio oportuno traslado a las partes para su conocimiento.

Ello hace que lo que en principio fue la única decisión posible, es decir, la celebración del Juicio oral sin audición de las cintas, y la confirmación, por nuestra parte, de esa decisión, por mucho que ello pudiera suponer la privación de medios de prueba esenciales para las Defensas y sin perjuicio de las consecuencias que de ello pudieran derivarse, por razones sobrevenidas con posterioridad, los motivos casacionales que formulaban su queja a este respecto adquieren plena virtualidad, al resultar en este momento posible dar satisfacción a la pretensión referente a esa práctica probatoria.

El cotejo puede llevarse a cabo debidamente, así como la audición de las cintas ahora disponibles, dando lugar a una prueba practicada bajo los principios de oralidad, publicidad, inmediación y contradicción, rectores de nuestro sistema de enjuiciamiento penal.

De modo que se dé debido cumplimiento a la doctrina sentada al respecto por esta Sala en Sentencias como la de 29 de Octubre de 2003, cuando proclamaba:

*“Unidas a la causa las cintas originales, debe precisarse que su audición directa en el juicio, que es la forma en la que habitualmente deberá practicarse esta prueba, permite subsanar las irregularidades que pudieran haberse cometido en relación con las transcripciones, con su cotejo o en la audición realizada en la fase de instrucción.*

En la STS núm. 1954/2000, de 1 de marzo, se admitió expresamente que la transcripción mecanográfica, sea efectuada ya por la policía, ya por el Secretario Judicial, ya sea ésta íntegra o de los pasajes más relevantes, y ya esta selección se efectúe directamente por el Juez o por la Policía por delegación de aquél, en todo caso, esta transcripción es una medida facilitadora del manejo de las cintas, y su validez descansa en la existencia de la totalidad en la sede judicial y a disposición de las partes.

*Como dijimos más arriba, el material probatorio son en realidad las cintas grabadas y no su transcripción, que solo tiene como misión permitir un más fácil manejo de su contenido. Lo decisivo, por lo tanto, es que las cintas originales estén a disposición de las partes para que puedan solicitar, previo conocimiento de su contenido, su audición total o parcial. Las transcripciones, siempre que estén debidamente cotejadas bajo la fe pública del Secretario judicial, una vez incorporadas al acervo probatorio como prueba documental, pueden ser utilizadas y valoradas como prueba de cargo siempre que las cintas originales estén a disposición de las partes a los fines antes dichos, de manera que puedan contradecir las afirmaciones y argumentaciones que sobre su contenido se presenten como pruebas de cargo. Así lo ha entendido esta Sala en las STS núm. 960/1999, de 15 de junio; STS núm. 833/2001, de 14 de mayo, y STS núm. 1352/2002, de 18 de julio.”*

A la vez que también resulta posible, por otro lado, y así lo habrá de hacer la Audiencia por tratarse de una prueba plenamente pertinente y útil, la práctica de la prueba pericial de identificación de voz interesada por la Defensa de Alberto Paniagua, si es que resulta además posible porque en las cintas ahora disponibles se encuentra la grabación de aquellas conversaciones que a él se le atribuyen. (F. J. 4º)

....En consecuencia, procede la estimación de los motivos que plantearon los aludidos de quebrantamiento de forma relacionados con la analizada cuestión, a propósito de la no audición de las grabaciones por no encontrarse éstas a disposición de la Sala juzgadora en la fecha del Juicio, procediendo por ello, y sin posibilidad de entrar ya en el análisis de los restantes motivos planteados en los Recursos, la declaración de nulidad de dicho acto, ordenando la celebración de un nuevo enjuiciamiento, que se llevará a cabo por Tribunal con distinta composición del que participó en el Juicio que se anula, a fin de garantizar debidamente el derecho al Juez objetivamente imparcial de los acusados». (F. J. 5º)

## **PRUEBA. Intervención telefónica. Requisitos. No notificación a imputados.**

Recurso: Casación nº 492/2004 P

Ponente: Sr. Colmenero Menéndez de Luarca

Sentencia: nº 1090/2005 de fecha 15/09/2005

«En cuanto a que no se decretara el secreto de las actuaciones desde el primer momento en que se acuerda la intervención telefónica, tiene razón el recurrente en su censura, aunque solo desde un punto de vista formal. La adopción del acuerdo de proceder a la observación de las comunicaciones telefónicas supone la realización de un juicio de imputación de un delito por parte del Juez respecto de las personas respecto de las que existen indicios de la comisión del delito a cuya investigación se procede. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 118 de la LECrim, la incoación o la existencia del procedimiento debería ser comunicada inmediatamente a los imputados, salvo que se acordara el secreto de las actuaciones. Sin embargo, la propia naturaleza de la intervención telefónica implica que no pueda ser comunicada su existencia al sospechoso, pues de ser así carecería de toda utilidad, por lo que hemos de entender que el acuerdo de no proceder a la notificación, es decir, de mantener las actuaciones en secreto para el imputado, está materialmente implícito en el auto que acuerda la intervención.

La infracción denunciada tiene solo, pues, un carácter formal, por lo que no procede acceder a la declaración de nulidad que se pretende». (F.J. 13ª)

## **PRUEBA. Intervención telefónica. Requisitos. Regulación actual. Prórrogas y medidas de control. Requisitos para su inclusión en el acto de juicio como prueba.**

Recurso: Casación nº 372/2004

Ponente: Sr. Martínez Arrieta

Sentencia nº 864/2005 de fecha 22/06/2005

«...” Requisitos: En la resolución judicial en que se acuerda la medida judicial de escucha telefónica, deberán constar:

Los hechos investigados, o al menos, la parte de ellos respecto de los que es precisa la medida judicial; 2) la calificación jurídica de dichos hechos, esto es, el delito de que se trata. Sólo cabe la adopción de la medida cuando la investigación sea por un delito grave; 3) la imputación de dichos hechos y delito a la persona a quien se refiere la escucha; 4) la exteriorización de los indicios que el Juez ha de tener tanto sobre la persona como sobre el acaecimiento de los hechos constitutivos de delito; 5) el teléfono (o teléfonos) respecto del que se acuerda someter a escucha; 6) la relación entre el teléfono (o teléfonos) y las personas citadas en el anterior apartado 3), es decir, con las personas a quien se les imputa el delito grave; 7) el tiempo que habrá de durar la escucha, esto es, el plazo máximo de la intervención; 8) el período (o períodos) en los que se le debe dar cuenta al Juez del desarrollo de la escucha y de los resultados que se vayan obteniendo; 9) la persona o autoridad que solicita la medida o si se acuerda de oficio; 10) la persona o autoridad que llevará a cabo la intervención telefónica.

Durante la ejecución de la medida deberá existir un control judicial efectivo de la misma, para lo cual deberá el Juez tener puntual noticia del desarrollo de la misma y de los resultados que se vayan obteniendo. Al respecto debe distinguirse entre lo que puede constituir una posterior prueba (como son las grabaciones, sus transcripciones y la certificación de que éstas concuerdan con aquellas) y las actuaciones judiciales dirigidas a controlar la medida limitativa adoptada, pues en este caso –es decir, a los solos efectos de control– puede bastar con unas transcripciones que le permitan conocer la marcha de la intervención, sin perjuicio, de que si observara alguna circunstancia que exigiera un mayor control o un control más completo, el Juez debe proceder a oír las cintas grabadas o a examinar sus transcripciones debidamente certificadas.

La finalización de la medida también exige un control respecto al material en el que se contienen las escuchas telefónicas realizadas. Esta custodia y guarda debe enmarcarse en el ámbito de la protección de las pruebas obtenidas, las cuales deben estar a disposición de las partes en el proceso penal.

Al margen de lo indicado debe añadirse la necesidad de que al cese de la medida se le comunique al afectado y éste disponga de un recurso efectivo en cuyo

marco pueda discutir la legalidad de la intervención, sin perjuicio de su posible impugnación en el juicio oral...

... Regulación actual: Así pues, es admisible que la ley regule el contenido esencial y el resto sea complementado, siempre con carácter garantizador, por la Jurisprudencia. Por consiguiente, el sistema debe enjuiciarse en su conjunto. Primero, debe examinarse si existe una ley que regule el contenido esencial de la injerencia; y cuando a pesar de ello, ésta sea insuficiente, en segundo lugar, ha de analizarse cual es el marco de exigencias que la Jurisprudencia impone para aceptar como válida una escucha telefónica. Cuando el sistema en su conjunto (ley esencial + jurisprudencia exigente y garantizadora) cumple con los parámetros del Convenio y la doctrina del TEDH, no cabe afirmar que una escucha que cumple con dichos parámetros no sea válida...

... Prórrogas y medidas de control: En este caso, es perfectamente admisible que el Juez controle la intervención mediante la utilización de las transcripciones parciales que la policía aporte, pues, mediante ellas, el Juez puede tomar conocimiento suficiente del desarrollo de la medida y de lo que se ha ido obteniendo mediante la misma. Con dichas transcripciones puede llevarse a cabo un control adecuado de la intervención, permitiendo que se alce o se deniegue la prórroga cuando lo que se deduce del examen de las transcripciones carece de interés a los efectos de la investigación del delito grave que constituyó la razón de la intervención acordada...”». (F.J. 1º)...

... En definitiva, lo relevante para las resoluciones de prórroga es que el Juzgador disponga de los elementos de juicio necesarios para decidir, conforme a su ponderado criterio profesional, acerca de la necesidad y conveniencia de continuar o no la medida de investigación que se está realizando, constanding dichos elementos indiciarios en las actuaciones. Y en el caso actual consta que el Instructor disponía de informes sobre el avance y resultado de la investigación antes de la adopción de las decisiones de prórroga y ampliación...”». (F.J. 2º)...

... Requisitos de inclusión: Estos últimos son requisitos que se refieren al protocolo de incorporación del resultado probatorio al proceso, que es lo que convertirá el resultado de la intervención en prueba de cargo susceptible de ser valorada. Tales requisitos son: 1º) la aportación de las cintas, 2º) la transcripción mecanográfica de las mismas, bien íntegra o bien de los aspectos relevantes para la investigación, cuando la prueba se realice sobre la base de las transcripciones y no directamente mediante la audición de las cintas, 3º) el cotejo bajo la fe del Secretario Judicial de tales párrafos con las cintas originales, para el caso de que dicha transcripción mecanográfica se encargue -como es lo usual- a los funcionarios policiales, 4º) la disponibilidad de este material para las partes, 5º) y, finalmente, la audición o lectura de las mismas en el juicio oral, que da cumplimiento a los principios de oralidad y contradicción...”». (F.J. 2º)

## **PRUEBA. Intervenciones telefónicas.**

Recurso: Casación nº 2194/2003

Ponente: Sr. Andrés Ibáñez

Sentencia nº 364/2005 de fecha 28/03/2005

«..» Aquí, decir indicios es hablar de noticia atendible de delito, de datos susceptibles de valoración, por tanto, verbalizables o comunicables con ese mínimo de concreción que hace falta para que una afirmación relativa a hechos pueda ser sometida a un control intersubjetivo de racionalidad y plausibilidad. De otro modo, el juez no podría formar criterio -que es lo que la ley demanda- para decidir con rigor, en atención al caso concreto y de manera no rutinaria, acerca de la necesidad de la medida que se solicita.

Lo que la ley impone al juez que conoce de una solicitud de esta índole no es la realización de un acto de fe, sino de un juicio crítico sobre la calidad de los datos ofrecidos por la policía, que -es obvio- debe trasladarle toda la información relevante de que disponga. Así, no bastan las meras afirmaciones desnudas sobre la posible existencia de un delito en preparación o en curso. Éstas, para que fueran serias, tendrían que constituir el resultado de una inferencia realizada a partir de determinados presupuestos de investigación y observación, que necesariamente tienen que ser ofrecidos al encargado de decidir al respecto, esto es, al instructor. De otro modo, se le privará de las referencias precisas para valorar adecuadamente la pertinencia de la solicitud. O lo que es igual, en presencia de un oficio esquemático, pero convenientemente sazonado con ingredientes tales como: “grupo organizado”, “tráfico de estupefacientes a gran escala”, “antecedentes penales” o investigaciones precedentes por delitos de esa clase, “patrimonio elevado”, “contactos”... la única opción judicial posible sería la emisión automática de un auto accediendo a lo interesado. Algo equivalente a la efectiva delegación en la policía de atribuciones que son estrictamente judiciales.

Lo exigible en esta fase no es, desde luego, la aportación de un acabado cuadro probatorio. Pero sí que se pongan a disposición del juez aquellos elementos de juicio en virtud de los cuales la policía ha podido llegar, de forma no arbitraria, a la conclusión de la necesidad de implantar una medida tan grave como la injerencia en el ámbito de las comunicaciones telefónicas de algunas personas. Es decir, la aportación al juzgado por los agentes investigadores de las explicaciones relativas a su forma de actuación en el caso. Dicho con palabras del Tribunal Constitucional (sentencia nº 167/2002), cuando en la solicitud de intervención se afirma que el conocimiento del delito se ha obtenido por investigaciones, “lo lógico es exigir al menos que se detalle en dicha solicitud en qué ha consistido esa investigación”.

Por otra parte, en caso de incumplimiento o de un cumplimiento no satisfactorio de esa elemental exigencia legal, nada más fácil ni de más fácil

realización por el instructor que la solicitud de una ampliación de los datos, cuando los ofrecidos fueran insuficientes. La mayoría de las veces, un defecto semejante podría resolverse mediante la realización de una simple comparecencia.

Con el modo de actuar que se reclama, tanto la actividad policial como la judicial gozarían del grado de profesionalidad y rigor exigible en materias tan sensibles por su incisividad en derechos básicos. Y, además, las correspondientes actuaciones tendrían toda la eficacia para la persecución de los delitos de la que se les priva, lamentablemente, con las malas prácticas policiales y judiciales que, en ocasiones, desembocan en ineludibles declaraciones de nulidad.

Así las cosas, es claro el tipo de juicio requerido y cuya temporánea realización por el juez se ha de verificar cuando, como es el caso, aparece cuestionada por vía de recurso la existencia de los presupuestos habilitantes de una intervención telefónica y la corrección jurídica de su autorización. Un juicio que ha de operar con rigor intelectual con una perspectiva ex ante, o lo que es lo mismo, prescindiendo metódicamente del resultado realmente obtenido como consecuencia de la actuación policial en cuyo contexto se inscribe la medida cuestionada. Porque este resultado, sin duda persuasivo en una aproximación extrajurídica e ingenua, no es el metro con el que se ha de medir la adecuación normativa de la injerencia. De otro modo, lo que coloquialmente se designa como éxito policial sería el único y máximo exponente de la regularidad de toda clase de intervenciones; cuando, es obvio, que tal regularidad depende exclusivamente de que éstas se ajusten con fidelidad a la Constitución y a la legalidad que la desarrolla. Lo contrario, es decir, la justificación ex post, sólo por el resultado, de cualquier medio o forma de actuación policial o judicial, equivaldría a la pura y simple derogación del art. 11,1 LOPJ e, incluso, de una parte, si no todo, del art. 24 CE.

Esa obligada disociación del resultado finalmente obtenido de sus antecedentes, para analizar la adecuación de éstos, considerados en sí mismos, al paradigma constitucional y legal de pertinencia en razón de la necesidad justificada, es, precisamente, lo que tiñe de dificultad la actividad de control jurisdiccional y, con frecuencia, hace difícil también la aceptación pública de eventuales declaraciones de nulidad. Como ponía de manifiesto una sentencia de esta misma sala (de 21 de septiembre de 1999), que, a la vez, señalaba el alto significado pedagógico de decisiones de esa clase cuando dictarlas resulte obligado en una correcta lectura de los preceptos de referencia.

La exigencia de cierta concreción en los datos de apoyo de una solicitud de escucha telefónica es presupuesto obligado de la dirigida al Juez, que le impone un juicio motivado, suficiente, tanto sobre la proporcionalidad e idoneidad de la medida a tenor del delito de que pudiera tratarse, como sobre la necesidad de su adopción, y acerca del fundamento indiciario de la atribución de una implicación en aquél al titular de la línea. El Tribunal Constitucional ha señalado que la autorización judicial ha de ser “específica”, es decir, debe “atender a las circunstancias concretas”, y tiene que ser también “razonada” (STC 181/1995)...». (F.J. 1º)

## **PRUEBA. Intervenciones telefónicas. Condición de las cintas.**

Recurso: Casación nº 635/2003

Ponente: Sr. García Pérez

Sentencia nº 1561/2004

«...” Achaca el recurso a las actuaciones procedimentales relacionadas con las cintas que: 1) los Letrados de las defensas no han podido oír la totalidad de las cintas, 2) cuando eran escuchadas las cintas estaba presente un miembro de la Guardia Civil para la manipulación, 3) la transcripción de las cintas no se realizaron a presencia judicial y con la intervención de las partes. Todo ello no afectaría a la constitucionalidad de las intervenciones sino a la validez ordinaria del medio probatorio, y, además, el primer reproche no puede dirigirse al órgano jurisdiccional pues fue la parte quien debió promover lo que le interesara; respecto al segundo reproche, si en la declaración estaba presente el Juez y el Secretario, no era trascendente que la máquina reproductora fuera manejada por un agente de la Guardia Civil, aunque se tratara de uno de los intervinientes en las primeras diligencias policiales tras la detención de Sixto, con el incidente en ellas habido en contra de los guardias; y en la transcripción de las cintas bastó la presencia de quien debía dar fe de ello, con arreglo al art. 281 LOPJ, sin perjuicio de que las partes pudieran solicitar la asistencia. Por lo demás, los Letrados, que tuvieron la oportunidad de conocer las transcripciones, también la tuvieron para pedir que los interrogatorios se extendieran a los particulares de ellas que les resultaran interesantes...”». (F.J. 2º)

## **PRUEBA. Intervenciones telefónicas. Efectos de ilicitud. Voto particular.**

Recurso: Casación nº 1023/2003

Ponente: Sr. Giménez García

Sentencia nº 1440/2004 de fecha 09/12/2004

«...” Por ello resulta imprescindible el análisis concreto e individualmente en cada caso, así como la valoración de todos los factores concurrentes para determinar si dicha confesión puede estar afectada de un déficit sensible de libertad en la capacidad de autodeterminación, ya se trate en supuesto como el que se refiere el Tribunal Constitucional en la sentencia que se ha comentado, o en otros supuestos más sutiles pero con capacidad de producir el mismo efecto obstativo como serían los casos de sugestión-inducción ante la evidencia del hallazgo de la droga careciendo de toda advertencia sobre la ilegalidad --cierta o posible-- de la prueba en la que se consiguió dicha droga.

En el caso de autos, un examen de las actuaciones pone de manifiesto que la recurrente, en el Plenario estaba, lógicamente, asistida de su letrado, que fue instruida de sus derechos constitucionales y esto resulta especialmente relevante que igualmente ella y la otra condenada, Olga Venegas, estaban advertidas de la posible nulidad de las intervenciones telefónicas en la medida que ambas defensas las habían impugnado en sus escritos de conclusiones provisionales --folios 201 y 209--, y además, lo reiteraron en el trámite de la Audiencia Preliminar, conociendo que tal cuestión la resolvería el Tribunal en sentencia porque así se advirtió. Estaban presentes de forma cumplida las garantías materiales para estimar que la imputada estaba totalmente informada de la situación y de sus consecuencias...”». (F.J. 2º)...

... Consecuentemente, toda información de contenido incriminatorio en cuya obtención se haya vulnerado, directa o indirectamente, un derecho fundamental; es decir, todo dato de cargo que de cualquier forma pueda tener que ver con esa vulneración, sólo puede ser procesal y penalmente ilegítimo.

Así las cosas, la afirmación de que un interrogatorio realizado en virtud de lo que se conoce a través de una intervención institucional ilegítima, sólo porque producido conforme a las exigencias formal-legales que se han señalado, habría dejado de tener que ver con el resultado de aquélla, es argumentalmente falaz.

Primero, porque la satisfacción de esas exigencias de tutela del declarante tiene efecto actual, en el acto concreto, pero no retroactúa sobre los antecedentes o presupuestos informativos o, en general, procesales, de la propia declaración. En segundo término, porque no está al alcance de las declarantes -ni de nadie- convertir lo inconstitucionalmente ilegítimo en legítimo. Y, tercero, porque visto el propósito de éstas de eludir la condena defendiéndose en el juicio, sólo cabe concluir que si confesaron como lo hicieron fue por pura ignorancia del contexto procesal en que se producían sus manifestaciones, lo que claramente sugiere un déficit objetivo de defensa...

... Así, en definitiva, la conclusión necesaria es, pues, primero, que el art. 11,1 LOPJ descalifica los efectos directos y los indirectos que puedan extraerse de las pruebas ilegítimamente obtenidas. Y lo hace de forma tan radical y de tal claridad expresiva que incluso tendrían que resultar comprendidos los posibles efectos “naturales” de aquéllas, si es que efectivamente los hubiere, ya que “donde la ley no distingue...”. Y, en segundo término, que por lo razonado, el hilo conductor que liga las interceptaciones telefónicas y la información (mal) obtenida a través de ellas con el interrogatorio y la confesión de las recurrentes es de naturaleza institucional, formal y (anti)jurídica. De tal manera que entre ambos momentos, para decirlo con la terminología acuñada en la STC 81/1998, existiría en todo caso “conexión de antijuridicidad”...”». (VOTO PARTICULAR)



## **PRUEBA. Intervenciones telefónicas: Incorporación al acto del juicio.**

Recurso: Casación nº 2422/2003  
Ponente: Sr. Martínez Arrieta  
Sentencia nº 142/2005 de fecha 07/02/2005

«...” Ahora bien, esa consideración de regularidad en la realización de la injerencia en el secreto de las comunicaciones no permite su consideración como medio de prueba. Decíamos que esa consideración parte de su correcta entrada en el proceso de enjuiciamiento, bien por la audición de las conversaciones, bien por la lectura de las transcripciones documentadas, bien por la indagación de los contenidos de las conversaciones.

En el acta del juicio oral se comprueba que las partes del enjuiciamiento no solicitaron su audición. Tampoco se dio lectura a su contenido y, expresamente, las defensas impugnaron la documentación de las conversaciones intervenidas, al tiempo que negaron la realización de las conversaciones. El contenido de las conversaciones no fue objeto de prueba y el tribunal no las percibió en el juicio. Pese a la impugnación de la documental, el tribunal afirma que su convicción sobre los hechos se apoya en la documentación de las transcripciones afirmando la correspondencia con las voces de los acusados a un criterio de experiencia que no es propio, sino policial: "Aunque las voces en un principio no pueden ser identificadas, sí es ello posible cuando se han oído varias conversaciones.. consiguiendo la identificación de cada persona que habla". De ser cierto que el tribunal ha oído las cintas, lo ha hecho fuera del plenario, por lo que la actividad probatoria desplegada carecería de la nota de contradicción en la determinación de la prueba y habría sido incorporada al acervo probatorio "ex officio" por el tribunal, pues la misma no fue solicitada por la acusación, lo que vulneraría el principio acusatorio en orden a la presentación de la prueba por parte de la acusación...”».  
(F.J. UNICO)

## **PRUEBA. Intervenciones telefónicas. Indicios no suficientes.**

Recurso: Casación nº 1703/2003  
Ponente: Sr. García Ancos  
Sentencia nº 126/2005 de fecha 07/02/2005

«...” Sin embargo, y en contra de ello, entendemos que esa prueba indiciaria no es suficiente por si sola para calificar los hechos y su autoría del modo en que se hizo, y ello porque en general, y ésta no es una excepción, el resultado de las escuchas telefónicas aisladamente consideradas en si mismas, es muy difícil que puedan servir de prueba indiciaria que desvirtúe la presunción de inocencia, ya que más bien sirven, o bien para fortalecer las iniciales sospechas de comisión delictiva y favorecer la investigación, o también para completar o corroborar las pruebas de cargo o indiciarias obtenidas por otras vías probatorias. Y es que si considerásemos que ellas solas tienen suficiente fuerza y fiabilidad inculpatoria, tendríamos que interpretarlas necesariamente de modo extensivo en contra del reo y ello debido a que, como viene a reconocer el propio Tribunal sentenciador, este tipo de conversaciones se producen empleando un lenguaje críptico o en clave difícil de traducir, traducción siempre expuesta a errores.

Con esas aseveraciones, no queremos decir que las conversaciones telefónicas carezcan de toda entidad probatoria, sino, insistimos, esa entidad o fuerza probatoria aparece siempre como complementaria de otras sin las cuales podríamos decir que caen en el vacío...”». (F.J. UNICO)

## **PRUEBA. Intervenciones telefónicas. Medidas proporcionadas en caso de cohecho y revelación de secretos.**

Recurso: Casación nº 692/2003

Ponente: Sr. Martín Pallín

Sentencia nº 1194/2004 de fecha 07/12/2004

«...” En este caso la investigación versaba sobre la utilización de los bancos de datos personales de un organismo oficial para venderlos a terceros a cambio de un precio. Existía constancia, desde el comienzo de las actuaciones, que estos datos que afectaban a una gran cantidad de personas se relacionaban con aspectos de su privacidad o datos de las mismas que no podían ser conocidos y utilizado nada más que por los órganos encargados de recabarlos y custodiarlos y para los fines estrictamente previstos por la Ley Orgánica Reguladora del Tratamiento de Datos personales. La intensa y extensa afectación a un derecho fundamental a través de una conducta cometida desde el interior de los aparatos administrativos, prevaleciendo de la función y faltando a los deberes de lealtad y sigilo, constituyen una alteración en el funcionamiento de los organismos públicos que, independientemente de la entidad punitiva del hecho, debe ser considerada como grave a los efectos de estimar como proporcionada, la decisión del juez...”». (F.J. 2º)

## **PRUEBA. Intervenciones telefónicas. Motivación.**

Recurso: Casación nº 471/2004P  
Ponente: Sr. Granados Pérez  
Sentencia nº 61/2005 de fecha 20/01/2005

«...» Exigir una justificación fáctica exhaustiva se compaginaría mal con una investigación que, aunque iniciada, precisa de ese medio de observación precisamente para aportar mayores indicios sobre la realización de graves conductas delictivas y sobre las personas que puedan estar implicadas, sin que pueda confundirse lo que es una línea de investigación con los indicios inequívocamente incriminatorios que permiten dictar el auto de procesamiento o que obtenidos en el acto del plenario constituyen la prueba de cargo en los que puede sustentarse una sentencia condenatoria...

... Se trata, por consiguiente, de que al solicitarse esta injerencia en un derecho constitucionalmente protegido se aporten cualquier tipo de dato fáctico o "buenas razones o fuertes presunciones de que las infracciones están a punto de cometerse (Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 6 de septiembre de 1978, caso Klass, y de 5 de junio de 1992, caso Lüdi)"; en otros términos, algo más que meras sospechas, pero algo menos que los indicios racionales que se exigen por el art. 384 LECrim para el procesamiento (SSTC 49/1999, de 4 de abril, 299/2000, de 11 de diciembre, 138/2001, de 17 de julio y 167/2002, de 18 de septiembre...»». (F.J. 1º)

## **PRUEBA. Intervenciones telefónicas ilícitas. Nulidad de sentencia.**

Recurso: Casación nº 17/2004P  
Ponente: Sr. Puerta Luis  
Sentencia nº 336/2005 de fecha 15/03/2005

«...» debiendo concretarse en la resolución judicial habilitante qué se investiga, a quién se investiga y cuál es la fuente de conocimiento de su posible implicación en el hecho a investigar (v. SS. TS. 15 de abril de 1999 y 19 de junio de 2000)...

... En todo caso, y para concluir, hemos de reiterar que, para que la autoridad judicial pueda autorizar la medida restrictiva del derecho al secreto de las comunicaciones, es necesaria la existencia de unos datos o indicios objetivables, que permitan el potencial control de la medida; habiendo declarado el Tribunal Constitucional que “la idea de dato objetivo indiciario tiene que ver con la fuente de conocimiento del presunto delito, cuya existencia puede ser conocida a través de ella. De ahí que el hecho en que el presunto delito puede consistir no pueda servir como fuente de conocimiento de su existencia. La fuente de conocimiento y el hecho conocido no pueden ser la misma cosa” (v. SS TC 299/2000 y 202/2001, de 15 de octubre). En cualquier caso –como ha precisado también el propio TC- la clásica expresión estereotipada “según investigaciones propias de este Servicio” no puede considerarse válida y suficiente a los efectos aquí examinados, pues los funcionarios policiales solicitantes de la restricción del derecho deben manifestar en sus oficios cuáles han sido sus fuentes de conocimiento de los datos o indicios en méritos de cuáles formulen sus solicitudes. En este mismo sentido, la STC 138/2001, de 18 de junio, considera insuficiente a estos efectos la sola fundamentación de la sospecha en la existencia de una investigación, sin explicar la técnica utilizada ni la fuente de conocimiento, y en la que no se da más dato que la pretendida dedicación al tráfico de drogas, domicilio y número de teléfono de la investigada. En todo caso, sin embargo, como ha tenido ocasión de declarar este Tribunal, “no es razonable requerir pruebas o indicios contundentes de la comisión de un delito (...), bastará para su adopción la existencia de razonables sospechas, ponderadas en cada caso por la autoridad judicial competente, ..” (v. STS de 26 de marzo de 2001).

Por lo demás, la jurisprudencia viene admitiendo la validez tanto de la motivación por referencia a los oficios policiales (v. SS TC 49/1999, de 5 de abril y 126/2000, de 16 de mayo y STS de 11 de mayo de 2001), como la utilización de impresos o modelos de resolución debidamente integrados con los datos precisos de cada caso, (v. SSTS 18 de junio de 1999 y de 17 de noviembre de 2000)... (F.J. 3º)...

... El Tribunal de instancia, por su parte, al examinar esta cuestión, se ha limitado a decir que “aparecen suficientemente razonadas y fundadas las peticiones y respectivos autos”, sin mayor concreción (v. FJ 8º), por lo que nada añade a cuanto queda expuesto...”». (F.J. 4º)

## **PRUEBA. Inviolabilidad del domicilio. Ausencia del interesado, detenido, en el registro.**

Recurso: Casación nº 2131/2003  
Ponente: Sr. Soriano Soriano  
Sentencia nº 358/2005 de fecha 22/03/2005

«...” La explicación es clara, ya que el mandamiento de entrada y registro se ajustaba en todo a la normativa constitucional, por lo que no existió violación del derecho a la intimidad, que determinaría la nulidad radical de la diligencia con todas sus consecuencias probatorias (art. 11 L.O.P.J.). Sin embargo, a pesar de la corrección constitucional y ausencia de vulneración de derechos fundamentales, la diligencia incidió en un vicio de legalidad ordinaria al no hallarse presente el interesado, a la sazón detenido. Ello restaba garantías a la eficacia probatoria de la diligencia. No obstante, tal ausencia no impide el acreditamiento de la circunstancia por otras vías legítimas como, por ejemplo, el reconocimiento de los hechos realizado en el plenario por el propio recurrente, a pesar de hallarse informado y ser conocedor del déficit procesal del registro. También fue confirmado por los agentes de la policía judicial que participaron en la diligencia de entrada y registro...”». (F.J. 19º)

## **PRUEBA. Inviolabilidad del domicilio. Presencia del interesado en el registro.**

Recurso: Casación nº 642/2004  
Ponente: Sr. Berdugo Gómez de la Torre  
Sentencia nº 183/2005 de fecha 18/02/2005

«...” El interesado cuya presencia exige el art. 569 LECrim. es el titular del domicilio registrado, cualidad que se ostente con independencia de que se tenga o no la condición de propietario o arrendatario. No es lo relevante la dimensión patrimonial de estos derechos sino el derecho personalismo o la intimidad, que corresponde a quien por cualquier título o sin él tiene en el domicilio que ocupa el ámbito material de su privacidad. Pero al mismo tiempo, en la medida en que la diligencia autorizada judicialmente sea una prueba preconstituida con eficacia demostrativa como prueba de cargo, es interesado el imputado, cuya presencia se dirige a satisfacer exigencias del principio de contradicción, para que aquella tenga validez probatoria. El hecho de que la cualidad de imputado en el procedimiento y de titular del domicilio registrado normalmente coinciden no debe ocultar que es la segunda la que específicamente determina la condición de interesado "a que se refiere el art. 569 LECrim.". Así resulta claramente de las referencias al interesado contenidas en los arts. 550, 566 y 570 LECrim. Por lo que en definitiva, el interesado cuya presencia exige el art. 569 es el titular del domicilio registrado, que es el que, en su caso, puede consentir la entrada y el que debe recibir la notificación del auto judicial que lo autoriza, sin perjuicio del derecho que al imputado corresponda en su condición de tal de intervenir en la diligencia de registro. Son numerosas las sentencias de esta Sala en las que se mantiene la validez y eficacia de los registros efectuados ausente la persona investigada siempre que hubiesen estado presente el titular del domicilio, o en el caso de ser varios los moradores del domicilio registrado, es suficiente la presencia de cualquiera de ellos en la diligencia, incluso cuando no se corresponda con el investigado (SSTS. 12.3.96, 19.1.99, 11.2.2000).

Más tajante y ya uniforme resulta la jurisprudencia en exigir en todo caso la presencia del interesado -persona investigada- en la realización del registro en aquellos casos en los que se halle detenido y aun en el supuesto en que sea distinta del titular del domicilio o este se halle presente o rehuse su presencia en la diligencia. Tal presencia, se dice, si es posible, viene reclamada por las exigencias contradictorias de que debe rodearse toda diligencia de prueba y más por las características de los registros domiciliarios en los que la ausencia de contradicción en el acto mismo en que se lleva a cabo no puede cumplirse por la actividad contradictoria que posibilita el debate del juicio oral (SSTS. 21.11.97, 27.10.99). El Tribunal Constitucional sin embargo para los supuestos en que el acusado no estuvo presente en la diligencia de registro del domicilio en que fue localizada la droga, pero si lo estuvo su compañera sentimental la titular del domicilio, vino a declarar que aquella ausencia es constitucionalmente irrelevante y no lesiona el derecho a la inviolabilidad del domicilio (STC. 171/99 de 27.9)...». (F.J. 9º)

**PRUEBA. Justificación de la incomparecencia a declarar en plenario de víctima menor. Superior interés del menor. Suficiencia de la exploración anticipada grabada y reproducida en el juicio.**

Recurso: Casación nº 1181/2006

Ponente: Sr. Martínez Arrieta

Sentencia: nº 151/2007 de fecha 28/02/2007

«...En el presente caso el problema que se plantea es el de la necesidad de la prueba en el juicio oral. Para su examen hemos de atender no sólo a las normas procesales y al contenido esencial del derecho de defensa, también a los derechos del menor en el proceso penal que como víctima es llamado a proporcionar los datos del hecho enjuiciado.

En la valoración sobre la necesidad, como hemos expuesto, ha de ponderarse, de una parte, el derecho del acusado a interrogar al testigo directo y someter a contradicción su testimonio, que integra el derecho al proceso con todas las garantías del art. 24.2 CE y que se encuentra reconocido expresamente en el párrafo 3 del art. 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos como una garantía específica del derecho al proceso equitativo del art. 6.1 del mismo (STEDH de 19 de diciembre de 1990, caso Delta) y el derecho del menor a la protección de su libre desarrollo de la personalidad y la protección de la infancia. En los términos de la STS 429/2002, de 8 de marzo, “La LO 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, que, en efecto, es desarrollo tanto del art. 39.4 CE como de la Convención de los Derechos del Niño aprobada en las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989, y en vigor en España desde el 5 de enero de 1991, menciona en el art. 11.2, como dos de los principios rectores de la actuación de los poderes públicos en su actuación de protección del menor, “la supremacía del interés del menor” y “la prevención de todas aquellas situaciones que puedan perjudicar su desarrollo personal” y dispone en el art. 13.3 que en las actuaciones de protección “se evitará toda interferencia innecesaria en la vida del menor”. Y en el art. 17 de la misma LO se contiene el mandato a cuyo tenor “en las situaciones de riesgo de cualquier índole que

perjudiquen el desarrollo personal y social del menor, (...) la actuación de los poderes públicos deberá garantizar en todo caso los derechos que le asisten y se orientará a disminuir los factores de riesgo y dificultad social que incidan en la situación personal y social en que se encuentra". El art. 3.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 44/25, de 20 de noviembre de 1989 y en vigor desde el 2 de septiembre de 1990, precisa que "en todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño".

Esta jurisprudencia, que atiende al superior interés del menor en el enjuiciamiento penal, cuando éstos son testigos del hecho criminal, compaginando las exigencias que su específica protección con las que en el derecho procesal penal corresponden al acusado de un hecho delictivo, particularmente a oír los testimonios en su contra y a formular preguntas al testigo de cargo (art. 6.3.d del CEDH), obliga a una búsqueda de un equilibrio, una ponderación entre los intereses descritos, ponderación que ha de ser racional y explicitada en la motivación de la resolución que se dicte.

El tribunal de instancia ha justificado la ausencia en el juicio oral de la víctima, se recuerda de tres años al tiempo de los hechos objeto del enjuiciamiento en el hecho de que esa declaración, y el sometimiento a nuevas pericias, había sido desaconsejado por los profesionales que la trataban bajo pena de agravar las secuelas derivadas de su condición de víctima, y en resultar ello de los principios básicos recogidos en la Exposición de Motivos de la LO 1/96, de 15 de enero de Protección Jurídica del Menor, y en el art. 3 de la Convención de derechos del Niño de Naciones Unidas, ratificada por España el 30-11-90, y tuvo en cuenta que la exploración fue llevada a cabo de forma anticipada, con presencia de las partes del enjuiciamiento y su práctica fue grabada para su reproducción en el juicio.

Señalado lo anterior, esto es, el marco de decisión, analizamos la impugnación del recurrente, esto es la indefensión por la denegación de la exploración de la menor. En el juicio oral se vio y escuchó la grabación videográfica de la exploración de la menor a la que asistieron, además de médicos y psicólogos, la Juez, el Fiscal y los abogados de las partes personadas. En esa grabación se practicó el interrogatorio cruzado de las partes, con la intervención directa de la Juez para preservar los derechos de la menor y efectuando las preguntas a través de la psicóloga que atendía la situación de la menor, para evitar que la diligencia de averiguación de los hechos pudiera suponer un riesgo en la menor que deponía. En este sentido, el tribunal de instancia decide la denegación de la prueba que apoya en el tiempo transcurrido desde los hechos, la edad de la víctima, la consideración de prueba preconstituída de la grabación videográfica de la exploración de la menor y innecesariedad de esa exploración en el juicio oral, pues obraba la grabación de la exploración sumarial con todas las partes presentes, sin poner en riesgo a la menor.

En el juicio oral, tras el visionado de la cinta de grabación reproduce la protesta, esta vez con un contenido que expresa en el hecho de la existencia de dos cortes en la grabación. El primero, cuando el Letrado del acusado quiere realizar preguntas a la menor y la Juez la atiende pero, en ejercicio de las facultades de

dirección del proceso, con observancia de los principios anteriormente señalados, dispone que esas preguntas no sean directas a la menor sino que se efectúen a través de la psicóloga, medida de ordenamiento de la exploración y lógica desde los bienes afectados. Manifiesta el Letrado en el recurso que no constan las preguntas que él quiso realizar, sin embargo a la única que se refiere en el escrito de formalización es para indagar si la menor había sido influenciada por la madre para que su declaración fuera en el sentido incriminatorio, pregunta que consta haber sido realizada y contestada. Refiere que hubo otras preguntas que, ahora, no expone por lo que no puede valorarse el contenido material de la indefensión que denuncia. El segundo corte en la grabación se refiere a que la cinta acaba en la hora 12.59.57, en tanto que la diligencia escrita la detalla al final de la diligencia a las 13 horas. La diferencia es de apenas tres segundos y por importante que fuera la diligencia no grabada, en tan corto espacio de tiempo sería irrelevante el material dejado de grabar. Arguye el recurrente que ese corte es superior, que cifra en 42 segundos, tiempo igualmente exiguo, máxime en una exploración de una menor y cuyo contenido, en el supuesto de que la interrupción fuera como el recurrente expone, no concreta, por lo que tampoco puede declararse la existencia de una indefensión material.

Desde la perspectiva expuesta ninguna indefensión se ha producido por la denegación de una prueba cuando ésta fue practicada en el juicio oral, mediante la grabación de la exploración como prueba preconstituida. Las alegaciones de indefensión se desvanecen ante los fundamentos opuestos por el recurrente, limitados a dos cortes en la grabación cuyo contenido carece de relevancia a los efectos de perjudicar el derecho de defensa.

Ciertamente, existen pronunciamientos jurisprudenciales en un sentido contrario al expuesto, considerando esencial para el enjuiciamiento penal la exploración de los testigos de cargo contra el acusado, como la STS 1494/2002, de 20 de septiembre, pronunciamiento dictado para un supuesto absolutamente distinto del presente. En este antecedente se trataba de unas menores que debían declarar contra su padre en unas diligencias que habían sido archivadas con anterioridad y en cuya tramitación nunca llegaron a declarar, por lo que el acusado fue absuelto y se pretendió la revocación, a manera de presunción de inocencia invertida, con apoyo en testimonios referenciales. Se trata de un supuesto muy distinto al que es objeto de la presente casación, en el que el tribunal de instancia ha ponderado, con criterios de lógica, los intereses en juego, particularmente la protección de la menor sin restricción material del derecho de defensa». (F. J. 1.1º)

**PRUEBA. Las declaraciones prestadas en el atestado policial carecen de valor probatorio, si no son posteriormente ratificadas a presencia judicial.**

Recurso: Casación nº 956/2004

Ponente: Sr. Colmenero Menéndez de Luarca

Sentencia: nº 5/2006 de fecha 18/01/2006

«La doctrina de esta Sala y del Tribunal Constitucional ha entendido que las únicas pruebas de cargo que pueden ser valoradas son las practicadas en el juicio oral bajo los principios de oralidad, inmediación y contradicción, mientras que las



diligencias practicadas en la fase de instrucción son solamente medios de investigación que permiten preparar la decisión sobre la apertura del juicio oral e identificar y asegurar los medios de prueba. Esta regla general admite, sin embargo, excepciones, que han de ser interpretadas restrictivamente. Pues no puede negarse todo valor probatorio a las diligencias sumariales.

Concretamente en lo que se refiere a las declaraciones testificales, los artículos 714 y 730 de la LECrim permiten incorporar al plenario el resultado de diligencias sumariales cuando se aprecie contradicción entre lo declarado ante el Juez y lo declarado en el juicio oral o cuando resulte imposible o de extrema dificultad la presencia del testigo en el acto del juicio. Bien entendido que como expresa rotundamente la STC 206/2003, “debemos recordar aquí, como ya hiciéramos en la STC 51/1995, de 23 de febrero, F. 5, que los cauces establecidos por los artículos 714 y 730 LECrim «se refieren exclusivamente a la reproducción de diligencias practicadas en la fase instructora propiamente dicha, es decir, en el período procesal que transcurre desde el Auto de incoación del sumario o de las diligencias previas y hasta el Auto que declara concluida la instrucción, y no en la fase preprocesal, que tiene por objeto la formación del atestado en la que, obviamente, no interviene la autoridad judicial sino la policía». Solo, pues, las diligencias del sumario propiamente dicho y siempre que se hayan practicado de forma inobjetable en función de las garantías exigibles.

Respecto de las declaraciones prestadas por los testigos en sede policial, carecen en principio de valor probatorio de cargo, no bastando con su reproducción en el juicio oral para que puedan ser tenidas como pruebas (STC 31/1981; 9/1984; 51/1995; y 206/2003), siendo necesario para ello que sean ratificadas y reiteradas a presencia judicial.

La STC 51/1995, de 23 de febrero, señala que “...a los efectos del derecho a la presunción de inocencia las declaraciones obrantes en los atestados policiales carecen de valor probatorio de cargo. Ya en la STC 31/1981, pudimos advertir que las declaraciones prestadas ante la policía, al formar parte del atestado y de conformidad con lo dispuesto en el art. 297 LECrim, tienen únicamente valor de denuncia, no bastando para que se conviertan en prueba con que se reproduzcan en el juicio oral; «es preciso que la declaración sea reiterada y ratificada ante el órgano judicial» (fundamento jurídico 4.º). También en la STC 9/1984 tuvimos de nuevo ocasión de señalar que los atestados policiales tienen el valor de simples denuncias en tanto no sean reiteradas y ratificadas en presencia judicial, de modo que si no hubiese más prueba de cargo, habría de concluirse en la vulneración de la presunción de inocencia (fundamento jurídico 2.º). En consecuencia, las declaraciones vertidas en el atestado policial carecen de valor probatorio si no son posteriormente ratificadas en presencia judicial por los particulares declarantes, o bien, en ausencia de lo anterior, confirmadas por los funcionarios de policía mediante su testimonio en el acto del juicio oral”». (F. J. 2º)

**PRUEBA. Manifestaciones del acusado detenido que ha expresado su intención de hacer uso del derecho a no declarar.**

Recurso: Casación nº 699/2005 P

Ponente: Sr. Martínez Arrieta  
Sentencia: nº 418/2006 de fecha 12/04/2006

«...esas declaraciones son expresadas por el recurrente en un traslado desde las dependencias de una brigada de investigación a una comisaría, por funcionarios policiales ajenos a la investigación que no requieren una respuesta al trasladado, sino que el conducido, detenido en ese momento, expresa su deseo de "no comerse un marrón" que entiende no ha cometido y narra la intervención del otro acusado en los hechos y su presencia en el lugar del que huyó al oír los gritos. El derecho a no declarar, que el recurrente había expresado a los investigadores policiales, no se extiende a las declaraciones libres y espontáneas que el detenido quiera realizar, porque lo prohibido es la indagación, antes de la información de derechos o cuando ya se ha ejercido el derecho a no declarar, pero no la audición de manifestaciones por los funcionarios policiales. Como dijimos en la Sentencia 25/2005, de 21 de enero, las manifestaciones que fuera del atestado efectúa el detenido, voluntaria y espontáneamente, no pueden considerarse contrarias al ordenamiento jurídico y pueden ser confluyentes con los fines de la justicia y, en definitiva, del interés social». (F. J. 6º)

#### **PRUEBA. Obtención de muestras corporales del sospechoso de forma indirecta.**

Recurso: Casación nº 739/2005 P  
Ponente: Sr. Martín Pallín  
Sentencia: nº 1311/2005 de fecha 14/10/2005

«1.- La prueba fundamental esta constituida por el análisis y comparación de restos genéticos en un prenda recogida en el lugar de los hechos que según todos los informes inmediatos que se reciben llevaba puesta la persona o una de las personas que incendió el cajero automático. La pertenencia de la prenda al acusado no es discutida en el presente recurso que centra su impugnación en la ausencia de garantías en la toma de muestras genéticas indubitadas que se obtienen de los restos de un esputo que el acusado realizó cuando salía de una de las celdas de la Comisaría y que fué recogida por la policía.

Toda la argumentación se centra en torno a la forma en que se realiza la toma de muestras orgánicas al acusado. No parece discutirse la pertenencia de las prendas encontradas en el lugar de los hechos y sobre todo las huellas genéticas que se observan en la camiseta que se usó a modo de pasamontañas para tapar el rostro mientras se ejecutaban los hechos que son objeto de enjuiciamiento en el presente procedimiento. (F.J. 1º.1)

2.- Como pone de relieve el propio recurrente no nos encontramos ante la obtención de muestras corporales realizada de forma directa sobre el sospechoso, sino ante una toma subrepticia derivada de un acto voluntario de expulsión de materia orgánica realizada por el sujeto objeto de investigación, sin intervención de métodos o prácticas incisivas sobre la integridad corporal.

En estos casos, no entra en juego la doctrina consolidada de la necesaria intervención judicial para autorizar, en determinados casos, una posible intervención banal y no agresiva. La toma de muestras para el control, se lleva a cabo por razones de puro azar y a la vista de un suceso totalmente imprevisible. Los restos de saliva escupidos se convierten así en un objeto procedente del cuerpo del sospechoso pero obtenido de forma totalmente inesperada. El único problema que pudiera suscitarse es el relativo a la demostración de que la muestra había sido producida por el acusado, circunstancia que en absoluto se discute por el propio recurrente, que sólo denuncia la ausencia de intervención judicial». (F. J. 1º.2)

### **PRUEBA. Obtención de muestras de persona no detenida.**

Recurso: Casación nº 1277/2004  
Ponente: Sr. Bacigalupo Zapater  
Sentencia: nº 1237/2005 de fecha 31/10/2005

«Nuestra jurisprudencia ha establecido que la prueba obtenida con el consentimiento de una persona que no está detenida y que, de esa manera, admite que se le practique una prueba corporal que puede determinar su incriminación, no pierde su aptitud de ser valorada por el hecho de que no haya contado con un Defensor (Resolución del Pleno de la Sala de 5.2.1999). En esta resolución se ha señalado como básico el libre consentimiento de la persona sospechada. Como es obvio, la prueba de este consentimiento corresponde a la Acusación». (F. J. 2º.1)

### **PRUEBA. Pericial Dosis psicoactiva.**

Recurso: Casación nº 534/2004  
Ponente: Sr. Martínez Arrieta  
Sentencia nº 645/2005 de fecha 19/05/2005

«...” Para la determinación de lo punible es preciso disponer de la prueba pericial que participe, no sólo la identificación de la sustancia objeto de la transmisión, también que determine si la cantidad objeto de la transmisión supera la denominada dosis psicoactiva cifrada para la cocaína en 50 miligramos, por debajo de la cual se trata de una sustancia incapaz de desplegar los efectos propios de la sustancia tóxica o estupefaciente...”». (F.J. UNICO)

### **PRUEBA . Pericial Impugnación de los informes.**

Recurso: Casación nº 1697/2003

Ponente: Sr. Colmenero Menéndez de Luarca  
Sentencia nº 1247/2004 de fecha 29/10/2004

«...» A estos efectos es preciso reiterar la doctrina de esta Sala respecto al valor de los dictámenes periciales relativos a la naturaleza de las sustancias intervenidas cuando se trata de delitos contra la salud pública por tráfico de drogas. En esta materia, la doctrina de esta Sala ha establecido la validez de los informes técnicos sobre la naturaleza y composición de la droga emitidos por organismos oficiales, que son inicialmente hábiles como prueba de cargo acerca de dichos aspectos sin necesidad de que quienes los emiten comparezcan al juicio oral, siempre que no hayan sido impugnados expresamente por las defensas en momento procesal hábil para ello, normalmente durante la fase de instrucción, o ya, y en cualquier caso, en el escrito de conclusiones provisionales.

Ante la ausencia de impugnación, se entiende que la naturaleza y composición de la sustancia intervenida es aceptada por el acusado sobre la base del informe pericial que aparece documentado en las actuaciones, lo que hace innecesaria la ratificación, ampliación o aclaración del informe pericial en el plenario.

Por otro lado, los Tribunales deben rechazar las peticiones que no sean conformes a la buena fe procesal o supongan abuso del derecho o fraude de ley o procesal, de acuerdo con el artículo 11.1 y 2 de la LOPJ, lo que ocurrirá en aquellos casos en los que la impugnación tenga lugar en el mismo juicio oral cuando ya no es posible una reacción adecuada de las acusaciones ante la negación de lo que ha venido aceptándose tácitamente durante la instrucción de la causa.

Cuando la prueba pericial practicada en la fase de instrucción haya sido impugnada en momento procesal adecuado, es preciso que las acusaciones propongan la práctica de tal prueba para el juicio oral, según se acordó en el Pleno no jurisdiccional de esta Sala Segunda del Tribunal Supremo celebrado el 21 de mayo de 1999, ratificado por el posterior de 23 de febrero de 2001. En este sentido, decíamos en la STS nº 290/2003, de 26 de febrero, con cita de la STS nº 311/2001, de 2 de marzo, que «la regla general es la de la práctica de la prueba en el acto del juicio oral y como la naturaleza de la sustancia objeto de análisis constituye ordinariamente un elemento del tipo que debe probar la acusación (especialmente en los delitos contra la salud pública, como el enjuiciado en el presente caso), no cabe imponer a la defensa la carga de justificar expresamente su impugnación del análisis efectuado como diligencia sumarial o de suplantar a la acusación proponiendo para el juicio la práctica de prueba pericial sobre un elemento típico que incumbe acreditar a aquélla. En consecuencia, basta con que la defensa impugne el resultado de los dictámenes practicados durante la instrucción, o manifieste de cualquier modo su discrepancia con dichos análisis, para que el documento sumarial pierda su eficacia probatoria, y la prueba pericial deba realizarse en el juicio oral, conforme a las reglas generales sobre carga y práctica de la prueba en el proceso penal (Sentencias de 10 de junio de 1999 y 5 de junio de 2000 que recogen el criterio unificado adoptado por el Pleno de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 21 de mayo de 1999, criterio ratificado en el Pleno de 23 de febrero de 2001)». Esta doctrina tiene como excepción, ya antes mencionada, aquellos supuestos en los que la impugnación de la pericial practicada durante la instrucción de la causa se manifieste por la defensa

en un momento procesal en el que sea ya imposible la reacción de la acusación orientada a la práctica de la prueba en el juicio oral.

Todo ello sin perjuicio de las reflexiones a que pueda dar lugar la nueva redacción del artículo 788.2 de la LECrim, que no resulta aplicable a esta causa...”». (F.J. 3º)

## **PRUEBA. Pericial. Impugnación eficaz de toxicología.**

Recurso: Casación nº 2184/2003  
Ponente: Sr. Monterde Ferrer  
Sentencia nº 1474/2004 de fecha 03/12/2004

«...” Ello es acorde con la línea jurisprudencial de esta Sala que había venido reiterando (SS de 26-2-93, de 9-7-94, de 18-9-95, de 18-7-98 y de 1-3-01) que en atención a las garantías técnicas y de imparcialidad que ofrecen los Gabinetes y Laboratorios Oficiales se propicia la validez “prima facie” de sus dictámenes e informes sin necesidad de su ratificación en el Juicio Oral, siempre que no hayan sido objeto de impugnación expresa en los escritos de conclusiones, en cuyo caso han de ser sometidos a contradicción en dicho acto como requisito de eficacia probatoria. Encontrándose el fundamento de ello en la innecesariedad de la comparecencia del perito cuando el dictamen ya emitido en fase sumarial es aceptado por el acusado expresa o tácitamente, no siendo conforme a la buena fe procesal la posterior negación de valor probatorio del informe documentado si éste fue previamente aceptado...”>. (F.J. 3º)...

... La doctrina de esta Sala (STS de 23-10-00, nº 1642/00) requiere que en estos casos se exprese con la debida claridad la impugnación del dictamen de los especialistas, porque, aunque no se requiera un especial razonamiento de la discrepancia siempre que quede claro que lo que no se acepta es dicho dictamen, esta concreción viene impuesta por la propia Ley al exigir el art. 652 LECr. que la defensa del acusado habrá de manifestar en sus conclusiones si están o no conformes con las de las acusaciones "... o en su caso consiguen los puntos de divergencia".

Por tanto, bien discutible es que -como en el caso- la mera impugnación formal, sin concreción alguna sobre su motivo o causa, sin propuesta de prueba contradictoria (en la Vista sólo se alegó falta de ratificación) producida en un momento posterior a la calificación provisional de la acusación o acusaciones, deba desproveer de valor probatorio al dictamen de referencia. Tal práctica parece entrañar un abuso de derecho o fraude procesal, en los términos del art. 11.2 de la LECr. Y más aún, después de que, tras la reforma efectuada en el art. 788.2 de la LECr. por la disp. adic. 3ª de la LO 9/2002 de 10 diciembre, se disponga que en el ámbito de este procedimiento (Abreviado), tendrán carácter de prueba documental los informes emitidos por laboratorios oficiales sobre la naturaleza, cantidad y pureza de sustancias estupefacientes, cuando en ellos conste que se han realizado

siguiendo los protocolos científicos aprobados por las correspondientes normas...»». (F.J. 3º)

## **PRUEBA. Pericial Petición de un contrainforme al inicio del juicio oral**

Recurso: Casación nº 1725/2003  
Ponente: Sr. Giménez García  
Sentencia nº 285/2005 de fecha 28/02/2005

«...» Hay que partir del hecho de que la prueba se practicó tal y como había sido solicitada por el letrado de la defensa. En efecto, el Sr. Médico forense reconoció al recurrente en orden a "dictaminar su adicción a la droga". Dicho informe fue efectuado, tal y como se había pedido por la parte, con anterioridad al Plenario, concretamente fue efectuado el 26 de Mayo, por el Sr. forense en el Juzgado de Montilla --el Plenario se inició el 4 de Junio--. No consta cuando tuvo entrada en el Tribunal dicho Informe, que fue remitido por el Juzgado de Montilla el día 27, en todo caso, se le dio traslado a la parte en el juicio del Plenario el día 4 de Junio. En el acta consta la protesta por no habersele dado traslado antes del Plenario, pero es lo cierto que de ello ninguna indefensión puede predicarse: tuvo conocimiento al principio del Plenario, compareció el Sr. Forense y pudo solicitar --y de hecho lo hizo-- las aclaraciones que tuvo por conveniente. Dicho facultativo ratificó el informe.

En este escenario ni encontramos motivo de indefensión alguna ni tampoco lo ha argumentado con un mínimo de consistencia el recurrente. Su petición viene directamente anudada al contenido adverso del informe que, lo reiteramos, se ajustaba a lo pedido por la defensa.

En el motivo se dice que no tuvo tiempo de proponer un contrainforme, petición que no puede tener acogida porque el informe medico fue emitido a instancia de esa parte, precisamente, y, además lo fue por el facultativo institucional del que dispone el sistema judicial: el médico forense, que por ello, viene acompañado --en principio-- con el marchamo de la objetividad en este caso doblemente por el carácter de funcionario público del autor del informe, y por haber sido designado por la propia defensa, pero es que, tal petición de contrainforme, en realidad constituía una nueva prueba cuya admisibilidad en ese momento de la audiencia preliminar venía y viene supeditado a la exigencia de que dicha nueva prueba puede efectuarse en el acto y sin suspensión de la vista --art. 786 LECriminal vigentes equivalente al 793 del texto anterior a la Ley 38/2002 de 24 de Octubre--, lo que no era posible.

Más aún, se tacha en el motivo dicho informe forense --no sin cierta frivolidad-- de "inconsistencia técnica y falta de rigurosidad", que no hubo medios técnicos para efectuar dicho informe y que debió haber solicitado los mismos al Servicio Andaluz de Salud, y que, en definitiva, la entrevista fue de dos minutos...»». (F.J. 1º)

## **PRUEBA. Pericial Principio acusatorio.**

Recurso: Casación nº 243/2004

Ponente: Sr. Saavedra Ruiz

Sentencia nº 606/2005 de fecha 11/05/2005

«...» La sentencia, fundamento de derecho segundo, otorga validez a dicho informe remitiéndose a la jurisprudencia del Tribunal Supremo emanada de los Acuerdos de Sala General adoptados en 21 de mayo de 1999 y 23 de febrero de 2001. Como recuerda la S.T.S. 290/03 (citada por la Audiencia) son numerosos, reiterados y concordes los precedentes jurisprudenciales de este Tribunal de casación que declaran la validez y eficacia de los informes científicos realizados por los especialistas de los Laboratorios oficiales del Estado, que, caracterizados por la condición de funcionarios públicos, sin interés en el caso concreto, con altos niveles de especialización técnica y adscritos a organismos dotados de los costosos y sofisticados medios propios de las modernas técnicas de análisis, viene concediéndoseles unas notas de objetividad, imparcialidad e independencia que les otorga «prima facie» eficacia probatoria sin contradicción procesal, a no ser que las partes hubiesen manifestado su disconformidad con el resultado de la pericia o la competencia o imparcialidad profesional de los peritos, es decir, que el Informe Pericial haya sido impugnado de uno u otro modo, en cuyo caso será precisa la comparecencia de los peritos al Juicio Oral para ratificar, aclarar o complementar su dictamen, sometiéndose así la prueba a la contradicción de las partes, para que, sólo entonces, el Tribunal pueda otorgar validez y eficacia a la misma y servirse de ella para formar su convicción. Pero cuando la parte acusada no expresa en su escrito de calificación provisional su oposición o discrepancia con el dictamen pericial practicado, ni solicita ampliación o aclaración alguna de éste, debe entenderse que dicho informe oficial adquiere el carácter de prueba preconstituida, aceptada y consentida como tal de forma implícita (S.S.T.S nº 1642/00 o 652/2001).

Ahora bien, la cuestión consiste en analizar si es extrapolable sin más lo anterior al presente caso. Con independencia de la incidencia del cambio de letrado, que desde el punto de vista del derecho de defensa puede permitir ciertas excepciones al principio de preclusividad absoluta de los trámites procesales, lo cierto es que los términos de comparación son evidentemente disímiles si tenemos en cuenta la naturaleza, el objeto y los sujetos (peritos) que llevan a cabo el informe técnico. Ni éstos son funcionarios públicos, ni el objeto de la pericia es analítico con la precisión y rigor técnico que ello comporta, ni la fuente de información es objetiva. Precisamente por ello la Disposición Adicional Tercera de la L.O. 9/02 añadió un segundo párrafo al artículo 788.2 LECrim., que se refiere al Procedimiento Abreviado, donde tendrán carácter de prueba documental los informes emitidos por Laboratorios Oficiales sobre la naturaleza, cantidad y pureza de sustancias estupefacientes cuando en ellos conste que se han realizado siguiendo los protocolos científicos aprobados por las correspondientes normas. Con independencia de que esta causa ha seguido los trámites de Sumario ordinario, ello

evidencia la especificidad de la doctrina de la Sala General aplicable en principio sólo a los supuestos contemplados en la misma, teniendo en cuenta su especialidad, que ha determinado la adición del párrafo transcrito más arriba.

En relación con la primera cuestión, en el desarrollo del motivo se cita la propia Jurisprudencia de esta Sala en virtud de la cual "*no se produce vulneración del principio acusatorio cuando el Tribunal impone una pena que excede de la solicitada por las acusaciones porque se respeta la congruencia con el delito y la clase de pena impuesta, en tanto que el exceso impuesto obedece al ejercicio de las facultades de individualización que compete, exclusivamente, al Tribunal sentenciador*"...."». (F.J. 2º y 3º)

## **PRUEBA. Pericial caligráfica. Asistencia de letrado.**

Recurso: casación nº 1076/2003

Ponente: Sr. Delgado García

Sentencia nº 1173/2004 de fecha 20/10/2004

«...» Se dice que se obtuvo de modo ilícito esta prueba pericial, porque el cuerpo de escritura que realizó el acusado, y que se utilizó en la pericial caligráfica para compararlo con la parte manuscrita del tan repetido talón de dos millones de pesetas, fue obtenido en una diligencia judicial practicada sin asistencia de letrado para el imputado...

... No conocemos norma procesal alguna de la que pudiera deducirse que sea necesaria la asistencia de letrado para el imputado en esta clase de actuaciones. Se hallaba en libertad por lo que no le eran aplicables las normas del art. 520 LECr. Los arts. 456 y ss. de la misma ley procesal, relativa a los informes periciales, nada dicen al respecto. Por otro lado, en la declaración como imputado de los folios 43 y 44, se le informó de sus derechos (art. 118 LECr), entre otros el de designar abogado, y allí consta la asistencia de una letrada del turno de oficio.

Por todo ello, tenemos que llegar a la misma conclusión defendida por las partes acusadoras al informar en el presente recurso: no es necesaria la presencia de letrado en las diligencias de formación de los cuerpos de escritura que son precisos para la práctica de una prueba pericial caligráfica...

... conforme a reiterada doctrina del Tribunal Constitucional para supuestos semejantes, el hecho de prestarse a realizar un cuerpo de escritura para una prueba pericial caligráfica no constituye una diligencia de declaración ni, menos aún, una autoinculpación, por lo que no afectan a esos derechos fundamentales de orden procesal del art. 24.2 CE relativos a no declarar contra sí mismos y a no confesarse culpables. En ese momento de la obtención del cuerpo de escritura ni siquiera se sabe cuál va a ser el resultado de la prueba..."». (F.J. 3º)

## **PRUEBA. Pericial toxicológica. "Doctrina sobre la mera impugnación".**



Recurso: Casación nº 1864/2005  
Ponente: Sr. Berdugo Gómez de la Torre  
Sentencia: nº 901/2006 de fecha 27/09/2006

«Interpretación ésta asentada en la jurisprudencia, tras la entrada en vigor de la LO. 9/2002 de 10.12, cuya disposición adicional 3ª modificó la Ley 38/2002 de 24.10, añadiendo un segundo párrafo al art. 788.2 LECrim. a cuyo tenor: "*En el ámbito de este procedimiento, tendrán carácter de prueba documental los informes emitidos por laboratorios oficiales sobre la naturaleza, cantidad y pureza de sustancias estupefacientes cuando en ellos conste que se han realizado siguiendo los protocolos científicos aprobados por las correspondientes normas.*" Como ya ha anticipado la STS. 97/2004 de 27.1, en relación con en relación con este nuevo precepto "no significa que no exista posibilidad de contradicción y que las conclusiones de este tipo de informes resulten irrefutables. La defensa podrá someter a contradicción el informe solicitando otros de distintas entidades cualificadas, o de laboratorios particulares, si lo considerase oportuno, o incluso solicitando la comparecencia al acto del juicio oral de los que hayan participado en la realización de las operaciones que quedan plasmadas en el informe, pero lo que será necesario en cada caso es justificar que la diligencia que se reclama es necesaria y apta para satisfacer el derecho de contradicción, justificando el interés concreto a través de las preguntas que se le pensaba dirigir, alejando la sospecha de abuso de derecho proscrito por el art.11 LOPJ y permitiendo que se pueda verificar por el Tribunal la aptitud de la comparecencia solicitada a tales fines".

**En igual sentido la STS. 27.9.2005, que recuerda que no de otra forma se ha pronunciado esta Sala en el Pleno no jurisdiccional de 25.5.2005 que en relación al art. 788 LECrim. adoptó el siguiente acuerdo:**

"La manifestación de la defensa consistente en la mera impugnación de los análisis sobre drogas elaborados por Centros Oficiales, no impide la valoración del resultado de aquellos como prueba de cargo, cuando haya sido introducido en el juicio oral como prueba documental, siempre que se cumplan las condiciones previstas en el Art. 788.2 LECrim" ». (F. J. 5º)

**PRUEBA. Pericial toxicológica. Incomparecencia de los peritos al plenario pese a impugnar la defensa el contenido del informe.**

Recurso: Casación nº 628/2006  
Ponente: Sr. Giménez García  
Sentencia: nº 1287/2006 de fecha 26/01/2007

«..Pasamos a dar respuesta a la denuncia a) del primer submotivo en el que se denuncia la nulidad de los Informes Periciales sobre la droga ocupada y la falta de comparecencia al Plenario de sus autores no obstante haber sido impugnados temporáneamente con quiebra del derecho a contradecir.

Existe al respecto una sólida doctrina jurisprudencial de esta Sala que tiene su origen en los Plenos no jurisdiccionales de 21 de Mayo de 1999 y ratificado en el de 23 de Febrero de 2001.

En el primero de los Plenos citados se adoptó el siguiente acuerdo:

*"...siempre que exista impugnación manifestada por la defensa se practicará el dictamen pericial en el juicio oral rechazando la propuesta que mantiene que si la impugnación no se refiere al contenido esencial de la pericial sino que se refiere a presupuestos objetivos de validez que se constata que concurrieron, no sería causa de impugnación...."*

En el segundo Pleno, se ratificó el contenido del primero, con la sola modulación --que no afecta al núcleo de lo decidido--, que si se diese un motivo que lo justificara, el Tribunal podría aplicar el art. 11-1º LOPJ --peticiones fundadas en manifiesto abuso de derecho o que entrañen fraude de ley o procesal-- que es derecho vigente, también desde la óptica de la defensa del acusado.

Realmente el Acuerdo que exige la presencia de los peritos en el Plenario en caso de previa impugnación de los informes emitidos en fase de instrucción es consecuencia del carácter preparatorio que tiene la instrucción ¿habrá que recordar, una vez más, la Exposición de Motivos de la Ley de Enjuiciamiento Criminal según la cual? *"...el juicio verdadero no comienza sino con la calificación provisional y la apertura de los debates delante del Tribunal...."* previamente se dice *"...de hoy más las investigaciones del Juez Instructor no serán sino simple preparación del juicio...."*

Ciertamente la justicia en el marco de un proceso penal sólo es posible desde el previo conocimiento de lo ocurrido, pero ello debe efectuarse a través del doble cedazo que supone la verificación de la legalidad de las pruebas de cargo y que la decisión alcanzada por el Tribunal se haya obtenido dentro de la contradicción que constituye la esencia de todo juicio. Este se define por un decir y un contradecir --SSTS 2207/2001 de 19 de Noviembre, 500/2004 de 20 de Abril, 410/2006 de 5 de Abril, 875/2006 de 6 de Septiembre, entre otras--, lo que por otra parte forma parte del núcleo mínimo de derechos de todo imputado como se reconoce expresamente en el art. 6-1º del Convenio Europeo de 1950 y en el art. 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Pues bien desde estos precedentes, pasamos a estudiar la denuncia efectuada que ciertamente tiene calado, y es relevante de verificarse la realidad de lo que se afirma.

Un examen directo de las actuaciones pone de manifiesto que a los folios 1051,1227 y 1262, de los tomos VI y VII de la Instrucción, se encuentran los informes de los técnicos de la Delegación del Gobierno de Cantabria, Area de Sanidad y de la Subdelegación de Gobierno de Alava, Area de Sanidad, según los cuales las substancias analizadas son las que se dice en los mismos. A los folios 451 y siguientes del Tomo II del Rollo de la Audiencia se encuentra el escrito de calificación provisional del Ministerio Fiscal de 18 de Febrero de 2004 en el que no se interesa la comparecencia de los expertos para ratificar el informe y someterlo a la contradicción propio del Plenario. Al folio 497 del mismo Tomo II del Rollo de la Audiencia se

encuentra el escrito de calificación provisional del recurrente de 26 de Marzo de 2004, en cuyo segundo otrosí se dice "*...esta parte impugna expresamente todos los informes de la droga intervenida en esta causa...*".

En esta situación hay que declarar expresamente que desde el punto de vista de la defensa se exteriorizó, adecuadamente, su voluntad de impugnar la analítica de la sustancia intervenida. Respecto de esta impugnación hay que decir que:

Primero, fue suficiente la clara e inequívoca manifestación de voluntad de no estar de acuerdo y no aceptar la pericial, lo que exigía ineludiblemente la presencia de los autores de los informes o del responsable del equipo, (ya que se trata en todo caso de centros oficiales, no siendo necesario tampoco el requisito de que sean dos peritos como se acuerda en el Procedimiento Ordinario), en tal sentido, SSTS de 5 de Octubre de 2001, 1365/2003 de 17 de Octubre, 779/2004 de 15 de Junio ó 385/2006 de 22 de Marzo. La ausencia de ellos en el Plenario impidió el derecho a contradecir tal prueba, y esta falta de contradicción constituyó una indefensión efectiva en su derecho a la defensa.

Segundo, no se exige especial motivación de la impugnación por ello mismo no es necesario que la defensa explique las razones de la impugnación.

La estrategia de la defensa se desarrolla en el Plenario, no antes, y por tanto le es suficiente que claramente impugne los informes sin que se le exija justificación de su actuar, en otro caso se ofrecería la tentación para el Tribunal de valorar y sopesar tal impugnación en orden a tenerla por suficiente o no, lo que supone o podría suponer adelantar un debate cuyo escenario propio es el Plenario y no extramuros de él. En tal sentido, SSTS 806/99 de 10 de Junio, 311/2001 de 2 de Marzo, 1906/2002 de 14 de Noviembre ó 290/2003 de 23 de Septiembre.

Tercero, fue efectuada en el momento oportuno, el momento propio de la exteriorización por parte de la defensa de su posición frente a la pericial es, precisamente, el de las conclusiones provisionales. Si como antes se ha dicho, el verdadero juicio comienza con la calificación provisional, es ese momento donde la defensa debe enumerar la batería de las pruebas de descargo de que intenta valerse en el Plenario, y paralelamente, donde debe posicionarse respecto de las de cargo enumeradas por la Acusación, bastando en caso de desacuerdo la simple impugnación.

En esta situación, es claro que corresponde a la Acusación el cargo de justificar y acreditar la concurrencia de todo elemento típico vertebrador del delito del que se acusa al imputado, y tratándose de un supuesto de tráfico de drogas, el presupuesto de toda la acusación es acreditar en el Plenario que la sustancia aprehendida es, precisamente, droga o sustancia estupefaciente de la clase y tipo que se dice en el escrito de acusación, y obviamente, esta actividad no pueda derivarse a la defensa, que actuando con una lógica estrategia defensiva, impugnó el contenido de la analítica de la sustancia ocupada.

Se afirma en el f.jdco. décimo de la sentencia --que efectúa una correcta cita jurisprudencial, pero yerra en su aplicación al caso concreto-- que como la impugnación de los informes periciales sobre la droga se efectuó por la defensa del

recurrente en el escrito de calificación provisional y por tratarse el caso presente, de un Sumario ordinario donde no es posible la proposición de prueba fuera del preciso momento del escrito de conclusiones provisionales, tal impugnación dejó sin posibilidad de respuesta al Ministerio Fiscal. Por ello se concluye en la sentencia que la impugnación debe ser estimada como una manifestación de abuso de derecho o fraude de ley, y por tanto la rechaza de acuerdo con lo prevenido en el art. 11-1º LOPJ *"...al no haber sido impugnados por las defensas en el momento procesal hábil..."*. Significativamente, en la sentencia se estima inhábil el escrito de conclusiones provisionales, pero se silencia cual es el momento procesal que el Tribunal sentenciador consideraría hábil.

No podemos estar de acuerdo con este razonamiento.

Reiteramos que el momento procesal hábil para impugnar por la defensa los informes periciales, es, precisamente, el del escrito de conclusiones provisionales --no sería momento la Audiencia Preliminar del art. 786 LECriminal si lo efectuase sorpresivamente y *ex novo*, después de haber guardado silencio en su escrito de conclusiones provisionales--.

Por ello, como el Ministerio Fiscal califica en primer lugar, una prudente estrategia previsor que conjuraría, en gran medida, la presencia constante de los peritos en el juicio oral, lo que ocasiona no pocos desajustes y problemas en la buena marcha de la actividad de tales facultativos --a lo que es sensible esta Sala Casacional--, pudiera estar constituida por la citación por parte del Ministerio Fiscal ad cautelam de los peritos o responsables del Gabinete concernido que hubiese efectuado la analítica de drogas, sólo en el caso de que la defensa en su escrito de conclusiones provisionales impugnase el resultado de los dictámenes. De este modo, se evitaría la sistemática impugnación por la defensa de los informes de los peritos sobre la droga aprehendida lo que exigiría su presencia en el Plenario, para, seguidamente, verificada su presencia, renunciar a su informe, lo que, como se ha dicho, perjudica severamente la buena marcha de estos Laboratorios Oficiales por la presencia de los técnicos o responsables en los Juzgados o Tribunales de forma casi constante sin ninguna efectividad. De esta manera se pondría fin a esta obstruccionista estrategia que se agota en sí misma.

No se le escapa a esta Sala la reciente modificación del art. 788 de la LECriminal dada por la L.O. 9/2002 de 10 de Diciembre que añadió un nuevo párrafo segundo a dicho artículo, según el cual *"...en el ámbito de este procedimiento (abreviado), tendrán carácter de prueba documental los informes emitidos por los laboratorios oficiales sobre la naturaleza, cantidad y pureza de sustancias estupefacientes cuando en ellas conste y no se han realizado siguiendo los protocolos científicos aprobados por las correspondientes normas...."*.

Al respecto hay que decir que tan sorprendente novación de la naturaleza jurídica de un tipo de prueba pericial --la relativa a drogas-- que *ex lege* queda convertida en documental, parece tener como única explicación la eliminación de la presencia de los expertos en el Plenario, pero ello sólo opera con dos limitaciones conjuntas que ponen en severo entredicho la razonabilidad de la norma legal:

a) Sólo en relación al Procedimiento Abreviado, no al Sumario.

b) Sólo en relación a la analítica de drogas.

Realmente el principio de unidad del ordenamiento queda roto con esta norma, y roto sin expresa causa que justifique esta discriminatoria novación de la naturaleza jurídica de la prueba pericial.

Pero, además, y para cerrar la argumentación de la Sala, debemos añadir que tampoco es admisible la razón esgrimida en la sentencia sometida a este trance casacional en el sentido de que en el Sumario Ordinario, no es posible la proposición de prueba tras la evocación del escrito de conclusiones provisionales. Se trata de una cuestión que ya ha sido tratada por la Sala con anterioridad, la última es la reciente sentencia 1060/2006 de 11 de Octubre, y siempre con la misma conclusión de ser posible también en el Sumario Ordinario la proposición de prueba en momento posterior al de conclusiones provisionales y antes del Plenario.

De la indicada sentencia acotamos la parte que sigue:

*"Una no ya reciente línea jurisprudencial abrió la posibilidad de proponer y admitir prueba con posterioridad al a calificación provisional y anterioridad al comienzo del Juicio Oral, cuando existan razones justificadas para ello y siempre que concurren los requisitos --obvios--, de que esta nueva proposición de prueba no suponga un fraude procesal y no constituya un obstáculo al principio de contradicción e igualdad de partes. En tal sentido, la STS de 14 de Diciembre de 1966 prevé esta posibilidad en los supuestos de que la parte concernida estime necesario proponer alguna prueba adicional no conocida o no accesible en el momento de la calificación.*

En conclusión hay que declarar expresamente la posibilidad de presentar petición adicional de prueba con posterioridad al escrito de calificación provisional siempre que:

a) *Esté justificada de forma razonada.*

b) *No suponga un fraude procesal y*

c) *No constituya un obstáculo a los principios de contradicción e igualdad en garantía de la interdicción de toda indefensión.*

*Se trata, se insiste, de una línea jurisprudencial ya consolidada, y que de alguna manera quedó reforzada con la posibilidad legalmente admitida para el Procedimiento Abreviado tanto competencia del Juzgado de lo Penal como de la Audiencia Provincial de presentar prueba hasta el mismo momento del acto del Juicio Oral como expresamente permite el art. 793-2º de la LECriminal, actual artículo 786 tras la reforma dada por la Ley 38/2002 de 24 de Octubre, en el marco de la Audiencia Preliminar que precede al debate del Plenario.*

*En efecto, como recordaba la STS 60/1997 de 25 de Enero de 1999:*

*"...El art. 793-2º de la LECriminal permite una controversia preliminar con la finalidad de acumular, en un sólo acto, diversas cuestiones que en el proceso común*

ordinario daban lugar a una serie de incidencias previas que dilataban la entrada en el verdadero debate que no es otro que el que surge en el momento del Juicio Oral, acentuado de esta manera los principios de concentración y oralidad. Según se desprende del tenor del artículo, esta Audiencia Preliminar puede versar sobre:

- a) Competencia del órgano judicial.
- b) Vulneración de algún derecho fundamental.
- c) Existencia de artículos de previo pronunciamiento.
- d) Causas de suspensión del Juicio Oral.
- e) Contenido y finalidad de las pruebas propuestas o que se propongan en el acto para practicarse en las sesiones del Juicio Oral....".

Es decir, en el Procedimiento Abreviado no sigue el principio de preclusión en cuanto a la proposición de prueba, cuyo periodo se inicia con el escrito de calificación provisional y llega hasta el mismo momento del inicio del Plenario con la única limitación respecto de esta última, que puedan practicarse en el acto del Plenario.

¿Es aplicable esta posibilidad al Procedimiento Ordinario por Sumario?.

Sin duda, y ello por las siguientes razones:

a) Por el principio de unidad del ordenamiento jurídico; sería un contrasentido que lo que la Ley permite en un tipo de procesos en aras de potenciar la concentración, oralidad y en definitiva un incremento de las garantías no puede extenderse al Procedimiento por sumario, cuya regulación se mantiene en este aspecto desde la promulgación de la LECriminal en la Ley con fecha de 14 de Septiembre de 1882.

b) Porque precisamente, el mandato constitucional contenido en el art. 120-3º de que el Procedimiento --sobre todo en material criminal-- será predominante oral tiene una mayor realización y amplitud, precisamente en la Audiencia Preliminar que se comenta.

c) Porque, en fin, esta línea proclive a extender la Audiencia Preliminar al Procedimiento Ordinario Sumario, que la práctica judicial lo ha aceptado, está expresamente admitido por la jurisprudencia de la Sala como lo acredita, entre otras, las SSTs de 10 de Octubre de 2001 ó la 2/98 de 29 de Julio, en las que se estimó como correcta la actuación del Tribunal de instancia que en procedimientos de Sumario abrió un debate sobre la nulidad de determinadas pruebas suscitadas, en este trámite, por las defensas. Obviamente, si se admite la validez de la Audiencia Preliminar para el cuestionamiento de la validez de algunas pruebas, es claro que también debe aceptarse que en el ámbito de dicho acto, se puede proponer nueva prueba.

A la misma conclusión se llega dada la perspectiva del elenco de derechos fundamentales que se estiman vulnerados por el recurrente.

*No existió vulneración a un derecho con todas las garantías, ni quiebra del derecho de defensa, ni indefensión porque para que pueda estimarse una indefensión con relevancia constitucional es preciso que se sitúe a la persona concernida en una situación que le impida alegar y defender sus derechos --SSTC 106/93 y 366/93, 137/99 y de esta Sala 705/2005 de 6 de Junio, entre otras--".*

En el presente caso, con el examen directo del acta, singularmente en su versión mecanografiada --folio 854, Tomo II de la Audiencia-- prudente prevención que es preciso valorar positivamente, comprobamos que incluso tratándose de Sumario Ordinario se injertó la Audiencia Preliminar del art. 793-2º de la LECriminal, hoy 786 inicialmente sólo previsto para el Sumario de Urgencia.

La conclusión de todo lo razonado hasta aquí, lleva inexorablemente a la estimación de la denuncia efectuada por el recurrente, en la medida que impugnado el informe pericial en tiempo hábil, y no presentes los responsables en el Plenario, se le privó al recurrente del derecho de contradecir una prueba de cargo esencial para la condena que se le ha impuesto.

Obviamente, eliminado el informe sobre sustancia aprehendida del abanico probatorio de cargo nos encontramos con un vacío probatorio que impide la condena por el delito de tráfico de drogas, lo que, obviamente, afecta no sólo respecto al recurrente F. G., sino también a V. M. F., A. V. y L. F. C., lo que así se acordará en la segunda sentencia, todo ello, de conformidad con lo prevenido en el art. 903 L.E .Criminal». (F. J. 2º)

**PRUEBA. Pericial toxicológica. Petición de comparecencia de los peritos al plenario por el Ministerio Fiscal tras impugnar la defensa el contenido de sus informes.**

Recurso: Casación nº 81/2005 P  
Ponente: Sr. Martínez Arrieta  
Sentencia: nº 1270/2005 de fecha 03/11/2005

«La protesta del recurrente se contrae a entender que el tribunal, con inobservancia de los arts. 728 y 729, practicó una prueba que no fue instada por las partes, produciendo indefensión al recurrente que se vió sorprendido por esa prueba y no estaba preparado para su realización ni conocía el nombre de los peritos.

El motivo se desestima. El objeto del delito, en este caso la naturaleza tóxica de la sustancia intervenida, fue objeto de una actividad probatoria que presentó la acusación. Basta leer su escrito de calificación para comprobar que propuso como prueba documental la pericial del sumario. En reiterados pronunciamientos de esta Sala hemos declarado la validez como elemento probatorio de un objeto del delito, como la sustancia tóxica a las periciales practicadas por organismos públicos en el proceso de investigación. Así la STS 1247/2005, de 29.10, o la 274/2005, de 2 de marzo "En esta materia, la doctrina de esta Sala ha establecido la validez de los informes técnicos sobre la naturaleza y composición de la droga emitidos por organismos oficiales, que son inicialmente hábiles como prueba de cargo acerca de

dichos aspectos sin necesidad de que quienes los emiten comparezcan al juicio oral, siempre que no hayan sido impugnados expresamente por las defensas en momento procesal hábil para ello, normalmente durante la fase de instrucción, o ya, y en cualquier caso, en el escrito de conclusiones provisionales".

Así las cosas, como quiera que el acusado se limitó a impugnar la pericia documentada en el sumario, sin ninguna argumentación que acompañara su pretensión, y aunque esa mera impugnación ha sido considerada irrelevante en Sentencias de esta Sala, (STS 1296/2004, de 5 de noviembre), el Ministerio fiscal interesó la comparecencia de los peritos del organismo público encargado de su realización, lo que así efectuó el tribunal que dispuso su comparecencia, precisamente para abordar la acreditación de un hecho, la naturaleza tóxica de los intervenidos, que había sido intentada por vía documental.

Consecuentemente, no se trata de una prueba nueva que el tribunal, arrogándose funciones acusadoras, propone y practica, sino la de complementar la prueba propuesta ante la impugnación planteada contra una pericia porque había sido propuesta como documental, en unos términos que la jurisprudencia había admitido como hábil para la acreditación del hecho, a salvo de la impugnación de la defensa». (F. J. 1º)

#### **PRUEBA. Pericial toxicológica. Realización por un solo perito.**

Recurso: Casación nº 81/2005 P

Ponente: Sr. Martínez Arrieta

Sentencia: nº 1270/2005 de fecha 03/11/2005

«Respecto a la realización de la pericial por un solo perito, el motivo debe ser igualmente desestimado. Es doctrina jurisprudencial, Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de 21 de mayo de 2003, que las pericias realizadas por organismos oficiales satisface la exigencia de dualidad de peritos establecida en el art. 459 de la Ley procesal en atención a la fiabilidad de los institutos oficiales y la división del trabajo entre los profesionales que en ellos trabajan. En todo caso, los peritos informante informaron al tribunal sobre la pericia concreta y sobre las condiciones generales de los análisis realizados en el laboratorio, con sujeción a los protocolos de actuación establecidos en la rama profesional del análisis.

En todo caso, el juicio oral se desarrollo bajo la vigencias del art- 788 de la Ley procesal penal que atribuye carácter de prueba documental a los informes oficiales y su realización por un solo perito». (F. J. 1º)

#### **PRUEBA. Prevalencia de la prueba instructora. Declaración de un coimputado.**

Recurso: Casación nº 667/2004P



Ponente: Sr. Berdugo Gómez de la Torre  
Sentencia nº 338/2005 de fecha 17/03/2005

«...” Como señala la sentencia nº 269/96, de 20 de Marzo, una reiterada doctrina jurisprudencial, tanto del Tribunal Constitucional como de esta Sala, ha declarado que el Tribunal de Instancia puede otorgar prevalencia para fundar su convicción a la prueba practicada en la fase de instrucción sobre la practicada en el plenario, caso de discordancia entre ambas, siempre que aquella se halla practicado judicialmente con las debidas garantías y se halla sometido a efectiva contradicción en el acto del juicio oral. Concretamente en el caso de testimonios contradictorios previstos en el artículo 714 de la L.E.Criminal, la doctrina constitucional y de esta Sala (S.T.C. 137/88, S.T.S. 14-4-89, 22-1-90, 14-2-91 o 1 de diciembre de 1.995, sentencia nº 1207/95), admite que el Tribunal pondere la mayor o menor verosimilitud de las versiones contrapuestas, contrastándolas con los datos deducidos de otras pruebas practicadas y con la credibilidad de las razones expuestas para justificar las contradicciones, correspondiendo al Tribunal de Instancia dicha valoración, conforme a lo dispuesto en el artículo 741 de la L.E.Criminal...”

... La libertad de valoración de la prueba abarca necesariamente la posibilidad de otorgar mayor o menor fiabilidad a unas u otras entre aquellas manifestaciones que esa misma persona ha prestado a lo largo del proceso, sin que forzosamente haya de prevalecer el contenido de las prestadas en el juicio oral, en el cual las preguntas han de versar sobre los mismos extremos objeto del proceso, que necesariamente han de ser aquellos a los que se refirieron las diligencias sumariales. Así pues en tales supuestos de declaraciones de diverso contenido, realizadas por una persona -testigo o acusado- en distintos momentos del proceso penal, siempre que una de ellas haya sido realizada en el juicio oral con respeto a los principios que informan este acto. El Tribunal tiene libertad de criterio para estimar que la realidad de lo ocurrido no se corresponda con lo declarado en dicho juicio, sino que, en todo o en parte, coincide con algunas de las manifestaciones anteriores, siempre que éstas, que se reputan veraces, hayan sido prestadas con observancia de las normas Legales que regulan el acto en que se produjeron, y como dice la sTC 122/89 no se acredite en forma el porqué del cambio o variación y no se den razones convincentes y lógicas que expliquen racionalmente el cambio practicado...”». (F.J. 3º)...

... Este Tribunal Supremo, también en ss. 30.5.03 y 12.9.03, alude a la doctrina precedente refiriéndose al requisito que condiciona la aptitud de las manifestaciones de los coimputados para apreciarlas como prueba de cargo, se exige, cuando sea la única existente como tal, cuales que esas manifestaciones hayan sido mínimamente corroboradas por la existencia de hechos, datos o circunstancias externas que avalen de algún modo la veracidad de tales declaraciones cuando son inculpatorias contra otro u otros coimputados, en los siguientes términos: "tal doctrina iniciada en dos sentencias del TC. 153/97 y 49/98, ahora ya consolidada (ss. 68, 72 y 182/01 y 2,57, 181 y 233/02, entre otras muchas podemos resumirla en los términos siguientes:

1º Su fundamento se encuentra en que estas declaraciones de coacusados solo de una forma limitada pueden someterse a contradicción, habida cuenta de la facultad de no declarar que estos tienen por lo dispuesto en el art. 24.2 CE. que les

reconoce el derecho a no declarar contra si mismos y a no confesarse culpables, con constituye una garantía instrumental del más amplio derecho de defensa en cuanto que conoce a todo ciudadano el derecho a no contribuir a su propia incriminación (STC 57/02).

2º La consecuencia de que esta menor eficacia probatoria se deriva es que con solo esta prueba no cabe condenar a una persona salvo que su contenido tenga una mínima corroboración.

3º Tal corroboración aparece definida como la existencia de cualquier hecho, dato o circunstancia externas apto para avalar ese contenido en que consisten las declaraciones concretas de dicho coacusado.

4º Con el calificativo de "externos" entendemos que el TC quiere referirse a algo obvio, como lo es el que tal hecho, dato o circunstancias se halle localizado fuera de esas declaraciones del coimputado.

5º Respecto al otro calificativo de "mínima", referido al concepto de corroboración, reconoce el TC que no puede concretar mas, dejando la determinación de su inferencia al examen del caso concreto. Basta con que exista algo "externo" que sirva para atribuir verosimilitud a esas declaraciones.

6º no sirve como elemento corroborador las declaraciones de otro coimputado. El que tenga una manifestación de varios acusados coincidentes en su contenido de imputación contra un tercero no excusa de que tenga que existir la mencionada corroboración procedente de un dato externo".

Corroboración externa mínima que concurre en el caso presente por cuanto a la versión inicial de Germán coincide en lo esencial con la testifical de los policías que intervinieron en los hechos y con el dato objetivo no cuestionado de su presencia en el lugar de los hechos..."». (F.J. 4º)

## **PRUEBA. Prueba ilícita: conexión de antijuricidad.**

Recurso: Casación nº 1708/2004

Ponente: Sr. Delgado García

Sentencia: nº 1347/2005 de fecha 16/11/2005

«...hemos de recordar aquí una doctrina del TC, iniciada por una sentencia del pleno de tal órgano jurisdiccional, la nº 81/1998, luego recordada, matizada y aplicada en otras muchas posteriores, doctrina relativa a los efectos que estas actuaciones procesales, nulas por infracción de un derecho fundamental, han de tener en las diligencias de prueba posteriores que no habrían tenido lugar de no haber existido esas tales actuaciones nulas. Problemática tratada por vez primera en la STC 114/1984, que sirvió de inspiración al apartado segundo del art. 11.1 LOPJ de 1985 que priva de efectos a "las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando los derechos o libertades fundamentales".

Conforme a tal doctrina del Tribunal Constitucional, para que unas determinadas actuaciones procesales, que se consideran nulas por violación de algún derecho fundamental, puedan producir la nulidad de otras actuaciones posteriores, no basta que entre aquéllas y éstas haya una conexión natural o relación causal, es decir, que aquellas primeras hubieran servido de base para la posibilidad de realización de las posteriores.

Para ese efecto de nulidad refleja es necesaria, además de esa conexión natural, otra conexión de orden jurídico que pueda servir de justificación para privar de valor a esas otras pruebas derivadas que, en sí mismas consideradas, tendrían que reputarse válidas por haberse practicado con las garantías exigidas por la Constitución y las leyes procesales. Esta conexión de antijuricidad ha de resultar del examen del vicio que produjo la lesión constitucional, tanto desde una perspectiva interna como externa, es decir, teniendo en cuenta el hecho mismo de la violación, su importancia y características, así como las necesidades esenciales de tutela exigidas para la efectividad del derecho fundamental de que se trate (STC 81/1998, 49/1999 y 8/2000, entre otras).

Esta última STC (8/2000) hace unas concreciones muy útiles:

1ª.- No cabe rehabilitar o subsanar una prueba declarada nula por vulneración de un derecho fundamental de orden sustantivo por medio de otras pruebas que tienen su fuente u origen en aquella primera actuación anulada. Así, no cabe tener como acreditada la tenencia de la droga que fue hallada en un registro domiciliario considerado nulo por infracción del art. 18.2 CE, por medio de la prueba documental consistente en el acta de ese registro domiciliario, ni por la testifical de los funcionarios que intervinieron en ese registro, ni por la testifical de otros particulares asistentes a la misma diligencia (fundamento de derecho 3º), pues todas estas pruebas derivadas (documental y testificales) tienen como fuente el hecho mismo del registro declarado nulo. El funcionario judicial que da fe de lo ocurrido y hallado en esa diligencia cuya acta levanta, así como esos testigos, han conocido aquello que se documenta, o aquello sobre lo que se declara, en la práctica de esa actuación reputada nula, no en otro acto diferente.

2ª.- No ocurre esto con la declaración del propio acusado que reconoce ser el propietario de la droga, por ejemplo, o del coimputado que atribuye la propiedad a aquel otro, también acusado, que luego resulta condenado por esta prueba, porque las fuentes del conocimiento de ese hecho de la tenencia de la sustancia estupefaciente es ajena a la diligencia de registro donde fue hallada y que se declaró nula. Entiende el Tribunal Constitucional en la mencionada sentencia (8/2000, al final del fundamento de derecho 3º) que estas declaraciones de los acusados han de considerarse jurídicamente independientes de aquella otra actuación declarada nula -el registro domiciliario donde la droga se encontró-, porque al realizar sus manifestaciones en calidad de tal acusado había sido informado de sus derechos -derecho a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable- y se encontraba asistido de letrado, es decir, en condiciones tales que quedaba plenamente garantizada la libertad y espontaneidad en sus declaraciones. Véase el fundamento de derecho 14º de la STC 161/1999 que proclama la validez de estas declaraciones de los acusados, porque esta validez "no puede hacerse depender de los motivos internos del confesante, sino de las condiciones externas y objetivas de su

obtención..." (STC 86/1995). Leemos en el fundamento de derecho 10º de esta STC 8/2000, con cita de la antes referida 161/1999, que "las declaraciones del imputado prestadas con todas las garantías son jurídicamente independientes del acto lesivo de la inviolabilidad domiciliaria".

3ª. Finalmente esta misma sentencia 8/2000, en el fundamento de derecho 10º, considera que la doctrina que acabamos de exponer es aplicable no sólo a las declaraciones prestadas en el acto del juicio oral, sino también a las realizadas ante el Juzgado de Instrucción, siempre que, por supuesto, se hayan realizado con respeto de esas garantías que la Constitución y las leyes procesales establecen». (F.J. 2º)

### **PRUEBA. Prueba ilícita. Conexión de antijuricidad. Interpelación de la causalidad entre la prueba ilícita y la derivada.**

Recurso: Casación nº 10461/2006 P

Ponente: Sr. Martínez Arrieta

Sentencia: nº 119/2007 de fecha 16/02/2007

«...hay que recordar que Sentencias como la del Tribunal Constitucional nº 8/2000, de 17 de enero, y la de esta misma Sala nº 550/2001, de 3 de abril, entre otras, en orden a la transferencia mediata de la nulidad por vulneración de derecho fundamental a una prueba que directamente no produjo esa vulneración, afirman que no basta con que el material probatorio derivado de esa fuente viciada se encuentre vinculado con ella en conexión exclusivamente causal, de carácter fáctico, para que se produzca, de forma automática la transmisión inhabilitante, pues debe de existir entre la fuente corrompida y la prueba derivada de ella lo que doctrinalmente se viene denominando hoy como «conexión de antijuricidad». Es decir, desde un punto de vista interno, el que la prueba ulterior no sea ajena a la vulneración del mismo derecho fundamental infringido por la originaria sino que realmente se haya transmitido, de una a otra, ese carácter de inconstitucionalidad, atendiendo a la índole y características de la inicial violación del derecho y de las consecuencias que de ella se derivaron; y, desde una perspectiva externa, que las exigencias marcadas por las necesidades esenciales de la tutela de la efectividad del derecho infringido requieran el rechazo de la eficacia probatoria del material derivado.

En definitiva, que para que tan nocivos efectos se produzcan es siempre necesario que la admisión a valoración de una prueba conculque también, de alguna forma, la vigencia y efectividad del derecho constitucional infringido por la originaria que, de este modo, le transmite una antijuricidad que la obligación de tutela de aquel derecho está llamada a proscribir. De no ser así, aunque la segunda prueba haya sido obtenida a causa de la constitucionalmente inaceptable, conservará su valor acreditativo, pues esa vinculación causal se ha producido en virtud de unos resultados fácticos que no pueden excluirse de la realidad y no existen razones de protección del derecho vulnerado que justifiquen unas consecuencias más allá de la inutilización del propio producto de esa vulneración». (F. J. 4º)

### **PRUEBA. Prueba ilícita: efecto de la confesión del imputado.**

Recurso: Casación nº 1233/2005 P  
Ponente: Sr. Colmenero Menéndez de Luarca  
Sentencia: nº 1129/2006 de fecha 15/11/2006

«...En consecuencia, en las condiciones antes descritas, la confesión de los hechos por parte del imputado o acusado, que puede obedecer a distintas causas, debe entenderse como la consecuencia de una decisión suficientemente informada y libre, producto de una opción entre las distintas que la situación le ofrece, y cuyas consecuencias debe asumir. Es posible, por lo tanto, valorar tal declaración como prueba de cargo válida, en tanto que desvinculada de la prueba ilícita.

No ocurre lo mismo generalmente cuando se trata de declaraciones sumariales temporalmente cercanas al hecho cuya existencia se ha obtenido con la prueba que luego se declara constitucionalmente ilícita. En esos casos, tanto si la declaración es policial como si es sumarial, la existencia del objeto obtenido ilícitamente condiciona la declaración del imputado, que tiende naturalmente a organizar su defensa partiendo de una realidad que en ese momento no se encuentra en situación de cuestionar. En algunos casos, en el momento en que se le recibe declaración ni el imputado ni su defensa han tenido oportunidad de conocer las condiciones en las que tal objeto ha sido conocido, obtenido e incorporada su existencia al proceso. Por ello, es preciso un examen detenido de cada caso para determinar si puede afirmarse que la confesión realizada lo fue previa información y con la necesaria libertad de opción y no de forma condicionada por el hallazgo cuya nulidad se declara posteriormente». (F. J. 3º)

**PRUEBA. Prueba ilícita: nulidad no absoluta. Desconexión entre prueba declarada nula (intervenciones telefónicas) y registros domiciliarios y declaraciones de los imputados.**

Recurso: Casación nº 1288/2004  
Ponente: Sr. Martínez Arrieta  
Sentencia: nº 1529/2005 de fecha 21/12/2005

«En la sentencia impugnada se rechaza del acervo probatorio las intervenciones telefónicas al reputarlas nulas por insuficiencia de la motivación de los autos habilitantes y por insuficiente control de la injerencia, pronunciamiento que no ha sido discutido por la acusación, pero respecto al que proceder realizar una observación: la nulidad que se declara no alcanza una entidad relevante, o de nulidad absoluta, en cuyo caso la necesidad de salvaguardar el contenido esencial del derecho fundamental vulnerado precisaría la declaración de nulidad de todas aquellas diligencias que tuvieran como fuente de conocimiento informaciones obtenidas a través de la diligencia absolutamente nula. Se trata, por el contrario, de una nulidad que nace de un diferente criterio interpretativo sobre los presupuestos de adopción de la injerencia en las conversaciones telefónicas, criterios que responden a distintas sensibilidades sobre las exigencias para la adopción y, como tales, contingentes y variables.

La convicción del tribunal se apoya en las declaraciones de los imputados y en las entradas y registros acordadas en la causa, actividad probatoria que se considera en la sentencia de instancia no conectadas con las irregularidades que se declaran respecto a las intervenciones telefónicas anuladas.

...Esa interdicción de la valoración forma parte del contenido esencial del derecho fundamental vulnerado, pues de nada serviría declarar la vulneración de un derecho fundamental si esa declaración no va acompañada de la negación de efectos probatorios a las pruebas, aun obtenidas legítimamente, que sean derivadas de la ilicitud cometida.

El problema se plantea respecto a la determinación de lo que deba entenderse por pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando derechos o libertades fundamentales, cuestión que ha sido resuelta a través de la doctrina de la conexión de antijuridicidad cuyo contenido lo encontramos expuesto en las SSTC 91/98, 49/99, 8/2000, 299/2000, 138/2001 y de esta Sala 998/2002, de 3 de junio, 1.011/2002, de 28 de mayo, 1151/2002, de 19 de junio, 1989/2002, de 29 de noviembre, y la discrepante STS 58/2003, de 18 de enero, que los recurrentes citan en apoyo de su pretensión revisora. De este cuerpo jurisprudencial surge el necesario espacio de seguridad jurídica en la interpretación de la causalidad entre la prueba ilícita y la derivada. En todas ellas, se afirma la desconexión de la confesión del acusado con las pruebas irregulares e ilícitas, normalmente las intervenciones telefónicas y las entradas y registro, toda vez que el haz de garantías que rodea a la declaración del imputado, entre ellas el derecho a no declarar, la asistencia Letrada, etc., la salvaguardan de la vulneración anterior de otro derecho constitucional, precisamente por la naturaleza reconstructiva de la prueba en el proceso penal cuya función es reconstruir un hecho ya acaecido anteriormente para lo que ha de apartarse, obviamente, la pruebas obtenidas de forma ilícita, contrarias al carácter formalizado del proceso penal, y las derivadas de ellas. En términos de la STC 8/2000, de 18 de febrero, "la independencia jurídica de esta prueba se sustenta, de un lado, en que las propias garantías constitucionales que rodean su práctica- derecho a no declarar contra uno mismo, a no confesarse culpable y asistencia letrada- constituyen un medio eficaz de protección frente a cualquier tipo de coerción o compulsión ilegítima; de otro lado, en que el respeto a esas garantías permite afirmar la espontaneidad y voluntariedad de la declaración de forma que la libre decisión del acusado de declarar sobre los hechos que se le imputan permite, desde una perspectiva interna, dar por rota jurídicamente cualquier conexión causal con el inicial acto ilícito..". De esta construcción ha de excepcionarse los supuestos en los que el atentado al derecho fundamental sea particularmente grave, en los que la necesidad de proteger el contenido esencial del derecho fundamental haga aconsejable negar a la prueba derivada, en causalidad natural, virtualidad probatoria en la reconstrucción del hecho.

En el mismo sentido la STC de 29 de octubre de 2003, reitera la autonomía jurídica y la legitimidad constitucional de la valoración de la prueba de confesión, al entender que los derechos a no declarar contra sí mismo, a no confesarse culpable y a que las declaraciones se presten con asistencia letrada son garantías constitucionales que constituyen medio eficaz de protección frente a cualquier medio de coacción o compulsión ilegítima, por lo que el contenido de las declaraciones pueden ser valorado.

Hemos de diferenciar, por lo tanto, la realidad fáctica acontecida, en este caso la intervención de sustancia tóxica, de los medios de reconstrucción, de manera que sólo podrán ser utilizados como elementos de ésta los obtenidos regularmente y aquellos otros que no estén conectados jurídicamente con los obtenidos ilegítimamente.

Con similar contenido se pronuncia la jurisprudencia mas consolidada de esta Sala, por todas las SSTS recientes 664/2005, de 14 de abril, 436/2005 de 8 de abril, 416/2005, de 31 de marzo, y 129/2005, de 7 de febrero, aunque también, en un sentido contrario, la STS 664/2005, de 14 de abril.

Desde la perspectiva expuesta el derecho fundamental a la presunción inocencia aparece correctamente enervado respecto a los recurrentes. El tribunal apoya la convicción sobre los hechos sobre dos elementos de convicción: el resultado del registro en el domicilio del recurrente Rojas y en las declaraciones de los tres imputados y en las de otros imputados que han sido absueltos. Ha rechazado la resultancia de la intervención telefónica y las declaraciones de los funcionarios de policía por su conexión con la anterior diligencia. Las dos primeras son cuestionadas en los recursos.

Con relación a la entrada y registro, los recurrentes afirman que los mismos criterios que el tribunal ha tenido en cuenta para declarar la conexión de antijuridicidad respecto a las declaraciones de los funcionarios de policía son las que existen para las entradas y registro, pues el conocimiento del momento de la entrada se deriva de la intervención telefónica. Este argumento no es atendible, porque los recurrentes pretenden establecer la dependencia a la que alude el art. 11.1 de la LOPJ, con criterios de mera causalidad o de mera temporalidad, como si se tratara de una nulidad absoluta, sin necesidad de una transmisión de la ilicitud declarada. Por el contrario, en el oficio policial que interesa la injerencia domiciliaria ya se indica que la fuente de conocimiento de los hechos que se imputan es doble, la resultancia telefónica y los seguimientos que se realizan al indagado, de los que resultan indicios de la realización del hecho delictivo que se investiga. Además, en el oficio policial que interesa la intervención del teléfono del indagado se expresan indicios de una actuación delictiva que permitiría la injerencia domiciliaria. Así, se transcriben conversaciones derivadas de otras intervenciones no cuestionadas y seguimientos y vigilancias que sugieren una actividad delictiva relacionada con el tráfico de drogas que se investiga.

Con relación a las declaraciones personales de los coimputados, el tribunal de instancia se cuestiona su habilidad como actividad probatoria y concluye su posibilidad en virtud de la observancia de las garantías que presiden la realización de las indagatorias, su contenido de prueba de cargo respecto al hecho imputado y la comparación de las sucesivas declaraciones. Los imputados Claver López y Ruano, en ejercicio de su derecho, se negaron a declarar en la comisaría de policía. Ruano, en el juzgado, admitió la entrega del paquete, si bien señaló que se lo entregó una señora para entregarlo a un joven en una moto, sospechando que fuera droga. En el juicio oral, se desdice de esa declaración alegando que esa declaración la efectuó por presiones de la policía, lo que es valorado por el tribunal en el sentido de dar mayor credibilidad a la declaración del Juzgado ante lo inverosímil de una presión que no se proyecta en sede policial. Claver López reconoce en el Juzgado su participación, así

como anteriores compras efectuadas a Carlos Rojas y que compró los 100 gramos para destinarlos al tráfico esperando obtener un lucro con la diferencia entre el precio de compra y el de venta. En el juicio aduce presiones policiales y el tribunal otorga mayor credibilidad a las declaraciones en el Juzgado al no dar explicaciones a la retractación, ni siquiera para explicar la razón de su presencia en el lugar de los hechos. Con relación al imputado Rojas, la declaración fáctica resulta del resultado de la intervención de sustancias tóxicas y efectos relacionados con la actividad ilícita que se investigaba y las declaraciones incriminatorias de los coimputados y sus propias declaraciones en el procedimiento en las que admite la tenencia de la droga y de los efectos intervenidos que le permitían la venta de sustancias tóxicas. En el juicio oral afirma la intervención de los efectos, si bien alega su consumo y el de su pareja, al tiempo que afirma que se retracta de su declaración en el juzgado por no estar bien asesorado, si bien reconoce la tenencia de la droga para su consumo. De lo anterior resulta la acreditación del elemento objetivo del tipo penal, la tenencia de droga, en tanto que el elemento subjetivo es una inferencia racional desde la variedad de sustancias y de efectos normalmente destinados al tráfico». (F. J. 1º)

### **PRUEBA. Prueba ilícita. Ruptura de conexión de antijuricidad.**

Recurso: Casación nº 2435/2005

Ponente: Sr. Andrés Ibáñez

Sentencia: nº 812/2006 de fecha 19/07/2006

«A este respecto, conocida jurisprudencia del Tribunal Constitucional (por todas, STC 8/2000, de 17 de enero) y de esta sala (por todas, 416/2005, de 31 de marzo) ha declarado que la nulidad constitucional de una prueba en el proceso no impide la acreditación de los extremos penalmente relevantes mediante otros medios de prueba que puedan considerarse *jurídicamente* independientes de la prueba contaminada, aun cuando estuvieran ligados a ella en el plano de la causalidad *material*. Un supuesto de este género es el que concurre cuando, por ejemplo, lo conocido inicialmente a través de una interceptación telefónica ilegítima, tiene luego válido acceso al juicio y al conocimiento judicial merced a la confesión de los acusados, que hubieran aceptado que, en efecto, los hechos postulados como tales por la acusación habían tenido ciertamente lugar.

Más en concreto la STC 136/2006, de 8 de mayo, se ha pronunciado sobre la legitimidad constitucional de la valoración de la prueba de confesión en supuestos como el presente, entendiéndose que "los derechos a no declarar contra sí mismo, a no confesarse culpable y a que las declaraciones se presten con asistencia letrada son garantías constitucionales que constituyen medio eficaz de protección frente a cualquier tipo de coerción o compulsión ilegítima, por lo que el contenido de las declaraciones del acusado puede ser valorado siempre como prueba válida. En consecuencia, 'las garantías frente a la autoincriminación reseñadas permiten afirmar, cuando han sido respetadas, la espontaneidad y voluntariedad de la declaración. Por ello, la libre decisión del acusado de declarar sobre los hechos que se le imputan permite, desde una perspectiva interna, dar por rota, jurídicamente, cualquier conexión causal con el inicial acto ilícito. A su vez, desde una perspectiva externa, esta separación entre el acto ilícito y la voluntaria declaración por efecto de la libre decisión del acusado atenúa, hasta su desaparición, las necesidades de



tutela del derecho fundamental material que justificarían su exclusión probatoria, ya que la admisión voluntaria de los hechos no puede ser considerada un aprovechamiento de la lesión del derecho fundamental' (STC 161/1999, FJ 4)». (F. J. 3º R. De M.E.P)

### **PRUEBA. Prueba indirecta o indiciaria. Doctrina.**

Recurso: Casación nº 2295/2004

Ponente: Sr. Berdugo Gómez

Sentencia: nº 1159/2005 de fecha 10/10/2005

«Debemos recordar que la prueba indirecta, indiciaria o circunstancial es susceptible de enervar la presunción de inocencia, es un principio definitivamente consolidado por la doctrina del Tribunal Constitucional que en multitud de precedentes se ha pronunciado al respecto, declarando desde las sentencias 174 y 175 ambas de 17.12.85 la aptitud de la prueba de indicios para contrarrestar la mencionada presunción, a la vista de la necesidad de evitar la impunidad de múltiples delitos, particularmente los cometidos con especial astucia, y la advertencia de que habría de observarse singular cuidado a fin de evitar que cualquier simple sospecha pudiera ser considerada como verdadera prueba de cargo. A partir de tal fecha con frecuencia se ha venido aplicando y estudiando por los Tribunales de Justicia esta clase de prueba que ha adquirido singular importancia en nuestro Derecho Procesal, porque, como es obvio, son muchos los casos en que no hay prueba directa sobre un determinado hecho, y ello obliga a acudir a la indirecta, circunstancial, o de inferencias, para a través de los hechos plenamente acreditados (indicios), llegar al conocimiento de la realidad de aquel necesitado de justificación, por medio de un juicio de inducción lógica conforme a las reglas que ofrece la experiencia sobre la base de la forma en que ordinariamente se desarrollan los acontecimientos SSTC 229/88, 107/89, 384/93, 206/94, 45/97 y 13.7.98).

Del mismo modo esta Sala de casación del Tribunal Supremo ha generado una amplia jurisprudencia al respecto, según la cual la realidad del hecho y la participación en el mismo del acusado puede ser establecida por la formula de indicios SSTS 17.11 y 11.12.2000, 21.1 y 29.10.2001,29.1.2003, 16.3.2004) siempre que concurren una serie de requisitos:

a) Pluralidad de los hechos-base o indicios.

Como se ha señalado la propia naturaleza periférica del hecho-base hace carecer de perseveridad para fundar la convicción judicial, conforme a la norma contenida en el art. 741 LECrim. la existencia de un hecho único o aislado de tal carácter, admitir lo contrario sería un inadmisibles retroceso dentro del estado de Derecho e incidiría en el área vedada por el art. 9.3 CE.

b) Precisión de que tales hechos-base estén acreditados por prueba de carácter directo y ello para evitar los riesgos inherentes que resultarían de admitirse una concatenación de indicios, con la suma de deducciones resultantes que aumentaría los riesgos en la valoración.

c) Necesidad de que sean periféricos respecto al dato fáctico a probar.

No todo hecho puede ser relevante, así resulta preciso que sea periférico o concomitante con el dato fáctico a probar. No en balde, por ello, esta prueba indirecta ha sido tradicionalmente denominada como circunstancial, pues el propio sentido semántico, como derivado de "circum" y "stare" implica "estar alrededor" y esto supone no ser la cosa misma, pero sí estar relacionado con proximidad a ella.

d) Interrelación. Derivadamente, esta misma naturaleza periférica exige que los datos estén no solo relacionados con el hecho nuclear precisado de prueba, sino también interrelacionados; es decir, como notas de un mismo sistema en el que cada una de ellas represente sobre las restantes en tanto en cuanto formen parte de él. La fuerza de convicción de esta prueba dimana no sólo de la adición o suma, sino también de esta imbricación.

e) Racionalidad de la inferencia. Este mal llamada prueba de presunciones no es un medio de prueba, sino una forma de valoración de los hechos indirectos plenamente acreditados. Por ello, entre éstos y el dato precisado de acreditar ha de existir, conforme a lo requerido por el art. 1253 Cc. "un enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano", enlace que consiste en que los hechos-base o indicios no permitan otras inferencias contrarias igualmente válidas epistemológicamente.

f) Expresión en la motivación del como se llegó a la inferencia en la instancia. Pues solo cuando se contienen en la motivación de la sentencia exigida por el art. 120.3 CE. los grandes hitos del razonamiento cabe el control extraordinario representado por el recurso de casación ante este Tribunal Supremo o en su caso, por el de amparo ante el Tribunal Constitucional determinar si la inferencia ha sido de manera patente irracional, ilógica o arbitraria; pues de no mostrarse tal ilogicidad no cabe alterar la convicción del Tribunal de instancia formada con arreglo a la normativa contenida en los citados artículos 117.3 CE y 741 LECrim. SSTs 24.5 y 23.9.96 y 16.2.99).

En relación con estas exigencias debe destacarse la importancia de los dos últimos requisitos señalados, que la doctrina de esta Sala ha insistido en resaltar y, en particular el de la explícita motivación jurídica de la inferencia deducida, especialmente exigible cuando se trata de esa clase de pruebas indirectas, a diferencia de los supuestos en los que el fundamento de convicción del Tribunal se sustenta en pruebas directas, en las que es suficiente la indicación de éstas sin que sea preciso, en principio, un especial razonamiento, como por el contrario, es necesario cuando las pruebas indiciarias se trata STS 25.4.96). En este sentido, debe recordarse que el ejercicio de la potestad jurisdiccional está subordinado al cumplimiento y observancia de las formalidades legales, entre las que destaca, incluso con rango constitucional, (art. 120.3 CE), la obligación de motivar las resoluciones judiciales, de tal suerte que el juicio valorativo de los hechos indiciarios a partir de los cuales se llega al hecho-consecuencia, cabe según un proceso lógico y explicitado en la sentencia que permita al acusado conocer el razonamiento del Juzgador y al Organismo jurisdiccional superior verificar la racionalidad del juicio de inferencia, es decir, que la conclusión inferida de los indicios probados responde a

las reglas de la lógica y de la razón y no permite otra inferencia igualmente razonable deducida de los mismos datos indiciarios.

En definitiva como decíamos en la reciente sentencia de 16.11.2004, es necesario que "la sentencia haga explícito el razonamiento a través del cual, partiendo de los indicios, se ha llegado a la convicción sobre el acaecimiento del hecho punible y la participación del acusado, explicitación que aún cuando sea sucinta o escueta se hace imprescindible en el caso de prueba indiciaria, precisamente para posibilitar el control casacional de la inferencia. Es decir, es necesario que el Órgano judicial precise cuales son los indicios y como se deduce de ellos la autoría del acusado, de tal modo que cualquier otro Tribunal que intervenga con posterioridad pueda comprobar y comprender el juicio formulado a partir de tales indicios, siendo preciso pues, que el órgano judicial explique no solo las conclusiones obtenidas, sino también los elementos de prueba que conducen a dichas conclusiones y el iter mental que le ha llevado a entender probados los hechos, a fin de que pueda enjuiciarse la racionalidad y coherencia del proceso mental seguido y constatarse que el Juez ha formado su convicción sobre una prueba de cargo capaz de desvirtuar la presunción de inocencia .. "y" en cuanto a la inducción o inferencia es necesario que sea razonable, es decir que no solamente no sea arbitraria, absurda e infundada, sino que responda plenamente a las reglas de la lógica y de la experiencia, de manera que de los hechos base acreditados fluya, como conclusión natural el dato precisado de acreditar, existiendo entre ambos un enlace preciso y directo, según las reglas del criterio humano".

Ahora bien, nuestra labor de control casacional tiene también dos límites, como destaca la STS. 25.9.92 el primero se refiere a la acreditación de los indicios o hechos base, que la Sala ha declarado probados, pues si lo han sido mediante prueba directa no es posible su cuestionamiento, ya que tanto el principio de inmediación, como lo dispuesto en el art. 741 de la LECrim. y la propia naturaleza del recurso de casación impiden que se pueda entrar en el ámbito valorativo propio del Tribunal de instancia. Puede criticarse que la Sala considere indicio al que no lo es, así como la racionalidad de la inferencia, pero no la valoración que de la prueba testifical, por ejemplo ha realizado el Tribunal sentenciador para declarar que un determinado hecho base se estima acreditado.

En segundo lugar, el control de la racionalidad de la inferencia no implica la sustitución del criterio valorativo del Tribunal sentenciador por el del Tribunal casacional y mucho menos por el del recurrente.

Como señalan las SS. 272/95 de 13.2 ó 515/96 de 12.7, "es evidente que el juicio relativo a si los indicios deben pesar más en la convicción del Tribunal sentenciador que la prueba testifical (de descargo) o la propia declaración exculpatória del acusado, es una cuestión íntimamente vinculada a la inmediación que tuvo el Tribunal de los hechos, que no puede ser objeto de revisión por otro que no gozó de aquella inmediación y, por tanto, ni oyó ni vio la prueba practicada en su presencia. Este juicio podría únicamente ser impugnado si fuese contrario a las reglas de la lógica o a las máximas de experiencia". Es decir que queda fuera del ámbito casacional la valoración por el Tribunal sentenciador del peso de los indicios inculpatórios en relación con las pruebas de descargo practicadas que el Tribunal valora con inmediación, otorgándoles o no credibilidad o con las manifestaciones

exculpatorias del acusado, quien proporciona una versión fáctica alternativa que el Tribunal puede estimar convincente o bien inverosímil por su incoherencia interna, falta de consistencia, contradicción con datos objetivos debidamente acreditados, etc; ponderación de elementos incriminatorios y de descargo que debe ser respetada, pues constituye el núcleo de la función enjuiciadora del Tribunal "a quo", siempre que responda a las reglas de la lógica y del criterio humano.

En definitiva, una vez constatado el cumplimiento de los requisitos formales anteriormente indicados, así como la concurrencia de indicios incriminatorios que cumplan las condiciones ya expresadas, no se trata de sustituir la ponderación efectuada por el Tribunal sentenciador de los indicios y contraindicios, sino únicamente de comprobar su racionalidad, así como la racionalidad del proceso delictivo que, desde dicha valoración, conduce a considerar acreditado el hecho consecuencia». (F.J. 8º)

## **PRUEBA. Reconocimiento de voces.**

Recurso: Casación nº 1056/2002  
Ponente: Sr. Berdugo Gómez de la Torre  
Sentencia nº 1167/2004 de fecha 22/10/2004

«...” Es cierto que la identificación subjetiva de las voces puede basarse, en primer lugar, en la correspondiente prueba pericial, caso de falta de reconocimiento identificativo realizado por los acusados, pero la sTS. de 17.4.89 ya igualó la eficacia para la prueba de identificación por peritos con la adveración por otros medios de prueba, como es la testifical, posibilidad que ha sido confirmada por el TC. en s. 190/93 de 26.1 y la sTS de 23.12.94, admitió la autenticación por el Tribunal mediante la audición de las cintas en el juicio.

En igual dirección la sTS. 7.2.2003, con cita de la sentencia 1112/02, en relación al reconocimiento de las voces, señaló que el Tribunal puede resolver la cuestión mediante el propio reconocimiento que se deriva de la percepción inmediata de dichas voces y su comparación con las emitidas por los acusados en su presencia o de la prueba corroboradora o periférica mediante la comprobación por otros medios probatorios de la realidad del contenido de las conversaciones. En síntesis, a falta de reconocimiento, la prueba pericial no se revela necesaria o imprescindible, otra cosa es que sea conveniente, si el Tribunal ha dispuesto de los términos de comparación necesarios o de otras pruebas legítimas que corroboren el contenido de lo grabado...». (F.J. 18º)

## **PRUEBA. Reconocimiento de voz.**

Recurso: Casación nº 547/2004P

Ponente: Sr. Berdugo Gómez de la Torre  
Sentencia nº 705/2005 de fecha 06/06/2005

«...” En cuanto a la alegación de que no se puso en conocimiento de los acusados la audición para reconocer sus voces y en su caso realizar la prueba fonométrica de reconocimiento, consta en autos que el material quedó a disposición de las partes, que bien pudieron en momento procesal oportuno solicitar aquella prueba y no lo hicieron por lo que sería aplicable la doctrina de esta Sala (SSTS. 3.11.97, 19.2.2000, 26.2.2000), según la cual "es la parte la que debió instar su realización, de modo que si no lo hizo, reconoció implícitamente su autenticidad", sin olvidar que habiendo sido oídas las conversaciones grabadas en el plenario, la identificación de la voz con las de los acusados puede ser apreciada por el Tribunal en virtud de su propia y personal percepción y por la evaluación ponderada de las circunstancias concurrentes. En efecto la identificación subjetiva de las voces puede basarse, en primer lugar, en la correspondiente prueba pericial caso de falta de reconocimiento identificativo realizado por los acusados, pero la STS 17.4.89, ya igualó la eficacia para la prueba de identificación por peritos con la adveración por otros medios de prueba, como es la testifical, posibilidad que ha sido confirmada por el Tribunal Constitucional en S. 190/93 de 26.1 y el STS. de 23.12.94, que admitió la autenticación por el Tribunal mediante la audición de las cintas en el juicio.

En igual dirección la STS. 7.2.2003, con cita de la 1112/2992, en relación al reconocimiento de voces, señaló que el Tribunal puede resolver la cuestión mediante el propio reconocimiento que se deriva de la percepción inmediata de dichas voces y su comparación con las emitidas por los acusados en su presencia o de la prueba corroboradora o periférica mediante la comprobación por otros medios probatorios de la realidad del contenido de las conversaciones. En síntesis, a falta de reconocimiento, la prueba pericial no se revela necesaria o imprescindible, otra cosa es que sea conveniente, si el Tribunal ha dispuesto de los términos de comparación necesarios o de otras pruebas legítimas que corroboren el contenido de lo grabado...”». (F.J. 7º)

#### **PRUEBA. Reconocimiento en rueda.**

Recurso: Casación nº 1191/2004 P  
Ponente: Sr. Berdugo Gómez de la Torre  
Sentencia: nº 1353/2005 de fecha 16/11/2005

«Y en cuanto al reconocimiento en rueda es una diligencia esencial pero no inexcusable. Supone un medio de identificación, no **exclusivo ni excluyente**, destinado y dirigido a la nominación y concreción de la persona supuestamente responsable de todo delito investigado, diligencia evidentemente inidónea en el plenario porque su ejecución sería ya imposible. Es pues una actividad probatoria de la fase instructora, por lo que los defectos graves con que la misma se haya desarrollado en su inicio, difícilmente pueden ser subsanados ya con posterioridad precisamente porque en su esencia es una prueba anticipada (STS.500/2004 de 2.4).

En primer lugar, lo que ha señalado la jurisprudencia del Tribunal Supremo es que el reconocimiento en rueda constituye en línea de principio una diligencia

especifica sumarial de difícil practica en las sesiones del juicio oral por resultar atípica e inidónea (STS. 1531/99), pero no que el testigo no pueda reconocer a la víctima directamente en el Plenario e inmediatamente a presencia del Tribunal, de forma que incluso un reconocimiento dudoso en fase sumarial puede ser subsanado mediante uno inequívoco en el Plenario o viceversa cuando en la fase de instrucción se ha producido una rueda de reconocimiento con todas las formalidades legales y el reconociente no ha admitido dudas sobre la identidad del reconocido y en el Plenario las suscita, el Tribunal, previa introducción de dicha diligencia en el juicio oral, puede acoger la que le ofrezca mayor verosimilitud.

Por otra parte, mediante el reconocimiento en rueda se pretende la averiguación de la verdad a medio de la identificación del acusado siempre que previamente se ofrezcan dudas de cualquier entidad, de donde se sigue que si no se plantean éstas no es una diligencia preceptiva.

También ha señalado la Jurisprudencia (S.T.S. 1230/99) que la prueba sobre el reconocimiento no la constituye la diligencia practicada en el sumario, sino el testimonio del identificador en el Plenario ante el Tribunal de instancia, añadiendo que la diligencia de reconocimiento en rueda, aún cuando se practique a presencia del Juez de Instrucción, del Secretario y del Letrado de la defensa, no pasa de ser una diligencia sumarial, pero para que la identificación efectuada en la misma adquiera la condición de prueba de cargo es necesario que, comparecido al juicio oral el reconociente y a presencia del Tribunal, pueda ser sometido al interrogatorio de las partes sobre dicha identificación (STS. 28.11.2003)». (F. J. 3º)

## **PRUEBA. Rectificación de declaraciones sumariales. Cuestión de credibilidad ajena al objeto del recurso de casación.**

Recurso: Casación nº 946/2003P  
Ponente: Sr. Bacigalupo Zapater  
Sentencia nº 2026/2004 de fecha 14/10/2004

«...” La cuestión de la rectificación de declaraciones sumariales es una de las cuestiones propias del juicio oral, en el que se debe dilucidar todo lo relativo a su credibilidad y, por el procedimiento del art. 714 LECr., las contradicciones entre las diversas declaraciones prestadas en el juicio y en la instrucción. Consecuentemente, como cuestión referente a la credibilidad de tales declaraciones, la pretensión del recurrente es ajena -como lo hemos señalado en múltiples precedentes- al objeto del recurso de casación, por lo que el motivo carece manifiestamente de fundamento y puede ser desestimado con apoyo en los arts. 884,1º y 885,1º LECr...”». (F.J. 6º)

## **PRUEBA. Registro domiciliario en ausencia del imputado detenido.**

Recurso: Casación nº 1872/2005  
Ponente: Sr. Granados Pérez

Sentencia: nº 352/2006 de fecha 15/03/2006

«...el acusado .... estaba detenido cuando se procedió a realizar el registro, judicialmente autorizado, en su vivienda, siendo su persona y no la de su compañera la que estaba siendo objeto de investigación por su presunta implicación en operaciones de tráfico de drogas, de ahí que, al ser posible, debió estar presente en esa diligencia.

Es doctrina de esta Sala, como es exponente la Sentencia 1108/2005, de 22 de septiembre, que han de reputarse nulas las diligencias de registro practicadas sin la presencia del interesado cuando esté detenido y no exista otra razón que lo haga imposible.

Y en la Sentencia 1246/2005, de 31 de octubre se declara que sí se ha dictado una resolución judicial válida acordando la entrada y registro, como ocurre en este caso, no puede sostenerse que haya existido vulneración del derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio. La Constitución permite la entrada y registro en el domicilio mediante resolución judicial, exigencia a la que se ha dado adecuado cumplimiento. Sin embargo, las condiciones que exige la ley no solo son necesarias para la validez de la diligencia, y por lo tanto, para que pueda ser útil como prueba de cargo, sino que pueden afectar también a otros derechos fundamentales, como el relativo al derecho de defensa con la debida contradicción. En el caso, el incumplimiento de las exigencias relativas a la presencia del titular del inmueble, y a la forma en que debe ser suplida, fueron incumplidas, por lo que la diligencia resulta irregular, lo que imposibilita que por sí misma pueda ser tenida como prueba de cargo. Al no haberse producido vulneración de derechos fundamentales, es posible introducir su resultado mediante otras pruebas.

Y eso es lo acontecido en el supuesto que examinamos, habiendo reconocido el propio recurrente John Jairo Vasquez Tamayo, en el acto del plenario, la existencia del dinero en el interior de su domicilio.

Así las cosas, la irregularidad del registro no lleva consigo el efecto que se pretendía en el presente motivo por lo que debe ser desestimado». (F. J. 2º)

### **PRUEBA. Secreto de las comunicaciones. Doctrina sobre las escuchas telefónicas.**

Recurso: Casación nº 496/2005 P

Ponente: Sr. Martín Pallín

Sentencia: nº 1597/2005 de fecha 21/12/2005

«2.- Una vez más nos encontramos ante unas escuchas telefónicas que afectan a un derecho fundamental que corresponde proteger a los jueces incluso en el marco de una investigación por hechos delictivos. Lamentablemente, la práctica no es ciertamente rigurosa ni coherente con la responsabilidad que asume un juez cuando decide autorizar la invasión en un derecho fundamental. No es ciertamente esperanzador comprobar como en demasiados casos se observa una relajación de las obligaciones de tutela que la Constitución impone a los jueces de manera

específica, en algunos delitos, y de manera genérica en el artículo 53 al advertirles que la práctica judicial se debe ajustar a la obligación de tutela que se desprenden de nuestro ordenamiento constitucional.

El conocimiento de las exigencias constitucionales obligaría a los jueces a desarrollar una especial y escrupulosa dedicación al control de los casos en los que se ha autorizado la invasión de derechos fundamentales con un carácter temporal mas o menos duradero como sucede en las intervenciones telefónicas. La propia sentencia recurrida sin llegar a admitir la existencia de una nulidad radical si reconoce que puede haber ciertas irregularidades que no afectan la validez probatoria de otras diligencias practicadas en la causa.

Es cierto que la jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha dada carta de naturaleza a la práctica mayoritaria de esta Sala que admite la llamada motivación por remisión, cuando del oficio policial se desprende de forma suficiente y extensa cuáles son las razones que se invocan para solicitar la autorización judicial. No es posible establecer un control de calidad abstracto de los oficios policiales pero si es necesario unas exigencias mínimas o máximas que no puedan soslayarse a la baja, dando validez a meras reproducciones miméticas de los oficios sin un mínimo de valoración de su contenido que debe ser proyectado sobre la proporcionalidad de la medida y la subsidiariedad, al existir medios de investigación menos agresivos, que serán inexcusablemente valorados por el juez y que sin dejarlos, al arbitrio de los funcionarios policiales.

3.- En orden a la **proporcionalidad** basta con examinar las características del caso para llegar a la conclusión irrefutable de que las investigaciones policiales se dirigían hacia personas o grupo que se dedicada al tráfico de estupefacientes en cantidades notables y con ramificaciones y terminales que llevaban a transformar los ingentes beneficios de la droga en bienes materiales en cantidades importantes. No sólo se daba esta circunstancia sino que alguno de los investigados tenía antecedentes por condenas de gran entidad punitiva por tráfico de drogas. Sin necesidad de mayores esfuerzos argumentativos creemos que el requisito de la proporcionalidad está más que suficientemente satisfecho.

4.- En cuanto a la **necesidad** parece evidente, a primera vista, que una operación de esta envergadura y con las especiales características que describen en el oficio lleva a la conclusión de que la intervención telefónica y las grabaciones de las escuchas eran un soporte necesario para encaminar las investigaciones y acceder a las verdaderas fuentes probatorias que solo se materializan cuando los elementos objetivos del delito se concretan y emergen como consecuencia de unas conversaciones que las más de las veces son crípticas. No es descartable que, en algunos casos proporcione datos mas sugestivos y directos que culminan con la aprehensión de los elementos materiales del delito. En este caso es la policía la que considera necesaria la intervención telefónica, dato que sólo tiene un valor informativo ya que la responsabilidad de valorarlo y de decidir con arreglo a criterios jurídico-constitucionales, es el juez garante de la defensa del derecho al secreto de las comunicaciones telefónicas.

5.- Por lo que se refiere al **control judicial** su exigencia viene determinada, no tanto por el conocimiento exhaustivo y pormenorizado de horas y horas de grabación,



sino por la necesidad de valorar si las prórrogas son justificadas no tanto por la marcha de las investigaciones sino por la prolongación en el tiempo de las escuchas que pudiera transformarlas en desproporcionadas y contrarias al necesario equilibrio entre la persecución de los hechos delictivos y los derechos individuales.

Es cierto que en este campo los controles constitucionales se han relajado hasta el punto de no exigir un preciso razonamiento de las escuchas sino una ponderación de si es conveniente continuarlas o ya deben cesar por haberse cubierto los objetivos propuestos. En este caso es cierto que estos mínimos se han cumplido, insistiendo, una vez mas, que lo que se ha obtenido después de las peripecias derivadas de la pérdida o más bien sustracción, de algunas cintas, es sólo material de investigación y nunca de prueba.

6.- Si hablamos de la **audición, transcripción y escucha** ya entramos en valores probatorios que carecen absolutamente de validez si se han obtenido con vulneración de las garantías esenciales anteriormente examinadas y en todo caso tiene un valor relativo ya que sin objeto del cuerpo del delito, su fuerza probatoria se resentiría sensiblemente si no hay otros apoyos probatorios de mayor entidad.

Valorando en conjunto todos estos factores podemos afirmar que las escuchas se han realizado conforme a los parámetros actualmente exigidos por la jurisprudencia constitucional». (F. J. 1º)

## **PRUEBA. Testifical. Apercibimiento a testigo víctima.**

Recurso: Casación nº 1693/2003

Ponente: Sr. Berdugo Gómez de la Torre

Sentencia nº 1367/2004 de fecha 29/11/2004

«..” Consideran los recurrentes respecto de la declaración testifical de la única testigo de la acusación sin los apercibimientos legales, expresamente solicitados por las defensas de decir verdad bajo pena de falsedad en causa criminal en favor o en contra reo, accediendo únicamente la Sra. Presidente a exhortar a la testigo a decir verdad, sin apercibimiento alguno, amparándose en su consideración de víctima, exigencia y apercibimientos si realizados al resto de los testigos que si fueron expresamente apercibidos del delito de falso testimonio en causa criminal y penas previstas en la Ley, lo que causa indefensión a los recurrentes y viola el derecho fundamental a la presunción de inocencia que la testigo protegido y único, puede decir o no verdad a su voluntad, cuando dicho testimonio es la única prueba de cargo que pueda sustentar la condena de los acusados, sin la garantía de decir verdad.

El motivo deviene inaceptable.

El art. 433 LECrim. al regular la declaración de los testigos en la fase instructora previene que el Instructor antes de recibir al testigo púber el juramento y de interrogar al impúber, les instruirá de la obligación que tienen de ser veraces, y en

su caso, de las penas que el Código castiga el delito de falso testimonio en causa criminal. Sin embargo en la Sección II, Capítulo III del modo de practicar las pruebas durante el juicio oral, dedicada al examen de testigos, se limita en el art. 706 a que el Presidente al testigo mayor de 14 años, le recibirá juramento en la forma establecida en el art. 434 y es sólo en el art. 714 cuando prevé que cuando la declaración del testigo en el juicio oral no sea conforme en lo sustancial con la prestada en el sumario podrá pedirse la lectura de ésta por cualquiera de las partes y después de leída, el Presidente invitará al testigo a que explique la diferencia o contradicción que entre sus declaraciones se observe, para, a continuación, en el art. siguiente 715, prevenir que siempre que los testigos que hayan declarado en el sumario comparezcan a declarar también sobre los mismos hechos en el juicio oral, solo habrá lugar a mandar proceder contra ellos como presuntos autores del delito de falso testimonio, cuando éste sea dado en dicho juicio.

Por ello la única consecuencia que acarrearía que el testigo no haya sido apercibido expresamente de las consecuencias penales del incumplimiento del deber de veracidad en el acto del juicio oral sería la imposibilidad de proceder contra el testigo por su falso testimonio, pero no sería obstáculo para que la Sala pueda valorar la credibilidad de su declaración prestada bajo juramento de decir verdad...»». (F.J. 3º)

## **PRUEBA. Testifical De funcionarios públicos.**

Recurso: Casación nº 101/2004  
Ponente: Sr. Sánchez Melgar  
Sentencia nº 498/2005 de fecha 19/04/2005

«...» Estos funcionarios llevan a cabo sus declaraciones de forma imparcial y profesional, en el sentido de que no existe razón alguna para dudar de su veracidad, cuando realizan sus cometidos profesionales, teniendo las manifestaciones que prestan un alto poder convictivo, en cuanto no existe elemento subjetivo alguno para dudar de su testimonio, precisamente en función a la profesionalidad que caracteriza su cometido profesional, la formación con la que cuentan y la inserción de la policía judicial en un Estado social y democrático de Derecho, como es el nuestro, todo ello de conformidad con los arts. 104 y 126 de la Constitución española...»». (F.J. 5º)

## **PRUEBA. Testifical. Declaración anticipada de extranjero residente fuera de España.**

Recurso: Casación nº 1132/2004 P  
Ponente: Sr. García Pérez  
Sentencia: nº 1531/2005 de fecha 07/12/2005

«La declaración del testigo, nacional y vecino de Marruecos, no ha tenido lugar en el juicio, porque resultaron infructuosas las gestiones realizadas para su localización. Pero había prestado declaración en el Juzgado, estando presentes el

Ministerio Fiscal, el letrado del declarante y el letrado del imputado El Haimer; y esa declaración fue leída en la vista oral y pública, ante el Tribunal y estando presentes el Ministerio Fiscal, el acusado y su defensor, quienes tuvieron oportunidad de contradecirla.

Resultan así cumplidas las exigencias jurisprudenciales -véanse sentencias de 28/09/2005 y 15/02/2005, TS- para que la declaración anticipada del testigo extranjero y residente fuera de España, que no ha podido ser localizado para asistir al juicio, tenga fuerza enervadora del derecho a la presunción de inocencia reconocido en el art. 24 CE, tras la lectura prevista en el art. 730 LECr.». (F. J. 2º)

## **PRUEBA. Testifical. Declaración prestada en la segunda sesión del juicio.**

Recurso: Casación nº 2345/2003  
Ponente: Sr. Giménez García  
Sentencia nº 153/2005 de fecha 10/02/2005

«...” El tema de la incomunicación de los testigos, que exige el art. 704, la Ley, es una norma llena de sentido común en la medida que lo que con ello se quiere conseguir es lo que no puedan enterarse los unos de lo declarado por lo que le precedieron, para así evitar previos conciertos, pero la bondad de la medida no puede olvidar la naturaleza cautelar de tal medida y por tanto situada extramuros de la validez del testimonio.

Ello supone que la quiebra de la incomunicación sólo puede tener incidencia del testimonio que le venta a conceder el Tribunal, por el riesgo de dicha confabulación, pero en modo alguno va a afectar a la validez de la declaración como se solicita por el recurrente. En tal sentido se pueden citar las SSTs de 5 de Abril de 1989 de 30 de Enero de 1992, la 32/95 de 19 de Enero, 908/99 de 1 de Junio, 15 de Noviembre de 1996 y 26 de Marzo de 2001.

La incomunicación no es condición de validez de la prueba testifical y sí sólo de su credibilidad, y ello es tanto más obvio ante la realidad de juicios cuyas sesiones se prolongan durante varios días. La tesis de supeditar la validez de la prueba testifical a la incomunicación tendría la absurda consecuencia de provocar una insólita y generaliza retención/detención de los testigos, incluso durante varios días, y, precisamente por orden del Tribunal sentenciador. Es difícil imaginar un escenario más absurdo y sin lógica ni sentido...”». (F.J. 2º)

## **PRUEBA. Testifical. Valoración. Supuestos.**

Recurso: Casación nº 934/2003

Ponente: Sr. Berdugo Gómez de la Torre  
Sentencia nº 1301/2004 de fecha 17/11/2004

«...» En este sentido esta Sala en orden a la valoración de la declaración del testigo Michel, no puede menos que poner de manifiesto:

1º) que constituye garantía esencial del derecho de "defensa" el que las pruebas se practiquen en plenario, bajo el juego ineludible de los principios de "publicidad", "concentración", "inmediación y contradicción".

2º) que el derecho a la "prueba" encuentra en el derecho a "interrogar a los testigos" una de sus principales concreciones que es recogida en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales y en la Declaración Universal de los Derechos del Hombre, de tal manera que si el acusado y su defensa no han tenido oportunidad de contradecir a un testigo, cuyos dichos son decisivos, se vulnera el derecho a un proceso con todas las garantías.

3º) que el derecho a "interrogar a los testigos" no se puede desconocer al acusado ni siquiera cuando el Tribunal pueda suponer que el testigo no servía a los fines exculpatorios de la defensa, pues ello implicaría como señaló el TC un "prejuzgamiento" sobre una prueba no practicada (TC. 51/81).

Sin embargo como recordábamos en sTS. 1699/00 y como expone las TC 41/91 de 25.2, la doctrina de la practica en el acto del juicio oral de los actos de prueba se ha modulado en la medida en que puede suceder, por varios motivos, que los testigos que han depuesto en forma en el sumario no puedan comparecer en el acto de la vista, extrayendo como consecuencia que:

" si tales declaraciones figuran en autos vertidas con las debidas garantías, estamos ante la denominada prueba preconstituida que, en tanto prueba documentada, que no documental, puede ser traída al juicio oral al solicitarse por las partes la lectura o reproducción de lo sumarialmente actuado", ello de conformidad con lo dispuesto en el art. 730 LECrim. vía que permite al Tribunal ex art. 726 LECrim. tomar en consideración dichas declaraciones documentadas, siendo condición necesaria para ello que en el Plenario se proceda a la lectura concreta y particular de las declaraciones sumariales, no siendo suficiente el formalismo de tenerlas "por reproducidas", pues dicha lectura expresa constituye el complemento necesario de su regular introducción en el debate, cumpliéndose de esta forma los principios mencionados, especialmente, el de contradicción.

TERCERO: Posibilidad que se recoge en la doctrina del T.C . 49/98 que en su fundamento de Derecho 2º expone: "al respecto conviene recordar que, por regla general, solo tienen la consideración de pruebas de cargo aquellas que son practicadas en el acto del juicio oral con las garantías de publicidad, oralidad, contradicción e inmediación, según una consolidada doctrina de este Tribunal que se inicia con la temprana S. T.C 31/81. La misma regla rige en materia de prueba testifical donde -como hemos advertido en los ss. T.S. 137/88, 10192, 303/93, 64/94 y 153/97- la exigencia de contradicción viene expresamente requerida por el art. 6.3 d) del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las

libertades Fundamentales y por el art. 14.3 cl del Pacto Internacional de Derechos Civiles Políticos. Ahora bien, dicha regla no tiene un alcance absoluto y permite ciertas excepciones, en supuestos de la denominada prueba preconstituida y anticipada; esto es, se admite la eficacia probatoria de las actuaciones no producidas en el acto del juicio oral, cuando resulta imposible su reproducción en el mismo, si bien dicha eficacia le subordina a que el acto de investigación participe de los caracteres esenciales de la prueba, intervención de la autoridad judicial y posibilidad de contradicción, con respeto estricto del derecho de defensa (ss. T.C. 62/85,137/88,182/89,10/92,79/94,32/95,200/96,40/97).

Si bien la sentencia precedentemente transcrita hace referencia expresa a las pruebas preconstituidas y anticipadas, lo cierto es que aquellas son las que al practicarse ya se conoce la imposibilidad o, cuando menos, extraordinaria dificultad de su reproducción en el acto del juicio oral, por lo que es evidente que la sentencia precitada al referirse tan solo a la imposibilidad o acusada dificultad de reproducción en el acto de la vista pública de las diligencias sumariales de que se trate, está extendiendo la virtualidad probatoria no tan solo a las diligencias practicadas en fase de instrucción y que sean constitutivas de prueba anticipada o preconstituida, sino también a aquellas diligencias que, en el momento de su practica, no existía previsión alguna sobre su irrepeticibilidad en el juicio oral, siempre, eso si, que las mismas se practicaran con sujeción a los principios de inmediación y contradicción. En esta dirección la s. T.C. 40/97 matiza que "aun cuando se ha dicho por este Tribunal que la prueba testifical es, por su naturaleza, perfectamente reproducible en el juicio oral, para su debido contraste y contradicción por las partes de forma oral sin ninguna de los derechos de defensa del imputado (s.T.C. 10/92) en este caso fue irreproducible toda vez que la víctima se hallaba en paradero desconocido. En principio y agotados los medios que la Ley procesal ofrece para hacer comparecer al testigo al acto del juicio oral, podría admitirse la lectura de su declaración sumarial".

Por lo que respecta a la jurisprudencia del T.S la s. 22-2-99 recoge esta doctrina al señalar "no obstante, hay supuestos en los que la vigencia de 730 L.E.Cr, aquellos en los que, por causas independientes a la voluntad de las partes, la prueba no puede reproducirse en el juicio oral. La jurisprudencia ha señalado como situaciones generadoras de la excepcionalidad, las del testigo fallecido, la del testigo en ignorado paradero y la del testigo en el extranjero, cuando pese a la vigencia de los tratados Internacionales, su comparecencia no puede practicarse en el juicio oral". En estos supuestos excepcionales, las declaraciones del procedimiento deberán ser leídas en el juicio oral y son susceptibles de ser valoradas como actividad probatoria.

La utilización del art. 730 L.E.Cr queda limitado a aquellos casos en que el testimonio resulta de imposible o muy difícil practica en el acto del juicio oral y, en estos casos, el Tribunal podrá excepcionalmente tomar en cuenta las declaraciones testificales obrantes en el sumario, previa lectura den el juicio, cuando no sea factible lograr la comparecencia del testigo o sea imposible de localizar por desconocimiento de su paradero".

Igualmente la s. 30-9-99 señala "es cierto que la víctima no acudió al acto del juicio oral pero su declaración inculminatoria en sede judicial., extensa y minuciosa, coincidente en lo esencial con la anterior prestada en sede policial es clara... tal

declaración fue efectuada en presencia del Letrado de la defensa y fue correctamente introducida en el plenario por tratarse de uno de los supuestos contemplados en el art. 730. L.E.Cr.

Por su parte, la s. 9-2-00 establece que "una reiterada doctrina de esta Sala tiene declarado que hay supuestos excepcionales en los que el Tribunal sentenciador puede valorar diligencias de prueba practicadas en la fase de instrucción sumarial siempre que se hayan traído al acto del juicio oral y que sobre ellos se haya podido ejercer la pertinente contradicción.

El fundamento de la admisión como prueba de cargo válida de la preconstituida en las condiciones señaladas anteriormente lo describe la sentencia del TC. 91/91, que cita igualmente sus resoluciones anteriores, ssTC. 107/85, 182/89 y 154/90, afirmando que no admitiéndose "supondría hacer depender el ejercicio del "ius puniendi" del Estado del azar o de la malquerencia de las partes (amenaza a los testigos) pudiendo dejarse sin efecto lo actuado inmediatamente, añadiendo que:

" un sistema que pondera adecuadamente tanto la necesidad social de protección de bienes jurídicos esenciales, como el haz de garantías frente a posibles abusos a los ciudadanos, con independencia de su posición, ha distar en condiciones de hacer valer la seriedad de lo actuado por los órganos encargados de la represión penal, siempre que lo actuado lo haya sido con pleno respecto a aquellas garantías".

También la jurisprudencia del TS. (ss. 360/02, 1338/02, 1651/03) ha venido admitiendo la validez de la introducción en el Plenario, a efectos de garantizar el principio de contradicción, mediante la lectura de la declaración correspondiente, de lo manifestado por el testigo en fase sumarial y ante el Juez instructor siempre que dicha declaración se haya producido conforme a las prescripciones de la LECrim. Las condiciones previstas en el mencionado artículo se refieren a que la diligencia sumarial no pueda ser reproducida en el juicio oral por causas independientes a la voluntad de las partes.

Con independencia de supuestos de imposibilidad absoluta, como es el fallecimiento del testigo, se han perfilado por la jurisprudencia otros supuestos en los que la presencia deviene funcionalmente imposible, bien sea por tratarse de personas con residencia en el extranjero o que se encuentren en paradero desconocido o ilocalizables, lo que deberá tener su adecuada constancia en los autos, sin perjuicio de que el Tribunal, atendiendo a los diversos casos que puedan plantearse, debe desplegar la diligencia adecuada para localizar a la persona de que se trate.

Evidentemente debe tratarse de declaraciones prestadas ante el Juez de instrucción reuniendo los requisitos exigidos por la Ley, pues fuera de este supuesto no se trataría propiamente de diligencias sumariales de prueba, de forma que, aún no satisfaciéndose el principio de contradicción en aquella declaración, puesto que sucede con frecuencia, sobre todo cuando se trata del denunciante que su declaración se produce con anterioridad a la del imputado, que dicho principio esencial del proceso se desenvuelve en el acto del Plenario mediante lectura

concreta y puntual de la diligencia, abriéndose de esta forma a las partes la posibilidad de salvaguardar sus derechos (sTS. 4.3.2002)...»». (F.J. 3º)

## **PRUEBA. Testifical. Valoración del testimonio de un retrasado mental**

Recurso: Casación nº 446/2003

Ponente: Sr. Martínez Arrieta

Sentencia nº 184/2005 de fecha 17/02/2005

«...» La declaración del hermano Carlos, afectado de un retraso mental, impropriamente calificado en el escrito del recurso de "subnormal profundo", corrobora los hechos de la acusación, expresando la razón de su conocimiento y sometido al interrogatorio de las partes. No cabe descalificar ese testimonio en razón al retraso mental que padece. El testimonio de los incapaces en el derecho penal procesal, a diferencia del proceso civil, no aparece bajo la afirmación de una incapacidad natural para declarar (art. 1246 Cc) y ello porque, el niño, el demente, el imbecil etc, ven, perciben y pueden narrar los hechos que han presenciado. Cuestión distinta será la forma en que debe de realizarse el interrogatorio, qué expresiones deben emplearse para obtener de su testimonio la mayor eficacia acreditativa de los hechos enjuiciados.

En términos de la STS 6.4.92.: "Como norma general dentro del Derecho procesal, testigo es toda persona física dotada de capacidad de percepción y dar razón de tal percepción. Es al tiempo, a diferencia de lo que ocurre con los peritos, infungible, en tanto que narra hechos y no formula valoraciones sobre ellos. De ahí que sea preciso que como primera nota para la atendibilidad de tal prueba sea necesaria una determinada capacidad informativa: la denominada en materia procesal civil capacidad natural. Así, la normativa civil en cuanto establece (Art. 1246.3º del Código civil) tal incapacidad natural por razón de edad en el límite inferior a los catorce años ha sido justamente criticada por la más reciente y autorizada doctrina científica española, estimando con razón que este límite de edad no puede considerarse significativo en ordne a que quien declare tenga capacidad para transmitir sus percepciones, añadiéndose que "capaces naturales para testificar pueden serlo bastantes menores de catorce años y no serlo algunos mayores de esa edad". En cuanto a los dementes, el coeficiente aludido no permite tampoco configurar la oligofrenia como integrada en esta categoría.

En la normativa procesal penal española, a diferencia de la civil, cabe destacar varias notas: a) No se establece un sistema de incapacidades legales ni de tachas del testigo. (El art. 417.3º de la Ley de Enjuiciamiento criminal se limita a enunciar que "no podrán ser obligados a declarar como testigos", lo que es algo distinto). b) El artículo 433 de la misma Ley distingue entre el interrogatorio de un impúber, con terminología absolutamente absoleta pero significativa, al igual que el artículo 442 de lamisma establece un régimen significativo de diferencia con respecto al artículo 658 de la Ley de Enjuiciamiento civil. c) Finalmente, la sigular naturaleza

de uno y otro proceso impone un tratamiento distinto a la hora de valorar la prueba. Mientras con carácter general la percepción sensorial exige dentro del proceso civil un mayor grado de madurez en el sujeto informante, en el proceso penal -también por lo general y excepto determinados tipos delictivos- basta para apreciar la prueba con la estimación de la capacidad informativa del testigo en base a simples percepciones sensoriales. El niño/niña objeto de una agresión natural no da cuenta o informa con un lenguaje elaborado ni dependiente de un proceso mental de racionalización previa, sino que transmite linealmente hechos. De igual modo, el deficiente mental es susceptible de transmitir similar información que es o puede ser base para la fijación histórica de la ocurrencia del hecho. En cada caso y en cada tipo delictivo ello será facultad exclusiva del tribunal de instancia en base a la inmediación sin que quepa -se insiste- a este tribunal proceder a un nuevo análisis de la prueba".

En el proceso penal, el testigo se limita a participar al tribunal unos hechos desprovistos de cualquier valoración que el testigo pueda realizar y su testimonio será eficaz o no para el enjuiciamiento y acreditación de unos hechos en función de que lo que haya visto y presenciado lo comunique al tribunal del enjuiciamiento que lo valorará teniendo en cuenta la capacidad de percepción y convicción del testigo...". (F.J. 4º)

## **PRUEBA. Testifical: víctima menor.**

Recurso: Casación nº 1296/2004

Ponente: Sr. Monterde Ferrer

Sentencia: nº 332/2006 de fecha 14/03/2006

«...El único motivo formulado por este recurrente -coincidente con el segundo de la siguiente-, se formaliza por vulneración de precepto constitucional recogido en el art. 24.2, refiriéndose al derecho a la presunción de inocencia, por inexistencia de prueba para sustentar el cargo, denunciando que la sentencia de instancia se basa exclusivamente en las declaraciones de un perito en la vista oral, en un testimonio de referencia, y no directo de la presunta víctima, con ausencia de percepción directa de sus manifestaciones, todo ello ante la negativa rotunda a admitir los hechos por parte de los acusados.

1. Examinadas las actuaciones se comprueba que la víctima del presunto abuso sexual fue una niña, hija de los acusados (nacida el 4-4-95) que, en el periodo de ejecución de los hechos imputados, vendría a tener seis años de edad, y en la fecha de la celebración del juicio (22-3-04) ocho años.

Hubo unas declaraciones de la psicóloga del centro escolar (Sra. Calatayud Alcalde) a la que la menor asistía, y que efectuó la denuncia inicial; un informe pericial elaborado por una psicóloga (la Sra. Candela García) que se entrevistó con la niña y efectuó la correspondiente grabación en video, y otro informe de un nuevo perito (Sr. Mendoza), efectuado a partir del de la Sra. Candela y de las grabaciones por ella obtenidas, que vino a pronunciarse sobre la actuación de la anterior y validez de sus conclusiones.



2. "Testigo", se considera por la doctrina a la persona física que, sin ser parte en el proceso, es llamada a declarar, según su experiencia personal, acerca de la existencia y naturaleza de unos hechos conocidos con anterioridad al proceso, por haberlos presenciado -testigo presencial- o por haber tenido noticia de ellos por otros medios -testigo referencial-.

La declaración testifical es una manifestación del deber de prestar auxilio a la Admón. de Justicia y, así, se prescribe en nuestra ley adjetiva que todos los que residan en territorio español, nacionales o extranjeros, *que no estén impedidos*, tendrán obligación de concurrir al llamamiento policial para declarar cuanto supieren sobre lo que les fuere preguntado, si para ello se les cita con las formalidades prescritas en la Ley (art. 410 LECr.).

Y se prescribe que no podrán ser obligados a declarar como testigos los incapacitados física o moralmente (art. 417.3º LECr.), añadiendo la LECr. que *todos los testigos que no se hallen privados del uso de su razón* están obligados a declarar lo que supiesen sobre los que les fuere preguntado (art. 707).

Precisando este último precepto, tras la reforma introducida por la LO 14/99 de 9 de junio, que cuando el testigo sea *menor de edad*, el Juez o Tribunal podrá, en interés de dicho testigo y mediante resolución motivada, previo informe pericial, acordar que sea interrogado *evitando la confrontación visual* con el inculpado, utilizando para ello cualquier medio técnico o audiovisual que haga posible la práctica de esta prueba.

En nuestro caso, la víctima, considerada testigo por la jurisprudencia (SSTS de 4-5-90, 12-7-90, 18-9-90, 17-11-2003, y, entre otras muchas la núm. 1556/2003, de 17 de noviembre, rec. 242/2003), no declaró en ningún momento, ni se manifestó ante la Policía, ni fue explorada por el Juez de Instrucción, ni por el Tribunal de instancia en la Vista del Juicio Oral.

En la fase sumarial, la explicación de ello se encuentra, probablemente, en la recomendación contenida en el informe (fº 65) de la psicóloga Sra. Candela, del Servicio de Atención Psicológica de Servicios Sociales del Instituto Espill, realizado a petición de la Sección de Menores de la Dirección Territorial de Alicante de la Consellería de Bienestar Social de la Generalitat Valenciana, en el sentido de "evitar en lo posible, en la declaración judicial de la menor, *situaciones desagradables y angustiosas para la menor*", poniendo a disposición del juzgado la grabación efectuada y efectuando otra serie de sugerencias para el caso de que se considerara imprescindible tal declaración.

En la fase intermedia, el Ministerio Fiscal (fº 27, 28 del rollo de Sala) propuso como prueba testifical la exploración de la menor, y dentro de la pericial la comparecencia de los psicólogos antes mencionados y del médico forense que reconoció físicamente a la niña. Las defensas en sus correspondientes escritos (fº 30 y 31) propusieron los mismos medios que el Ministerio Fiscal, aunque fueron renunciados por él.

La Sala, por providencia de 2-12-03 (fº 34) acordó pedir que se le remitieran las grabaciones efectuadas a la menor; y por auto de 11-2-04 (fº 55) acordó celebrar la Vista, declarando pertinentes todas las pruebas propuestas, pero sustituyéndose la testifical de la menor por el visionado de las cintas que contienen las grabaciones del testimonio de la menor, sin perjuicio de que pueda interesarse la testifical correspondiente.

Llegado que fue el día señalado para el comienzo de las sesiones de la Vista del Juicio Oral, comparecieron los acusados prestando declaración, así como los psicólogos autores del primer y del segundo informe pericial, y el médico forense propuestos. Y solicitado por el Ministerio Fiscal el visionado de las cintas -de varias horas de duración- (Fº 92) la Sala lo denegó *considerándolo improcedente*, indicando críticamente que, *según los peritos, no hay relato.*

**3.** De todo lo anterior se deduce que la menor víctima, que ni estaba enferma, ni incapacitada para acudir al Juicio, y que contaba con raciocinio suficiente para comparecer en él, no fue oída por el Tribunal de instancia, ni siquiera a través de las grabaciones efectuadas recabadas por el Tribunal para la Vista.

Al respecto, el TC, en sentencias como la núm. 146/03, de 14 de julio, precisa que “la doctrina de este Tribunal sobre *el testimonio de referencia* puede ser uno de los actos de prueba en los que fundar una decisión condenatoria. Pero, como se ha declarado reiteradamente, se trata de un medio que puede despertar importantes recelos o reservas para su aceptación sin más como medio apto para desvirtuar la presunción de inocencia.

Partiendo de esta base hemos dicho que la validez probatoria del testigo de referencia se halla condicionada por la plenitud del derecho de defensa, de modo que, en la medida en que el recurso al testigo de referencia impidiese el examen contradictorio del testigo directo, resultaría constitucionalmente inadmisibile, pues en muchos casos supone eludir el oportuno debate sobre la realidad misma de los hechos, además de conllevar una limitación obvia de las garantías de inmediación y contradicción en la práctica de la prueba (SSTC 217/1989, de 21 de diciembre; 97/1999, de 31 de mayo; 209/2001, de 22 de octubre; 155/2002, de 22 de julio; y 219/2002, de 25 de noviembre).

Esta es también la doctrina sentada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (SSTEDH de 19 de diciembre de 1990, caso Delta; de 19 de febrero de 1991, caso Isgrò; y de 26 de abril de 1991, caso Asch).

Tal como textualmente afirmamos en la STC 155/2002, de 22 de julio, de un lado, incorporar al proceso declaraciones testificales a través de *testimonios de referencia* implica la elusión de la garantía constitucional de inmediación de la prueba al impedir que el Juez que ha de dictar Sentencia presencie la declaración del testigo directo, privándole de la percepción y captación directa de elementos que pueden ser relevantes en orden a la valoración de su credibilidad (STC 97/1999, de 31 de mayo; en sentido similar, SSTC 217/1989, de 21 de diciembre; 79/1994, de 14 de marzo; 35/1995, de 6 de febrero y 7/1999, de 8 de febrero).

De otro, supone soslayar el derecho que asiste al acusado de interrogar al testigo directo y someter a contradicción su testimonio, que integra el derecho al *proceso con todas las garantías* del art. 24.2 CE (específicamente STC 131/1997, de 15 de julio; en sentido similar, SSTC 7/1999, de 8 de febrero y 97/1999, de 31 de mayo) y que se encuentra reconocido expresamente en el párrafo 3 del art. 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos como una garantía específica del derecho al proceso equitativo del art. 6.1 del mismo (STEDH de 19 de diciembre de 1990, caso Delta).

El recurso al *testigo de referencia* ha de quedar limitado, por lo tanto, a aquellas situaciones excepcionales de imposibilidad real y efectiva de obtener la declaración del testigo directo y principal (SSTC 79/1994, de 14 de marzo; 68/2002, de 21 de marzo; 155/2002, de 22 de julio y 219/2002, de 25 de noviembre).

Y los supuestos en los que hemos declarado la existencia de esta imposibilidad real y efectiva han sido aquéllos en los que el testigo se encuentra en ignorado paradero, es decir los casos en los que es imposible citar al testigo directo (STC 35/1995, de 6 de febrero), aunque también hemos incorporado los casos en los que la citación del testigo resultaba extraordinariamente dificultosa (STC 209/2001, de 22 de octubre”).

4. Como indica la STS núm. 53/96, de 30 de enero, rec. 564/95 -en un supuesto en que el menor, víctima también de agresión sexual, tenía unos 7 años de edad, había declarado en el sumario y el Ministerio Fiscal había solicitado que se ratificara en la Vista- “no se discute la validez de los *testigos de referencia*, pero su inclusión entre el material probatorio hay que realizarla con cautela y siempre a expensas de que su testimonio pueda y deba ser contrastado con el testigo directo cuando su presencia, como sucede en el caso presente, es perfectamente factible a nada que se hubieran tenido en cuenta las peticiones del Ministerio Fiscal suficientemente conocidas por la Sala sentenciadora”.

La STS núm. 429/02, de 8 de marzo, con relación a un supuesto en que la víctima tenía 3 años y medio y la STS núm. 1229/02, de 1 de julio, en que las dos víctimas tenían 6 y 4 años, expusieron que el hecho de que a una persona se la declare culpable de un delito sobre la base de las declaraciones inculpatórias de *testigos de referencia* y no presenciales da lugar a una de las situaciones más delicadas que pueden ser imaginadas en el proceso penal.

5. Desde la perspectiva del derecho a la presunción de inocencia, que sólo puede entenderse desvirtuada mediante una prueba de cargo apreciada por el Tribunal competente en el acto del juicio oral y, por tanto, en condiciones de inmediación, el *testimonio de referencia* tropieza con la lógica dificultad que supone para el Tribunal formar juicio no sólo sobre la veracidad del testigo de referencia sino sobre la del testigo presencial en cuya lugar aquél se subroga.

Ello no obstante, la doctrina constitucional ha admitido la posibilidad de que la prueba testifical indirecta *sustituya excepcionalmente* a la directa, con la posibilidad de que su valor probatorio sea apreciado por el Tribunal, cuando se acredite la imposibilidad material de que comparezca en el juicio oral el testigo presencial”.

Y en la sentencia núm. 429/2002 claramente se hacía hincapié en que, “la excepcional admisibilidad de que, en supuestos como el presente, los *testimonios de referencia* puedan sustituir a los directos debe ser entendida como resultado del difícil equilibrio que los tribunales deben procurar entre la necesaria protección de los derechos del menor, la efectividad de los derechos fundamentales del acusado en el proceso penal y el interés público en que no queden impunes determinados hechos especialmente reprobables.

En la persecución de aquel equilibrio los tribunales deben ser muy rigurosos, no sólo en la apreciación de las circunstancias que justifican la sustitución de unos testimonios por otros, sino también en la crítica de los referenciales y en la expresión de las razones por las que, en su caso, los han considerado dignos de crédito”.

6. Sin embargo, aquéllas sentencias, aún reconociendo que no podría decirse que fuese materialmente imposible la comparecencia de los menores ofendidos ante el Tribunal, vinieron a reconocer que concurría una causa de imposibilidad legal ponderada prudencialmente por el Tribunal de instancia.

Aunque no es el caso, en ocasiones, la sala de instancia justifica el anómalo hecho basándose en que la declaración del menor fue desaconsejada por los profesionales que lo trataban bajo pena de agravar las secuelas derivadas de su condición de víctima, y en resultar ello de los principios básicos recogidos en la Exposición de Motivos de la LO 1/96, de 15 de enero de Protección Jurídica del Menor, y en el art. 3 de la Convención de derechos del Niño de Naciones Unidas, ratificada por España el 30-11-90.

La LO 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, que, en efecto, es desarrollo tanto del art. 39.4 CE como de la Convención de los Derechos del Niño aprobada en las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989, y en vigor en España desde el 5 de enero de 1991, menciona en el art. 11.2, como dos de los principios rectores de la actuación de los poderes públicos en su actuación de protección del menor, “la supremacía del interés del menor” y “la prevención de todas aquellas situaciones que puedan perjudicar su desarrollo personal” y dispone en el art. 13.3 que en las actuaciones de protección “se evitará toda *interferencia innecesaria* en la vida del menor”.

Y en el art. 17 de la misma LO se contiene el mandato a cuyo tenor “en las situaciones de riesgo de cualquier índole que perjudiquen el desarrollo personal y social del menor, (...) la actuación de los poderes públicos deberá garantizar en todo caso los derechos que le asisten y se orientará a *disminuir los factores de riesgo y dificultad social* que incidan en la situación personal y social en que se encuentra”.

El art. 3.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 44/25, de 20 de noviembre de 1989 y en vigor desde el 2 de septiembre de 1990, precisa que “en todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el *interés superior del niño*”.

Pero, aún siendo todo ello cierto, puede sostenerse que el llamamiento judicial de un menor que se supone ha sido víctima de un delito, para que se someta a las preguntas de la Defensa del acusado, *no es una interferencia innecesaria* puesto que está en juego que al último se le declare culpable o inocente y, por otra parte, su derecho a interrogar tiene rango constitucional, sin perjuicio de las cautelas que tiene previstas el mismo legislador inspirado por tales principios para hacerlos efectivos, sin menoscabo de las garantías constitucionales y procesales de las partes del proceso.

No puede tampoco aceptarse -como a veces se sostiene- que al amparo de aquella normativa tuitiva resulte innecesaria la comparecencia de la víctima, dada su edad, y que existan siempre otros medios de prueba de entidad suficiente, no sólo para desvirtuar la presunción de inocencia del procesado, sino para fundamentar una sentencia condenatoria.

7. Los principios de protección del menor víctima han sido ya recibidos en nuestro ordenamiento jurídico, de modo que *sea compatible* su testimonio directo con la preservación de su privacidad, y disminución, dentro de lo posible, de los efectos negativos, en cuanto a la *revictimación o victimación secundaria*, que todo proceso lleva consigo.

Así, la LO 19/94, de 23 de diciembre, de protección a testigos y peritos en causas criminales establece ya una serie de medidas entre las que se cuenta (art. 2.b) la utilización de cualquier *procedimiento que imposibilite su identificación visual normal*.

Y la Ley 35/95, de 11 de diciembre, de Ayuda y Asistencia a las Víctimas de Delitos Violentos y Contra la Libertad Sexual, prescribe (art. 15.3) que en todas las fases del procedimiento de investigación el *interrogatorio* de la víctima deberá hacerse con *respeto* a su situación personal, a sus derechos y a su dignidad.

Y el mismo texto añade que (art. 15.5) el Ministerio Fiscal cuidará de *proteger* a la víctima de toda *publicidad* no deseada que revele datos sobre su vida privada o su dignidad, pudiendo solicitar la celebración del proceso penal a puerta cerrada, de conformidad con lo previsto por la legislación procesal.

Por su parte, como ya vimos, el párrafo segundo del art. 707 de la LECr. (introducido por la LO 14/99 de 9 de junio) prescribe que cuando el testigo sea menor de edad, el Juez o Tribunal podrá, en interés de dicho testigo y mediante resolución motivada, previo informe pericial, acordar que sea interrogado *evitando la confrontación visual* con el inculpado, utilizando para ello cualquier *medio técnico o audiovisual* que haga posible la práctica de esta prueba.

En esta línea, el art. 229 de la LOPJ (tras la reforma producida por la LO 19/2003, de 24 de diciembre), después de proclamar en su núm. 2 que "las declaraciones, interrogatorios, testimonios, careos, exploraciones, informes, ratificación de los periciales y vistas, se llevarán a efecto ante el juez o tribunal, con presencia e intervención, en su caso, de las partes y en audiencia pública, salvo lo dispuesto en la ley", admite en su párrafo 3 que estas actuaciones se realicen "a través de *videoconferencia* u otro sistema *similar* que permita la comunicación bidireccional y simultánea de la imagen y del sonido y la *interacción visual, auditiva y*

*verbal* entre las personas o grupos de personas geográficamente distantes, asegurando en todo caso la posibilidad de contradicción de las partes y la salvaguarda del derecho de defensa, cuando así lo acuerde el juez o tribunal".

Y, finalmente, el art. 325 de la LECr. (redacción de la LO 13/03, de 24 de octubre) admite que "el Juez de oficio o a instancia de parte, por razones de utilidad, seguridad o de orden público, así como en aquéllos supuestos en que la comparecencia de quien haya de intervenir en cualquier tipo de procedimiento penal como imputado, testigo, perito en otra condición resulte particularmente gravosa o perjudicial, podrá acordar que la comparecencia se realice a través de *videoconferencia* u otro sistema similar que permita la comunicación bidireccional y simultánea de la imagen y el sonido, de acuerdo con lo dispuesto en el apartado 3 del art. 229 de la LOPJ".

8. Se ha constatado, en definitiva, que en nuestro caso la prueba testifical indirecta ha sustituido a la directa, con la imposibilidad de que el valor probatorio de esta última hubiere sido apreciado por el Tribunal, sin haberse acreditado la imposibilidad material de que compareciera en el juicio oral la testigo presencial víctima, a pesar de la petición en tal sentido realizada oportunamente por las defensas de los acusados y del Ministerio Fiscal. Se ha acreditado que en la Vista, ni siquiera se procedió al visionado de las grabaciones de audio-video efectuadas -tal como estaba previsto por el Tribunal y solicitó expresamente el Ministerio Fiscal- denegando el Tribunal tal solicitud con una enigmática expresión, consistente en que: *según la perito no hay relato*.

Con ello cabe preguntarse, si no hay relato ¿qué es lo que hay? ¿opiniones de un perito? y ¿basadas en qué? Las incógnitas parecen insuperables.

Por otra parte, el visionado y audición de las cintas, -en defecto de la percepción directa del testimonio de la víctima- resultan fundamentales e imprescindibles para poder comprobar el contenido y sentido de las manifestaciones inculpatorias respecto de los dos acusados, en su caso, efectuadas por la menor, y para calibrar si la técnica utilizada por la psicóloga fue correcta en sus entrevistas estructuradas o no, evitando cualquier género de *sugestión* incompatible con las exigencias procesales (ex arts. 439,709 y concordantes de la LECr.) garantizadoras de la espontaneidad de todo testimonio». (F. J. 1º)

### **PRUEBA. Testifical de la víctima. Valor probatorio.**

Recurso: Casación nº 1034/2004

Ponente: Sr. Martínez Arrieta

Sentencia: nº 1507/2005 de fecha 09/12/2005

«El recurrente expresa que en el supuesto objeto de la impugnación no hay prueba del hecho sin que la declaración de la víctima sea suficiente para la declaración fáctica al entender que la misma adolece de defectos, contradicciones y no ha sido objetivamente corroborada.

El motivo se desestima. En alguna Sentencia hemos declarado, por todas STS 578/2001, de 6 de abril, que el control casacional, en esto supuestos en los que la declaración de la víctima es la única prueba de los hechos la función de la Sala de casación no puede limitarse a la mera constatación formal de la existencia de la declaración inculpativa y la regularidad de su obtención por su práctica en el juicio oral bajo los principios de inmediación, oralidad, contradicción efectiva y, en su caso, publicidad, sino que ha de comprobar también la racionalidad de la convicción expresada en la motivación de la sentencia. Esa función controladora del derecho fundamental a la presunción de inocencia que cumple el recurso de casación, debe satisfacer el derecho del condenado a la revisión de la sentencia condenatoria por un Tribunal Superior (art. 14.5 del Pacto Internacional de Derechos civiles y políticos). Desde la perspectiva expuesta el Tribunal Supremo, a través del recurso de casación, realiza también una función valoradora de la prueba practicada en el juicio oral referida a la comprobación de la existencia de una actividad probatoria; a la comprobación de la licitud en su práctica y su regularidad porque ha sido realizada conforme al proceso debido; y a la comprobación del carácter de prueba de cargo, es decir, con capacidad para hacer deducir racionalmente la culpabilidad de una persona por su participación en un hecho punible.

El único límite a esa función revisora lo constituye la inmediación en la percepción de la actividad probatoria, es decir, la percepción sensorial de la prueba practicada en el juicio oral. Lo que el testigo dice y que es oído por el tribunal, y cómo lo dice, esto es, las circunstancias que rodean a la expresión de unos hechos. Esa limitación es común a todos los órganos de revisión de la prueba, salvo que se reitera ante ellos la prueba de carácter personal, y a ella se refieren los arts. 741 y 717 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. El primero cuando exige que la actividad probatoria a valorar es la practicada "en el juicio". El segundo cuando exige una valoración racional de la prueba testimonial. Ambos artículos delimitan claramente el ámbito de la valoración de la prueba diferenciando lo que es percepción sensorial, que sólo puede efectuar el órgano jurisdiccional presente en el juicio, de la valoración racional, que puede ser realizado tanto por el tribunal enjuiciador como el que desarrolla funciones de control.

Para facilitar la motivación de la prueba, en su contenido racional, esta Sala ha suministrado criterios de valoración que el recurrente expresa en su impugnación, referidos en la persistencia en la declaración, la ausencia de incredulidad subjetiva y verosimilitud con sus respectivas notas ampliamente desarrolladas en nuestra jurisprudencia. A través de estos criterios podremos comprobar que, efectivamente, la declaración que se analiza es prolongada en el tiempo, sin ambigüedades ni contradicciones relevantes, que no se realiza desde posiciones o desde móviles espúreos, resentimientos, venganzas etc., y que la declaración aparece, en la medida racionalmente posible, como cierta porque existen corroboraciones externas a esa declaración inculpativa.

Esos criterios no pueden ser tenidos como reglas legales de valoración de la prueba, pues no existe en nuestro derecho un sistema de prueba tasada, sino, como se ha dicho, pautas de valoración que ayudan a la racionalidad de su valoración en los términos que resultan del art. 717 y 741 de la Ley Procesal, esto es, apreciada en conciencia y con racionalidad. Esa racionalidad es la que esta Sala ha de comprobar

constatando la motivación de la sentencia y la realidad de la documentación de las declaraciones percibidas de forma inmediata.

La sentencia impugnada ha realizado una valoración racional de la prueba practicada en el juicio oral sujetando la apreciación a los criterios anteriormente expuestos. Para su convicción se apoya en las declaraciones oídas en el juicio, vertidas por la víctima y las valora junto a la de los testigos, presentes de forma accidental en el hecho que atestiguan sobre lo que vieron y, de forma referencial, sobre lo que el testigo les manifestó sobre los hechos. Esas declaraciones son objeto de especial valoración, de forma conjunta y racional.

La convicción deducida por el tribunal es razonable y expresada de forma convincente por el tribunal sin que esta Sala, carente de la percepción inmediata en el desarrollo de la prueba, pueda variar la convicción racionalmente valorada. Constatada la existencia de una actividad probatoria, el motivo se desestima». (F. J. 1º)

### **PRUEBA. Testigos de referencia.**

Recurso: Casación nº 1458/2004

Ponente: Sr. Ramos Gancedo

Sentencia: nº 1135/2005 de fecha 07/10/2005

*«Pues bien, ya el Tribunal Constitucional en su sentencia nº 131/1997 de 15 de julio, señalaba que el testimonio de referencia constituye uno de los actos de prueba que los Tribunales de la jurisdicción penal pueden tener en consideración en orden a fundar la condena, pues la Ley no excluye su validez y eficacia (por todas, STC 217/1989), pero que la prueba testifical indirecta no puede llegar a desplazar o sustituir totalmente a la prueba testifical directa, salvo en el caso de prueba sumarial anticipada o de imposibilidad material de comparecencia del testigo presencial a la llamada del juicio oral, pues cuando existan testigos presenciales de los hechos el órgano judicial debe oírlos directamente en vez de llamar a declarar a quienes oyeron de ellos (SS.T.C. 217/1989; 303/1993; 791/1994; y 35/1995 y SS.T.S. de 2 de diciembre de 1.998, 4 de noviembre de 1.999 y 23 de noviembre de 2.000). Esta doctrina tiene su antecedente en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que ha declarado como contraria a lo dispuesto en el art. 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos la sustitución del testigo directo por el indirecto sin causa legítima que justifique la inasistencia de aquél al juicio oral (entre otras, DELTA c. Francia, 19 de diciembre de 1.990; ISGRO c. Italia, 19 de febrero de 1.991; ASCH c. Austria, 26 de abril de 1.991; en particular, sobre la prohibición de testigos anónimos WINDISCH c. Austria, de 27 de septiembre de 1.990 y LUDI c. Suiza, de 15 de junio de 1.992).*

Lo que, en síntesis, propugna la doctrina jurisprudencial citada es la proscripción de buscar el apoyo de los testigos de referencia en los supuestos en los que pueda oírse a quien presencié el hecho delictivo o a quien percibió el dato probatorio directo. Por eso, no ofrece duda la validez y eficacia probatoria del testigo de referencia en aquellos casos en los que, por no existir testigos presenciales o por haber estos puesto en ignorado paradero o fuera del alcance de los órganos



jurisdiccionales españoles, sólo cabe la declaración de aquéllos, cuya veracidad y credibilidad habrá de ser ponderadamente valorada por los jueces, dando a esta prueba su exacto valor y significado como prueba subordinada a la posibilidad de la prueba directa.

En este mismo sentido se expresa la STC de 21 de marzo de 2.002, en la que, invocando la nº 209/01, expone las razones por las que el testimonio de referencia se observa con reticencia, señalando que, de un lado, incorporar al proceso declaraciones testificales a través de testimonios de referencia implica la elusión de la garantía constitucional de inmediación de la prueba al impedir que el juez que ha de dictar sentencia presencie la declaración del testigo directo, privándole de la percepción y captación directa de elementos que pueden ser relevantes en orden a la valoración de su credibilidad (S.T.C. 97/1999, de 31 de mayo, FJ 6; en sentido similar, SS.T.C. 217/1989, de 21 de diciembre, FJ 5; 79/1994, de 14 de marzo, FJ 4; 35/1995, de 6 de febrero, FJ 3; y 7/1999, de 8 de febrero, FJ 2). De otro, supone soslayar el derecho que asiste al acusado de interrogar al testigo directo y someter a contradicción su testimonio, que integra el derecho al proceso con todas las garantías del art. 24.2 C.E. (específicamente STC 131/1997, de 15 de julio, FJ 4; en sentido similar, SS.T.C. 7/1999, de 8 de febrero, FJ 2; y 97/1999, de 31 de mayo, FJ 6) y que se encuentra reconocido expresamente en el párrafo 3 del art. 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (en adelante CEDH) como una garantía específica del derecho al proceso equitativo del art. 6.1 del mismo (STEDH de 19 de diciembre de 1.990, caso Delta).

No obstante estas iniciales precisiones, el T.C. reitera la doctrina significando que, en esa medida, y dado su carácter excepcional, la admisión del testimonio de referencia se encuentra subordinada al requisito de que su utilización en el proceso resulte inevitable y necesaria, afirmando que el hecho de que la prueba testifical de referencia sea un medio probatorio de valoración constitucionalmente permitida no significa, como se indicaba en la STC 303/1993, que, sin más, pueda erigirse en suficiente para desvirtuar la presunción de inocencia, ya que, como se señalaba en la STC 217/1989, la declaración del testigo de referencia no puede sustituir la del testigo presencial; antes al contrario, cuando existan testigos presenciales, el órgano judicial debe oírlos directamente, en vez de llamar a declarar a quienes oyeron de ellos el relato de su experiencia. Por lo tanto, la necesidad de favorecer la inmediación, como principio rector del proceso en la obtención de las pruebas impone inexcusablemente que el recurso al testimonio referencial quede limitado a aquellas situaciones excepcionales de imposibilidad real y efectiva de obtener la declaración del testigo directo o principal (STC 79/1994, FJ 4). (F.J. 1º)

**SEGUNDO.-** A la luz de esta doctrina, la validez y eficacia de los testimonios de referencia como prueba de cargo aparece inobjetable teniendo en cuenta que, como se declara expresamente probado, no existió testigo presencial alguno de la comisión del hecho delictivo que hubiera permitido la prueba directa. La presunción de inocencia del acusado ha sido enervada por prueba de cargo válidamente obtenida, practicada con todas las garantías y racionalmente valorada, y, por ello, el reproche casacional debe ser desestimado». (F.J.2º)

## **PRUEBA. Testigos de referencia.**

Recurso: Casación nº 11007/2006 P

Ponente: Sr. Colmenero Menéndez de Luarca

Sentencia: nº 161/2007 de fecha 27/02/2007

«...La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha establecido que es contrario al artículo 6 del Convenio, la sustitución del testigo directo por el indirecto sin causa legítima que justifique la inasistencia de aquél al juicio oral (Caso Delta contra Francia, 19 de diciembre de 1990; Caso Isgro contra Italia, 10 de febrero de 1991), por lo que, como premisa inicial, la cuestión no se centra realmente en las posibilidades de valorar tal prueba como elemento de cargo, sino en la legitimidad de la causa de su utilización en lugar del testigo directo. La testifical de referencia será, pues, prueba válida cuando sea legítima la sustitución del testigo directo, lo que ocurre en casos de imposibilidad o extrema dificultad de conseguir su presencia en el acto del juicio oral.

Con carácter general, ha señalado el Tribunal Constitucional, STC 217/1989, STC 303/1993, 79/1994 y 35/1995, que la prueba testifical de referencia constituye, desde luego, uno de los actos de prueba que los Tribunales de la Jurisdicción Penal pueden tener en consideración en orden a fundar su condena, pues la Ley no excluye su validez y eficacia, pero no puede desplazar o sustituir totalmente a la prueba testifical directa salvo en el caso de prueba sumarial anticipada o de imposibilidad material de comparecencia del testigo presencial a la llamada al juicio oral. Producida la prueba corresponderá a la libre valoración de los Tribunales la determinación de su convicción o credibilidad, pues en el fondo su problemática no es distinta a las demás pruebas.

En el mismo sentido se ha pronunciado la jurisprudencia de esta Sala al declarar la validez de los testigos de referencia cuando se haya acreditado la imposibilidad de acudir al testimonio del testigo directo (STS de 12 de julio de 1996 y STS de 10 de febrero de 1997). Esta clase de prueba, por lo tanto, no es rechazable de plano, porque, no excluida su validez por la Ley salvo en los casos referidos, no siempre es posible obtener la prueba original y directa.

En el caso, se ha acreditado la imposibilidad de acudir a la testifical del testigo directo, la víctima de los hechos, habida cuenta de su negativa a declarar acerca de los hechos. Según relata su madre, la menor se niega a hablar de la cuestión, lo cual ha sido ratificado por el psicólogo que intentó el reconocimiento profesional, habiendo constatado la negativa radical de la niña a manifestar cualquier cosa sobre el particular de que se trata.

Es claro que las normas sobre protección de menores impiden realizar sobre la menor cualquier acto de coerción encaminado a lograr su testimonio, aun cuando pudiera considerarse legítimo dentro de los límites derivados de la obligación legal de declarar que incumbe a los testigos de un hecho delictivo. En cualquier caso, y siempre dentro de esos límites, probablemente la menor sería inmune a dicha coerción a causa de su limitada capacidad de comprender sus obligaciones legales y las eventuales consecuencias de su incumplimiento. Por otra parte, dada su edad, ninguna consecuencia penal se podría derivar de su negativa a prestar declaración.

En los delitos de naturaleza sexual sobre menores, a la clandestinidad que ordinariamente les acompaña, han de añadirse nuevas dificultades en su investigación y prueba derivadas de la edad de la víctima que en ocasiones puede dificultar enormemente la obtención de un testimonio con las suficientes garantías como para enervar la presunción de inocencia. La dificultad para valorar adecuadamente determinados actos o actitudes; el rechazo de la víctima de corta edad a confiarse a terceros desconocidos; la sugestionabilidad de esta clase de víctimas a causa de la intervención de otras personas cercanas, a pesar de su indudable buena voluntad en la mayoría de las ocasiones; la tendencia al mutismo ante actos y situaciones que no entienden aunque perciban el rechazo de los demás, son, entre otras, dificultades añadidas a estos casos.

Ello obliga, de un lado, a profundizar en la investigación primero y en la valoración de la prueba después, compatibilizando en la medida de lo posible los derechos de las víctimas, especialmente si se trata de menores de edad, con los derechos fundamentales del acusado en un proceso penal, especialmente los derivados de la presunción de inocencia y del derecho a un proceso justo, un proceso con todas las garantías, en términos del artículo 24.2 de la Constitución. A estos efectos puede resultar de utilidad la grabación del interrogatorio efectuado en la instrucción con asistencia técnica de psicólogos especializados, procediendo a su visionado en el juicio oral en presencia de las partes.

Por lo tanto, como consecuencia de lo dicho, en el caso hemos de estimar que la concurrencia de la víctima de los hechos al juicio oral para declarar como testigo resultaba imposible o extremadamente difícil, lo que permitiría acudir a los testigos de referencia. (F. J. 1º)

...en el caso del testigo de referencia su fiabilidad se proyecta solamente sobre su afirmación respecto a haber oído de otro el relato acerca de un determinado hecho, pero nada aporta respecto a la realidad de este último, que es precisamente el que interesa a efectos del enjuiciamiento. De esta forma, el Tribunal puede tener por acreditado que el testigo de referencia dice la verdad cuando afirma que tal suceso le ha sido relatado por un tercero. Pero no puede ignorar que dicho testigo no responde con su palabra, diríamos con su fiabilidad, de la misma realidad de aquel hecho. Ni tampoco de la credibilidad de quien se lo ha relatado. Y esto dificulta la declaración como hecho probado de aquel hecho relatado al testigo que depone ante el Tribunal, cuando solo se puede operar sobre la base del testimonio de referencia, hasta el extremo de hacer siempre aconsejable, y necesario en ocasiones, algún elemento de corroboración (STS nº 24/2003, de 17 de enero) que refuerce objetivamente la versión inculpatória. En este sentido, la STC nº 68/2002, de 21 de marzo, citando la STC 303/1993, señala que “aunque «sea un medio probatorio admisible (con la sola excepción del proceso por injurias y calumnias verbales: art. 813 LECrim) y de valoración constitucionalmente permitida que, junto con otras pruebas, pueda servir de fundamento a una Sentencia de condena, no significa que, por sí sola, pueda erigirse, en cualquier caso, en suficiente para desvirtuar la presunción de inocencia»”.

Exigencia que no es preciso llevar en todos los casos a la necesidad de la constatación de otra prueba de cargo diferente, pero, cuando se trata de prueba

única, implica la existencia de algún elemento objetivo y externo de corroboración. (F. J. 2º)

## **PRUEBA. Testimonio de adicto comprador de droga.**

Recurso: Casación nº 1318/2003  
Ponente: Sr. Soriano Soriano  
Sentencia nº 1415/2004 de fecha 30/11/2004

«...” El testigo es un adquirente de droga, presumiblemente adicto a la misma. Su posición en el juicio es extremadamente delicada, como nos enseña la experiencia del foro, pues delatar al vendedor le va a acarrear seguras y graves represalias, no sólo por lo que en sí supone de imputación delictiva, sino por los riesgos que corren, de verse inmersos en problemas judiciales, los eventuales vendedores que decidan suministrarle alguna dosis en ocasiones futuras. A su vez, la simple expectativa de que dichos proveedores se nieguen a venderle la droga que necesita en lo sucesivo puede constituir un condicionante para declarar judicialmente con verdad ante la posibilidad de sufrir el tan temido síndrome de abstinencia.

En definitiva, negar la realidad, encubriendo al suministrador de la sustancia tóxica, elimina todos los riesgos posibles, salvo una remota y poco probable condena por falso testimonio. Por todo ello, el testimonio de un adicto comprador para acreditar una transacción implicando al vendedor no ofrece garantías y se halla desacreditado ante los Tribunales de justicia, según nos muestra la experiencia judicial diaria. La poca relevancia de ese testimonio, permitiría entenderlo en el sentido más favorable al reo y aún así, no tendría repercusión en la convicción del Tribunal, ya formada a través de otras pruebas mas serias y fiables...”». (F.J. 1º)

## **PRUEBA. Valor probatorio de las diligencias policiales. Recogida de muestras de vertidos industriales. No indefensión.**

Recurso: Casación nº 1523/2006  
Ponente: Sr. Ramos Gancedo  
Sentencia: nº 45/2007 de fecha 29/01/2007

«...**Como regla general las diligencias policiales carecen en sí mismas de valor probatorio alguno**, tanto las que se practican en el ámbito de un proceso judicial penal como las que se realizan con anterioridad a su apertura, para la prevención, investigación y constatación de los hechos delictivos, o de infracciones administrativas de las que posteriormente la Administración deducirá el tanto de culpa a los Tribunales penales por poder revestir caracteres delictivos. Esta ausencia de valor probatorio se deriva de su propia naturaleza, al no constituir pruebas sino meras diligencias de investigación o prevención, aun cuando se reflejen documentalmente en un atestado policial o en un acta de infracción o de ocupación de efectos o toma de muestras. Para que puedan ser valorados los elementos probatorios que de estas diligencias pudiesen derivarse (ocupación de armas o efectos de un delito, o recogida

de muestras o vestigios, por ejemplo) deben incorporarse al juicio oral mediante un medio probatorio aceptable en derecho: por ejemplo la declaración testifical de los agentes intervinientes debidamente practicada en el juicio con las garantías de la contradicción y la inmediación. (S.S.T.S. 64/2000 y 756/2000, entre otras muchas, o STC 303/1993 ).

**Las diligencias policiales no pueden constituir ordinariamente pruebas preconstituidas** porque como señala una reiteradísima doctrina del Tribunal Constitucional, las pruebas preconstituidas son aquellas que reúnen cuatro requisitos: el material (que se trate de pruebas de imposible reproducción en el juicio oral), el objetivo (cumplimiento de todas las garantías legalmente previstas), el formal (que sean reproducidas en el juicio oral a través del art. 730 L.E.Criminal), y el subjetivo (practicadas ante el Juez de Instrucción), no cumpliendo las diligencias policiales este último requisito.

Excepcionalmente el Tribunal Constitucional (sentencia núm. 303/1993, de 25 de octubre, por ejemplo), ha admitido la posibilidad de que un acta policial pudiese tener el valor de prueba preconstituida, reproducible en el juicio a través del art. 730 de la L.E.Criminal con valor probatorio sin necesidad de comparecencia de los agentes policiales. **Pero "para que tales actos de investigación posean esta última naturaleza (probatoria) se hace preciso que la policía judicial haya intervenido en ellos por estrictas razones de urgencia y necesidad, pues, no en vano, la policía judicial actúa en tales diligencias a prevención de la autoridad Judicial (art. 284 de la L.E.Criminal )"**, según señala expresamente la STC 303/1993.

En consecuencia, estos requisitos de "estricta urgencia y necesidad" no constituyen, en realidad, presupuestos de legalidad, o de constitucionalidad, de las diligencias policiales de investigación o de prevención de los hechos delictivos -que sólo requieren el cumplimiento de los requisitos materiales de legalidad, proporcionalidad e interdicción de la indefensión- sino un presupuesto indispensable para la excepcional utilización del acta policial como prueba de cargo. (Ver STS 756/2000, de 5 de mayo, y STS núm. 193/2001, de 14 de febrero). Utilización que en el caso actual no se ha producido, pues las circunstancias de la toma de muestras y la identificación de las mismas, se han acreditado en este supuesto mediante la comparecencia personal y declaración testifical en el juicio de los agentes que la practicaron, declaración testifical sometida a contradicción y valorable con inmediación como prueba directa por el propio Tribunal.

Partiendo de estas consideraciones, podemos resolver ya la cuestión planteada, en base a las siguientes consideraciones:

En primer lugar la recogida de las muestras de los vertidos por los servicios policiales para su análisis por los Laboratorios oficiales no constituye una *prueba preconstituida*, por lo que dicha toma de muestras no necesitaba practicarse en condiciones similares de contradicción a las exigibles para la práctica de la prueba en el procedimiento judicial.

La norma analógicamente aplicable a esta actuación policial preprocesal, y con independencia de la normativa administrativa que disciplina específicamente estas actuaciones, es la de la recogida u ocupación de los efectos de cualquier clase que

podrían tener relación con el delito y que se encontrasen en el lugar en que éste se cometió, en sus inmediaciones o en poder del reo, (arts. 334 y 336 de la LECriminal), **que únicamente exige que se extienda un acta o diligencia expresiva del lugar, tiempo y ocasión en que se encontraron, describiéndolos minuciosamente para que se pueda formar idea cabal de los mismos y de las circunstancias de su hallazgo, diligencia que será firmada por la persona en cuyo poder fuesen hallados**, notificándose a la misma el auto en que se mande recogerlos, obviamente si se hubiese dictado previamente, pudiendo acordarse el reconocimiento pericial de los referidos efectos si fuera conveniente.

Como ha señalado reiteradamente la doctrina jurisprudencial (STS 30 de mayo de 2000, núm. 996/2000, por todas), estas diligencias pueden practicarse a prevención por la propia policial judicial, tal y como se establece en el art. 282 de la LECriminal que autoriza expresamente a la policía judicial a "recoger todos los efectos, instrumentos o pruebas del delito de cuya desaparición hubiese peligro, poniéndolos a disposición de la autoridad Judicial".

Los preceptos de la LECriminal relativos a la recogida de pruebas materiales de la realización del delito en el lugar de los hechos (art. 326, inspección ocular; 334, cuerpo del delito, etc.), deben ponerse en relación con los arts. 282 y 286.2º de la misma ley y con el Real Decreto 769/1987, de 17 de junio, regulador de las funciones de la Policía Judicial, de cuya combinada aplicación se deduce la interpretación racional y actualizada de la norma en el sentido de que la labor especializada de búsqueda y ocupación de vestigios o pruebas materiales de la perpetración del delito en el lugar de los hechos compete al personal técnico especializado de la Policía Judicial, bajo la superior dirección del Juez Instructor cuando estén incoadas diligencias penales, pero sin necesidad de su intervención personal. (Sentencias 267/99, de 24 de febrero, 715/2000, de 27 de abril y núm. 873/2001, de 18 de mayo).

En el caso actual se extendió un acta o diligencia expresiva del lugar, tiempo y ocasión en que se tomaron las muestras, describiéndolas minuciosamente así como las circunstancias de su hallazgo, acta que fue firmada por una persona responsable del Ayuntamiento, por lo que se han cumplido los requisitos legales indispensables de la recogida de muestras o vestigios, desde la perspectiva del carácter meramente policial que tiene esta diligencia, y sin perjuicio de su necesaria acreditación en el juicio mediante comparecencia personal de los agentes policiales.

En segundo lugar el hecho de que a los interesados se les comunique o no expresamente esta actuación policial previa no constituye infracción legal alguna pues en este inicial momento de la investigación policial preprocesal no solo no está legalmente prevista dicha específica información, sino que a la investigación de una infracción administrativa ambiental, no necesariamente penal.

No puede derivarse de esta omisión indefensión alguna pues es manifiesto que la toma de muestras de unos vertidos industriales por los agentes policiales tiene como obvia finalidad la investigación o acreditación de una infracción medioambiental, delictiva o no según la gravedad que resulte del análisis de los vertidos. En cualquier caso, al comienzo del proceso penal, cuando el implicado declaró en calidad de imputado, fue debidamente informado de los hechos que se

le imputaban, y en el momento procesal legalmente prevenido para ello, también de su calificación jurídica, que no compete realizar a los agentes policiales.

Ha de tenerse en cuenta que la indefensión, concebida como la denegación de la tutela judicial en su conjunto y para cuya prevención se configuran los demás derechos instrumentales contenidos en el art. 24.2 de la Constitución Española ha de ser algo **real, efectivo y actual**, nunca potencial o abstracto, por colocar a su víctima en una situación concreta que le produzca un perjuicio, sin que sea equiparable cualquier expectativa de un peligro o riesgo. Por eso, en materia de derecho fundamentales, ha de hablarse siempre de **indefensión material y no formal**, para la cual resulta necesaria pero no suficiente la mera transgresión de los requisitos configurados como garantía, -transgresión que, además, no concurre en este caso- no bastando la existencia de un defecto procesal si no conlleva la privación o limitación, menoscabo o negación, del derecho a la defensa en un proceso público con todas las garantías, en relación con algún interés de quien lo invoca (SSTC 181/1994, de 20 de junio, 316/1994, de 28 de noviembre, 137/1996, de 16 de septiembre y 105/1999, de 14 de junio , y STS núm. 243/2001 de 21 de febrero , entre otras) (véase STS de 23 de noviembre de 2.001, STS de 19 de enero de 2.002, 3 de octubre de 2.003 y 24 de octubre de 2.003).

En el mismo sentido se reitera la STS de 24 de octubre de 2.003 que, a modo de recapitulación señala que la jurisprudencia de esta Sala Casacional ya se ha pronunciado de manera reiterada sobre esta cuestión, para desestimarla. La Sentencia 215/2003, de 11 de febrero, con cita de las Sentencias de esta Sala de 12 de diciembre de 2000 y 23 de noviembre de 2001, y de la Sentencia del Tribunal Constitucional 303/1993, de 25 de octubre, ya declaró que «la recogida previa de las muestras o vestigios del delito constituye una diligencia policial, que no tiene la naturaleza de prueba constituida, y que en la medida que constituye un antecedente necesario del dictamen pericial practicado en el juicio, necesita ser incorporado al mismo mediante la comparecencia y declaración de los agentes que la practicaron, como así se ha hecho, sin que le sean aplicables a estas actuaciones policiales las exigencias propias de la prueba preconstituida pues no tienen dicha naturaleza, sin perjuicio de someterse a los principios de legalidad, proporcionalidad e interdicción de la indefensión».

Como se dice en la citada Sentencia 2184/2001, de 23 de noviembre, es preciso distinguir entre pruebas en sentido propio, que son las que se practican en el juicio oral, con contadas excepciones, y las diligencias de investigación que ordinariamente se realizan en la fase de preparación del juicio y permiten recoger los elementos o vestigios objetivos sobre los que luego se practicarán las pruebas.

En principio, las diligencias policiales no constituyen pruebas preconstituidas. Por ello las mismas deben ser reproducidas en el juicio oral mediante la comparecencia de quienes en ellas hayan intervenido, estando sus manifestaciones en dicho acto sometidas a contradicción y siendo captadas por el Tribunal de forma inmediata.

Añade la Sentencia 2031/2002, de 4 de diciembre, que las diligencias efectuadas por la Policía Judicial, en el curso de la investigación que constitucionalmente tiene atribuida, no constituyen pruebas sino cuando sus

contenidos son expuestos, vía testifical, en el juicio oral. Como hemos señalado en nuestra jurisprudencia, por todas STS 724/2002, de 24 de abril, es claro que la Policía Judicial, policía técnica y especializada en la investigación de hechos delictivos, tiene competencias propias sobre la realización de diligencias de investigación con el alcance y contenido previsto en las leyes procesales. Cuestión distinta es la valoración que deba darse a las mencionadas diligencias policiales, pues como tales diligencias del atestado no tienen naturaleza de prueba, sin perjuicio de su valoración como testifical en el juicio oral sujeta a las exigencias de la prueba testifical. En definitiva, no se trata de una pericial preconstituida sino de una diligencia policial de investigación que adquiere relevancia probatoria, como prueba testifical, cuando los agentes comparecen en el juicio oral para deponer sobre lo que sensorialmente apreciaron. Y también, como veremos, la pericial fue practicada en el juicio oral con declaración de los peritos intervinientes en su realización (Sentencia 2031/2002, de 4 de diciembre, ya citada)». (F. J. 1º)

### **PRUEBA. Valoración. Acciones cometidas en clandestinidad. Pautas jurisprudenciales en la apreciación de la prueba testifical de cargo.**

Recurso: Casación nº 984/2005

Ponente: Sr. Andrés Ibañez

Sentencia: nº 397/2006 de fecha 06/04/2006

«...Antes de entrar en el análisis del discurso del recurrente y del tratamiento de la actividad probatoria que consta en la sentencia, es preciso detenerse en dos cuestiones de índole general.

La primera es que, en contra de lo mantenido por el que recurre, no es cierto que exista un estándar de prueba menos exigente para los caso de acciones cometidas en la clandestinidad. Es verdad que tal es lo que podría entenderse a juzgar por algunas afirmaciones poco afortunadas de cierta jurisprudencia. Pero la apreciación como tal carece de fundamento. El derecho a la presunción de inocencia es de carácter absoluto, pues no admite atenuaciones: cualquiera que sea la imputación, debe estar bien acreditada en todos sus elementos integrantes, para que pueda dar lugar a una sentencia condenatoria. Y el supuesto argumento de la necesidad de evitar la impunidad de acciones producidas sin la concurrencia de testigos, privilegiando alguna clase de prueba no se sostiene. Pues el sistema punitivo conoce una sola forma de dar respuesta constitucionalmente válida a los actos penalmente relevantes, es la fundada en el respeto de la presunción de inocencia como regla de juicio. Y ésta exige que cualquier condena tenga como fundamento una convicción de culpabilidad más allá de toda duda razonable, racionalmente formada, y argumentada de manera convincente a partir de datos probatorios bien adquiridos.

La segunda cuestión se refiere al valor que puede darse a algunas pautas jurisprudenciales (“verosimilitud”, “ausencia de incredibilidad subjetiva” y “persistencia en la incriminación”) de las que la sala de instancia hace uso en la sentencia, en la apreciación de la testifical de cargo.



Estas indicaciones, tomadas a veces indebidamente con cierto automatismo, cual si se tratase de criterios de prueba legal, tienen sólo un valor muy relativo. En efecto, pueden servir –en negativo- para desestimar el testimonio en sí mismo inverosímil, el auto contradictorio y el dictado por móviles espurios. Pero es obvio que el relato de una situación imaginaria, bien construido y hábilmente expuesto, podría perfectamente ser presentado como veraz y pasar por tal, después de haber sido mantenido sin alteración en los distintos momentos del trámite. Y se sabe asimismo por experiencia (clínica y también judicial) que hay personas que atribuyen a otra la realización de una conducta punible –con o incluso sin el propósito de perjudicarle- como consecuencia de algún tipo de trastorno de percepción o de otra índole. Y, además, podría darse igualmente la circunstancia de que alguien, aun teniendo motivos para odiar a alguien, dijera realmente la verdad al atribuirle la realización de una conducta punible.

En consecuencia, no es que el contenido de una testifical que supere ese triple filtro deba ser tenida ya sólo por esto como válidamente inculpatória. Lo único que cabe sostener es que un testimonio que no rebase este umbral mínimo tendría que ser desestimado como medio de prueba; mientras que, en el caso contrario, resultará en principio atendible, y, por tanto, cabría pasar, en un segundo momento, a confrontar sus aportaciones con las de otra procedencia, para confirmar la calidad de los datos.

Por lo demás, tiene razón el recurrente, lo que prueba no es la ausencia de “datos periféricos que desmientan lo ocurrido”, como con clara petición de principio se dice en la sentencia; sino que para que algo pueda tenerse por “ocurrido” hace falta que del cuadro probatorio se desprendan elementos de juicio positivamente acreditativos de que, en efecto, tal hecho tuvo lugar y de una determinada manera». (F. J. 1º)

## **PRUEBA. Valoración conjunta.**

Recurso: Casación nº 1281/2006

Ponente: Sr. Berdugo Gómez de la Torre

Sentencia: nº 1281/2006 de fecha 27/12/2006

«...Si llamamos medios de prueba a las distintas vías por las que en abstracto se puede alcanzar la verdad material o la evidencia; fuente de prueba a aquellos medios que en abstracto se utilizan en un proceso (tal testigo, perito o documento); y prueba o elemento probatorio al acto capaz de dar lugar a un juicio de certeza o destruirlo, declaración concreta de un testigo (o dictamen de un perito o contenido del documento) esto es, aquello de lo declarado que se estime convincente, con fundamento, y sirva para integrar el hecho probado o bien como base de una ulterior inferencia, podemos entender que los medios de prueba, por su carácter genérico, no son susceptibles de clasificación ni por su origen ni por su resultado, que las fuentes de prueba pueden calificarse por su origen, entendido como iniciativa, a propuesta de la acusación, de la defensa, por decisión judicial, pero no por su resultado -el testigo propuesto por la defensa hace declaraciones que no le favorezcan-; y en fin, que las pruebas pueden calificarse por su resultado, cualquiera que sea su origen, y así serán pruebas de defensa las que sean de descargo y de acusación las que lo sean

de cargo; esto es, hay que distinguir pruebas de la defensa (o de la acusación) de prueba de defensa o descargo (o prueba acusatoria o inculpativa). Por ello la prueba de defensa puede ser aportada o no a la defensa y lo mismo puede suceder con la prueba de cargo.

Siendo así el principio de libre valoración de la prueba recogido en el art. 741 LECrim. supone que los distintos elementos de prueba puedan ser ponderados libremente por el Tribunal de instancia, a quien corresponde, en consecuencia, valorar su significado y trascendencia en orden a la fundamentación del fallo contenido en la sentencia, con independencia de que parte, acusación o defensa, sea la que los haya aportado». (F. J. 9º)

### **PRUEBA. Valoración de declaraciones prestadas en sede policial. Doctrina sobre el art. 714 LECrim. Pleno 28/11/06.**

Recurso: Casación nº 1281/2006

Ponente: Sr. Berdugo Gómez de la Torre

Sentencia: nº 1281/2006 de fecha 27/12/2006

«..Por tanto, las declaraciones de Azurmendi en las condiciones de haber sido prestadas previa información de sus derechos constitucionales -entre ellos el de no declarar y hacerlo, en su caso, ante el Juez Instructor- y en presencia de letrado, complementadas por las de los Guardias Civiles intervinientes en el atestado, no en concepto de meros testigos de referencia en sentido propio, sino en concepto de quienes han oído lo expresado por el imputado y ante la retractación de éste, es llamado para que exprese ante el Tribunal las condiciones en que tal declaración fue efectuada y cual fue su contenido, permite la superación de los requisitos de legalidad ordinaria y, por tanto, su incorporación al proceso.

En este sentido pueden citarse las SSTC. 303/93, 51/95, 153/97, 206/2003, de esta Sala 1079/2000 de 18.7, 349/2002 de 22.2, 428/2005 de 6.4, 1106/2005 de 30.9. En concreto la STC. 51/95 de 23 de febrero, sostuvo las declaraciones prestadas por un coimputado en dependencias policiales no ratificadas sino desmentidas en presencia judicial no podían ser consideradas prueba de cargo, por no cumplir las condiciones del art. 714 LECrim., que se refiere exclusivamente a la reproducción de diligencias practicadas en fase instructora propiamente dicha y no ostentar eficacia probatoria anticipada o preconstituida alguna "Para que tal declaración hubiera podido incorporarse al juicio oral, adquiriendo así el valor de prueba de cargo, hubiera sido imprescindible, bien que el coimputado se ratificara en ella ante el Juez de Instrucción -posibilitando así la utilización del cauce previsto en el art. 714 LECrim.- bien que los funcionarios de policía ante quienes se prestó el citado testimonio declarasen como testigos en el acto del juicio oral, con la observancia de los principios de contradicción e inmediación".

Posibilidad que ha sido reafirmada en el muy reciente Pleno no jurisdiccional de esta Sala de 28.11.2006, que adoptó el siguiente acuerdo:

*"Las declaraciones prestadas validamente ante la Policía pueden ser objeto de valoración por el Tribunal, previa su incorporación al juicio oral en alguna de las formas admitidas por la jurisprudencia".*

Bien entendido que la contradicción entre las declaraciones policiales y las posteriores en fase instructora y en el juicio oral, no constituye -como se ha señalado en las SSTC. 82/98, 161/90 y 80/91, sino un elemento de juicio que el Tribunal Penal puede ponderar en conciencia, en relación con los restantes motivos de prueba y en el ejercicio, en fin, de la facultad de valoración de la misma que a la jurisdicción ordinaria corresponde.

No se trata, por tanto de que la única prueba de cargo practicada en el proceso no integre por las declaraciones policiales, sino de que el Tribunal pueda valorar en conciencia un conjunto de pruebas sobre las que sin duda se encuentran las declaraciones en el acto del juicio, así como la reproducción en dicho acto de las anteriores declaraciones prestadas por los mismos sujetos en las dependencias policiales, y apreciar y valorar con inmediación la rectificación que respecto en las primeras, se verificó en las segundas. Ello no significa tampoco, por decirlo en los términos que se recogen en la STC. 217/89 que "...la condena se base en el interrogatorio policial, sino que lo declarado en el juicio oral y en las diligencias policiales y sumariales, practicadas con las debidas garantías y formalidades, sometidas a contradicción en la vista oral, permitió al Juzgador contrastar la mayor veracidad de unas y otras".

En similar dirección la sentencia de esta Sala Segunda nº 179/2006 de 14.2 que tras recordar que la doctrina de esta Sala en un plano más garantista no incluye a los efectos del art. 714 LECrim. entre las diligencias declaratorias del sumario a la evacuada ante la policía, "admite que la atracción al plenario de lo declarado ante la policía se produciría:

1) porque en la declaración judicial evacuada en fase de investigación, la práctica diaria del foro nos enseña que el Juez instructor al tomar declaración, si el testigo también declaró ante la fuerza policial, se remita para su ratificación (o en su caso rectificación) a lo depuesto previamente, sin perjuicio de las preguntas complementarias que estime conveniente formular.

2) porque en todo caso asistiría un derecho a la parte (derecho al uso de los medios de defensa pertinentes) a interrogar sobre el contenido y pormenores constatados en la diligencia policial, atrayendo al plenario tales declaraciones. Si se puede preguntar sobre manifestaciones o declaraciones extraprocesales, con mayor razón puede hacerse sobre las procesales emitidas conforme a ley.

Por último y para no dejar resquicio alguno sobre la posibilidad de formar convicción sobre lo despuesto ante la policía, es oportuno recordar una jurisprudencia constitucional que nos dice *"si bien únicamente pueden considerarse auténticas pruebas que vinculan a los órganos de justicia penal en el momento de dictar sentencia las practicadas en el juicio oral, esta regla no puede ser entendida en sentido tan radical que conduzca a negar toda eficacia probatoria a las diligencias policiales o sumariales practicadas con las formalidades que la Constitución y el ordenamiento procesal establecen, siempre que las mismas sean reproducidas en el*

*juicio oral, en condiciones que permitan a la defensa del acusado someterlas a contradicción". (S.T.C. 15 de abril de 1991, nº 80).*

*Esta misma sentencia concluye: "Por ello, como se ha dicho en la S.T.C. 161/1990 <<..... lo que resulta determinante (a efectos de otorgar eficacia probatoria a las citadas diligencias) es que se dé efectiva oportunidad a quien declare en el acto de la vista contradictoriamente con lo manifestado en la fase de investigación para que explique las diferencias ....>>, en este supuesto el requisito fue escrupulosamente observado, porque la Sala no se limitó a la simple reproducción genérica y formularia de lo declarado inicialmente, sino que el acta que documenta tal acto pone de manifiesto que se interrogó a cada uno de los encausados sobre el contenido concreto y detallado de las declaraciones policiales; oportunidad que éstos utilizaron negando sus manifestaciones iniciales y alegando que las referidas declaraciones fueron prestadas en su día bajo presiones y tortura". En el mismo sentido S.T.C., nº 80 de 15 de abril de 1991; nº 365, de 3 de octubre de 1994; nº 155 de 22 de julio de 2002, etc".*

Observamos en nuestra hipótesis que en su consideración autónoma la declaración realizada con mayores garantías ante el juez instructor era falaz, mientras que la policial de menor garantía, se ajustaba a la verdad en lo esencial.

Pero insistimos, el valor probatorio no procede de la consideración autónoma de ese testimonio inicial aunque se presuma más espontáneo y menos aleccionado, sino del que se emitió con la debida contradicción en el juicio oral, que remitió, si no por la vía del art. 714 L.E.Cr., sí con amparo en el derecho de defensa, al testimonio evacuado ante la policía en fase investigadora.

Ahora bien no podemos olvidar que incorporada al juicio oral aquellas declaraciones precedentes deben concurrir en la sentencia que las valora unas exigencias, para comprobar ,desde la perspectiva del control casacional de la presunción de inocencia, la correcta valoración de la prueba y la correcta enervación del derecho a la presunción de inocencia.

Así en la sentencia de 29.4.2005, decíamos; "en primer lugar, por la falta de intermediación de aquélla, la hipotética mayor credibilidad frente a la declaración en Juicio Oral ha de apoyarse en su verosimilitud objetiva lo que significa que en ese plano debe estar corroborada por otras circunstancias periféricas u otros medios probatorios (SSTC. 153/97, de 29 de septiembre; 115/98, de 1 de junio; y SSTS. de 13 de julio de 1998 y 14 de mayo de 1999). Es decir, la credibilidad objetiva precisa de la concurrencia de hechos o indicios externos o periféricos a la declaración sumarial que la doten de objetividad bastante para hacer razonable su valoración frente a la declaración que, con observancia del principio de intermediación, se prestó en el Juicio Oral.

En segundo término, y como consecuencia del anterior requisito, es necesario que el Tribunal de instancia exprese las razones por las que se inclina por versión distinta de la que ha aflorado en el Juicio Oral (Sentencias de 22 de diciembre de 1997 y 14 de mayo de 1999), pues no habiendo presenciado la declaración sumarial se hace especialmente necesario razonar la causa de concederle mayor credibilidad, a la vista de lo declarado contradictoriamente a su presencia, rectificando sus

manifestaciones anteriores, y de las explicaciones dadas al respecto por el declarante». (F. J. 6º)

### **PRUEBA. Videográfica.**

Recurso: Casación nº 1047/2005

Ponente: Sr. Granados Pérez

Sentencia: nº 1284/2005 de fecha 31/10/2005

«Lo cierto es que la defensa del acusado, como cuestión previa, al inicio del acto del juicio oral, planteó la invalidez de la prueba documental videográfica alegándose que la misma no se había obtenido con las garantías que exigen el Tribunal Constitucional y esta Sala, en cuanto el video que fue visionado en la vista era un montaje integrado por diferentes grabaciones entre las que está la afectante al Sr. Otegui, que así queda fuera de contexto y añadió que no se había traído a la prueba a las personas que realizaron el montaje.

La Sala Civil y Penal del Tribunal de Justicia del País Vasco, en el primero de los fundamentos jurídicos de la sentencia recurrida, da puntual respuesta a estas alegaciones, rechazando la invalidez invocada, en base a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y de esta Sala que se menciona, y se recoge lo declarado en STS 968/1998, de 17 de julio, de que los vídeos no suponen una prueba distinta de una percepción visual, en tanto que la grabación no hace otra cosa que perpetuar la de una o varias personas. Si la declaración en el juicio oral, de quienes obtuvieron las grabaciones videográficas, resulta coincidente a efectos identificatorios de las personas intervinientes en la acción delictiva y con relación al propio desarrollo de los hechos que conforman dicha acción –visualizada en el plenario-, no parece reprochable tener por válido el contenido de tales manifestaciones en tanto que el cámara tuvo una percepción directa de los hechos en el mismo momento en que ocurrían y sus afirmaciones y explicaciones descriptivas estuvieron sometidas en dicho acto a los principios de publicidad, contradicción, oralidad e inmediación, asegurándose así la viabilidad procesal y la virtualidad incriminatoria de su testimonio sin merma de derechos constitucionales o garantías a los justiciables. Y aplicando esta doctrina al supuesto concreto que se examina se señala que la cinta videográfica, que correspondía a una rueda de prensa y por consiguiente en un espacio público, fue visionada en el acto del juicio oral y la defensa del acusado pudo plantear cuantas objeciones estimara convenientes en orden a cuestionar la veracidad de su contenido o la manipulación de las declaraciones efectuadas por el imputado o la autoría misma de aquellas manifestaciones, sin que así lo hiciera; y de otro lado, los técnicos en imagen y sonido que realizaron la grabación de las declaraciones del imputado, en la rueda de prensa, prestaron declaración testifical, tras nuevo visionado de la cinta, manifestando que estuvieron en dicha rueda de prensa y que realizaron la grabación de las declaraciones de Arnaldo Otegui y que se corresponden con las que aparecen en la cinta visionada, si bien la grabación por ellos realizada era más amplia y comprendía la totalidad de las declaraciones de la rueda de prensa que aquel día cubrieron. Por todo ello, el Tribunal de instancia concluye afirmando que la prueba documental videográfica se practicó con garantía, con cumplimiento de los principios de publicidad, contradicción, oralidad e inmediación y, en consecuencia, resulta válida para quebrar el principio de

presunción de inocencia, quedando garantizada la autenticidad de la prueba y la ausencia de manipulación de la cinta.

Los razonamientos expresados por la Sala Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco son perfectamente correctos y acordes, por lo que se deja expresado, con la jurisprudencia de esta Sala, y tras las lecturas de las actuaciones y examinados los distintos momentos procesales que precedieron a la doble visión y audición de la cinta de video, en el acto del juicio oral, se confirma la legitimidad de ese medio de prueba y lo lícito de su valoración por el Tribunal sentenciador». (F. J. 1º)

## **RECURSO DE CASACIÓN. Adaptación de motivos. Disposición Transitoria Quinta de la L.O. 15/03. Cambio de título de la impugnación consecuencia de modificación legal favorable.**

Recurso: Casación nº 2013/2003

Ponente: Sr. Saavedra Ruiz

Sentencia nº 818/2005 de fecha 22/06/2005

«...» En el trámite previsto en la Disposición Transitoria Quinta de la L.O. 15/03, por la que se modifica el Código Penal, disposición que establece en relación con las sentencias dictadas conforme a la Legislación que se deroga y que no sean firmes por estar pendientes de recurso, que si éste fuese el de casación, en fase de sustanciación, se pasará de nuevo al recurrente para que adapte, si lo estima procedente, los motivos de casación alegados a los preceptos de la nueva Ley (apartado c) de la Disposición señalada), el recurrente Franco Estévez alega, no sin cierta confusión, con invocación del artículo 77 C.P. que procedería la aplicación de una única pena de prisión de veintiún meses. El Ministerio Fiscal apoya lo anterior puesto que habida cuenta la nueva penalidad establecida en el artículo 249 para el delito de estafa (de seis meses a tres años) no podría imponerse con arreglo a la nueva Ley pena superior a tres años de prisión ex artículo 77 C.P., aplicado por la Audiencia en la medida que ha entendido que los delitos calificados están en relación medial. La acusación aduce que la adaptación mencionada no implica la introducción de un motivo nuevo no formalizado en su momento. Sin embargo, esta cuestión formal significa una apreciación rigurosa del apartado c) de la Disposición Transitoria Quinta, en la medida que también puede entenderse por adaptar los motivos de casación alegados a los preceptos de la nueva Ley, el cambio de título de la impugnación cuando ésta es consecuencia de una modificación legal favorable al condenado en la instancia (en realidad es una manifestación del principio contenido en el artículo 2º.2 C.P. en relación con la Disposición Transitoria Segunda de la L.O. 15/03). Siendo ello así, la pena de prisión correspondiente efectivamente no podría exceder de los tres años que constituye el límite máximo de los delitos calificados de estafa y falsedad (antes la estafa llegaba a los cuatro años)...»». (F.J. 3º)

## **RECURSO DE CASACIÓN. Ámbito de la adhesión.**

Recurso: Casación nº 2322/2003

Ponente: Sr. Delgado García

Sentencia nº 577/2005 de fecha 04/05/2005

«...» Conocida es la posición tradicional de esta sala, singularmente restrictiva en esta cuestión, como acabamos de decir en una reciente sentencia dictada en el recurso 1208/2003 con fecha 23.3.2005, con cita de otra nuestra anterior de 10.3.2000 que se expresa en los siguientes términos: "la adhesión al recurso de casación no puede consistir en un nuevo recurso sin relación con el preparado, sino que debe referirse a éste, aun cuando se apoye en motivos diferentes, pues adherirse significa asociarse y unirse al recurso complementando los esfuerzos en pos de un común objetivo, dando nuevas razones que apoyen la tesis mantenida, dentro de los mismos fundamentos, pues de no ser así y ejercitar contradictorias pretensiones no se produciría adhesión, sino que se habría formalizado un nuevo recurso cuando el derecho para ejercerlo había caducado". En el mismo sentido se han pronunciado otras muchas sentencias de este mismo tribunal, como las de 2.2.98, 23.6.99, 10.7.2001 y 6.3.2002. No obstante conviene decir aquí que esta doctrina jurisprudencial aparece matizada en otras sentencias de esta sala como las de 6.3.95, 19.10.2000, 18.2.2004 y la que acabamos de citar de 15.3.2005.

En una reunión plenaria de esta sala, celebrada el 27 de abril de 2005, hemos acordado adoptar un nuevo criterio más amplio en esta materia amparados en dos sentencias del Tribunal Constitucional, citadas en el escrito de recurso del Ministerio Fiscal, la 50/2002 de 25 de febrero y la 148/2003 de 14 de julio, en las que se rechazan sendos recursos de amparo por la circunstancia de que la parte recurrida en un recurso de casación penal no planteó la adhesión, diciendo que, si se hubiera planteado y el Tribunal Supremo lo hubiera rechazado conforme a su postura tradicional sobre este mecanismo procesal, el alegato de indefensión del recurrido podría haber prosperado. Lo que ocurrió en estos dos casos es que dicha parte recurrida no planteó la mencionada adhesión y esta Sala de lo Penal del Tribunal Supremo no tuvo que pronunciarse al respecto. Se trataba de un médico absuelto en la instancia porque se consideró atípica su conducta, que luego fue condenado en casación sin que en este trámite se hubiera esgrimido por la defensa del médico la presunción de inocencia, alegada ante la Audiencia Provincial.

El Tribunal Constitucional rechazó el recurso de amparo porque no se había intentado la adhesión. Si se hubiera planteado la adhesión y en el Tribunal Supremo la hubiéramos rechazado en aplicación de la referida posición restrictiva, el T.C. habría estimado la demanda de amparo: la indefensión habría sido clara, al haberse quedado sin resolver la cuestión de la presunción de inocencia precisamente por insistir el T.S. en tal interpretación estricta.

Por otro lado, la interpretación amplia que se propuso y se aceptó en este pleno de 27.4.2005 tiene su respaldo en los términos en que aparece redactado el último párrafo del art. 861 LECr que dice así a propósito del recurso de casación penal:

"La parte que no haya preparado el recurso podrá adherirse a él en el término del emplazamiento, o al instruirse del formulado por la otra, alegando los motivos que le convengan".

Esto es, se autoriza al recurrido a articular un recurso de casación no preparado ante la Audiencia Provincial, aprovechando el trámite dado al formulado por la parte recurrente. Dice esta norma procesal: "alegando los motivos que le convengan", es decir, los que le favorezcan a él en su postura procesal en defensa de sus propios intereses que lógicamente han de ser contrarios a los de la parte recurrente.

Ocurre aquí, y esta es la raíz del problema, que el término "adhesión" utilizado por el legislador no es adecuado, sino equívoco, como ha puesto de manifiesto la doctrina. Adhesión viene de adherir que significa "estar unido, pegar una cosa a otra". Esta es la razón por la cual en las recientes modificaciones procesales ya no se utiliza este término (adhesión): art. 846 bis b), 846 bis d) y 846 bis e) LECr, introducidos por la LO 8/1995, de 16 de noviembre, reguladores del Tribunal del Jurado, que hablan de "recurso supeditado de apelación"; y también la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil aprobada por Ley 1/2000 de 7 de enero en su art. 461.1 que dice "impugnación de la resolución apelada en lo que le resulte desfavorable".

Conviene añadir aquí que es principio fundamental en materia de recursos devolutivos, a fin de evitar aquellos que pudieran plantearse simplemente para dilatar la ejecución de una sentencia firme, el que quien recurre sepa que, si lo hace, puede verse perjudicado en la decisión final, pues el hecho de recurrir puede ocasionar que lo haga también la parte contraria alegando lo que le convenga en beneficio de su propia postura procesal...»». (F.J. 11º)

## **RECURSO DE CASACIÓN. Art. 851 Lecrim. Contradicción. Documento. Incongruencia omisiva.**

Recurso: Casación nº 1683/2003  
Ponente: Sr. Berdugo Gómez de la Torre  
Sentencia nº 10/2005 de fecha 10/01/2005

«..» Hemos declarado reiteradamente (ssTS. 12.2.99, 27.3.2002, 31.10.2003, 4.2.2004) que los requisitos necesarios para que exista vicio sustancial de contradicción previsto en el inciso segundo del art. 851.1 LECrim. son los siguientes:

Que sea manifiesta y absoluta en el más amplio sentido gramatical de tales conceptos lo que requiere significar jurídicamente que no solo sea ostensible, sino



también insubsanable, insoslayable y sobre todo incompatible con la integridad del relato histórico con recíproca exclusión entre las distintas manifestaciones.

b) Que la contradicción sea interna, esto es que se dé entre los pasajes del hecho probado, pero no entre éstos y los Fundamentos Jurídicos.

c) Que como interna dimanase directa e inmediatamente de los propios términos en que aparezca la relación fáctica confrontando sus distintos vocablos, incisos, expresiones o pasajes internos de la misma.

d) Que sea gramatical, es decir, que no sea una contradicción deducida a través de una argumentación de carácter coyuntural ajena al propio contenido de las expresiones obrantes en el relato fáctico, sino que se trate de una contradicción "in terminis" de modo que el choque de las diversas expresiones origine un vacío que arrastre la incongruencia del fallo, porque la afirmación de una implique la negación de otra.

e) Que sea completa, afectando a la incompatibilidad a los hechos y sus circunstancias y, por ende, a la calificación jurídica, los grados de participación o ejecución y a cuantas circunstancias determinen la responsabilidad penal o civil.

f) Que las frases o expresiones contradictorias por afectar a circunstancias esenciales de la cuestión controvertida y de la misma resolución, sean imprescindibles a la resultancia probatoria, de tal forma que su suspensión propiciase la inexpressión, la incomprensión o la falta de claridad de aquélla, siendo errónea la "contradictio" cuando su objeto aparezca intrascendente en el caso examinado, no influyendo en la determinación de la infracción criminal ni en la responsabilidad en juego de los sujetos encausados.

g) Que sea causal, o lo que es lo mismo, determinante de una advertible incongruencia, dada la relación directa entre el vicio procesal y el fallo final de la sentencia...»». (F.J. 1º)

## **RECURSO DE CASACIÓN: Auto de sobreseimiento.**

Recurso: Casación nº 967/2004

Ponente: Sr. Maza Martín

Sentencia nº 755/2005 de fecha 22/06/2005

«...» En tal sentido, conviene empezar recordando cómo el Auto de Sobreseimiento, de acuerdo con el tenor literal del artículo 848 de la Ley de Enjuiciamiento, tan sólo puede ser recurrido en Casación, si se tratase de un Sobreseimiento libre, nunca provisional, que la causa fuese la de entender que los hechos investigados no son constitutivos de delito y siempre que exista además una previa situación de procesamiento respecto de alguna persona que, para el Procedimiento Abreviado, habría de considerarse equivalente a la transformación, o incoación, de ese Procedimiento contra persona concreta...»». (1º)

## **RECURSO DE CASACIÓN. Auto de sobreseimiento en Procedimiento Abreviado. Recurribilidad en casación. Requisitos.**

Recurso: Casación nº 1926/2004

Ponente: Sr. Giménez García

Sentencia: nº 1608/2005 de fecha 27/12/2005

«..Debemos partir en nuestro examen del carácter extraordinario del recurso de casación, y por tanto de la naturaleza tasada --y no expansiva--, de las resoluciones susceptibles de ser atacadas vía casación. Al respecto basta la cita del artículo 849 de la LECriminal que prevé que contra los autos "*....con carácter definitivo por las Audiencias, sólo procede el recurso de casación, y únicamente por infracción de Ley, en los casos en que ésta lo autorice de modo expreso....*". Asimismo se añade que los autos de sobreseimiento "*....se reputarán definitivos en el sólo caso de que fuese libre el acordado, por entenderse que los hechos sumariales no son constitutivos de delito y alguien se hallase procesado como culpable de los mismos....*".

Esta Sala, en su función de último intérprete de la legalidad ordinaria penal, ante las dudas interpretativas que pudiera ofrecer el texto citado, fundamentalmente por la existencia de un mismo procedimiento abreviado pero de competencia de los Juzgados de lo Penal con apelación a la Audiencia Provincial, y otro procedimiento abreviado, competencia de la Audiencia Provincial con recurso de casación ante esta Sala --lo que afortunadamente deberá revisarse a la vista de la reforma del recurso de casación e introducción de la segunda instancia ya anunciado--, en el Pleno no Jurisdiccional de 9 de Febrero de 2005, en esa labor de "policía jurídica" que le es propia como Tribunal casacional, tomó el acuerdo de precisar que los autos de sobreseimiento dictados en apelación en un procedimiento abreviado, sólo serán recurribles en casación cuando concurren tres condiciones:

- a) Que se trata de auto de sobreseimiento libre.
- b) Que haya recaído imputación judicial equivalente al procesamiento, por tanto con descripción de hechos.
- c) Se haya dictado en procedimiento cuya sentencia sea recurrible en casación.

El acuerdo expuesto constituye la doctrina de la Sala al respecto. En tal sentido, SSTS 435/2005 de 8 de Abril, 755/2005 de 22 de Junio y 839/2005 de 28 de Junio.

Llamamos la atención en relación a este tercer elemento por la relevancia que va a tener en la solución del caso.

En efecto, la exigencia de este tercer requisito estriba en la elemental exigencia de limitar el recurso de casación contra auto de sobreseimiento sólo en el

caso que se trate de procedimiento abreviado competencia de las Audiencias Provisionales cuyas sentencias tienen abierta la vía casacional.

Sería un dislate que en los casos de procedimiento abreviado competencia de los Juzgados de lo Penal, cuyas sentencias no tienen acceso a la casación, ésta se concediera para los autos de sobreseimiento libre --equivalentes al dictado de sentencia--, dictados en apelación por las Audiencia Provinciales.

En el presente caso, el auto de apertura de procedimiento abreviado que fue revocado por la Audiencia, lo era para ante el Juzgado de lo Penal, a la vista de las penas aparejadas a los delitos presuntamente cometidos y a los que se ha hecho referencia. El art. 152-3º tiene aparejada una pena de seis meses a dos años de prisión, y el del art. 142-3º, una pena de un año a cuatro años de prisión más otra pena de inhabilitación especial en ambos casos de hasta cuatro o seis años respectivamente. Estas penas determinan la competencia del Juez de lo Penal de acuerdo con el art. 14-3º de la LECriminal, cuyas sentencias tienen vedado el acceso a la casación, razón por la que tampoco puede existir recurso de casación contra el auto dictado en apelación que acordó el sobreseimiento libre.

Esta decisión no supone indefensión alguna para la parte recurrente. En todo caso ha existido doble instancia constituido por la decisión del Juez de instrucción de aperturar el procedimiento abreviado y de la Audiencia de dictar auto de sobreseimiento libre equivalente procesal a la sentencia absolutoria--. Por la misma causa que contra la sentencia que hubiera dictado el Juez de lo Penal, con apelación al Tribunal Provincial, no hubiera existido recurso de casación, tampoco lo debe haber contra su equivalente, el auto de sobreseimiento libre, dictado por la Audiencia.

No debe olvidarse que la vulneración de derechos constitucionales sólo puede denunciarse a través de los recursos legalmente procedentes sin posibilidad alguna de solicitar la formalización de recursos inexistentes como recuerda el auto del Tribunal Constitucional 137/93». (F. J. 2º)

### **RECURSO DE CASACIÓN. Auto de sobreseimiento en procedimiento abreviado. Requisitos para ser recurrible en casación.**

Recurso: Casación nº 424/2006

Ponente: Sr. Andrés Ibáñez

Sentencia: nº 1247/2006 de fecha 19/12/2006

«...El art. 848 Lecrim dispone que contra los autos dictados en apelación por las Audiencias sólo cabe recurso de casación en los casos en que la ley lo autorice de modo expreso. Y, precisa, a los fines de este recurso, los autos de sobreseimiento se reputarán definitivos cuando el mismo sea libre, por considerar que los hechos no serían constitutivos de delito y alguien se hallare procesado como culpable de los mismos.

El art. 848 Lecrim, en su redacción original, se inscribe en el marco del proceso ordinario por delitos, y prevé que determinadas decisiones, particularmente relevantes para el curso de la pretensión punitiva, puedan ser objeto de recurso. Es

claro que el legislador actuó con un criterio muy restrictivo, al limitar tal posibilidad a sólo algunas de aquéllas. Esto es, las de sobreseimiento libre del art. 637,2º Lecrim, y en los casos en que el instructor en algún momento hubiera valorado positivamente la existencia de indicios de delito, hasta el punto de acordar el procesamiento del concernido por ellos. (F. J. 2º)

...Esto sentado, hay que decir que existe consenso acerca de que, tratándose del procedimiento abreviado, el art. 848 Lecrim nunca sería aplicable si la competencia para el enjuiciamiento corresponde al Juez de lo Penal, pues carecería de sentido abrir la casación a resoluciones distintas de las sentencias definitivas cuando tal vía permanece cerrada para éstas, únicamente recurribles en apelación ante la Audiencia.

Siendo así, la cuestión de la viabilidad de ese primer recurso ha de verse reducida, en principio, a los casos en que el conocimiento de la causa estuviera deferido en primera instancia a ese tribunal provincial. Y esto sólo cuando sobre el afectado por el proceso hubiera recaído una decisión de algún modo asimilable al auto de procesamiento. (F. J. 3º)

...Se trata, por tanto, de operar con un criterio analógico, que deberá tener en cuenta, sobre todo, la naturaleza del recurso de casación. Al respecto, es de señalar que en su modalidad más representativa está previsto para enjuiciar la regularidad de resoluciones definitivas de fondo, dictadas tras el pleno examen de la causa en régimen de juicio contradictorio.

Así, es patente que semejante previsión nada tiene que ver con el supuesto aquí contemplado, en el que la decisión a examen versa sobre otra adoptada a partir de la valoración de los datos ofrecidos en la denuncia, en el ámbito de las diligencias de investigación propias de la instrucción.

En este caso, además, tampoco aparecería satisfecha la primera exigencia del art. 848 Lecrim. Es decir, la de que la resolución inicialmente recaída se hiciera firme, sin más, de no arbitrarse para ella la posibilidad de acceso a la casación. Pues lo cierto es que la misma era apelable y fue apelada.

Por otra parte está ausente el requisito de que en la causa la posición de los denunciados tenga alguna similitud con la derivada del procesamiento. Exigencia en la que ha abundado este tribunal en el acuerdo de pleno de 9 de febrero de 2005, al entender que el precepto de referencia exige, además de sobreseimiento libre y de que éste hubiera sido dictado en procedimiento cuya sentencia fuera recurrible en casación, que haya recaído imputación judicial equivalente a procesamiento, entendiéndose por tal la resolución judicial en que se describa el hecho, se consigne el derecho aplicable y se indiquen las personas responsables.

Así las cosas, sucede que la resolución objeto de recurso no guarda ninguna analogía con aquéllas a las que la Ley de enjuiciamiento Criminal franquea el acceso a la casación. Pues, en efecto, no versa sobre el resultado de la prueba sino que se ubica en el marco de la investigación. No es de instancia sino de apelación, de manera que quienes discrepan de ella ya han gozado de la oportunidad de cuestionarla ante un órgano distinto del que la dictó. Y, por último, se ha pronunciado

en una causa en la que, por el estado del trámite, no ha habido lugar a que nadie pudiera haber adquirido la condición de imputado en sentido formal.

De otra parte, y a efectos meramente discursivos, pues las consideraciones que preceden bastan por sí solas para excluir la posibilidad de acceso a la casación en este caso, vista la naturaleza de los delitos imputados (los de los arts. 392 y 248-249 Cpenal) tampoco sería descartable que, además (art. 14,3 Lecrim), la competencia para conocer de los mismos correspondiera al Juzgado de lo Penal, con lo que ni siquiera la sentencia definitiva sería susceptible de recurso ante esta instancia.

Y siendo así, es claro que están ausentes los presupuestos necesarios para que pueda operar el art. 848 Lecrim, según la más correcta interpretación contextual, recogida, entre otras muchas, en SSTS 828/2002, de 8 de mayo y 909/2003, de 3 de noviembre». (F. J. 4º)

## **RECURSO DE CASACIÓN. Autos recurribles.**

Recurso: Casación nº 955/2004

Ponente: Sr. Maza Martín

Sentencia nº 435/2005 de fecha 08/04/2005

«...” Baste tan sólo recordar el contenido del recientísimo Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de esta Sala, de fecha 9 de Febrero de 2005, para concluir en la improcedencia de la Casación planteada, aunque fuera, indebidamente, tramitada por la Audiencia y cursada esa tramitación por este Tribunal.

En efecto. En dicho Acuerdo se lee que:

”Los autos de sobreseimiento dictados en apelación en un procedimiento abreviado sólo son recurribles en casación cuando concurren estas tres condiciones:

1) Se trate de un auto de sobreseimiento libre.

2) Haya recaído imputación judicial equivalente a procesamiento, entendiéndose por tal la resolución judicial en que se describa el hecho, se consigne el derecho aplicable y se indiquen las personas responsables.

3) El auto haya sido dictado en procedimiento cuya sentencia sea recurrible en casación.”

Y como quiera que, en el presente caso y al margen de las consideraciones que merezcan los otros dos requisitos recogidos en el texto transcrito, es indudable que no existe Resolución judicial alguna, equivalente a procesamiento, que contenga imputación contra personas posiblemente responsables, con descripción fáctica y derecho aplicable a la misma, puesto que nos encontramos, precisamente, ante una

inadmisión de Querrela previa al inicio de cualquier trámite, debe concluirse en la íntegra desestimación del Recurso...»». (F.J. 1º)

## **RECURSO DE CASACIÓN. Autos recurribles en procedimiento abreviado.**

Recurso: Casación nº 413/2004  
Ponente: Sr. Giménez García  
Sentencia nº 839/2005 de fecha 28/06/2005

«...» De acuerdo con ello, son dos los requisitos que permiten la apertura a la casación de los autos dictados por las Audiencias: a) que los hechos no sean constitutivos de delito y b) que alguien esté procesado.

La resolución impugnada fue acordada por el Juez Instructor en trámite de Diligencias Previas y dicha decisión fue ratificada por la Audiencia, lo que supone un doble examen de la cuestión debatida, a instancias del querellante, satisfaciéndose la doble instancia en el conocimiento de los asuntos penales, sin que a tal resolución denegadora de la apelación formalizada, quepa la formalización de una tercera instancia constituida por esta Sala, que la Ley no permite --en tal sentido es idéntico caso. Auto de 15 de Septiembre de 1992--. Es obvio que esa falta de previsión legal, que debió haber sido apreciada por el Tribunal a quo en el trámite del art. 858 LECriminal, es apreciable en este momento con la conclusión de declarar la desestimación del motivo sin entrar en el fondo por concurrir causa de inadmisión que en este momento procesal opera como causa de desestimación.

Más aún, el Pleno no Jurisdiccional de Sala de 9 de Febrero del presente año, en relación al tema de los autos recaídos en el Procedimiento Abreviado recurribles en casación sólo lo serán cuando concurren los siguientes requisitos:

Que sea auto de sobreseimiento libre.

Que exista una imputación judicial equivalente a procesamiento y

Que sea dictado en procedimiento cuya sentencia sea recurrible en casación.

En el caso de autos no concurre ni el presupuesto procesal básico de tratarse de auto recaído en Procedimiento Abreviado, pues el recurrente lo ha sido en el trámite de las Diligencias Previas...»». (F.J. 2º)

## **RECURSO DE CASACIÓN. Efectos en su tramitación. De la existencia de un procedimiento por falso testimonio. Falta de precisión legal: principio acusatorio.**

Recurso: Casación nº 1969/2003

Ponente : Sr. Sánchez Melgar

Sentencia nº 625/2005 de fecha 05/05/2005

«...» El juicio oral celebrado lo es en única instancia, y éste es un recurso extraordinario de casación, no un recurso devolutivo de apelación, o de segundo grado jurisdiccional. Postula también que se suspenda el curso del recurso de casación hasta que se resuelva la causa incoada al entonces denunciante. Pero aún así, parece meridiano que si así lo hiciéramos, difícilmente podría incorporarse a este proceso en esta sede casacional una hipotética sentencia condenatoria por falso testimonio prestado en causa criminal contra reo, que tiene su cauce específico en las previsiones del art. 954.3º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (“cuando esté sufriendo condena alguno en virtud de sentencia, cuyo fundamento haya sido un documento o testimonio declarados después falsos por sentencia firme en causa criminal”). Nuestro ordenamiento jurídico procesal-penal no tiene resuelto este problema, tampoco la Ley de Enjuiciamiento Civil, que mantiene –por lo demás- una causa semejante en su art. 510-3º, pero es indudable que para resolverlo habrá de tener en cuenta este Tribunal Supremo la causa en que se apoye para dar una respuesta constitucionalmente razonable (piénsese, por ejemplo, en el apartado segundo del art. 954 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, y la aparición de la persona a la que se refiere el mismo), lo que daría lugar, con seguridad, a una inmediata paralización del recurso de casación en trámite. Sin embargo, las características singulares de lo ahora planteado, aconsejan no tomar determinaciones que no están previstas de modo alguno en la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Nada más diremos, desde luego, para no prejuzgar la decisión que en su día ha de tomarse por el correspondiente órgano de enjuiciamiento. El delito de falso testimonio se tipifica en el art. 458 del Código penal y también a él se refiere el art. 715 de la LECrim., y en el art. 462 del mismo, se articula una excusa absolutoria relativa a que la verdad se diga “para que surta efecto antes de que se dicte sentencia en el proceso de que se trate”. No ha tenido ocasión esta Sala de pronunciarse acerca de qué clase de sentencia se refiere el mencionado precepto, aunque no vemos obstáculo para que pueda estar referida (inclusive) a la sentencia de apelación, en el caso de que el procedimiento tenga dos instancias ordinarias, porque en el segundo grado jurisdiccional es posible la revisión completa de la valoración probatoria, e incluso la introducción de nuevos elementos probatorios, con las particularidades que ha establecido –para esta materia- recientemente el Tribunal Constitucional. Ello beneficiaría el adecuado descubrimiento de la verdad (ex arts. 701, 713 y 726 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal), y facilitaría la activación de la excusa absolutoria, que tiene por finalidad precisamente reforzar los mecanismos para que se consiga la averiguación de dicha verdad en el proceso penal. No es posible, sin embargo, en esta sede casacional, salvo supuestos de patente injusticia, porque la justicia siempre es un valor constitucional. Sería deseable, sin embargo, que el legislador arbitrara algún mecanismo en la futura revisión de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para dar cumplida respuesta a esta problemática en sede

casacional, sin necesidad de esperar al juicio revisional y rescisorio previsto en los arts. 954 y siguientes de aquélla...”». (F.J. 2º)

## **RECURSO DE CASACIÓN. Error de hecho. Informes de auditoría: dudosa literosuficiencia.**

Recurso: Casación nº 716/2006

Ponente: Sr. Soriano Soriano

Sentencia: nº 1111/2006 de fecha 15/11/2006

«**2.** La autarquía probatoria o literosuficiencia de una auditoría ofrece importantes dudas, pues su eficacia probatoria debe entenderse sólo desde el punto de vista formal o contable

Cualquier auditoría puede acreditar la constancia documental de determinados pagos, pero no su correspondencia con la realidad, esto es, nunca podrá asegurar el perito que ciertos apuntes responden a determinadas actividades que deben retribuirse.

En nuestro caso no se puede hacer derivar de los párrafos transcritos cuál fue el destino de la transferencia que se realiza y si realmente la causa del negocio jurídico que justifica la recepción del dinero existió, por el hecho de que así se afirme documentalmente. Tal reseña puede servir también para encubrir y dar una justificación aparente al acto dispositivo. (F. J. 3º)

Por igual vía procesal que el anterior (art. 849-2 L.E.Cr.) en el cuarto se aduce igualmente *error facti*.

**1.** Considera la parte recurrente que los informes de auditoría correspondientes a los ejercicios 1995 y 1996, elaborados por Coopers & Lybrand son la mejor muestra de la normalidad de la actuación del acusado. Además, todos los vales de caja a favor de aquél estaban debidamente apuntados, contabilizados, auditados e inscritos en el Registro.

Es imposible alegar desconocimiento por parte del otro socio acerca de la realidad de esos vales de caja y, precisamente por ello, estaríamos en presencia de una práctica de gestión de la administración muy extendida y ajena al derecho penal.

**2.** El motivo ofrece la misma caracterización que el precedente y por tanto ha de merecer igual respuesta.

Hemos de insistir en que un informe de auditoría revela una realidad formal, bajo cuya regular apariencia puede encerrar valoraciones alternativas, plenamente justificables, dependiendo de las demás pruebas concurrentes que hayan permitido al Tribunal formar una determinada convicción». (F. J. 4º)

## **RECURSO DE CASACIÓN. Error de hecho. Requisitos.**



Recurso: Casación nº 747/2005 P  
Ponente: Sr. Sánchez Melgar  
Sentencia: nº 449/2006 de fecha 17/04/2006

«La jurisprudencia de esta Sala exige para que pueda estimarse este motivo, que concurren los siguientes requisitos: a) que se invoque tal error de hecho en la apreciación de las pruebas, de modo que tenga significación suficiente para modificar el sentido del fallo, pues en caso contrario estaríamos en presencia de una simple corrección de elementos periféricos o complementarios; b) que se cite con toda precisión los documentos en que se base la queja casacional, incorporados a la causa, con designación expresa de aquellos particulares de donde se deduzca inequívocamente el error padecido; c) que tales documentos sean literosuficientes, es decir, que basten por sí mismos para llegar a la conclusión acreditativa que se pretende, evidenciando el objeto de prueba sin necesidad de acudir a otras fuentes probatorias o a complejos desarrollos argumentales; d) que su eficacia probatoria no haya sido desvirtuada o contradicha merced a otras pruebas que obren igualmente en la causa; e) que el recurrente proponga una nueva redacción del “factum” derivada del error de hecho denunciado en el motivo; y f) que tal rectificación del “factum” no es un fin en sí mismo, sino un medio para crear una premisa distinta a la establecida y, consiguientemente, para posibilitar una subsunción jurídica diferente de la que se impugna». (F. J. 10º)

## **RECURSO DE CASACIÓN. Extraordinario de unificación de doctrina en el ámbito del Derecho Penitenciario. Doctrina.**

Recurso: Casación nº 335/2004P  
Ponente: Sr. Martínez Arrieta  
Sentencia nº 1388/2004 de fecha 24/11/2004

«...” "La finalidad del recurso de casación para la unificación de doctrina es asegurar la unidad del orden normativo jurídico-penal, en materia penitenciaria, para tutelar una aplicación de las normas que garanticen óptimamente el derecho de igualdad. Las partes en conflicto han tenido ya la oportunidad de agotar en pro de sus pretensiones una previa doble instancia judicial en donde depurar todos aquellos aspectos fácticos y jurídicos que configuran su controversia, de modo que en este trance casacional únicamente se controlará por este Alto Tribunal que la doctrina legal aplicable sea la ajustada al ordenamiento jurídico, resolviendo esta Sala Casacional las discrepancias interpretativas entre los diversos órganos jurisdiccionales a quienes corresponda resolver tales discrepancias (en la instancia). Al decidir este recurso de unificación de doctrina, el Tribunal Supremo no tiene necesariamente que optar por una u otra doctrina legal aplicada por los órganos jurisdiccionales en conflicto, sino que puede resolver también la controversia mediante una tercera interpretación que tenga por precedente, indicando que ésta es la interpretación del precepto legal cuestionado y la doctrina legal que resulta aplicable. En consecuencia, no podrán cuestionarse ante esta Sala Casacional los propios hechos que se hayan declarado probados o sobre los cuales se haya

aplicado el derecho penitenciario, quedando eliminado cualquier intento de controversia que sobre los mismos pretendan las partes suscitar. El objeto de este recurso lo será exclusivamente la doctrina aplicada por los órganos jurisdiccionales en el caso sometido al control casacional de esta Sala, de modo que su objeto es la unificación de doctrina, para lo que habrán de concurrir dos requisitos: uno, de identidad de supuesto legal de hecho y de fundamentación jurídica, y otro de contradicción en la aplicación de la doctrina legal por los órganos judiciales de procedencia. El resultado será la unificación de tal doctrina, que es el objeto del recurso y la misión de esta Sala al resolverlo. No se trata, pues, de controlar la subsunción jurídica llevada a cabo por el Tribunal de instancia en el caso concreto que haya sido sometido a su consideración, sino verificar que ante situaciones sustancialmente iguales se han producido respuestas divergentes que han de ser unificadas por este Tribunal. De modo que nunca podrá convertirse este recurso para la unificación de doctrina en materia penitenciaria, en una tercera instancia, en donde las partes pretendan hacer valer de nuevo sus pretensiones divergentes con lo resuelto en la instancia.

Este recurso exige la concurrencia de dos requisitos: identidad de supuesto legal de hecho y contradicción de doctrina legal aplicada.

El primero de ellos, el requisito de la identidad de supuesto legal de hecho y de fundamentación jurídica, supone la comprobación inicial de que se trata de supuestos sustancialmente iguales, que, por consiguiente, debieron haber merecido la misma respuesta judicial y que, sin embargo, ésta fue diversa, en función de una diferente interpretación de un mismo precepto legal, que –en consecuencia- debe ser corregida por esta Sala Casacional, con la finalidad de que la aplicación del derecho penitenciario sea de todo punto uniforme en supuestos idénticos. En definitiva, lo que se pretende salvaguardar con este requisito es el principio de igualdad en la aplicación de la ley, y consiguientemente, el de seguridad jurídica. El principio de identidad de la norma se traduce en la identidad de supuesto de hecho (en el sentido de la descripción de aquellos elementos fácticos que conforman su previsión normativa) y el de consecuencia jurídica derivada de la concurrencia de tal supuesto de hecho. De esta manera, tal sustancialidad se traduce en igualdad de supuesto de hecho contemplado por la norma. Parece evidente que en toda operación jurídica el supuesto de hecho al que se ha de aplicar la consecuencia jurídica prevista por la norma ha de ser tenido en consideración, porque las normas jurídicas conforman mandatos legales en función del sustrato fáctico al que el legislador anuda una consecuencia jurídica. Pero lo que verdaderamente importa es la identidad de supuesto de hecho contemplado por la norma, y no tanto las características del “caso concreto”, que desde luego, no puede modificarse en sede de esta extraordinaria instancia casacional. Lo que se valorará es, por consecuencia, el contenido o extensión del precepto legal en abstracto, y la interpretación que haya sido concedida al mismo, y no tanto los concretos contornos del caso enjuiciado por la resolución judicial impugnada, enfrentada referencialmente con las invocadas como de contraste. Se trata, obviamente, de una colisión de interpretaciones de una misma norma jurídica, siendo la misión de este recurso la unificación de tal doctrina, declarando esta Sala la forma con que ha de ser llevada a cabo la correcta interpretación de aquélla, unificando los distintos criterios aplicados, para producir tal unificación que garantice la aludida unidad del orden normativo jurídico-penal en esta materia.

Por otro lado, también es evidente que, si las particularidades fácticas del caso sometido a la valoración jurídica de uno u otro tribunal, son distintas, o si la norma jurídica permite una cierta discrecionalidad en su aplicación, el recurso no podrá prosperar, porque no se habrá producido desigualdad alguna de criterio, sino la aplicación de unos parámetros interpretativos diversos que se justifican en una sustancial falta de igualdad, o son, en otro caso, fruto de la corrección en la respuesta jurídica que faculta aquella discrecionalidad.

Finalmente, cuando la resolución impugnada haya valorado aspectos personales, fundamentalmente cuando deban tenerse en consideración informes personalizados de conducta o un pronóstico de comportamiento futuro, no podrá declararse que el supuesto legal de hecho de la norma es sustancialmente idéntico, y en consecuencia, el recurso no podrá prosperar. No puede olvidarse que, en muchos casos, en materia penitenciaria, la aplicación de la ley está basada en la individualización de conductas.

El segundo requisito es el de contradicción, o lo que es lo mismo, que con anterioridad un órgano judicial, incluido este propio Tribunal Supremo, se haya pronunciado de forma diversa a la resolución impugnada, presupuesto que también es necesario para la activación de este recurso de casación para la unificación de doctrina. Este requisito justifica que no puedan acceder directamente ante esta Sala todo tipo de discrepancias con la interpretación que se ha concedido en el supuesto concreto enjuiciado, a modo de un recurso de casación directo, sino que es precisa la previa discrepancia de criterios aplicativos de la norma jurídica con respecto a la de contraste. Deberán alegarse en consecuencia dos resoluciones judiciales: una, la impugnada, que podrá ser objeto de corrección por este Tribunal Supremo, y otra, la de contraste (una o varias), que evidencie, a juicio del recurrente, que el derecho penitenciario se aplicó de forma diferente ante otro supuesto sustancialmente idéntico al que resuelve la sentencia impugnada. Esta resolución judicial de contraste o referencial, tanto puede haber sido dictada por la propia Audiencia Provincial, por otra Sección de la misma Audiencia, por otra Audiencia Provincial de diferente demarcación territorial, por la Audiencia Nacional, en los casos en que conozca de las apelaciones procedentes del Juzgado Central de Vigilancia Penitenciaria, o por este Tribunal Supremo, resolviendo un recurso de casación para la unificación de doctrina en esta materia. Obvio es decirlo, que si se trata de una Audiencia Provincial o de la Audiencia Nacional, la resolución tomará la forma de Auto, y si lo es del Tribunal Supremo, será una Sentencia. Pero, como ya hemos señalado, únicamente la resolución impugnada puede ser objeto de corrección mediante este recurso, al disponerse en la ley, en relación con sus efectos, que “los pronunciamientos del Tribunal Supremo al resolver los recursos de casación para la unificación de doctrina en ningún caso afectarán a las situaciones jurídicas creadas por las sentencias precedentes a la impugnada”.

Recapitulando: las características de este recurso de casación serán las siguientes: a) identidad de supuesto legal de hecho; b) identidad de la norma jurídica aplicada; c) contradicción entre las diversas interpretaciones de la misma; d) relevancia de la contradicción en la decisión de la resolución objeto del recurso.

Y desde el plano negativo, nunca podrá convertirse este recurso en una tercera instancia jurisdiccional, pues la subsunción jurídica llevada a cabo en la resolución impugnada no puede ser objeto de nuevo control casacional por esta Sala, ni pueden ser revisados los contornos fácticos del supuesto de hecho previsto por la norma, tal y como han quedado diseñados por el Tribunal “a quo”, ni pueden finalmente considerarse infringida la doctrina legal cuando su aplicación dependa de comportamientos individualizados de conductas o informes de pronóstico o diagnóstico personal.

En lo referente a su tramitación procesal, la ley no diseña sus contornos concretos, salvo señalar que “se sustanciará conforme a lo prevenido en la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el recurso de casación ordinario, con las particularidades que de su finalidad se deriven”. Ello nos obliga a realizar algunas consideraciones generales al respecto.

En primer lugar, que únicamente están legitimados para interponer este recurso “el Ministerio Fiscal y el letrado del penado” (entendemos sería más correcto haber dicho el penado, asistido de letrado), pero tal mención nos conduce a interpretar que no es posible su articulación por cualquier tipo de acusación que no sea estrictamente la pública indicada.

Las resoluciones recurribles son los autos dictados por las Audiencias Provinciales y, en su caso, la Audiencia Nacional, resolviendo recursos de apelación, que no sean susceptibles de casación ordinaria, en los términos que ya hemos analizado en nuestros anteriores razonamientos jurídicos.

El recurso, al conformarse con arreglo a la estructura del recurso de casación ordinario, tiene dos fases diferentes: una ante el Tribunal “a quo” y otra ante el Tribunal “ad quem” (esta Sala Casacional).

La primera fase está constituida por la llamada de preparación del recurso de casación. En plazo de cinco días, contado desde la última notificación del Auto contra el que se pretende entablar el recurso (art. 856 LECrim.), los legitimados para interponerlo deberán presentar ante el órgano judicial “a quo” un escrito de preparación, anunciando su intención de recurrir en unificación de doctrina la resolución recaída, invocando al efecto los autos o sentencias de contraste de donde se deduzca tal contradicción con la doctrina mantenida por la resolución judicial recurrida. Deberá la parte que prepare el recurso ofrecer una sucinta explicación de tal discrepancia, al objeto de que el Tribunal “a quo” pueda verificar un primer filtro del mismo, sin limitarse a una automática comprobación de requisitos formales. En definitiva, el recurrente en el escrito de preparación deberá exponer el cumplimiento de los requisitos de identidad y contradicción en los términos que ya hemos analizado. Además, solicitará un testimonio del Auto que pretende recurrir, así como de las resoluciones judiciales de contraste, conducentes a acreditar la quiebra de la doctrina jurisprudencial o de la doctrina aplicada por otro Tribunal en un caso idéntico. Podrá, naturalmente, acompañar el texto de tales resoluciones mediante la utilización de cualquier fuente de conocimiento de las mismas. Dicho escrito deberá estar firmado, en el caso de ser el penado el recurrente, por abogado y procurador (art. 856 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal).

El Tribunal “a quo”, dentro de los tres días siguientes, tendrá por preparado el recurso si la resolución reclamada es recurrible en casación y se han cumplido todos los requisitos exigidos, y, en el caso contrario, lo denegará por auto motivado, del que se dará copia certificada en el acto de la notificación a la parte recurrente (art. 858 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal).

Dichos “requisitos” no son, únicamente, los formales de todo recurso de casación, sino también los de identidad y contradicción, de modo que el Tribunal “a quo” deberá llevar a cabo un previo estudio de admisión, en donde se compruebe el cumplimiento de tales exigencias, al menos de forma aparente. De modo que tal Tribunal debe verificar los siguientes controles: a) que se trate de una resolución recurrible en casación para la unificación de doctrina; b) que en el escrito de preparación del recurso se haya alegado la correspondiente contradicción, invocando la igualdad de supuesto y la desigualdad de solución; c) que en tal escrito se ofrezca o solicite testimonio de las sentencias o autos de contraste; d) que todo ello se verifique de forma motivada.

Frente a la denegación de la preparación del recurso, cabe recurso de queja (art. 862 LECrim.).

De concurrir los mencionados requisitos, el Tribunal “a quo” tendrá por preparado el recurso, recabará los testimonios necesarios de las resoluciones invocadas por el recurrente, y ordenará el emplazamiento de las partes ante el Tribunal Supremo del modo dispuesto en el art. 859 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Al formalizarse el recurso ante esta Sala Casacional, no podrá fundamentarse en motivos por infracción de ley ni en quebrantamiento de forma, sino que únicamente son admisibles los motivos por infracción de doctrina jurisprudencial o contradicción de doctrina entre distintas Audiencias Provinciales (en su caso, también con la Audiencia Nacional). La infracción constitucional que siempre es alegable como motivo casacional, únicamente tendrá relevancia en este recurso como manifestación del derecho a la igualdad y a la seguridad jurídica. En consecuencia, no podrán alegarse vicios constitucionales relacionados con la tramitación de la causa, tales como indefensión, derecho a la prueba, etc.

El recurso se decidirá ordinariamente sin celebración de vista, terminándose mediante el dictado de sentencia (especialidad ésta propia del recurso de casación). Concurrirán al dictado de tal sentencia la Sala compuesta por un mínimo de cinco magistrados, en función de las características unificadoras de este recurso. Lo resuelto en la sentencia o resolución judicial de contraste no podrá ser modificado, aunque se case la resolución impugnada, afectando solamente a ésta el contenido de la sentencia casacional...”». (F. J. UNICO)

## **RECURSO DE CASACIÓN. Falta de claridad: circunstancia mixta de parentesco.**

Recurso: Casación nº 1666/2003

Ponente: Sr. Sánchez Melgar

Sentencia nº 1519/2004 de fecha 27/12/2004

«...” Los motivos esgrimidos no pueden prosperar. El vicio sentencial denunciado no es viable cuando el juzgador emplea expresiones en el relato fáctico que están en el lenguaje común, que no son sino meramente descriptivas, pero no técnicas en sentido jurídico, de modo que es válido que se utilicen en la redacción de las sentencias, al conformar su relato histórico, y que desde luego, aunque las emplee el legislador también al describir los tipos penales, no por ello puede decirse que predeterminan el resultado correspondiente a la subsunción judicial, pues en ocasiones se convierten en imprescindibles, arrojando más claridad semántica que, si por un purismo mal entendido, se quisieran construir a base de sinónimos o locuciones equivalentes, muchas veces inmersas en un falso cultismo jurídico, con aportaciones de frases retorcidas, fruto de un incorrecto léxico, en todo caso, poco comprensible para la ciudadanía.

Lo que la Ley de Enjuiciamiento Criminal prohíbe por este motivo es la utilización de expresiones estrictamente técnicas que describen los tipos penales, como sería decir que el acusado dictó una resolución injusta o arbitraria (sin más descripciones) en el delito de prevaricación, o llevó a cabo un vertido contaminante (sin describir el mismo) en el delito medioambiental, por solo poner dos ejemplos. No lo será, sin embargo, cuando se diga que A mató a B, en el delito de homicidio, aunque tal verbo (matar) sea precisamente el utilizado en el art. 138 del Código penal...”». (F.J. 2º)

### **RECURSO DE CASACIÓN. Impugnación autos de sobreseimiento libre dictados al amparo del artículo 637.2 LECrim.**

Recurso: Casación nº 1722/2004

Ponente: Sr. Granados Pérez

Sentencia: nº 1153/2005 de fecha 05/10/2005

«Como se ha dejado antes expresado, no es eso lo que sucede en el supuesto que nos ocupa, ya que la parte recurrente impugna por la vía del recurso extraordinario de casación un Auto de la Audiencia Provincial de Zaragoza que había desestimado un recurso de apelación contra un Auto del Juzgado de Instrucción nº 3 de esa misma ciudad que había acordado el sobreseimiento libre y archivo de las actuaciones en las que no se había acordado procesamiento alguno ni había existido imputación equivalente contra los querellados.

Ha existido, pues, un doble examen de la cuestión por dos órganos jurisdiccionales distintos, y el recurrente pretende una tercera revisión por el Tribunal Supremo cuando esta vía extraordinaria no está legalmente autorizada ya que el archivo se ha acordado sin que hubiese precedido auto de procesamiento ni resolución similar, acorde con el criterio mantenido reiteradamente por esta Sala. Es cierto que en el Procedimiento Abreviado no existe el instituto del procesamiento, resolución que únicamente puede acordarse en el trámite de Sumario y cuando existe algún indicio racional de criminalidad contra determinada persona. Supone, pues, un acto de imputación de un presunto delito a determinada persona y podrá

estimarse que existe una resolución equivalente cuando en el Procedimiento Abreviado se ha acordado medida cautelar que implique la existencia de indicios que permiten considerar imputado a la persona contra la que se han adoptado tales medidas o cuando se ha dirigido la acusación contra determinada persona e incluso cabría la posibilidad de considerar, a estos efectos como resolución equivalente la de acordar seguir los trámites del Procedimiento Abreviado como se autoriza en el número cuarto del apartado primero del artículo 779 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, ya que ello implica que los hechos pueden ser constitutivos de delito y que hay un presunto autor conocido al que se le puede imputar.

Ninguna de las situaciones equivalentes a las que permitirían dictar un Auto de Procesamiento se han producido en las Diligencias en las que se acordó el sobreseimiento libre y archivo de las actuaciones y, en consecuencia, al no estar el Auto al que se refiere el recurso de casación que examinamos incurso en ninguno de los supuestos que se expresan en el artículo 848 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, no está autorizado expresamente, como era necesario, ni por la propia Ley procesal ni por ninguna otra, por lo que incide en causa de inadmisión prevista en el número 2º del artículo 884 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que en este momento procesal lo es de desestimación del recurso». (F. J. ÚNICO)

## **RECURSODE CASACIÓN. Incongruencia omisiva.**

Recurso: Casación nº 1104/2004

Ponente: Sr. Sánchez Melgar

Sentencia nº 379/2005 de fecha 14/03/2005

«...» Según la doctrina de esta Sala, habrá quebrantamiento del núm. 3º del art. 851 de la Ley Procesal Penal cuando concurren los siguientes requisitos: a) el planteamiento en forma por las partes -generalmente en los escritos de conclusiones- de una cuestión de derecho que tenga influencia en el contenido del fallo; b) la falta de pronunciamiento motivado sobre la misma; y c) que no haya podido subsanarse la omisión de pronunciamiento en la misma casación, al resolverse otros motivos del recurrente.

La jurisprudencia ha venido admitiendo la resolución tácita o implícita de las pretensiones propuestas, cuando exista un específico pronunciamiento decisorio sobre cuestiones contrarias y absolutamente incompatibles con la omitida o excluyente de ésta (SSTS 121/1993, de 27-1, 1134/1994, de 4-6, 2081/1994, de 29-11, 323/1995, 304/1996, de 8-4 y 89/1997, de 30-1). El Tribunal Constitucional en Sentencias 4/1994, 169/1994 y 195/1995, de 19-12, ha entendido que no cabe apreciar la incongruencia omisiva cuando el silencio judicial razonablemente puede interpretarse como una desestimación implícita. Existen numerosas declaraciones jurisprudenciales en el sentido de que las sentencias que contienen una declaración

genérica venían a dar una respuesta tácita a todas las cuestiones contrarias al pronunciamiento dictado.

Una corriente jurisprudencial más rigurosa en la aceptación de resoluciones tácitas a las cuestiones planteadas, manifestada, entre otras, en las Sentencias de TC 26/1997, de 11-2, 58/1996, de 15-4, y 308/1996, de 13-7, y en las del TS 120/1997, del 11-3, y 619/1997, del 29-4, entiende que son admisibles los pronunciamientos tácitos como contestación a las alegaciones, pero como respuesta a las pretensiones, sólo valdrán cuando del conjunto de las argumentaciones contenidas en la sentencia pueda inferirse razonablemente no sólo que el órgano judicial ha valorado la pretensión deducida, sino además los motivos fundamentadores de la respuesta tácita...»». (F.J. 3º)

## **RECURSO DE CASACIÓN. Incongruencia omisiva.**

Recurso: Casación nº 139/2004P  
Ponente: Sr. Colmenero Menéndez de Luarca  
Sentencia nº 245/2005 de fecha 25/02/2005

«...» Formalmente tiene razón el recurrente, pues el Tribunal no ha hecho constar en la sentencia ninguna mención expresa a la posibilidad de calificar los hechos como un delito en grado de tentativa como subsidiariamente había pretendido su defensa. No obstante, ya hemos dicho que el desajuste entre el fallo y las pretensiones de las partes ha de ser material, de modo que las cuestiones planteadas queden sin respuesta, y no meramente formal, ya que esto último no justificaría la anulación de la sentencia con la finalidad de que el Tribunal proceda a dictar otra en la que diga de forma expresa lo que ya resolvió implícitamente en la anterior. La respuesta implícita es suficiente cuando los razonamientos de la sentencia encaminados a justificar una opción jurídica determinada excluyan por su propia naturaleza y contenido cualesquiera otras opciones incompatibles con ella. Tal ocurre entre la consideración del delito como intentado o consumado...»». (F.J. 1º)

## **RECURSO DE CASACIÓN. Incongruencia omisiva.**

Recurso: Casación nº 1386/2005 P  
Ponente: Sr. Delgado García  
Sentencia: nº 881/2006 de fecha 14/09/2006

« El mencionado art. 851.3º nos habla de "puntos". "Puntos", nos dice literalmente este art. 851.3º. "Puntos litigiosos", nos decía el art. 359 LEC derogado por la nueva Ley 1/2000, que también hablaba de "pretensiones". Este último término (pretensiones) es el que usa nuestro Tribunal Constitucional cuando trata esta materia de la incongruencia por omisión a propósito del derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 CE, mientras que en esta sala del Tribunal Supremo preferimos hablar de "cuestiones jurídicas".



Expresiones varias con las que tratamos de decir lo mismo: los extremos concretos que deben resolverse en toda sentencia, para excluir las meras cuestiones fácticas y también las simples argumentaciones utilizadas en apoyo de cada pretensión deducida por la parte.

Las partes activas y pasivas de cualquier proceso realizan sus peticiones al tribunal correspondiente. Estas peticiones se amparan en determinados planteamientos jurídicos. Podemos decir que cada uno de estos planteamientos son los "puntos" que deben resolverse en la sentencia. "Puntos" que se diferencian, por un lado, de los hechos en que esa petición se apoya y, por otro lado, de los meros argumentos o razones especulativas con que se trata de justificar desde el punto de vista del Derecho la necesidad de aplicar una norma determinada al caso correspondiente.

Para concretar más tenemos que referirnos ya específicamente al Derecho penal. En los procesos de esta clase tanto las acusaciones como las defensas piden las condenas o absoluciones correspondientes. Tales pronunciamientos los funda cada parte en unos hechos que se dicen ocurridos y que son el objeto de la prueba a practicar. Y se pretende que a tales hechos se les aplique una norma, o mejor una pluralidad de normas jurídicas. Las cuestiones que se plantean a propósito de la aplicación de estas normas a esos hechos son las cuestiones jurídicas o "puntos" que tiene que resolver el tribunal en su sentencia, y que han de motivarse si han sido objeto de controversia en el debate, "puntos litigiosos" en la terminología del citado art. 359 de la vieja LEC.

Si queremos concretar por vía de ejemplos, podemos decir para el proceso penal que son cuestiones jurídicas de preceptivo tratamiento en sentencia cuando son alegadas por las acusaciones o las defensas, las siguientes:

- Las relativas a la existencia del delito de que se trate, en relación con cada uno de los elementos que nos proporciona la llamada teoría del delito: tipicidad, antijuricidad, culpabilidad, punibilidad y las respectivas causas de absolución si no concurre alguno o algunos de estos elementos constitutivos.

- Todo lo concerniente a la materia de los concursos de delitos o de normas.

- Lo referido al grado de perfección del delito: consumación, tentativa, proposición, conspiración o provocación.

- También el grado de participación, autoría o participación necesaria o no necesaria (complicidad).

- La concurrencia de circunstancias agravantes o atenuantes y todas las relativas, en su caso, a la concreción de la pena o medida de seguridad a imponer.

- Asimismo todas las cuestiones planteadas en orden a la responsabilidad civil, con lo cual nos introducimos en una materia propia del derecho privado, a tratar con principios diferentes de los propios de la materia estrictamente penal.

- Aquellos temas que se hayan planteado con relación a la condena en costas.

- Etcétera.

Véanse en este sentido las sentencias de esta sala 678/2004, 1210/2005, 9/2006 y 549/2006». (F. J. 4º)

## **RECURSO DE CASACIÓN. Infracción de ley. Delito contra la salud pública. Prueba de indicios.**

Recurso: Casación nº 2348/2003

Ponente: Sr. Berdugo Gómez de la Torre

Sentencia nº 1570/2004 de fecha 30/12/2004

«...” En el relato de hechos probados de la sentencia penal -nos dice la sTS. 14.11.02- deben constar todos los elementos de la conducta que son relevantes para la subsunción de un determinado tipo penal, incluso los de carácter subjetivo, pues lo que se enjuicia es una conducta humana compuesta de aspectos objetivos y subjetivos, sin perjuicio de los razonamientos que, en los Fundamentos Jurídicos, han de declararse a explicar por qué razones se declaran probados unos y otros, y también sin que ello afecte al régimen de impugnación de las afirmaciones fácticas de la sentencia, pues los hechos objetivos, externos, que son susceptibles de ser acreditados mediante prueba directa o mediante prueba indiciaria, solo son atacables mediante el motivo por error en la apreciación de la prueba o a través de la presunción de inocencia, mientras que los hechos de carácter subjetivo, que pertenecen al ámbito interno de la conciencia del sujeto, y que generalmente solo se pueden acreditar a través de una inferencia realizada por el Tribunal sobre la base de aspectos objetivos previamente acreditados, son también atacables a través de la infracción del Ley del art. 849.1 LECrim., cuestionando la corrección o razonabilidad de la inferencia realizada.

Si se trata de un delito contra la salud pública, como es el caso actual y se han producido actos de tráfico que suponen el sustrato fáctico de la condena, estos deben aparecer descritos en el relato de hechos, aunque en la fundamentación se expliciten después cuales han sido las pruebas que han permitido realizar aquella afirmación. Es cierto que las resoluciones judiciales han de ser interpretadas y consideradas en su conjunto, ofreciendo el relato de hechos probados completados, en lo necesario, por las referencias fácticas que, aunque sea indebidamente, se contengan en los razonamientos jurídicos, pues así viene admitido por doctrina de esta Sala (ss. 16.7.98, 9.10 y 21.12.95, 22.12 24.11.94, 1.7.92, 2.7.86 entre otras, citadas por la sTS. 20.7.98). Sin embargo, con carácter general, no debiera ser necesario acceder a los Fundamentos Jurídicos de la sentencia para conocer los hechos relevantes para la calificación, ni aún en sus aspectos subjetivos...”>>. (F.J. 1º)...

... Del mismo modo esta Sala de casación del Tribunal Supremo ha generado una amplia jurisprudencia al respecto, según la cual la realidad del hecho y la participación en el mismo del acusado puede ser establecida por la formula de

indicios (ssTS. 17.11 y 11.12.2000, 21.1 y 29.10.2001, 29.1.2003, 16.3.2004) siempre que concurren una serie de requisitos:

a) Pluralidad de los hechos-base o indicios.

Como se ha señalado la propia naturaleza periférica del hecho-base hace carecer de perseidad para fundar la convicción judicial, conforme a la norma contenida en el art. 741 LECrim. la existencia de un hecho único o aislado de tal carácter, admitir lo contrario sería un inadmisibles retroceso dentro del estado de Derecho e incidiría en el área vedada por el art. 9.3 CE.

b) Precisión de que tales hechos-base estén acreditados por prueba de carácter directo y ello para evitar los riesgos inherentes que resultarían de admitirse una concatenación de indicios, con la suma de deducciones resultantes que aumentaría los riesgos en la valoración.

C) Necesidad de que sean periféricos respecto al dato fáctico a probar.

No todo hecho puede relevante, así resulta preciso que sea periférico o concomitante con el dato fáctico a probar. No en balde, por ello, esta prueba indirecta ha sido tradicionalmente denominada como circunstancial, pues el propio sentido semántico, como derivado de "circum" y "stare" implica "estar alrededor" y esto supone no ser la cosa misma, pero si estar relacionado con proximidad a ella.

d) Interrelación. Derivadamente, esta misma naturaleza periférica exige que los datos estén no solo relacionados con el hecho nuclear precisado de prueba, sino también interrelacionados; es decir, como notas de un mismo sistema en el que cada una de ellas represente sobre las restantes en tanto en cuanto formen parte de él. La fuerza de convicción de esta prueba dimana no sólo de la adición o suma, sino también de esta imbricación.

e) Racionalidad de la inferencia. Este mal llamada prueba de presunciones no es un medio de prueba, sino una forma de valoración de los hechos indirectos plenamente acreditados. Por ello, entre éstos y el dato precisado de acreditar ha de existir, conforme a lo requerido por el art. 1253 Cc. "un enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano", enlace que consiste en que los hechos-base o indicios no permitan otras inferencias contrarias igualmente validas epistemológicamente.

f) Expresión en la motivación del como se llegó a la inferencia en la instancia. Pues solo cuando se contienen en la motivación de la sentencia exigida por el art. 120.3 CE. los grandes hitos del razonamiento cabe el control extraordinario representado por el recurso de casación ante este Tribunal Supremo o en su caso, por el de amparo ante el Tribunal Constitucional determinar si la inferencia ha sido de manera patente irracional, ilógica o arbitraria; pues de no mostrarse tal ilogicidad no cabe alterar la convicción del Tribunal de instancia formada con arreglo a la normativa contenida en los citados artículos 117.3 CE y 741 LECrim. (ssTS. 24.5 y 23.9.96 y 16.2.99)...»». (F.J. 2º)

**RECURSO DE CASACIÓN. Infracción de ley. Es imprescindible en las sentencias penales la existencia de un relato de los hechos probados.**

Recurso: Casación nº 2036/2004

Ponente: Sr. Colmenero Menéndez de Luarca

Sentencia: nº 186/2006 de fecha 23/02/2006

«Con carácter general hemos dicho que la vía impugnativa del artículo 849.1º de la LECrim permite verificar que el Tribunal que dictó la sentencia interpretó correctamente y aplicó los preceptos pertinentes a los hechos que previamente fueron declarados probados, sin prescindir de ninguno de ellos y sin añadir otros diferentes.

También hemos señalado en otras ocasiones, que es un requisito imprescindible de las sentencias penales la existencia de un relato de hechos probados que permita su comprensión no sólo por el justiciable al que afectan directamente, sino también por el Tribunal que conoce de la cuestión en vía de recurso, y además, por el conjunto de los ciudadanos, en cuanto puedan tener un interés legítimo en acceder a una resolución pública dictada por los Tribunales. Con los hechos declarados probados en la sentencia han de relacionarse indisociablemente los fundamentos jurídicos de la misma, lo que exige que la descripción de lo que la sentencia considera probado sea lo suficientemente contundente, clara y desprovista de dudas, al menos en aquellos aspectos a los que se aplica el derecho, como para permitir la adecuada subsunción de la conducta en el correspondiente precepto sustantivo, de forma que la relación de hechos, su calificación jurídica y el fallo formen un todo congruente.

En las sentencias deben constar los hechos en el apartado correspondiente, artículos 248.3 de la LOPJ y 142 de la LECrim, descritos con todos los elementos que resulten relevantes para la subsunción, sin que sea correcto añadir otros hechos relevantes en la fundamentación jurídica.

En la jurisprudencia de esta Sala, en la STS nº 209/2003, también se ha precisado que “es cierto, y así se ha señalado en anteriores resoluciones de esta Sala, que las resoluciones judiciales deben ser interpretadas en su conjunto (STS núm. 987/1998, de 20 de julio), de modo que los elementos fácticos que indebidamente aparezcan en la fundamentación jurídica pueden ser utilizados para integrar el hecho probado. Pero esta posibilidad, discutible y en todo caso excepcional, sólo puede ser utilizada en los supuestos en que en tan inadecuado lugar se cumpla la exigencia de afirmación apodíctica de existencia del supuesto fáctico histórico (STS núm. 468/1994, de 7 de marzo; STS núm. 624/1995, de 9 de mayo), de manera que no autoriza a emplear con esa finalidad expresiones que el Tribunal haya utilizado en el contexto de una argumentación orientada a razonar sobre otros aspectos distintos. Decíamos en la STS núm. 788/1998, de 9 de junio que los fundamentos de derecho no son el lugar adecuado para completar o integrar el hecho probado y mucho menos para ampliarlo en perjuicio del acusado”.

Esta Sala ha aceptado en ocasiones, aunque siempre de modo excepcional y nunca en perjuicio del acusado, (STS 209/2003, de 12 de febrero y 302/2003, de 27 de febrero), que los fundamentos jurídicos puedan contener afirmaciones fácticas que

complementen el hecho probado. Pero también ha puesto de relieve que se trata de una posibilidad que encierra cierto peligro para las garantías del acusado, que tiene derecho a conocer con claridad aquello por lo que se le condena (STS núm. 1369/2003, de 22 octubre), de manera que a través de este mecanismo solo será posible completar lo que ya consta debidamente expuesto en el relato fáctico en sus aspectos esenciales. En este sentido la STS nº 945/2004, de 23 de julio». (F. J. 1º)

### **RECURSO DE CASACIÓN. Infracción de ley: inadecuación de la introducción de hechos probados en fundamentos jurídicos de la sentencia.**

Recurso: Casación nº 1123/2004  
Ponente: Sr. Martín Pallín  
Sentencia: nº 1216/2005 de fecha 14/10/2005

«Ya hemos dicho con reiteración que los fundamentos de derecho, por la propia estructura de la sentencia, no son ahora después de la implantación del texto constitucional, lugar idóneo para introducir hechos inmutables considerados como probados. Se podrá estar en desacuerdo con la introducción de datos fácticos para justificar o motivar la resolución condenatoria pero, en ningún caso, tienen la condición de hecho probado como declara alguna resolución de esta Sala con un criterio integrador y extensivo que nunca podrá admitirse en contra del reo. Lo que el juzgador omitió, porque no lo consideraba probado, en el relato fáctico no puede reaparecer, como por arte de magia, en la amalgama de razonamientos que constituyen el entramado motivador del fallo. Admitir esto sería tanto como situar en la mas absoluta indefensión al acusado que no puede dedicar sus esfuerzos a indagar o adivinar cuáles son los hechos fácticos complementarios que esta Sala va a considerar como parte integrante de una condena basada en razonamientos que no aparecen clara y terminantemente probados». (F. J. 1º)

### **RECURSO DE CASACIÓN. Legitimación del acusado absuelto para recurrir.**

Recurso: Casación nº 2583/2003  
Ponente: Sr. Delgado García  
Sentencia nº 714/2005 de fecha 08/06/2005

«...” Lo primero que hemos de resolver, suscitado por el escrito de impugnación del Ministerio Fiscal, es si una persona absuelta en una sentencia penal está o no legitimada para recurrir en casación.

Nos dice el Ministerio Fiscal, única parte personada en la presente alzada, además del recurrente, que tal resolución no produce gravamen alguno a la persona en definitiva absuelta, por lo que no debieran admitirse sus alegaciones.

Como acabamos de decir se queja el recurrente de que en definitiva se le reproche su comportamiento al considerarle autor de dos delitos, pidiendo que su fama quede restablecida a través de una resolución de esta sala del Tribunal Supremo que, rectificando la de instancia, declare no probada la realidad de esos hechos tan menospreciados.

Entendemos que hay un evidente interés en el acusado, aunque sea sólo de contenido moral, que justifica el que tengamos que considerarlo como legitimado para plantear el presente recurso de casación...»». (F.J. 2º)

### **RECURSO DE CASACION. No tiene cabida la cuestión de la credibilidad de los testigos.**

Recurso: Casación nº 1423/2003  
Ponente: Sr. Bacigalupo Zapater  
Sentencia nº 1189/2004 de fecha 28/10/2004

«...» La cuestión de la credibilidad de las declaraciones prestadas en el juicio no puede ser objeto del recurso de casación. En la medida en la que en este recurso no está contemplada la repetición de la prueba, el Tribunal de casación no se puede pronunciar sobre el crédito que merecen declaraciones que no han sido prestadas en su presencia. Ello deja, naturalmente, a salvo el enjuiciamiento de los criterios de ponderación de estas declaraciones. Pero el recurso sólo se orienta a la cuestión de la credibilidad y la supuesta existencia de contradicciones en las declaraciones testificales, es decir, se basa en cuestiones de hecho...»». (F.J. 1º)

### **RECURSO DE CASACIÓN. Pericias oficiales convertidas en documental, ex Art. 788 LECrim.**

Recurso: Casación nº 845/2004 P  
Ponente: Sr. Ramos Gancedo  
Sentencia: nº 1128/2005 de fecha 05/10/2005

*«Está firmemente asentado el criterio jurisprudencial según el cual el motivo de casación por error de hecho únicamente puede ser fundamentado en auténticas y genuinas pruebas documentales y no en otra clase de pruebas de carácter personal. Es claro que los dictámenes periciales no son pruebas documentales, aunque los mismos figuren documentados en las actuaciones por exigencias del sistema procesal, sino pruebas de naturaleza personal por los especiales conocimientos científicos o artísticos (art. 456 L.E.Cr.) de quien los elabora. Es cierto que la Ley 38/2002, de 24 de octubre, modificó el art. 788 de la Ley Procesal estableciendo que "tendrán carácter de prueba documental los informes emitidos por laboratorios oficiales sobre la naturaleza, cantidad y pureza de sustancias estupefacientes .....", pero no es menos cierto, que esta atribución de prueba documental está expresa y*

*explícitamente limitada al "ámbito de este procedimiento", es decir, al Procedimiento Abreviado, y, por ende, no opera en el Sumario Ordinario que fue el seguido en el caso enjuiciado.*

Debe subrayarse, por otra parte, que tanto en el procedimiento abreviado como en el ordinario, al informe pericial practicado en fase de instrucción e incorporado por escrito a los autos respecto a la naturaleza, peso y porcentaje activo de la droga objeto del delito, realizado en laboratorios oficiales por personal especialista a ellos adscritos, se le ha atribuido excepcionalmente carácter documental probatorio, pero esta posibilidad está estrictamente reservada a aquellos supuestos en los que el autor del dictamen no comparece al acto del juicio oral a ratificar el que figura en las actuaciones, o, compareciendo, no añade a aquél ningún dato revelador. Pero cuando el perito acude al plenario, bien por haber sido impugnado por alguna de las partes el dictamen que obra en las actuaciones, bien por haber sido reclamada su presencia a efectos de ejercer el derecho de contradicción, o por cualquier otra causa y en el juicio oral el perito no se limita a ratificar el informe elaborado sino que introduce matizaciones, precisiones o datos relevantes que en alguna medida modifican aspectos importantes del dictamen previo, en tal caso la prueba pericial adquiere -o recobra- su primaria y genuina naturaleza de prueba personal, valorando el Tribunal sentenciador de manera unitaria y global la prueba a partir de los matices, complementos o explicaciones aportadas por el perito en su comparecencia ante el órgano jurisdiccional, de suerte que en la valoración de la prueba así practicada adquiere especial preponderancia la inmediación, desapareciendo en estos casos de modo definitivo todo vestigio de prueba documental susceptible de fundar una reclamación casacional por error de hecho». (F.J. 1º)

## **RECURSO DE CASACIÓN. Presunción de inocencia.**

Recurso: Casación nº 696/2003

Ponente: Sr. Soriano Soriano

Sentencia nº 497/2005 de fecha 20/04/2005

«...» Recuerda la doctrina de esta Sala el control sobre la racional valoración de la prueba, que se cimienta en las siguientes conclusiones: a) Si la prueba en que se sustenta la condena se ha valorado de manera irracional o absurda, se infringe el derecho de interdicción de la arbitrariedad y, por tanto, el de presunción de inocencia. b) No es suficiente la existencia de prueba de cargo si ésta se ha valorado de manera irracional. c) La prueba practicada en juicio es inmune a la revisión casacional en lo que depende de la inmediación, pero es revisable en lo que concierne a la estructura racional del discurso valorativo. d) Incluso en la valoración de los testimonios cabe distinguir un primer nivel de apreciación, dependiente de la captación sensorial y, por tanto, de la inmediación, ajeno a la revisión por un Tribunal superior que no ha visto la prueba, y un segundo nivel que depende de la estructura del discurso valorativo, que sí es revisable en casación...». (F.J. 1º)

## **RECURSO DE CASACIÓN. Prueba documental.**

Recurso: Casación nº 2172/2003  
Ponente: Sr. Monterde Ferrer  
Sentencia nº 14/2005 de fecha 12/01/2005

«...» Para la eficacia de los documentos en que se apoye el motivo, como primer requisito se exige que se trate de prueba documental, lo que excluye de su consideración otras modalidades de prueba, como confesión, testifical, incluso pericial -con las excepciones que en ésta prueba se han señalado jurisprudencialmente y que permiten su consideración de documento a los efectos del recurso de casación-. El acta del juicio oral no tienen la naturaleza documental requerida al tratarse, como máximo, de simples actos documentados en cuanto están unidos al proceso (STS 5-5-2004, nº 574/2004). La razón de tal exclusión radica, precisamente, en que las pruebas personales, están sujetas a la valoración del Tribunal que con inmediatez la percibe...» (F.J. 1º)

## **RECURSO DE CASACIÓN. Quebrantamiento de forma. Denegación de prueba. Incomparecencia de un testigo extranjero.**

Recurso: Casación nº 2043/2003  
Ponente: Sr. Sánchez Melgar  
Sentencia nº 1494/2004 de fecha 20/12/2004

«...» En cuanto al primer argumento, la Audiencia ha considerado que el imputado actuó con error de prohibición vencible (artículo 14.3 C.P.), aplicándose en este caso la pena inferior en un grado a la prevista para el subtipo agravado calificado. Efectivamente lo que se hace constar en el "factum" es que el recurrente "ignoraba la ilegalidad de la venta de <<golosinas>> de la concreta composición de las ofertadas", pero no que desconociese la composición de aquéllas, luego siendo un error de prohibición no es aplicable el párrafo primero del artículo 14 C.P. que se refiere a que la infracción será castigada como imprudente. El error de prohibición ha sido explicado mediante la teoría clásica denominada del dolo o la teoría de la culpabilidad, propia del finalismo. Para la primera es preciso que el agente conozca el hecho y su significado antijurídico, mientras que para la segunda lo importante no es que el autor conozca o no conozca la prohibición, sino si podía o no conocerla, de forma que quien no puede conocer la prohibición de un hecho no puede actuar de otro modo. El error sobre la ilicitud del hecho constitutivo de la infracción penal puede ser vencible o invencible, en el primer caso se impone una pena inferior y en el segundo se excluye la responsabilidad criminal, es decir, no se castiga como si se tratase de una conducta imprudente sino dolosa. Por ello el argumento no puede ser atendido.



En cuanto al segundo, es cierto que la Jurisprudencia de esta Sala ha venido excluyendo la punibilidad de determinadas conductas relacionadas con el tráfico de estupefacientes por falta de antijuricidad material, cuando la cantidad de principio activo objeto de la acción (por debajo de la dosis mínima psicoactiva) es tan escasa que no afecta al bien jurídico protegido, la salud pública. Sin embargo, ello debe entenderse en línea de principio aplicable cuando se trata de personas adultas pero no cuando son menores a los que se suministra el estupefaciente, teniendo en cuenta la especial protección que conllevan (en el presente caso se trata de niños de 7 y 12 años de edad). Los argumentos de la Audiencia, apoyados por el Ministerio Fiscal, son atendibles en cuanto, como señala el perito que informó en la causa, mediante el suministro a menores de dichas sustancias se genera un favorecimiento específico de las mismas, ciertamente de no inmediata toxicidad, porque "vendrían a considerar que, en contra de lo postulado por los adultos, los derivados de la marihuana no resultan perjudiciales para la salud", favoreciéndose de esta forma el consumo de dichos menores, es lo que califica el Fiscal de "efecto psicológico que en absoluto es inocuo y entraña ese potencial riesgo para la salud pública". Ahora bien, siendo ello así, evidentemente el "non bis in idem" obliga a aplicar el tipo básico y no el subtipo agravado previsto en el artículo 369.1 C.P., pues es claro que la tipicidad tiene lugar por la especial consideración como menores de los destinatarios de la sustancia, luego si ademásuviésemos en cuenta el subtipo agravado el mismo hecho sería objeto de una doble consideración penológica...» (F.J. 1º)

## **RECURSO DE CASACIÓN. Quebrantamiento de forma. Falta de claridad y omisión de datos de hecho.**

Recurso: Casación nº 638/2005

Ponente: Sr. Saavedra Ruiz

Sentencia: nº 769/2006 de fecha 07/06/2006

«La falta de claridad en los hechos probados conlleva también la omisión de datos de hecho relevantes para la calificación, de forma que la dificulta o impide. Ahora bien, la cuestión es que aquéllos no sean meros datos probatorios sino verdaderas conclusiones fácticas que el Tribunal haya alcanzado. La Jurisprudencia y práctica de esta Sala en relación con el contenido del hecho probado ha seguido tres posturas o tendencias que van desde aquélla que entiende que lo consignado formalmente en el "*factum*" puede ser completado con afirmaciones de hecho presentes en la fundamentación de la sentencia, hasta la que niega la consideración de hecho probado a las cuestiones de hecho formalmente desarrolladas en la segunda, pasando por una postura intermedia que partiendo de esta última admite que el hecho probado pueda ser complementado o explicado con fundamentaciones fácticas contenidas en los fundamentos, siempre que los aspectos esenciales de la descripción típica estén incorporados al relato histórico formalmente considerado. Teniendo en cuenta la dificultad que entraña reconducir lo anterior a un único criterio vinculante la Sala ha estimado, teniendo en cuenta además la estrecha relación que guarda lo anterior con la motivación, como punto esencial la necesidad de incorporar al "*factum*" los aspectos básicos del tipo objetivo, dejando para cada caso concreto la posible introducción en los fundamentos de los elementos accesorios junto con la

motivación o razonamiento sobre los datos probatorios (Sala General de 28/03/06)». (F. J. 1º)

## **RECURSO DE CASACIÓN. Quebrantamiento de forma. Incongruencia omisiva.**

Recurso: Casación nº 476/2004

Ponente: Sr. Granados Pérez

Sentencia: nº 1172/2005 de fecha 11/10/2005

«Es doctrina reiterada de esta Sala que el expresado motivo del recurso de casación presupone el silenciar o no dar respuesta, positiva o negativa, explícita o implícita, a algún pedimento o pretensión jurídica formulada por las partes en sus calificaciones definitivas. Así, en la Sentencia de esta Sala 2026/2002, de 2 de diciembre se declara que la llamada "incongruencia omisiva" o "fallo corto" constituye un "vicio in iudicando" que tiene como esencia la vulneración por parte del Tribunal del deber de resolución de aquellas pretensiones que se hayan traído al proceso oportuna y temporalmente, frustrando con ello el derecho de la parte -integrado en el de tutela judicial efectiva- a obtener una respuesta fundada en derecho sobre la cuestión formalmente planteada (Sentencias del Tribunal Constitucional 192/87, de 23 de junio, 8/1998, de 22 de enero y 108/1990, de 7 de junio, entre otras, y de esta Sala Segunda de 2 de noviembre de 1990, 19 de octubre de 1992 y 3 de octubre de 1997, entre otras muchas). La doctrina jurisprudencial estima que son condiciones necesarias para la casación de una sentencia por la apreciación de este "vicio in iudicando", las siguientes: 1) que la omisión o silencio verse sobre cuestiones jurídicas y no sobre extremos de hecho; 2) que las pretensiones ignoradas se hayan formulado claramente y en el momento procesal oportuno; 3) Que se traten de pretensiones en sentido propio y no de meras alegaciones que apoyan una pretensión; 4) que no consten resueltas en la sentencia, ya de modo directo o expreso, ya de modo indirecto o implícito, siendo admisible este último únicamente cuando la decisión se deduzca manifiestamente de la resolución adoptada respecto de una pretensión incompatible, siempre que el conjunto de la resolución permita conocer sin dificultad la motivación de la decisión implícita, pues en todo caso ha de mantenerse el imperativo de la razonabilidad de la resolución (S.T.S. 771/1996, de 5 de febrero, 263/96, de 25 de marzo o 893/97, de 20 de junio).

De acuerdo con lo expuesto, el vicio de incongruencia omisiva se produce cuando se omite en la motivación requerida por los artículos 120.3 de la Constitución y 142 de la Ley de Enjuiciamiento criminal y 248.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial la respuesta a alguna de las cuestiones de carácter jurídico planteadas por las partes en sus escritos de calificación o en tiempo procesal oportuno. Por otra parte, no será ocioso recordar que, como señalan las S.TC. 58/1996, de 15 de abril y 11-2-97, la jurisprudencia constitucional ha acentuado la importancia de distinguir entre las alegaciones aducidas por las partes para fundamentar sus pretensiones y las pretensiones en sí mismas consideradas (SS.TC. 95/1990, 128/1992, 169/1994, 91/1995, 143/1995 y 58/1996). Respecto a las primeras, no sería necesario para la satisfacción del derecho a la tutela judicial efectiva una contestación explícita y pormenorizada a todas y cada una de ellas, pudiendo bastar, en atención a las circunstancias particulares concurrentes, con una respuesta global o genérica, aunque se omita respecto de alegaciones concretas no sustanciales. Más rigurosa

es la exigencia de congruencia respecto a las pretensiones, siendo necesario para poder apreciar una respuesta tácita -y no una mera omisión- que del conjunto de los razonamientos contenidos en la resolución judicial pueda deducirse razonablemente no sólo que el órgano judicial ha valorado la pretensión deducida, sino, además, los motivos fundamentadores de la respuesta tácita». (F.J. 1º)

**RECURSO DE CASACIÓN. Quebrantamiento de forma. No suspensión del juicio ante la incomparecencia de testigos. Distinción entre conceptos de “pertinencia” y “necesidad”.**

Recurso: Casación nº 27/2005 P  
Ponente: Sr. Puerta Luis  
Sentencia: nº 1436/2005 de fecha 01/12/2005

«Ciertamente, el acuerdo de no suspender la vista del juicio oral, ante la falta de comparecencia de alguna persona cuyo testimonio haya sido declarado pertinente, puede constituir –conforme a consolidada jurisprudencia- un supuesto de quebrantamiento de forma del núm. 1º del art. 850 de la LECrim., cuando tal decisión carezca de la adecuada justificación. Y, a estos efectos, tiene declarado reiteradamente la jurisprudencia que es preciso distinguir los conceptos de “pertinencia” y de “necesidad”. El primero opera en el ámbito de la admisión de la prueba (v. art. 659 y 785.1 LECrim.), y el segundo en el de la suspensión del juicio (v. art. 746.3º LECrim.); estableciéndose en este último precepto que procederá la suspensión del juicio oral “cuando no comparezcan los testigos de cargo y de descargo ofrecidos por las partes y el Tribunal considere necesaria la declaración de los mismos”. La pertinencia se refiere a la relación de la prueba con lo que sea objeto del juicio (el “thema decidendi”), la necesidad, por su parte, con su posibilidad y relevancia. El Tribunal de instancia –que ha de decidir, en todo caso, con el debido fundamento y con pleno respeto a los derechos fundamentales del acusado-, deberá ponderar su necesidad –por la razonable potencialidad de la prueba de que se trate para poder modificar el sentido del fallo de la causa- y luego la posibilidad de practicarla –agotando, en su caso, las medidas procesales a su alcance, para conseguirlo-». (F.J. 5º)

**RECURSO DE CASACIÓN. Quebrantamiento de forma. Por contradicción de hechos probados. Doctrina jurisprudencial.**

Recurso: Casación nº 257/2005 P  
Ponente: Sr. Sánchez Melgar  
Sentencia: nº 1250/2005 de fecha 28/10/2005

«Como hemos dicho recientemente (Sentencia 1185/2005, de 10 de octubre), la única contradicción que constituye quebrantamiento de forma es, según una constante doctrina jurisprudencial, la que reúne las siguientes características: a) tiene que ser interna, es decir, producida dentro de la propia declaración de hechos probados, no pudiendo ser denunciada como contradicción la que se advierta o crea advertirse entre el «factum» y la fundamentación jurídica de la resolución; b) ha de ser gramatical o semántica, no conceptual, de suerte no hay contradicción a estos

efectos si la misma es resultado de los razonamientos, acertados o desacertados, de quien lee la declaración probada; c) la contradicción debe ser absoluta, esto es, debe enfrentar a términos o frases que sean antitéticos, incompatibles entre sí, e insubsanable, de forma que no pueda ser remediada acudiendo a otras expresiones contenidas en el mismo relato; d) como consecuencia de la contradicción, que equivale a la afirmación simultánea de contrarios con la consiguiente destrucción de ambos, debe sobrevenir un vacío que afecte a aspectos esenciales del sustrato fáctico en relación con la calificación jurídica en que consiste el «iudicium», lo que se suele significar diciendo que la contradicción sólo es motivo de casación cuando es causal y determinante de una clara incongruencia entre lo que se declara probado y sus consecuencias jurídicas». (F.J. 2º)

### **RECURSO DE CASACIÓN. Quebrantamiento de forma. Predeterminación del fallo.**

Recurso: Casación nº 2202/2005

Ponente: Sr. Sánchez Melgar

Sentencia: nº 401/2006 de fecha 10/04/2006

«Tal predeterminación precisa la utilización de expresiones técnicamente jurídicas y con situación causal respecto al fallo, o sea, cuando la descripción del hecho se reemplaza por su significación. En un cierto sentido los hechos probados tienen que predeterminar el fallo, pues si en los mismos se describe una conducta subsumible en un tipo penal, la consecuencia lógica se infiere, aunque se describa en la parte dispositiva o fallo de la sentencia, pero no es éste el sentido, sino que se produce exclusivamente por la utilización en el «factum» de expresiones técnicamente jurídicas que definan y den nombre a la esencia del tipo aplicable y aplicado, expresiones ajenas al lenguaje común, con un valor causalista del fallo; o sea predeterminación eficaz y causal, por lo que si suprimidos tales anómalos conceptos jurídicos incrustados en el relato no dejan el hecho histórico sin base alguna, el vicio procesal no existe.

El vicio sentencial denunciado no es viable cuando el juzgador emplea expresiones en el relato fáctico que están en el lenguaje común, que no son sino meramente descriptivas, pero no técnicas en sentido jurídico, de modo que es válido que se utilicen en la redacción de las sentencias, al conformar su relato histórico, y que desde luego, aunque las emplee el legislador también al describir los tipos penales, no por ello puede decirse que predeterminan el resultado correspondiente a la subsunción judicial, pues en ocasiones se convierten en imprescindibles, arrojando más claridad semántica que, si por un purismo mal entendido, se quisieran construir a base de sinónimos o locuciones equivalentes, muchas veces con aportaciones de frases retorcidas, fruto de un incorrecto léxico, en todo caso, poco comprensible para la ciudadanía.

Como dice la Sentencia 1519/2004, de 27 de diciembre, lo que la Ley de Enjuiciamiento Criminal prohíbe por este motivo es la utilización de expresiones estrictamente técnicas que describen los tipos penales, como sería decir que el acusado dictó una resolución injusta o arbitraria (sin más descripciones) en el delito de prevaricación, o llevó a cabo un vertido contaminante (sin describir el mismo) en el

delito medioambiental, por solo poner dos ejemplos. No lo será, cuando se diga que A mató a B, en el delito de homicidio, aunque tal verbo (matar) sea precisamente el utilizado en el art. 138 del Código penal.

O en palabras de la Sentencia 152/2006, de 1 de febrero, la predeterminación del fallo, como vicio impugnabile de cualquier sentencia penal, tiende a evitar que la estructura lógica del razonamiento decisorio, sustituya lo descriptivo por lo valorativo. Con su articulación se impone al órgano judicial la necesidad de una nítida separación entre el juicio histórico y el juicio jurídico.

Ahora bien, al describir en el “factum” que el acusado no forzó ni intimidó a la víctima denunciante, lo que está describiendo no es más que el producto del resultado de la prueba, expresando, en realidad, que la relación sexual se mantuvo bien con el consentimiento de aquélla, o bien que no pudo probarse que tal consentimiento no se hubiera prestado, y dicho acceso carnal se produjese contra su voluntad, de manera forzada o violentada». (F. J. 2º)

## **RECURSO DE CASACIÓN. Quebrantamiento de forma. Predeterminación del fallo.**

Recurso: Casación nº 2231/2003  
Ponente: Sr. Bacigalupo Zapater  
Sentencia nº 1475/2004 de fecha 21/12/2004

«...” El primer motivo del recurso se basa en el quebrantamiento de forma previsto en el art. 851,1º LECr. Sostiene el recurrente que las expresiones "con ánimo de obtener un lucro ilícito" configuran un concepto jurídico que predetermina el fallo.

El motivo debe ser desestimado.

Ciertamente el elemento subjetivo del delito se extrae de circunstancias exteriores del hecho, razón por la cual, su concreción depende de la inferencia realizada por el Tribunal respecto de su existencia. Aunque se puede discutir si es técnicamente correcto o no su exposición en el hecho probado, lo importante es que la descripción de la subjetividad es un hecho interno del delito y no consiste en un reemplazo de la exposición fáctica por su significación jurídica, sin más, que es lo que constituye el quebrantamiento de forma alegado. Distinto hubiera sido si en el hecho probado se dijera que obró con ánimo de lucro, sin especificar qué elementos de la subjetividad son los que se consideran subsumibles bajo ese concepto jurídico...». (F.J. 1º)

## **RECURSO DE CASACIÓN. Quebrantamiento de forma. Predeterminación del fallo absolutorio.**

Recurso: Casación nº 1895/2004  
Ponente: Sr. Andrés Ibañez  
Sentencia: nº 1403/2005 de fecha 02/12/2005

«La proscripción del uso de categorías normativas en la construcción de los hechos probados responde a una exigencia de método derivada de la naturaleza misma de la jurisdicción penal. Esta función estatal -según es notorio- consiste en aplicar el derecho punitivo (únicamente) a comportamientos previstos en la ley como incriminables, en razón de su lesividad para algunos bienes jurídicos relevantes; pero no a otros. Para que ello resulte posible con la necesaria seguridad, es preciso que las acciones perseguibles aparezcan descritas de manera taxativa en el Código Penal; pues sólo a partir de esta previa intervención del legislador, cabrá identificar con certeza las conductas merecedoras de esa calificación. Tal es la tarea que los tribunales deben realizar en la sentencia, mediante la descripción de los rasgos constitutivos de la actuación de que se trate, como se entiende acontecida en la realidad, según lo que resulte de la prueba. Sólo en un momento ulterior en el orden lógico tendrá que razonarse la pertinencia de la subsunción de aquélla en un supuesto típico de los del Código Penal. Si esta segunda operación, en lugar de partir del resultado de la precedente la suplanta en alguna medida, o lo que es lo mismo, si la valoración jurídica ocupa el lugar de la descripción, el proceso decisional se haría tautológico o circular, al carecer de un referente objetivo, y por ello arbitrario. Al fin de evitar que eso suceda responde la pretensión legal de que los hechos probados accedan a la sentencia a través de enunciados de carácter descriptivo, que son los idóneos para referirse a datos de los que podría predicarse verdad o falsedad. Y es por lo que la predeterminación del fallo, debida a la sustitución de hechos probados por conceptos jurídico, constituye motivo de casación de la sentencia aquejada de ese vicio (art. 851,1º *in fine*, de la Ley de E. Criminal).

Por tanto, hay predeterminación cuando los enunciados fácticos aparecen sustituidos por estimaciones de naturaleza jurídica. Pero no si en los hechos, a partir de una racional apreciación de lo aportado por la actividad probatoria, se deja constancia de ciertas vicisitudes que, como aquí ocurre, por su carácter evidentemente atípico, preconditionan una decisión absolutoria.

En contra de lo que sugiere el recurrente, éste es el modo normal de proceder, que, en supuestos como el de la causa, hace que de unos hechos probados que no son criminalmente relevantes se siga de forma necesaria una declaración de derecho, en tal sentido, es decir, absolutoria». (F. J. 3º)

## **RECURSO DE CASACIÓN. Recurso contra sentencia de conformidad.**

Recurso: Casación nº 2258/2005  
Ponente: Sr. Berdugo Gómez de la Torre  
Sentencia: nº 778/2006 de fecha 12/07/2006

*«...la doctrina de esta Sala, como regla general, considera que son inadmisibles los recursos de casación interpuestos contra sentencias de conformidad (SSTS. 9.5.91, 19.7.96, 27.4.99, 17.11.2000. 6.11.2003), por carecer manifiestamente de fundamento. Este criterio se apoya en la consideración de que*

*la conformidad del acusado con la acusación, garantizada y avalada por su letrado defensor, comporta una renuncia implícita a replantear, para su revisión por el tribunal casacional, las cuestiones fácticas y jurídicas que ya se han aceptado, libremente y sin oposición. Las razones de fondo que subyacen en esta consideración pueden concretarse en tres SSTs. 2.1.2001 y 6.4.2001):*

1) el principio de que nadie puede ir contra sus propios actos, impugnando lo que ha aceptado libre, voluntariamente sin oposición y con el asesoramiento jurídico necesario.

2) el principio de seguridad jurídica, fundamentado en la regla «pacta sunt servanda»; que se conculcaría de aceptarse la posibilidad de revocar lo pactado.

3) las posibilidades de fraude, derivadas de una negociación dirigida a conseguir, mediante la propuesta de conformidad, una acusación y una sentencia más benévolas, para posteriormente impugnar en casación lo previamente aceptado, sin posibilidades para la acusación de reintroducir otros eventuales cargos más severos, renunciados para obtener la conformidad.

Ahora bien esta regla general de inadmisibilidad del recurso de casación frente a las sentencias dictadas de conformidad está condicionada a una doble exigencia: que se hayan respetado los requisitos formales, materiales y subjetivos legalmente necesarios para la validez de la sentencia de conformidad y que se hayan respetado en la sentencia los términos del acuerdo entre las partes. (F. J. 2º)

...La denuncia del recurrente de que se ha infringido el art. 787.4 LECrim. por el Secretario no le informó de las consecuencias de la conformidad, supone una infracción de carácter formal que se contempla en una norma de carácter procesal cuya relevancia deriva de la producción de indefensión al acusado, por haberle causado un efectivo y real menoscabo en el derecho de defensa, con perjuicio evidente de sus intereses.

La finalidad del art. 787.4 LECrim. atribuyendo al Secretario la misión de informar al imputado de las consecuencias de la conformidad, antes de que sea prestada, es en cierto modo, preservar la imparcialidad objetiva del Tribunal que, en definitiva, va a aprobar dicha conformidad, pero en el caso presente, no cabe apreciar que al hoy recurrente se le haya causado menoscabo alguno en su derecho de defensa pues prestó su conformidad en el acto del juicio después de escuchar la nueva solicitud del Ministerio Fiscal más favorable que la inicialmente realizada y estando asistido de la defensa técnica y profesional que igualmente prestó la conformidad con lo solicitado.

No se necesitan conocimientos jurídicos para entender que la conformidad implicaba el dictado de una sentencia que acogiese una sentencia condenatoria conforme a las peticiones de las acusaciones, máxime si se encontraba asistido por abogado.

No consta que su voluntad de conformidad estuviese en aquel momento afectada por vicio de la voluntad y tampoco se ha aportado prueba al respecto ni se

han especificado en qué extremos concretos esa falta de información del Secretario le ha causado indefensión». (F. J. 4º)

## **RECURSO DE CASACIÓN. Recurribilidad de Auto de Sobreseimiento.**

Recurso: Casación nº 2529/2004

Ponente: Sr. Martínez Arrieta

Sentencia: nº 417/2006 de fecha 07/04/2006

«Sostienen los recurridos que el Auto que decretó el sobreseimiento de la causa, por apreciación de la prescripción y por no ser los hechos constitutivos de delito, no puede ser objeto del recurso de casación al no rellenar las exigencias del art. 848 de la Ley procesal. En todo caso, afirma, que aunque se entendiera que el Auto que manda proseguir la tramitación de las diligencias en el procedimiento abreviado fuera recurrible, por tratarse de una resolución que pone fin a un procedimiento en el que el Juez de instrucción había imputado, el recurso no procedería porque el hecho imputado, acusación y denuncia falsa, no sería enjuiciado ante la Audiencia provincial, pues el mismo es competencia del Juzgado de lo Penal, argumento que apoya, en el Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de 9 de febrero de 2005, que admite la recurribilidad de estos Autos cuando el enjuiciamiento corresponda a la Audiencia provincial. Los recurrentes contra argumentan que los hechos pudieran imputados son, además, constitutivos de un delito de estafa procesal que es competencia de la Audiencia provincial.

La objeción de inadmisibilidad no puede ser atendida. El referido Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de esta Sala afirmó que los autos de sobreseimiento dictados en apelación en un procedimiento abreviado sólo son recurribles en casación cuando concurren estas tres condiciones: 1) Se trata de un auto de sobreseimiento libre. 2) Haya recaído imputación judicial equivalente a procesamiento, entendiéndose por tal resolución judicial en la que se describa el hecho, se consigne el derecho aplicable y se indiquen las personas responsables. 3) El auto haya sido dictado en procedimiento cuya sentencia sea recurrible en casación.

En principio, el Auto de sobreseimiento dictado reúne los requisitos anteriormente expuestos y que dieron lugar a la interpretación favorable a la recurribilidad de estos Autos ante este Tribunal. Así, se trata de una resolución dictada por la Audiencia provincial, en apelación de una resolución del Juez de instrucción que había acordado la continuación del procedimiento por las normas del procedimiento abreviado. Este Auto del Juez de instrucción es equivalente al Auto de procesamiento del procedimiento ordinario, en la medida en que se contiene una relación fáctica y una determinación de la imputación subjetiva a personas concretas por hechos subsumibles en un tipo penal. En este sentido, recordamos, que las acusaciones pública y privada, habían instado, frente al sobreseimiento interesado por las defensa, la incoación del procedimiento abreviado. El Auto del Juez de instrucción, asimilado al Auto de procesamiento, es objeto de apelación y el órgano jurisdiccional acuerda el sobreseimiento. Se trata, en definitiva, de dos resoluciones contradictorias, similar a la que describe el art. 848 de la Ley procesal, esto es, el archivo por la Audiencia de unas diligencias en las que alguien se hallare procesado por el Juez de instrucción. No se trata de un doble grado de la jurisdicción, en el que



la Audiencia confirma una resolución adoptada en la instrucción, sino de una resolución que revoca la del Juez de instrucción que por la naturaleza propia del derecho a la doble instancia debe poder ser objeto de revisión. El límite respecto a que la resolución se refiera a hechos que deban ser enjuiciados ante la Audiencia provincial, límite señalado en el Acuerdo del Pleno no jurisdiccional, se observa desde el momento en que los hechos no han sido calificados por las partes del procedimiento y estos escritos son los que conforman el objeto del proceso y la determinación del órgano de enjuiciar. Las partes ya han expuesto que su intención es la de acusar, entre otros, de un delito de estafa procesal, que determinaría la competencia de la Audiencia provincial. En este sentido, es relevante que las defensas de los recurrentes siempre hayan mantenido que la conducta imputada es la de acechar un patrimonio ajeno mediante la utilización de un artificio engañoso consistente en plantear una querrela infundada y presionar para el pago de unas deudas». (F. J. 2º)

## **RECURSO DE CASACIÓN PARA UNIFICACIÓN DE DOCTRINA EN MATERIA PENITENCIARIA. Resoluciones recurribles. Requisitos tramitación procesal.**

Recurso: Casación nº 3/2004  
Ponente: sr. Sánchez Melgar  
Sentencia nº 1097/2004 de fecha 30/09/2004

«...» Con fecha 22 de julio de 2004 la Sala Segunda del Tribunal Supremo, reunida en Pleno adopta la siguiente resolución:

"Puede interponerse este recurso contra los autos de las Audiencias Provinciales o de la Audiencia Nacional en materia penitenciaria, en los que se resuelvan recursos de apelación que no sean susceptibles de recurso de casación ordinario. Los pronunciamientos del Tribunal Supremo al resolver estos recursos en ningún caso afectarán a las situaciones jurídicas creadas por resoluciones precedentes a la impugnada.

Son requisitos de este recurso:

- a) La identidad del supuesto legal de hecho.
- b) La identidad de la norma jurídica aplicada.
- c) La contradicción entre las diversas interpretaciones de dicha norma. Y,
- d) La relevancia de la contradicción para la decisión de la resolución recurrida.

El recurso de casación para la unificación de la doctrina en el ámbito penitenciario:

a.No es una tercera instancia.

b.Han de respetarse siempre los presupuestos fácticos fijados por el Tribunal “a quo”. Y,

c.No cabe apreciar contradicción en la aplicación de la norma: a) cuando ello dependa de comportamientos individualizados , informes o diagnósticos personales y

d. cuando las decisiones judiciales respeten el margen de discrecionalidad que la propia norma establezca o permita.

Preparación del recurso: El Tribunal “a quo” debe comprobar:

e)Que la resolución impugnada puede ser recurrida en casación para unificación de doctrina;

f)Que en el escrito de preparación se hace constar la igualdad del supuesto legal de hecho y la desigualdad (contradicción) en la interpretación y aplicación de la correspondiente norma jurídica; y,

g)Que el recurrente aporta las resoluciones de contraste o las precisa y solicita la aportación del correspondiente testimonio de las mismas, que en todo caso, el Tribunal “a quo” deberá examinar antes de pronunciarse al respecto.

El Tribunal “a quo” –previa audiencia del Ministerio Fiscal- deberá pronunciarse, motivadamente, sobre si procede, o no, tener por preparado el recurso (art. 858 LECrim.),

Formalización del recurso : Ante la Sala Segunda del T.S.:

Este recurso únicamente puede fundamentarse en la existencia de contradicción entre la doctrina asumida por el auto recurrido y la mantenida en la resolución o resoluciones de contraste.

Decisión del recurso:

Por una Sala compuesta por cinco Magistrados.

Sin celebración de vista. Y, mediante sentencia, que decidirá cual es la interpretación correcta del precepto legal al que se refiere el Tribunal que conozca de este recurso no estará obligado a decidir sobre el mismo de acuerdo con alguna de las resoluciones contradictorias citadas pro la parte recurrente, ya que podrá hacerlo conforme la doctrina que estime aplicable."...». (A.H. 6º)...

... TERCERO.- Las resoluciones judiciales susceptibles de ser recurridas en casación para la unificación de doctrina en materia penitenciaria son los autos dictados tanto por las Audiencias Provinciales como, en su caso, la Audiencia Nacional, resolviendo recursos de apelación que no sean recurribles directamente mediante el recurso de casación ordinario. Se tratará, en consecuencia, de autos dictados en apelación por las Audiencias Provinciales (en su caso, la Audiencia

Nacional), procedentes a su vez de resoluciones judiciales dictadas por el Juez de Vigilancia Penitenciaria, que cumplan con los requisitos que más adelante expondremos. No podrán acceder a la unificación de doctrina los autos susceptibles de recurso de casación “directo”, que lo serán aquellos que determinen el máximo de cumplimiento de la pena impuesta, o en su caso, se deniegue tal fijación (apartado 6 de la DA 5ª de la Ley Orgánica del Poder Judicial y artículo 988 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal).

La finalidad del recurso de casación para la unificación de doctrina es asegurar la unidad del orden normativo jurídico-penal, en materia penitenciaria, para tutelar una aplicación de las normas que garanticen óptimamente el derecho de igualdad. Las partes en conflicto han tenido ya la oportunidad de agotar en pro de sus pretensiones una previa doble instancia judicial en donde depurar todos aquellos aspectos fácticos y jurídicos que configuran su controversia, de modo que en este trance casacional únicamente se controlará por este Alto Tribunal que la doctrina legal aplicable sea la ajustada al ordenamiento jurídico, resolviendo esta Sala Casacional las discrepancias interpretativas entre los diversos órganos jurisdiccionales a quienes corresponda resolver tales discrepancias (en la instancia). Al decidir este recurso de unificación de doctrina, el Tribunal Supremo no tiene necesariamente que optar por una u otra doctrina legal aplicada por los órganos jurisdiccionales en conflicto, sino que puede resolver también la controversia mediante una tercera interpretación que tenga por precedente, indicando que ésta es la interpretación del precepto legal cuestionado y la doctrina legal que resulta aplicable. En consecuencia, no podrán cuestionarse ante esta Sala Casacional los propios hechos que se hayan declarado probados o sobre los cuales se haya aplicado el derecho penitenciario, quedando eliminado cualquier intento de controversia que sobre los mismos pretendan las partes suscitar. El objeto de este recurso lo será exclusivamente la doctrina aplicada por los órganos jurisdiccionales en el caso sometido al control casacional de esta Sala, de modo que su objeto es la unificación de doctrina, para lo que habrán de concurrir dos requisitos: uno, de identidad de supuesto legal de hecho y de fundamentación jurídica, y otro de contradicción en la aplicación de la doctrina legal por los órganos judiciales de procedencia. El resultado será la unificación de tal doctrina, que es el objeto del recurso y la misión de esta Sala al resolverlo. No se trata, pues, de controlar la subsunción jurídica llevada a cabo por el Tribunal de instancia en el caso concreto que haya sido sometido a su consideración, sino verificar que ante situaciones sustancialmente iguales se han producido respuestas divergentes que han de ser unificadas por este Tribunal. De modo que nunca podrá convertirse este recurso para la unificación de doctrina en materia penitenciaria, en una tercera instancia, en donde las partes pretendan hacer valer de nuevo sus pretensiones divergentes con lo resuelto en la instancia.

Este recurso exige la concurrencia de dos requisitos: identidad de supuesto legal de hecho y contradicción de doctrina legal aplicada.

El primero de ellos, el requisito de la identidad de supuesto legal de hecho y de fundamentación jurídica, supone la comprobación inicial de que se trata de supuestos sustancialmente iguales, que, por consiguiente, debieron haber merecido la misma respuesta judicial y que, sin embargo, ésta fue diversa, en función de una diferente interpretación de un mismo precepto legal, que –en consecuencia- debe ser corregida por esta Sala Casacional, con la finalidad de que la aplicación del derecho

penitenciario sea de todo punto uniforme en supuestos idénticos. En definitiva, lo que se pretende salvaguardar con este requisito es el principio de igualdad en la aplicación de la ley, y consiguientemente, el de seguridad jurídica. El principio de identidad de la norma se traduce en la identidad de supuesto de hecho (en el sentido de la descripción de aquellos elementos fácticos que conforman su previsión normativa) y el de consecuencia jurídica derivada de la concurrencia de tal supuesto de hecho. De esta manera, tal sustancialidad se traduce en igualdad de supuesto de hecho contemplado por la norma. Parece evidente que en toda operación jurídica el supuesto de hecho al que se ha de aplicar la consecuencia jurídica prevista por la norma ha de ser tenido en consideración, porque las normas jurídicas conforman mandatos legales en función del sustrato fáctico al que el legislador anuda una consecuencia jurídica. Pero lo que verdaderamente importa es la identidad de supuesto de hecho contemplado por la norma, y no tanto las características del “caso concreto”, que desde luego, no puede modificarse en sede de esta extraordinaria instancia casacional. Lo que se valorará es, por consecuencia, el contenido o extensión del precepto legal en abstracto, y la interpretación que haya sido concedida al mismo, y no tanto los concretos contornos del caso enjuiciado por la resolución judicial impugnada, enfrentada referencialmente con las invocadas como de contraste. Se trata, obviamente, de una colisión de interpretaciones de una misma norma jurídica, siendo la misión de este recurso la unificación de tal doctrina, declarando esta Sala la forma con que ha de ser llevada a cabo la correcta interpretación de aquélla, unificando los distintos criterios aplicados, para producir tal unificación que garantice la aludida unidad del orden normativo jurídico-penal en esta materia.

Por otro lado, también es evidente que, si las particularidades fácticas del caso sometido a la valoración jurídica de uno u otro tribunal, son distintas, o si la norma jurídica permite una cierta discrecionalidad en su aplicación, el recurso no podrá prosperar, porque no se habrá producido desigualdad alguna de criterio, sino la aplicación de unos parámetros interpretativos diversos que se justifican en una sustancial falta de igualdad, o son, en otro caso, fruto de la corrección en la respuesta jurídica que faculta aquella discrecionalidad.

Finalmente, cuando la resolución impugnada haya valorado aspectos personales, fundamentalmente cuando deban tenerse en consideración informes personalizados de conducta o un pronóstico de comportamiento futuro, no podrá declararse que el supuesto legal de hecho de la norma es sustancialmente idéntico, y en consecuencia, el recurso no podrá prosperar. No puede olvidarse que, en muchos casos, en materia penitenciaria, la aplicación de la ley está basada en la individualización de conductas.

El segundo requisito es el de contradicción, o lo que es lo mismo, que con anterioridad un órgano judicial, incluido este propio Tribunal Supremo, se haya pronunciado de forma diversa a la resolución impugnada, presupuesto que también es necesario para la activación de este recurso de casación para la unificación de doctrina. Este requisito justifica que no puedan acceder directamente ante esta Sala todo tipo de discrepancias con la interpretación que se ha concedido en el supuesto concreto enjuiciado, a modo de un recurso de casación directo, sino que es precisa la previa discrepancia de criterios aplicativos de la norma jurídica con respecto a la de contraste. Deberán alegarse en consecuencia dos resoluciones judiciales: una, la

impugnada, que podrá ser objeto de corrección por este Tribunal Supremo, y otra, la de contraste (una o varias), que evidencie, a juicio del recurrente, que el derecho penitenciario se aplicó de forma diferente ante otro supuesto sustancialmente idéntico al que resuelve la sentencia impugnada. Esta resolución judicial de contraste o referencial, tanto puede haber sido dictada por la propia Audiencia Provincial, por otra Sección de la misma Audiencia, por otra Audiencia Provincial de diferente demarcación territorial, por la Audiencia Nacional, en los casos en que conozca de las apelaciones procedentes del Juzgado Central de Vigilancia Penitenciaria, o por este Tribunal Supremo, resolviendo un recurso de casación para la unificación de doctrina en esta materia. Obvio es decirlo, que si se trata de una Audiencia Provincial o de la Audiencia Nacional, la resolución tomará la forma de Auto, y si lo es del Tribunal Supremo, será una Sentencia. Pero, como ya hemos señalado, únicamente la resolución impugnada puede ser objeto de corrección mediante este recurso, al disponerse en la ley, en relación con sus efectos, que “los pronunciamientos del Tribunal Supremo al resolver los recursos de casación para la unificación de doctrina en ningún caso afectarán a las situaciones jurídicas creadas por las sentencias precedentes a la impugnada”.

Recapitulando: las características de este recurso de casación serán las siguientes: a) identidad de supuesto legal de hecho; b) identidad de la norma jurídica aplicada; c) contradicción entre las diversas interpretaciones de la misma; d) relevancia de la contradicción en la decisión de la resolución objeto del recurso.

Y desde el plano negativo, nunca podrá convertirse este recurso en una tercera instancia jurisdiccional, pues la subsunción jurídica llevada a cabo en la resolución impugnada no puede ser objeto de nuevo control casacional por esta Sala, ni pueden ser revisados los contornos fácticos del supuesto de hecho previsto por la norma, tal y como han quedado diseñados por el Tribunal “a quo”, ni pueden finalmente considerarse infringida la doctrina legal cuando su aplicación dependa de comportamientos individualizados de conductas o informes de pronóstico o diagnóstico personal.

CUARTO.- En lo referente a su tramitación procesal, la ley no diseña sus contornos concretos, salvo señalar que “se sustanciará conforme a lo prevenido en la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el recurso de casación ordinario, con las particularidades que de su finalidad se deriven”. Ello nos obliga a realizar algunas consideraciones generales al respecto.

En primer lugar, que únicamente están legitimados para interponer este recurso “el Ministerio Fiscal y el letrado del penado” (entendemos sería más correcto haber dicho el penado, asistido de letrado), pero tal mención nos conduce a interpretar que no es posible su articulación por cualquier tipo de acusación que no sea estrictamente la pública indicada.

Las resoluciones recurribles son los autos dictados por las Audiencias Provinciales y, en su caso, la Audiencia Nacional, resolviendo recursos de apelación, que no sean susceptibles de casación ordinaria, en los términos que ya hemos analizado en nuestros anteriores razonamientos jurídicos.

El recurso, al conformarse con arreglo a la estructura del recurso de casación ordinario, tiene dos fases diferentes: una ante el Tribunal “a quo” y otra ante el Tribunal “ad quem” (esta Sala Casacional).

La primera fase está constituida por la llamada de preparación del recurso de casación. En plazo de cinco días, contado desde la última notificación del Auto contra el que se pretende entablar el recurso (art. 856 LECrim.), los legitimados para interponerlo deberán presentar ante el órgano judicial “a quo” un escrito de preparación, anunciando su intención de recurrir en unificación de doctrina la resolución recaída, invocando al efecto los autos o sentencias de contraste de donde se deduzca tal contradicción con la doctrina mantenida por la resolución judicial recurrida. Deberá la parte que prepare el recurso ofrecer una sucinta explicación de tal discrepancia, al objeto de que el Tribunal “a quo” pueda verificar un primer filtro del mismo, sin limitarse a una automática comprobación de requisitos formales. En definitiva, el recurrente en el escrito de preparación deberá exponer el cumplimiento de los requisitos de identidad y contradicción en los términos que ya hemos analizado. Además, solicitará un testimonio del Auto que pretende recurrir, así como de las resoluciones judiciales de contraste, conducentes a acreditar la quiebra de la doctrina jurisprudencial o de la doctrina aplicada por otro Tribunal en un caso idéntico. Podrá, naturalmente, acompañar el texto de tales resoluciones mediante la utilización de cualquier fuente de conocimiento de las mismas. Dicho escrito deberá estar firmado, en el caso de ser el penado el recurrente, por abogado y procurador (art. 856 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal).

El Tribunal “a quo”, dentro de los tres días siguientes, tendrá por preparado el recurso si la resolución reclamada es recurrible en casación y se han cumplido todos los requisitos exigidos, y, en el caso contrario, lo denegará por auto motivado, del que se dará copia certificada en el acto de la notificación a la parte recurrente (art. 858 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal).

Dichos “requisitos” no son, únicamente, los formales de todo recurso de casación, sino también los de identidad y contradicción, de modo que el Tribunal “a quo” deberá llevar a cabo un previo estudio de admisión, en donde se compruebe el cumplimiento de tales exigencias, al menos de forma aparente. De modo que tal Tribunal debe verificar los siguientes controles: a) que se trate de una resolución recurrible en casación para la unificación de doctrina; b) que en el escrito de preparación del recurso se haya alegado la correspondiente contradicción, invocando la igualdad de supuesto y la desigualdad de solución; c) que en tal escrito se ofrezca o solicite testimonio de las sentencias o autos de contraste; d) que todo ello se verifique de forma motivada.

Frente a la denegación de la preparación del recurso, cabe recurso de queja (art. 862 LECrim.).

De concurrir los mencionados requisitos, el Tribunal “a quo” tendrá por preparado el recurso, recabará los testimonios necesarios de las resoluciones invocadas por el recurrente, y ordenará el emplazamiento de las partes ante el Tribunal Supremo del modo dispuesto en el art. 859 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Al formalizarse el recurso ante esta Sala Casacional, no podrá fundamentarse en motivos por infracción de ley ni en quebrantamiento de forma, sino que únicamente son admisibles los motivos por infracción de doctrina jurisprudencial o contradicción de doctrina entre distintas Audiencias Provinciales (en su caso, también con la Audiencia Nacional). La infracción constitucional que siempre es alegable como motivo casacional, únicamente tendrá relevancia en este recurso como manifestación del derecho a la igualdad y a la seguridad jurídica. En consecuencia, no podrán alegarse vicios constitucionales relacionados con la tramitación de la causa, tales como indefensión, derecho a la prueba, etc.

El recurso se decidirá ordinariamente sin celebración de vista, terminándose mediante el dictado de sentencia (especialidad ésta propia del recurso de casación). Concurrirán al dictado de tal sentencia la Sala compuesta por un mínimo de cinco magistrados, en función de las características unificadoras de este recurso. Lo resuelto en la sentencia o resolución judicial de contraste no podrá ser modificado, aunque se case la resolución impugnada, afectando solamente a ésta el contenido de la sentencia casacional....»». (F.J. 4º Y 5º)

## **RESPONSABILIDAD CIVIL. Abusos sexuales. Se deduce de la naturaleza de los hechos.**

Recurso: Casación nº 1147/2003  
Ponente: Sr. Martín Pallín  
Sentencia nº 1257/2004 de fecha 05/11/2004

«...» La impugnación se basa en que en los hechos probados nada se dice sobre las bases establecidas como presupuesto para fijar la indemnización que se fija de 1.500 euros por cada uno de los menores y tampoco se dice objetivamente que el daño o perjuicio se derivase directamente de los hechos delictivos que se relatan.

2.- La naturaleza de los hechos realizados sobre las personas de los menores tiene la suficiente entidad como para establecer, sin violentar los parámetros y las exigencias de la conexión del hecho con la responsabilidad criminal, para deducir que un acto de esas características en menores de cuatro y ocho años respectivamente produce un impacto psicológico sin necesidad de mayores aditamentos o complementos probatorios.

La sentencia haciendo gala, una vez más, de imprecisiones no dedica ni una sola línea a justificar o motivar la decisión adoptada, si bien como ya hemos dicho, no existe duda sobre el carácter vejatorio de dichos actos y sobre su impacto psicológico que debe ser reparado. La fijación de la actividad en virtud de estos datos es la que se debió complementar pero la omisión no implica que tratándose de daños morales de difícil, por no decir imposible, fijación de las bases de valoración, la decisión debe ser respetada...»». (F.J. 2º)

## **RESPONSABILIDAD CIVIL. Alcance en el delito de alzamiento de bienes.**

Recurso: Casación nº 2025/2004

Ponente: Sr. Ramos Gancedo

Sentencia: nº 30/2006 de fecha 16/01/2006

«La doctrina de esta Sala en relación con la cuestión suscitada se sustenta en los siguientes criterios jurisprudenciales:

1.- La responsabilidad civil derivada del delito de alzamiento de bienes no debe comprender el montante de la obligación que el deudor quería eludir, debido a que esta obligación no nace del delito y porque la consumación de esta figura delictiva no va unida a la existencia de lesión o perjuicio patrimonial, sino a la colocación en un estado de insolvencia en perjuicio de los acreedores; por ello, lo que procede es la restauración del orden jurídico alterado por las acciones simuladas de venta de fincas declarando la nulidad de las escrituras públicas de compraventa de las fincas vendidas por los procesados, así como la cancelación de las respectivas inscripciones en el Registro de la propiedad, reponiendo las fincas vendidas a la situación jurídica en que se encontraban en la fecha de los respectivos contratos, reintegrando al patrimonio del deudor los bienes indebidamente sacados del mismo, sin perjuicio de que los acreedores puedan ejercitar las acciones correspondientes para la efectividad de su crédito (véase STS de 25 de septiembre de 2.001 y las que en ella se citan).

2.- En el delito de alzamiento de bienes el propósito de los autores consiste fundamentalmente en eludir el pago debido a los acreedores, defraudando con ello el principio de responsabilidad universal derivado del art. 1911 del Código Civil. En consecuencia -como se dijo en la sentencia de esta Sala 980/1999, de 18 de junio- el objetivo del proceso penal en la vertiente que afecta a la responsabilidad civil debe orientarse a la recuperación de la situación jurídica que tenían los acreedores en el momento de realizar contratos o contraer obligaciones que supongan un pago en dinero por parte de los acreedores. La indemnización de los perjuicios comprende los que se hubiesen causado por razón del delito y las cantidades adeudadas en el caso enjuiciado, como en el contemplado por la sentencia citada, "habían nacido en virtud de una relación contractual válidamente contraída y concertada con anterioridad al hecho delictivo por lo que no puede establecerse su pago, como consecuencia del delito de alzamiento de bienes".

En el mismo sentido la sentencia 1716/2001, de 25 de septiembre, recordó que era constante doctrina de esta Sala "que la responsabilidad civil derivada del delito de alzamiento de bienes no debe comprender el montante de la obligación que el deudor quería eludir, debido a a que esta obligación no nace del delito y porque la consumación de esta figura delictiva no va unida a la existencia de lesión o perjuicio patrimonial, sino a la colocación en un estado de insolvencia en perjuicio de los acreedores", concluyendo que la restauración del orden jurídico alterado por las acciones simuladas se consigue declarando la nulidad de las operaciones fraudulentas (STS de 13 de junio de 2.002).



3.- En esta misma línea, hemos declarado también que la restitución de los bienes es la primera vía de reparación, con carácter general, en los delitos contra el patrimonio, pero no la única (art. 101 CP 1973, hoy 110 del Código vigente). Su fracaso **por imposibilidad** puede dar lugar a la indemnización de una cantidad pecuniaria, como reconoció para el delito de alzamiento de bienes la sentencia de 14 de julio de 1986, cuando el crédito preexistente al delito **se ha perjudicado irreparablemente** y es "líquido y exigible hasta el punto de haberse declarado en vía civil sin que la ejecución pudiera llevarse adelante precisamente por el alzamiento del deudor" (en el mismo sentido SS 16-3-92 y 12-7-96).

4.- En este tipo de delitos, la reparación civil no se produce a través de una indemnización de perjuicios, sino por medio de la restitución de la cosa que indebidamente salió del patrimonio del deudor o de la declaración de nulidad de los gravámenes ilícitamente constituidos, y cuando se ha realizado un negocio jurídico en la comisión del delito, con la aportación de inmuebles en la escritura de constitución de una sociedad, tal reparación civil se realiza a través de la declaración de nulidad de dicho negocio. Ahora bien, es necesario también que se ejercite la acción correspondiente en debida forma, esto es, de acuerdo con los principios procesales correspondientes. Uno de estos principios es el de respeto al derecho de defensa, de modo que no cabe hacer ningún pronunciamiento que pueda perjudicar a quien no fue llamado como parte en el proceso. Si en el contrato intervinieron varias personas, todas ellas deben ser traídas al proceso -litis consorcio pasivo necesario-, bien exclusivamente para ejercitarse la acción civil o bien acumulada ésta a la acción penal (STS 238/2001, de 19 de febrero)». (F. J. 2º)

## **RESPONSABILIDAD CIVIL. Aplicación del baremo. Indemnización por fallecimiento del padre.**

Recurso: Casación nº 1659/2003

Ponente: Sr. Saavedra Ruiz

Sentencia nº 1111/2004 de fecha 13/10/2004

«...» Efectivamente puede resultar extremadamente desigual a primera vista la indemnización que tiene derecho a percibir un hijo conforme al Grupo Segundo, cuando la víctima no tiene cónyuge, en relación con el supuesto del Grupo Primero, en el caso de que la víctima sí lo tenga. Ahora bien, dicha desigualdad es sólo aparente si valoramos conjuntamente cada uno de los Grupos donde se tiene en cuenta desde el punto de vista de la unidad familiar el conjunto de los perjudicados y por ello el monto global de las indemnizaciones, pues lo percibido por el perjudicado principal, que sería el cónyuge de la víctima y padre o madre del menor con derecho a ser indemnizado, constituye una cantidad sensiblemente superior que no se da en el Grupo Segundo, donde figura como perjudicado principal el hijo, teniendo en cuenta evidentemente su situación de orfandad, es decir, subyacen dos principios, el de unidad familiar que beneficia recíprocamente a todos los miembros de aquélla, donde se dibuja un perjudicado principal, el cónyuge, y otros secundarios, los hijos (sin embargo la indemnización a los abuelos o hermanos coincide en uno y otro

grupo), y el de compensación de la orfandad cuando estos son directamente perjudicados principales a los efectos de aplicación del Baremo. Por ello el Legislador concede en este segundo caso al hijo una indemnización muy superior a la que le asigna en el primero. Siendo ello así no se infringe por la Audiencia la legalidad derivada de la aplicación del Baremo, que denuncian los recurrentes, en la medida que los principios señalados también constituyen fuente de dicha aplicación. Sin embargo, también es cierto, como señala el Abogado del Estado, que en el presente caso no se da una situación de orfandad total de la perjudicada sino que persiste la figura del padre aún cuando no esté legitimado para recibir la indemnización que le correspondería por el fallecimiento de su cónyuge. Precisamente por ello este ingrediente fáctico no puede ser desconocido y se asimila al supuesto segundo del Grupo Segundo, es decir, cuando se trata de un sólo hijo, de víctima separada legalmente. En este caso el ex cónyuge tampoco tendría derecho a percibir indemnización pero el hijo, que seguiría teniendo a uno de sus progenitores, percibe una indemnización muy superior a la establecida en el Grupo Primero y algo inferior a la del Grupo Segundo del hijo de víctima sin cónyuge...». (F.J. 4º)

## **RESPONSABILIDAD CIVIL. Art. 120.3 CP. Apoyo en el art. 156 e la Ley Cambiaria.**

Recurso: Casación nº 411/2004  
Ponente: Sr. Soriano Soriano  
Sentencia nº 599/2005 de fecha 10/05/2005

«...» De acuerdo con dicho criterio resolutivo, el Tribunal de origen, en aplicación del art. 156 de la Ley cambiaria, estimó que, aun no incurriendo los Bancos en conducta negligente, tampoco pudieron acreditar la culpa del librador perjudicado en los primeros momentos, que cifró en 3 meses. Más halla de tal periodo, la despreocupación y descontrol de los gestores de la empresa, fue la única causa originadora de que el delito se consolidara en el tiempo.

En dichos tres meses, y en ausencia de prueba, respondería por imperativo legal el librado o entidad bancaria (art. 156 Ley cambiaria), a cuyo efecto el Tribunal sentenciador precisó los talones que fueron cobrados en dichos Bancos en ese lapso temporal.

El problema surge a partir de este momento, en el que el órgano jurisdiccional ha hecho un pronunciamiento al que llama prejudicial, lógicamente, no en los términos técnicos de prejudicialidad penal del art. 3 y ss. de la L.E.Cr., sino como anticipo o predeterminación de lo que deba ser la decisión civil posterior, a cuya jurisdicción se remite, por entender que no hallándose comprendido el supuesto en ningún precepto de los que establecen la responsabilidad civil subsidiaria, no procede decidir en el orden jurisdiccional penal acerca de la persona que debía sufrir los perjuicios del delito cometido

El Tribunal inferior, desde el punto de vista de la estricta interpretación de la ley, se detiene en este punto y lo hace con suficiente respaldo formal. Téngase presente que las sentencias que se invocan en el recurso como referentes consideraron que, aun mínima, existió una determinada negligencia bancaria al no realizar los empleados una real comprobación de firmas, que hubiera podido detectar la falsedad, o bien, por el gran número de talones librados por persona individual (no empresario), que debió ser llamativa en relación a los que se venían librando en fechas precedentes.

Este Sala estima que es posible ensayar una interpretación del art. 120-3 C.P., más flexible, con amparo en la tutela judicial efectiva (alegada como motivo 3º) y que en este momento es cuando podría jugar eficazmente.

Es indudable que a los Tribunales penales les está encomendado los pronunciamientos civiles sobre aspectos o cuestiones derivados del delito si las partes no las han reservado de forma expresa, lo que les atribuye, a diferencia de la jurisdicción civil, una competencia acumulada (art. 10 L.O.P.J. y 3 y ss. L.E.Cr.). Tanto en el orden sustantivo (art. 109-2 C.P.) como en el procesal (art. 111 y 112 L.E.Cr.) es obligatorio para jueces y tribunales penales pronunciarse sobre la acción civil dimanante de los delitos y las faltas, si el perjudicado no ha hecho expresa reserva de la misma.

Se ha dicho que la responsabilidad civil dimanante de la penal sólo puede apoyarse en la culpa o negligencia, cuando realmente existen supuestos de responsabilidad no culposos en el Código Penal, incluídos dentro de las más diversas modalidades legales de responsabilidad civil (directa o subsidiaria) por delito, en algunos casos de carácter cuasi-objetiva (v.g. las aseguradoras, participación lucrativa de los efectos del delito, los que actúan por error invencible del art. 14 C.P., los titulares de vehículos prestados, etc.).

En nuestro caso la responsabilidad por tres meses que declara argumentalmente la sentencia combatida a cargo de las dos entidades bancarias pero que no traslada el fallo, tiene un apoyo estricto en el art. 156 de la Ley cambiaria.

Ante tal planteamiento parece que ningún obstáculo procesal concurre, con repercusión constitucional. Conforme al principio de rogación la pretensión fue ejercitada oportunamente y las partes pudieron contradecirla, sin que haya ocasionado a ninguna de ellas indefensión.

A la hora de incardinar el supuesto en el art. 120-3 C.P., se tropieza con el hecho de la inexistencia de ninguna infracción por parte de los empleados o directivos de las entidades bancarias. Pero no obstante ello, la ley civil, sobre la que los tribunales penales pueden pronunciarse en acciones de esta naturaleza dimanantes de delito, impone una obligación o responsabilidad civil "*ope legis*" (art. 156 Ley cambiaria).

Aunque no podamos por analogía subsumir sustantivamente el supuesto en el precepto que se entiende infringido, art. 120-3º C.P., sí puede servir de referente

analógico para justificar un pronunciamiento civil, incluyendo también los casos de responsabilidad civil *ope legis*, derivada del delito.

Se dan de los cuatro requisitos, tres de ellos. El cuarto que resulta decisivo para declarar tal responsabilidad se sustituye por una imposición legal, que viene a situar a las entidades bancarias, sin serlo, en una posición de responsables civiles subsidiarias, para caso de que no pueda responder el obligado principal. Tal pago al que debe condenarse a dichas entidades bancarias no excluiría el derecho de repetición frente al autor del delito o responsable directo.

En consecuencia, por razones constitucionales de tutela judicial efectiva y en atención al principio de economía procesal, partiendo asimismo de que en el proceso existió rogación y contradicción y además pronunciamiento judicial formal del Tribunal de origen, correctamente fundado en derecho, pero sin asumirlo como decisión en la parte dispositiva de la sentencia, procede declarar responsables civiles, caso de insolvencia del autor del delito, al Banco Santander Central Hispano por la cantidad de 3.035,11 euros y al Banco de Andalucía por 8.263,92 euros, con los intereses legales correspondientes y con declaración de oficio de las costas por estimación parcial del motivo primero del recurso, conforme dispone el art. 901 de la L.E.Criminal y devolución del depósito constituido...» (F.J. 3º)

#### **RESPONSABILIDAD CIVIL: Art. 120.4 CP. Elementos.**

Recurso: Casación nº 1401/2004

Ponente: Sr. Granados Pérez

Sentencia: nº 1140/2005 de fecha 03/10/2005

«El artículo 120.4º del Código Penal establece que son responsables civilmente, en defecto de los que lo sean criminalmente, las personas naturales o jurídicas dedicadas a cualquier género de industria o comercio, por los delitos o faltas que hayan cometido sus empleados o dependientes, representantes o gestores en el desempeño de sus obligaciones o servicios.

Son muchas las sentencia de esta Sala que se han pronunciado por el alcance del artículo 120.4º del Código Penal, en una línea coincidente.

Así, la Sentencia 948/2005, de 19 de julio, expresa que para que proceda la declaración de responsabilidad civil subsidiaria del artículo 120.4 del Código Penal es preciso, de un lado, que entre el infractor y el responsable civil se haya dado un vínculo jurídico o de hecho, en virtud del cual el autor de la infracción que se sanciona haya actuado bajo la dependencia del segundo, o al menos, la actividad desarrollada por él haya contado con su anuencia o conformidad; y de otro lado, que el delito que genera la responsabilidad se halle inscrito dentro del ejercicio normal o anormal de las funciones desarrolladas por el infractor, perteneciendo a su ámbito de actuación. Por lo demás, la interpretación de estos parámetros de imputación se hace con amplitud, no solo según los criterios de la culpa *in eligendo* y la culpa *in vigilando*, sino también, y muy especialmente, conforme a la teoría de la creación del riesgo, de manera que quien se beneficia de actividades que de alguna forma puedan generar un riesgo para terceros debe soportar las eventuales consecuencias

negativas de orden civil respecto de esos terceros cuando resultan perjudicados. La Sentencia 1987/2000, de 14 de julio, admite incluso la aplicación de esta clase de responsabilidad civil en los casos en que la actividad desarrollada por el delincuente no produce ningún beneficio en su principal, «bastando para ello una cierta dependencia, de forma que se encuentre sujeta tal actividad, de algún modo, a la voluntad del principal, por tener éste la posibilidad de incidir sobre la misma», lo que constituye una versión inequívoca de la teoría de creación del riesgo mencionada más arriba. Y en la sentencia 226/2003, de 19 de febrero se refiere a la actuación dentro de la relación de dependencia, el incumplimiento de obligaciones de vigilancia o de acierto en la elección del acusado o sobre su condición garante de todas las incidencias delictivas que sucedieran en el ámbito de la empresa.

En la Sentencia 145/2005, de 7 de febrero, se señalan como elementos integrantes de dicha responsabilidad los siguientes:

a) La existencia de una relación de dependencia entre el autor del ilícito penal y el principal, ya sea persona jurídica o física, bajo cuya dependencia se encuentra, habiéndose admitido que ni siquiera se precisa que dicha relación tenga el carácter jurídico, sea retribuida o permanente.

b) Que el autor del medio ilícito actúe dentro del marco que le permite su cargo, aunque sea con extralimitación

Y en la Sentencia 1096/2003, de 22 de julio, se establece que la Jurisprudencia de esta Sala, a propósito de la responsabilidad civil subsidiaria regulada en el artículo 22 del Código Penal derogado, cuya doctrina debe mantenerse vigente, ha expuesto que su razón de ser se encuentra en el principio de derecho según el cual quien obtiene beneficios de un servicio que se le presta por otro debe soportar también los daños ocasionados por el mismo (principio *cuius commoda, eius est incommoda*), subrayando la evolución de dicho fundamento desde la culpa "*in vigilando*" o "*in eligendo*" hasta una suerte de responsabilidad objetiva, siempre que concurren los siguientes elementos: a) existencia de una relación de dependencia entre el autor del ilícito penal y el principal, ya sea persona jurídica o física bajo cuya dependencia se encuentre, sin que sea preciso que la misma tenga carácter jurídico, sea retribuida o permanente, bastando que la actividad así desarrollada cuente con la anuencia o conformidad del principal, sin que por tanto la dependencia se identifique con la jerárquica u orgánica siendo suficiente la meramente funcional; y b) que el delito que genera la responsabilidad se haya inscrito dentro del ejercicio, normal o anormal, de las funciones así desarrolladas por el infractor, perteneciendo a su ámbito de actuación (S.S.T.S., entre muchas, 2422/01 o 1033 y 1185/02)». (F.J. Único).

## **RESPONSABILIDAD CIVIL. Consorcio de Compensación de Seguros. Art. 20 de la Ley de Contratos de Seguros.**

Recurso: Casación nº 1659/2003

Ponente: Sr. Saavedra Ruiz  
Sentencia nº 1111/2004 de fecha 13/10/2004

«...» El artículo 20.9 L.C.S., introducido por la Disposición Adicional Sexta de la Ley 30/95, viene a rectificar el régimen establecido en la Disposición Adicional Tercera de la Ley Orgánica de actualización del Código Penal 3/89, a cuyo tenor "las indemnizaciones que deban satisfacer los aseguradores como consecuencia del Seguro de Responsabilidad Civil derivado de la circulación de vehículos de motor devengarán un interés anual del 20 % a favor del perjudicado desde la fecha del siniestro, si no fueren satisfechas o consignadas judicialmente dentro de los tres meses naturales siguientes a aquella fecha. Lo dispuesto en el párrafo anterior no será de aplicación al Consorcio de compensación de seguros cuando responda como fondo de garantía". Pues bien, tras las discusiones habidas en relación con lo anterior y la exclusión del Consorcio, el Legislador afronta la reforma del artículo 20 L.C.S., verdaderamente esquemático hasta ese momento, mediante la fijación de un sistema ciertamente complicado que conlleva hasta diez reglas sucesivas. Una de ellas, la novena, se refiere específicamente al Consorcio de Compensación de Seguros, en relación con el problema de la mora en el cumplimiento de las prestaciones atinentes a los aseguradores. Dicha regla establece que "cuando el Consorcio de Compensación de Seguros deba satisfacer la indemnización como fondo de garantía, se entenderá que incurre en mora únicamente en el caso de que haya transcurrido el plazo de tres meses desde la fecha en que se le reclame la satisfacción de la indemnización sin que por el Consorcio se haya procedido al pago de la misma con arreglo a su normativa específica, no siéndole de aplicación la obligación de indemnizar por mora en la falta de pago del importe mínimo. En lo restante cuando el Consorcio intervenga como fondo de garantía, y, sin excepciones, cuando el Consorcio contrate como asegurador directo, será íntegramente aplicable el presente artículo". Pues bien, tampoco la regla prescrita está exenta de ciertas dificultades interpretativas. En primer lugar, lo que se deduce es que no existe después de la reforma una equiparación absoluta entre el Consorcio y las aseguradoras, sólo en todo caso cuando aquél contrate como asegurador directo. Ahora bien, cuando la indemnización deba ser satisfecha por el mismo como fondo de garantía, como es el caso, al carecer el vehículo de seguro, se establece una regla especial para fijar el día inicial de liquidación de los intereses. Este apartado conlleva un doble privilegio: el de la fecha del inicio de la mora y el de no aplicación de la obligación subsiguiente en la falta de pago del importe mínimo (frente a la regla segunda del precepto que declara aplicable a la mora el mismo cuando se trata de las aseguradoras). Sólo "en lo restante", como literalmente se expresa en la regla novena, será íntegramente aplicable el presente artículo (20 L.C.S.) al Consorcio, cuando contrate como fondo de garantía, y cuando lo haga como asegurador directo sin excepciones. Es decir, como fondo de garantía no son aplicables todas las reglas anteriores sino las que no estén incluidas en el primer inciso de la regla novena, que serían la cuantía del interés moratorio, el cómputo del término final o la liberación del Consorcio de pago de intereses de demora cuando la falta de satisfacción de la indemnización esté fundada en una causa que esté justificada o que no le fuera imputable...»». (F.J. 4º)

## **RESPONSABILIDAD CIVIL. Cuantificación del daño moral consecuencia de conductas defraudatorias.**

Recurso: Casación nº 302/2006

Ponente: Sr. Granados Pérez

Sentencia: nº 1094/2006 de fecha 20/10/2006

«El Ministerio Fiscal apoya el segundo extremo del motivo en cuanto en los hechos que se declaran probados se recoge la afectación psíquica en el perjudicado a consecuencia de los hechos, y que ello debe reflejarse en la indemnización, ya que la sentencia, por ese concepto solo incluye el importe de los gastos por el tratamiento psiquiátrico que se fijó en 4.220 euros cuando la acusación particular había reclamado un total de 24.040 euros por ese concepto incluyendo los gastos de tratamiento.

El Tribunal de instancia reconoce que el perjudicado ha precisado de seguimiento psiquiátrico como consecuencia de la ansiedad y depresión que le causó la conducta enjuiciada y añade que en la medida que han sido acreditados como algo distinto de la propia defraudación patrimonial, procede tenerlo en cuenta, declarando a continuación que a nadie se le oculta que tener que cerrar parte de la vivienda habitual para obtener la cédula de habitabilidad ocasiona un auténtico daño moral, y lo cuantifica en 4.220 euros, que es la cantidad que se justifica por la asistencia psiquiátrica, sin que se señale otra cantidad por el propio daño moral con independencia de los pagos efectuados por dicha asistencia.

No es sencillo cuantificar el daño moral padecido como consecuencia de una conducta defraudatoria, cuando ya se han indemnizado los perjuicios patrimoniales irrogados e incluso los gastos por el tratamiento de la depresión y ansiedad padecida, que es precisamente la razón de reclamar una indemnización por daño moral por la conducta delictiva, y del examen del relato fáctico se infiere que el perjudicado ya padecía de depresiones con anterioridad a los hechos enjuiciados, al señalarse que esa sintomatología, típicamente depresiva, se agrava debido a los problemas ocasionados por estos hechos, a fin de obtener la cédula de habitabilidad. Por todo ello y examinados otros precedentes de esta Sala, se considera ponderada cuantificar en cinco mil euros ese agravamiento, cantidad en la que se incrementará la indemnización civil en el apartado de los daños morales». (F. J. 2º)

## **RESPONSABILIDAD CIVIL. Devengo de intereses.**

Recurso: Casación nº 1317/2003

Ponente: Sr. Maza Martín

Sentencia nº 1130/2004 de fecha 14/10/2004

«...” La deuda, en este caso la obligación de resarcimiento, surge, es cierto, de los hechos delictivos causantes del perjuicio, pero ocurrirá que, en ocasiones, esa cantidad no puede concretarse hasta el pronunciamiento judicial que, declarando la existencia del delito (naturaleza declarativa de la Resolución), condena al pago de la cantidad correspondiente (aspecto constitutivo de la misma).

Lo que impediría, por mor del principio “in illiquidis non fit mora”, el devengo, desde la fecha de comisión del delito y en todo caso de cualquiera anterior al pronunciamiento judicial correspondiente, de unos intereses que ostentan un carácter evidentemente moratorio, en los términos de las previsiones del artículo 1108 del Código Civil, tendentes a compensar el lucro cesante producido al perjudicado por el retraso en ver íntegramente restituido su patrimonio.

No obstante, en el ámbito civil, tiene proclamado la más reciente Jurisprudencia de la Sala Primera de este Tribunal (SsTS de 25 de Octubre, 4 de Noviembre y 19 de Diciembre de 2002) que el requisito de liquidez de la deuda abarca también a aquellos supuestos en los que, desde su origen, la cantidad reclamada pueda determinarse, siquiera aproximadamente.

Por ello, cuando nos encontramos ante casos como el presente, en el que ese “quantum” resarcitorio está claramente establecido, por referirse a un delito contra el patrimonio, que originó un concreto desplazamiento patrimonial ilícitamente provocado, la ausencia de pronunciamiento judicial declarativo de la existencia de delito, a efectos civiles y tal como ocurriría en semejante orden jurisdiccional, no puede determinar la improcedencia del devengo de intereses de mora.

Por lo que, desde este punto de vista, le asiste la razón a la recurrente, en cuanto a su derecho a la percepción de tales intereses, independientemente de los previstos en la norma procesal.

Otra cosa será, sin embargo, la fecha concreta del inicio de su devengo, pues si, de una parte, ésta no debe fijarse en la de la Sentencia de instancia, porque, como se acaba de ver, esos intereses moratorios compensatorios del perjuicio que el transcurso del tiempo ocasiona con el retraso de la satisfacción de lo adeudado, en forma de lucro cesante, nunca han de confundirse, como ha hecho el Juzgador “a quo” (en línea incluso con alguna Sentencia de esta misma Sala como la de 29 de Abril de 1998), con los de estricto carácter procesal, que se justifican por la dilación en el cumplimiento del mandato judicial, previstos en el artículo 921 de la antigua Ley



de Enjuiciamiento Civil (hoy 576 de la vigente), de otro lado, también hay que recordar que, según el régimen establecido en el Código Civil, a su vez “Los intereses vencidos devengan el interés legal desde que son judicialmente reclamados...” (art. 109).

Esa reclamación, en el orden penal, sólo se produce, por consiguiente, con la interposición de la Querrela oportuna o, en todo caso, con la presentación del escrito de Acusación por quien se personó en los autos con posterioridad a su inicio, como Acusador particular (en el mismo sentido, la ya citada STS de 14 de Marzo de 2003, frente a lo que, en su día, efectivamente, han sostenido algunas Resoluciones de este Tribunal, a las que se refiere el Recurso, como las de 29 de Octubre de 1991 y 1 de Febrero y 18 de Octubre de 1996, que establecían el comienzo de la producción de intereses de mora coetáneo a la fecha de comisión del delito origen de éstos)...». (F.J. 2º)

## **RESPONSABILIDAD CIVIL. Indemnización de daños. A favor de los herederos en caso de fallecimiento. Costas, acusación particular.**

Recurso: Casación nº 389/2004P

Ponente: Sr. Monterde Ferrer

Sentencia nº 879/2005 de fecha 04/07/2005

«...” Indemnización de daños:El hecho indemnizatorio nace, como obligación civil, de la previa existencia de un hecho delictivo, que se constituye en la fuente generadora de una responsabilidad monetariamente cuantificada. La acción penal proyecta sus efectos indemnizatorios sobre uno o varios sujetos que tienen algún tipo de relación personal con la víctima del delito. La simple relación parental o familiar, no es suficiente para hacer surgir un derecho indemnizatorio, ya que, a su mera existencia hay que añadir la condición de perjudicado moral o materialmente por el hecho delictivo. La jurisprudencia de esta Sala ha despejado, hace ya bastante tiempo, la ambivalente referencia que los artículos 104 y 105 del anterior Código Penal hacían respectivamente a la "familia" y a los "herederos", decantándose de manera inequívoca por el señalamiento de la indemnización a favor del concepto amplio de familia, ya que al fallecer una persona como consecuencia de un delito, la obligación de indemnizar surge, pero no en virtud del fenómeno sucesorio, ya que el difunto nada llegó a adquirir en vida que pudiera ser integrado en su patrimonio, por lo que nunca podría haber sido objeto de transmisión "mortis causa". Ello no es obstáculo para que, en ocasiones, coincidan el concepto de perjudicado y heredero pero con fuentes originarias de distinta naturaleza.

La Jurisprudencia de esta Sala despejó, hace ya bastante tiempo, la ambivalente referencia que el antiguo CP hacía a la “familia” y a los herederos”, decantándose inequívocamente por el señalamiento de la indemnización a favor del concepto amplio de familia, ya que al fallecer una persona como consecuencia de un delito, la obligación de indemnizar surge, pero no en virtud del fenómeno sucesorio,

ya que el difunto nada llegó a adquirir en vida que pudiera ser integrado en su patrimonio, por lo que nunca podría haber sido objeto de transmisión mortis causa”....

... Pues bien, puesto que la determinación como perjudicados por el fallecimiento de José Manuel Gutiérrez Cortes aparece (incluso personados en la causa como acusadores particulares) tanto respecto de la madre de la niña y compañera del fallecido, como con respecto a los hermanos de éste, no hay motivo para excluirles de su reclamada condición y de la indemnización global por todos ellos solicitada....”>. (F.J. 10º)...

...Costas:En definitiva, la doctrina jurisprudencial de esta Sala en materia de imposición de las costas de la acusación particular, con excepción de algunas resoluciones aisladas que se apartan del criterio jurisprudencial consolidado, puede resumirse en los siguientes criterios, conforme a las resoluciones anteriormente citadas:

La condena en costas por delitos sólo perseguibles a instancia de parte incluyen siempre las de la acusación particular (art. 124 C. Penal 1995).

La condena en costas por el resto de los delitos incluyen como regla general las costas devengadas por la acusación particular o acción civil (SSTS de 26-11-97, 16-7-98, 23-3-99 y 15-9-99, entre otras muchas).

La exclusión de las costas de la acusación particular únicamente procederá cuando su actuación haya resultado notoriamente inútil o superflua o bien haya formulado peticiones absolutamente heterogéneas respecto de las conclusiones aceptadas en la sentencia (doctrina jurisprudencial citada).

Es el apartamiento de la regla general citada el que debe ser especialmente motivado, en cuanto que hace recaer las costas del proceso sobre el perjudicado y no sobre el condenado (STS de 16-7-98, entre otras).

La condena en costas no incluye las de la acción popular (SSTS de 21 de febrero de 1995 y 2 de febrero de 1996, entre otras)”.

Atendiendo a dicha doctrina se impone la estimación del motivo...”». (F.J. 11º)

## **RESPONSABILIDAD CIVIL. Indemnización en el caso de muerte dolosa.**

Recurso: Casación nº 587/2004P  
Ponente: Sr. Giménez García  
Sentencia nº 195/2005 de fecha 17/02/2005

«...” No le falta razón al Tribunal de apelación. Toda acción indemnizatoria tiene que tender a que quede indemne la víctima/perjudicada, es decir, en situación

equivalente a la anterior al hecho dañoso. Obviamente esto es imposible en la mayoría de los casos y en concreto en casos de muerte porque la vida no se puede reponer, por ello debe compensarse con una prestación equivalente normalmente dineraria, que si bien no va a dar cumplida satisfacción al dolor producido por la muerte, puede atender a socorrer de forma cumplida el desvalimiento, singularmente económico en que quedan las víctimas cuyo futuro queda severamente comprometido con la desaparición del progenitor.

En este sentido verificamos en este control casacional que el Tribunal del Jurado fijó las cantidades con un discreto redondeo al alza de las cantidades del Baremo en atención a que se trataba de una muerte dolosa. Precisamente por ello la respuesta debió ser más generosa no pietatis causa, sino por razones de estricta justicia pues la muerte intencional supone un plus de aflicción a lo que se une la corta edad de las niñas y a que en casos dolosos, la jurisdicción penal no tiene limitado normativamente el quantum indemnizatorio. Por todo ello hay que tender a una mejor y más ampliada respuesta indemnizatoria como lo hizo el Tribunal de apelación con una motivación suficiente desde las exigencias derivadas del art. 115 del Código Penal.

Ciertamente que la concreta cantidad de 145.255 € para cada hija no queda expresamente justificada pero en la medida que se encuentra situada, a medio camino entre la mitad más y el doble de la cantidad fijada por el Tribunal del Jurado, aparece en este control casacional proporcionada a la gravedad en que quedaron las dos hijas menores, consiguiéndose una efectiva reparación para las víctimas por lo que ninguna objeción puede efectuarse con posibilidades de éxito en esta sede casacional. El sistema de justicia penal tiene, también, un contenido reparador para las víctimas que no puede ser obviado, y que constituye una faceta del derecho a la obtención de la tutela judicial efectiva desde la perspectiva de la víctima. En este sentido, y ya dentro del ámbito de la Unión Europea no será ocioso recordar que la Directiva 2004/80 nº 261/2004 de indemnización a las víctimas de los delitos reconoce el derecho a las víctimas a una indemnización justa y adecuada por los perjuicios causados.

Lo mismo podemos decir respecto de la cantidad fijada para los padres con quienes convivía el fallecido. También aquí la cantidad de 7.333 € aparece claramente insuficiente e incapaz de efectuar la adecuada compensación por equivalencia por la muerte del hijo, y por el contrario, los 30.000 € para cada cónyuge ofrecen una mayor respuesta justa y proporcionada para los padres...”». (F.J. 2º)

## **RESPONSABILIDAD CIVIL. Indemnización por daño moral en delito de apropiación indebida.**

Recurso: Casación nº 476/2006

Ponente: Sr. Puerta Luis

Sentencia: nº 1/2007 de fecha 02/01/2007

«...La antijuricidad de la acción, desde el punto de vista de la tipicidad penal, debe encontrar la adecuada respuesta en el marco jurídico-penal, conforme a la correspondiente calificación jurídica, en tanto que la indemnización a la víctima, dentro del correspondiente marco jurídico, habrá de resolverse conforme a los oportunos criterios jurídico-privados, siendo de destacar, a este respecto, que, según se previene en el art. 110.3º del Código Penal, la responsabilidad civil “ex delicto” (v. arts. 1089 y 1092 del C. Civil) comprende “la indemnización de perjuicios materiales y morales”, precisándose, luego, en el art. 113 del Código Penal que dicha indemnización “comprenderá no sólo los que se hubieren causado al agraviado, sino también los que se hubieren irrogado a sus familiares o terceros”. Consiguientemente, la acción penal y la civil derivadas del hecho delictivo tienen una indudable autonomía, sin que, por tanto, la respuesta penológica de la norma penal condicione ni afecte, en su caso, ni a la existencia ni a la cuantía de la correspondiente obligación indemnizatoria. Por consiguiente, la responsabilidad civil “ex delicto”, cualquiera que sea la vía procesal elegida para su reclamación (v. arts. 108 y 111 de la LECrim.) no exige, para su efectividad, más que la prueba de la existencia del daño o del perjuicio causados por el delito o falta cometidos. Y, en este sentido, el Pleno no jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo adoptó, el 20 de diciembre de 2006, el siguiente acuerdo: “Por regla general, no se excluye la indemnización por daños morales en los delitos patrimoniales, y es compatible con el artículo 250.1.6º del Código Penal”». (F. J. 2º)

## **RESPONSABILIDAD CIVIL. Indemnización por muerte dolosa.**

Recurso: Casación nº 248/2004P  
Ponente: Sr. Colmenero Menéndez de Luarca  
Sentencia nº 822/2005 de fecha 23/06/2005

«...” En este sentido las cantidades establecidas reglamentariamente en el sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación, en cuanto constituyen una generalización establecida normativamente, pueden ser tomadas como referencia útil para excluir la arbitrariedad o la desproporción manifiesta. No existe ninguna razón de carácter general que determine que una muerte dolosa ha de ser considerada a estos efectos indemnizatorios de forma distinta a una causada de forma imprudente, o al menos puede afirmarse que no se justifica que dé lugar a una indemnización inferior. El Tribunal puede fijar la responsabilidad civil libremente en atención a la circunstancias del caso, pero no puede conceder una cantidad menor por un homicidio o asesinato doloso de la que correspondería por un homicidio imprudente sin justificarlo adecuadamente en la sentencia...”». (F.J. 10º)

## **RESPONSABILIDAD CIVIL. Interpretación del artículo 34 LH.**

Recurso: Casación nº 1649/2005

Ponente: Sr. Soriano Soriano  
Sentencia: nº 96/2007 de fecha 13/02/2007

«...la fe pública registral y el efecto sanador o convalidante de las adquisiciones *a non domino* que prevé el art. 34 L.Hipotecaria en este caso se redujo a la apariencia tubular (asiento de presentación) de una titularidad dominical perteneciente a una sociedad, que hacía nueva días que acababa de comprar el inmueble.

4. Las discrepancias sobre el momento en que el tribunal sitúa la ausencia de buena fe, en puridad interpretativa deben fijarse en el instante mismo en que la operación se realiza, aunque la seguridad incontestable de la mala fe se produce cuando el Sr.Gil y Gil declara ante la policía y quizás antes, dada la diligencia obrante en autos, y que debe surtir efectos probatorios, recogida en el fundamento jurídico 4º de la sentencia y que se expresa en los siguientes términos: *"al folio 86 del Tomo I de las actuaciones obra una diligencia en la que se deja constancia de que el día 17 de noviembre, Jesús Gil y Gil, quien había realizado la compra en representación de Club Financiero Inmobiliario, se pasaría el día 23 por la comisaria para ser oído, en relación a la compra efectuada en escritura del día 12, lo que, efectivamente, hizo el día 23, tomándosele declaración ese día sobre los hechos"*.

En el fundamento 4º, pag. 14 de la sentencia, se dice también que el proceder de D. Jesús Gil es incompatible con la operación de compraventa realizada el 12 de noviembre, por todo el devenir secuencial de los actos realizados, y en la página 15 se vuelve a insistir que lo hasta ahora expuesto "es indicativo de que esa falta de buena fe en la adquisición de la finca por Club Financiero.....".

5. Pero aunque dialécticamente entendieramos que la mala fe surge después del contrato adquisitivo y antes de la inscripción registral no puede reputarse inatacable la postura del recurrente ante la falta de una jurisprudencia interpretativa de la Sala 1ª concluyente o suficientemente consolidada (aunque no vincule a la Sala 2ª), ya que sólo en una sentencia de 5-diciembre-2002 (nº 1184, fundamento 3º) se señala que el momento decisivo para la buena fe es el de la adquisición y para alcanzar el carácter de tercero hipotecario la inscripción, declaración que no consideramos rotunda a la hora de entender si la buena fe localizada en el momento de la compra del inmueble debe persistir o por cuanto tiempo debe persistir.

De no ampliar la buena fe hasta el momento de la inscripción se estaría legitimando un comportamiento del adquirente, el cual, consciente de que su adquisición había sido fruto de un engaño, a pesar de ello y ante la existencia de un titular dominical, en su día registral, expoliado, inscribe la finca privándole de todos los derechos y ventajas tabulares. Los rigurosos y devastadores efectos que puede ocasionar la convalidación de una adquisición a non dominio, exigiría, en una interpretación razonable del art. 34 L.H., que la buena fe del tercer adquirente persistiera hasta tanto no se hayan cumplido todos los condicionamientos impuestos por el precitado artículo para alcanzar la condición de tercero hipotecario, entre ellos la correspondiente inscripción registral del inmueble.

6. Todavía concurre una circunstancia más que no permitiría consolidar la adquisición del bien inmueble por parte del tercero. El art. 34 L.H. cuando señala que

el efecto protector registral de la buena fe y el derecho a ser mantenido en la adquisición se consigue y reconoce *"aunque después se anule o resuelva el del otorgante (el derecho) por virtud de causas que no consten en el registro"*, quiere significar que, a efectos de la consolidación adquisitiva del inmueble por el tercero, amparado en el art. 34 L.Hipotecaria, resulta irrelevante la nulidad o resolución del título en virtud del cual adquirió el transmitente su derecho dominical, pero no ocurre lo mismo con el negocio jurídico celebrado entre el titular registral y el comprador de buena fe (a él no se refiere con fines sanadores el art. 34 L.Hipotecaria), pues si se declara nulo tal acto de disposición, como lo ha declarado la sentencia combatida, nunca podrá prevalecer una inscripción posterior exigida por el art. 34 L.Hipotecaria, cuyo título se ha declarado nulo (véase art. 33 L.H.). El recurrente interesa que aunque se decrete la nulidad, a la que parece aquietarse, no se anude el efecto restitutorio que la misma lleva aparejado según se prevé en el art. 110-1º y 111 del C.Penal, dada su buena fe, lo que en el fondo encierra una contradicción.

En otras palabras podemos decir que si el contrato de compraventa en el que se instrumentó la estafa (causa ilícita) es nulo, conforme al art. 1305 del Código Civil y así se declara en sentencia, no se nos alcanza a comprender como puede consolidar tal título una inscripción eficaz a efectos de otorgar la condición de tercero hipotecario, por cuanto la inscripción última no estaría adornada de la condición jurídica de validez que la justificase y que el Registro no podría convalidar según el art. 33 L.H. La nulidad por la ilicitud de la causa sería de pleno derecho y con efectos *ex tunc*, al tratarse de una enajenación delictiva, en la que el tercer adquirente ha sido víctima de un delito (causa ilícita).

Consecuentemente cuando el art. 34 L.E.C. nos habla de que el tercer adquirente de buena fe inscriba de nuevo el derecho adquirido, debe necesariamente referirse a una inscripción posible legalmente y no a través de un título nulo *"a radice"*, que no puede desplegar efecto alguno tubular sin perjuicio de la buena fe del tercero, que ya no poseería la consideración de hipotecario». (F. J. 8º)

## **RESPONSABILIDAD CIVIL. Jurisdicción penal y jurisdicción contable. Compatibilidad.**

Recurso: Casación nº 186/2004

Ponente: Sr. Ramos Gancedo

Sentencia: nº 172/2006 de fecha 22/02/2006

«...no existe incompatibilidad alguna entre ambas jurisdicciones la penal y la contable, y por tanto para que los órganos encargados del enjuiciamiento de un presunto delito conozcan al tiempo que los órganos de la jurisdicción contable de esos mismos hechos; tratándose de dos jurisdicciones distintas pero compatibles, la penal y la contable, y expresándolo así el artículo 18 de la Ley Orgánica 2/1982, de 12 de mayo, del Tribunal de Cuentas, cuando dice que la jurisdicción contable es compatible respecto de unos mismos hechos con el ejercicio de la potestad disciplinaria y con la actuación de la jurisdicción penal, y así mismo el artículo 16 de dicha ley cuando dice que no corresponderá a la jurisdicción contable el enjuiciamiento de c) los hechos constitutivos de delito o falta. Por tanto la posible responsabilidad contable por acciones u omisiones contrarias a las leyes reguladoras

del régimen presupuestario y de contabilidad, y que pudieran haber menoscabado caudales o efectos públicos, no es de la que conocen los órganos de la jurisdicción penal entre los que nos encontramos.

Esta argumentación se encuentra corroborada por la doctrina de esta Sala a tenor de la cual: Según el art. 49.3 de la Ley 7/85, de 5 de abril, de funcionamiento del Tribunal de Cuentas "Cuando los hechos fueren constitutivos de delito, con arreglo a lo establecido en el art. 8.2 L.O. 2/82, el Juez o Tribunal que entendiere de la causa se abstendrá de conocer de la responsabilidad contable nacida de ellas, dando traslado al Tribunal de Cuentas de los antecedentes necesarios al efecto de que por éste se concrete el importe de los daños y perjuicios causados en los caudales o efectos públicos".

No han de coincidir necesariamente las cifras del alcance y las que señale el fallo penal. El alcance es concepto mucho más amplio que el de malversación. Aquél incluye algunas partidas (recargos de apremio, premios de cobranza, etc.), que no se tienen en cuenta en la malversación. Por otra parte, no pueden restarse del importe de los caudales apropiados las fianzas que el recaudador haya podido reintegrar en el curso del procedimiento (S. 180/98, de 10 de febrero).

La fijación del alcance que verifique el Tribunal de Cuentas sólo se refiere al ámbito competencial que le es propio (S. 844/96, de 12 de noviembre)». (F. J. 6º)

## **RESPONSABILIDAD CIVIL. Muerte dolosa con vehículo. Responsabilidad de la Compañía aseguradora.**

Recurso: Casación nº 2523/2004

Ponente: Sr. Ramos Gancedo

Sentencia: nº 742/2006 de fecha 29/06/2006

*«La cuestión radica, pues, en determinar si los hechos y sus resultados mortales y lesivos pueden o no integrarse en el concepto "hecho de la circulación".*

A este respecto se ha pronunciado el Pleno no jurisdiccional de esta Sala de fechas 14 de diciembre de 1.994 y 6 de marzo de 1.997 que estableció que "las sentencias condenatorias por delitos dolosos o culposos cometidos con vehículos de motor que determinen responsabilidad civil para las víctimas, deben incluir la condena a la entidad aseguradora dentro de los límites del seguro obligatorio, siempre que el daño se haya ocasionado **con motivo de la circulación**". De este modo, la cobertura del seguro sólo quedaría excluida cuando se utiliza un vehículo **exclusivamente** como instrumento del delito, pero no cuando utilizándose como medio de transporte, es decir, para desplazarse o circular, se aprovecha la ocasión deliberadamente para ocasionar daños a un tercero mientras se circula.

Este criterio ha sido recogido en numerosas sentencias posteriores, y en supuestos muy similares al presente, en los que, con motivo y en el ámbito de la

circulación de un vehículo de motor, el conductor lo utiliza dolosamente como instrumento para agredir a la víctima.

Ciertamente que el art. 3.3 del Reglamento sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor, de 12 de enero de 2.001, ha establecido que: "Tampoco tendrá la consideración de hecho de la circulación la utilización de un vehículo a motor como instrumento de la comisión de delitos dolosos contra las personas o los bienes". No obstante la Sala ha venido manteniendo su postura anterior a esta disposición legal cuando se comete el atropello dolosamente en el curso de la conducción del vehículo. Así se expresa en la STS nº 144/2001, de 7 de febrero, así como en las nºs. 612/2002, de 8 de abril; 1424/2003, de 28 de octubre; 960/2004, de 20 de julio, y 773/2004, de 23 de junio. Esta última sentencia, examina la incidencia de la definición del "hecho de la circulación" que efectúa el art. 3 del Reglamento mencionado de 12 de enero de 2.001 y concluye que dicha disposición no altera el criterio perfilado en los Plenos de la Sala de 1.994 y 1.997 y, en este sentido señala "La cuestión a partir de la entrada en vigor de la modificación en materia del alcance del "hecho de la circulación", presupuesto indispensable para que se produzca la cobertura por parte del seguro, y sus exclusiones, llevada a cabo por la Ley 14/2000 y el Reglamento aprobado por R.D. 7/2001, debe enderezarse a verificar si la interpretación anterior ha sido afectada y en qué medida, teniendo en cuenta, por una parte, que tampoco es posible aislar la concreta cuestión aquí debatida sino que debe ser englobada en la categoría de la trascendencia de las conductas dolosas en el contrato de seguro (alcance del artículo 19 LCS citado); que el artículo 15.1.b), regula el derecho de repetición, contra el conductor, el propietario del vehículo causante y el asegurado, "si los daños materiales y personales causados fueren debidos a la conducta dolosa de cualquiera de ellos"; y que el artículo 76 LCS tampoco ha sido modificado. Pero también es cierto, por otra, que el ánimo o propósito del conductor de causar un mal a las personas o daño a las cosas debe integrarse dentro del concepto normativo de "hecho de la circulación", para excluirlo, con lo cual nos encontraríamos con que para definir éste no es suficiente atender sólo a los elementos objetivos; igualmente el derecho de repetición puede entenderse referido aquellos casos en que la aseguradora haya anticipado la indemnización de los daños y posteriormente resulte que el hecho es doloso; o, finalmente, la previsión del segundo inciso del apartado tercero del artículo tercero del Real Decreto 7/2001 que incluye, a su vez, como hecho de la circulación la utilización de un vehículo a motor en cualquiera de las formas descritas en el Código Penal como conducta constitutiva de delito contra la seguridad del tráfico, que atiende a supuestos discutidos anteriormente (como era el caso de los conductores suicidas)".

En consecuencia, estimamos que la queja casacional tiene fundamento para ser estimada, puesto que la utilización del vehículo como instrumento homicida en el devenir de la conducción del mismo por el acusado, no excluye que el suceso se defina como "hecho de la circulación", aprovechándose la circunstancia de la conducción por vía pública para ocasionar daños personales a terceros situados en la inmediación de la calzada, tratándose, además de un vehículo fabricado y utilizado de común para circular por terrenos ajenos a carreteras». (F. J. 16º)



## **RESPONSABILIDAD CIVIL. Nulidad del matrimonio.**

Recurso. Casación nº 3044/2002  
Ponente: Sr. Saavedra Ruiz  
Sentencia nº 60/2005 de fecha 17/01/2005

«...” Cuando el artículo 112 C.P. se refiere a que la reparación del daño podrá consistir en obligaciones de dar, de hacer o de no hacer que el Juez o Tribunal establecerá atendiendo la naturaleza de aquél y a las condiciones patrimoniales del culpable, se está refiriendo a las distintas clases de prestaciones que constituyen el objeto de una obligación patrimonial cual es la de reparar el daño causado. Por lo tanto, el hilo de la atribución legal para declarar la nulidad del matrimonio a través de la atribución de las responsabilidades civiles dimanantes del delito no tiene la consistencia suficiente para atribuir a los Tribunales penales la declaración sobre cuestiones que afectan al estado civil de las personas. Es cierto que la Jurisprudencia de esta Sala, como argumenta el Tribunal de apelación, ha admitido que la Jurisdicción Penal, por la vía de la responsabilidad civil, pueda declarar la nulidad de un contrato, pero lo que se pretende en estos casos (alzamiento de bienes o insolvencias, generalmente) es reintegrar a un patrimonio bienes que fueron sustraídos del mismo mediante una conducta delictiva al objeto de preservar la integridad de aquél o para asegurar el principio de la responsabilidad patrimonial del deudor (artículo 1911 C.C.), y ello indudablemente tiene un reflejo patrimonial directo, luego no son supuestos asimilables con la declaración de nulidad del matrimonio...”. (F.J. 3º)

... En síntesis, el Tribunal penal se ha excedido en el ejercicio de su Jurisdicción cuando ha declarado la nulidad del matrimonio como consecuencia del delito, decisión que corresponde a la Jurisdicción Civil, a la que deberá acudir la parte legitimada para ello (artículo 76 C.C.)...”. (F.J. 3º)

## **RESPONSABILIDAD CIVIL. Por delitos cometidos por empleados. Supuesto de subrogación.**

Recurso: Casación nº 383/2003  
Ponente: Sr. Maza Martín  
Sentencia nº 1403/2004 de fecha 02/12/2004

«...” Y en este caso es obvio el que, al margen de su condición de funcionario de Correos, que por supuesto mantenía, el condenado operaba, precisamente en virtud del Convenio entre el Organismo autónomo al que pertenecía y la Entidad financiera que se cita, como con todo acierto se analiza en el Fundamento Jurídico Quinto de la recurrida, en el ámbito propio de la comisión del ilícito, por cuenta y en representación de esta última, puesto que, en tal condición, era en la que tuvo acceso a los depósitos de los clientes bancarios de los que ilícitamente se apropió.

Esa gestión del negocio de Caja Postal, de la que ésta en principio y de forma lícita se beneficiaba, es la que genera, desde los clásicos fundamentos de la responsabilidad subsidiaria, basados en criterios de culpa “in eligendo” e “in vigilando”, hasta los jurisprudencialmente más actuales, de “creación del riesgo” y “obtención del beneficio”, la posición subsidiaria de la Entidad, en cuyos derechos y obligaciones en este momento se encuentra subrogada la recurrente, Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, tras la integración en ella de Caja Postal...”». (F.J. 1º)

## **RESPONSABILIDAD CIVIL SUBSIDIARIA. Actuación de “representante”.**

Recurso: Casación nº 2327/2004  
Ponente: Sr. Delgado García  
Sentencia: nº 372/2006 de fecha 01/03/2006

«Nos encontramos aquí con que el responsable criminal, D. Ireneo, cuando contrataba con cada uno de los ocho perjudicados, lo hacía a virtud del contrato verbal que tenía concertado con Antolín S.L. para que, como mediador, interviniera para la venta de parcelas y chalés de futura construcción. Tal actuación encaja perfectamente en el concepto de *representante* utilizado en el mencionado art. 120.4º CP.

Conviene recordar aquí que no es necesario que resulte acreditada culpa alguna en la persona natural o jurídica que debe indemnizar en estos casos a las víctimas de un delito con el carácter de responsable civil subsidiaria. Basta que se acredite: a) la existencia de una determinada relación jurídica, o simplemente de hecho, en virtud de la cual haya una cierta dependencia del responsable criminal respecto de tal persona natural o jurídica y b) que el tal responsable criminal al delinquir lo haya hecho en el ámbito de esa relación, aún cuando haya abusado o se haya excedido en sus funciones. Es aplicable en estos casos, no la teoría de la "culpa in eligendo" o "in vigilando", sino la tesis objetiva que se expresa en el principio "cuius commoda, eius incommoda", que quiere decir que quien se beneficia de la actuación de otra persona ha de responder de los daños que de tal actuación se deriven». (F. J. 5º)

## **RESPONSABILIDAD CIVIL SUBSIDIARIA. Artículo 120.3 del Código Penal**

Recurso: Casación nº 1317/2005 P  
Ponente: Sr. Ramos Gancedo  
Sentencia: nº 1150/2006 de fecha 22/11/2006

«...En definitiva, el incumplimiento de las obligaciones de naturaleza laboral que menciona la sentencia, no configuran la necesaria relación de causalidad directa entre la infracción de esa normativa y el asesinato cometido, y cuya acreditada

conurrencia ha sido exigida en numerosas resoluciones de esta Sala, en las que venimos reiterando que no es suficiente la relación entre el hecho punible y la infracción reglamentaria sino que se precisa además que de haberse observado los Reglamentos la infracción no hubiese tenido lugar, lo que desde luego debe ser fijado desde una perspectiva de racionalidad (véanse S.S.T.S. de 5 de junio de 2.001, 13 de julio de 2.002, 4 de noviembre de 2.003, 20 de enero, 28 de octubre y 13 de diciembre de 2.005, entre otras). (F. J. 3º)

...Pero la sentencia recurrida alude también a que las "infracciones reseñadas por la Inspección de Trabajo relativas a que el Centro de acogida no comunicó a la autoridad laboral la apertura del Centro de trabajo (arts. 6.1 R.D. Ley 1/1986 de 14 de marzo, y 1.1.2 y 2 de la O.M. de 6-5-88) y tampoco realizó la evaluación de riesgos del centro de trabajo (arts. 16.1 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, y 3, 4 y 7 del R.D. 39/1997) y también, que la residencia Hogar Franciscanos no aparece como tal centro adscrita a la Comunidad Autónoma de Castilla y León ni aparece referida en los convenios firmados por el Consejero de Sanidad y Bienestar Social de la Junta de Castilla y León .....". La sentencia no especifica cuáles fueron esos incidentes, pero, en todo caso, la omisión de las medidas de seguridad parece referirlas a los riesgos que pudieran provenir del comportamiento de los jóvenes que allí residían, pero en ningún caso de la comisión procedente de un agente exterior de un delito como el que se produjo, ajeno por completo a las personas alojadas en el centro y -como ya se ha dicho- absolutamente imprevisto e imprevisible.

Es menester subrayar que el Centro de Acogida de la Asociación Mensajeros de la Paz no es un establecimiento penitenciario, ni un reformatorio ni un correccional ni un establecimiento de rehabilitación de jóvenes delincuentes o asociales, en la que se encuentran recluidas las personas contra su voluntad y sometidas a un régimen coercitivo y restrictivo de sus derechos, sino, precisamente, es un centro de acogida para jóvenes necesitados en el que éstos ingresan y se alojan voluntariamente y que las perturbaciones en la convivencia que hubieran de ser corregidas por el mal comportamiento de aquéllos, se llevaban a cabo en el marco de esa situación, como ocurrió con el acusado al que por ese comportamiento negativo se dispuso el cese del acogimiento de aquél, en el que causó baja por propia voluntad casi seis meses antes de que se produjeran los hechos delictivos enjuiciados.

Quiérese decir que si no existían razones que exigieran la adopción de especiales medidas de seguridad ante riesgo para los trabajadores del establecimiento provenientes de los chicos allí alojados, mucho menos se advierten respecto de agresiones desde el exterior tan violentas y brutales como las que cometió el acusado.

Al margen de todo ello, la sentencia fundamenta el reproche a la ausencia de esas medidas de seguridad en que éstas vendrían impuestas por la prudencia y la experiencia, pero ocurre que lo que el art. 120.3 C.P. exige es la infracción de disposiciones legales que hubiesen sido causa directa del delito cometido, siendo así que la sentencia de instancia no menciona ninguna norma estatal, autonómica o municipal, ni de otro orden que hubiera sido infringida por la titular del establecimiento». (F. J. 4º)

## **RESPONSABILIDAD CIVIL SUBSIDIARIA. Ayuntamiento por infracción de su deber de garante en actos públicos.**

Recurso: Casación nº 925/2004  
Ponente: Sr. Maza Martín  
Sentencia: nº 1208/2005 de fecha 28/10/2005

«Y al respecto esta Sala también ha indicado que *"...si la definición de las personas que pueden ser civilmente responsables y de los establecimientos de que sean titulares son amplias, así como la enumeración de las que pueden con su acción u omisión determinar el surgimiento de la responsabilidad, la referencia a los reglamentos de policía y a las disposiciones de la autoridad se restringen a aquellas cuya infracción esté relacionada causalmente con la ocurrencia del hecho punible. Claramente se sanciona con el gravamen de la responsabilidad civil subsidiaria la contribución a la causación del hecho penalmente sancionado mediante una conducta infractora de normas"* (Sentencia 1308/2002, de 13 de julio).

Y en el presente caso no cabe duda alguna, de una parte, que la Corporación municipal incumplió sus deberes reglamentarios, como organizadora del acto público, no disponiendo las medidas de seguridad legalmente previstas para la realización de eventos semejantes, máxime cuando, tratándose precisamente de un Ayuntamiento, ni siquiera había dotación suficiente de policías municipales en la zona.

Mientras que, de otro lado, la relación de causalidad entre esa imprevisión y el luctuoso suceso enjuiciado resulta tan evidente como que la agresión se produjo mediante el uso de un arma blanca de grandes proporciones ("cuchillo jamonero"), que fácilmente hubiere podido ser interceptada a la entrada del local de celebración de la fiesta, de haber existido el control suficiente para ello.

Por tales razones, y toda vez que el artículo 120.3º es aplicable también a los entes de carácter público, excluyendo el régimen previsto en el 121, cuando se den los requisitos precisos para ello, como tiene reiteradamente dicho la doctrina de esta Sala (SsTS de 28 y 30 de Junio de 2000, entre otras), el motivo y el Recurso han de desestimarse». (F. J. 1º.3)

## **RESPONSABILIDAD CIVIL SUBSIDIARIA. De una entidad bancaria frente al "cliente".**

Recurso: Casación nº 1185/2005 P  
Ponente: Sr. Sánchez Melgar  
Sentencia: nº 229/2007 de fecha 22/03/2007

«...Se cuestiona la absolución de la entidad Banco Santander Central Hispano como responsable civil subsidiaria, que la Sala sentenciadora de instancia basa en

que no conoce la norma que haya podido ser infringida en este caso por los empleados de aquella entidad (y que a dicho Tribunal no le parece notoria). Pero conocido ha de ser el principio general de “alterum non laedere”, en virtud del cual la actuación negligente origina una obligación de reparar el daño causado. Es más, en el caso enjuiciado, como más adelante se dirá, en realidad, el verdadero perjudicado por el engaño sufrido no debió ser el titular de la libreta de ahorros, sino el propio banco, al convertir el contrato de depósito irregular al depositario en propietario del dinero custodiado.

El supuesto ha sido ya resuelto por la jurisprudencia de esta Sala Casacional (STS 91/2005, de 11 de abril), y a sus argumentos nos remitimos. Un caso similar también, no idéntico como el anterior, es el resuelto por la STS 615/2002, de 12 de abril de 2002, cuya doctrina es la siguiente: La responsabilidad civil subsidiaria solicitada lo es al amparo del número tercero del art. 120 del Código Penal, precepto éste mucho más amplio que los artículos 21 y 22 del Código Penal de 1973, y que, para lo que aquí se resuelve, distingue entre el número cuarto que es la clásica concepción de dicha responsabilidad civil subsidiaria por los delitos cometidos por los empleados o dependientes, representantes o gestores en el desempeño de sus funciones o servicios, a cargo de sus –principales– (personas naturales o jurídicas dedicadas a cualquier género de industria o comercio), y que se fundamenta en la «culpa in vigilando», «culpa in eligendo», o la «culpa in operando», que había sido interpretada por esta Sala Casacional con gran amplitud y generalidad, al punto de llegar a una cuasi-objetivación basada en la teoría del riesgo, o bien del aprovechamiento de su actividad («cuius commoda eius incommoda»), y la responsabilidad civil subsidiaria que surge ahora del citado apartado tercero del art. 120 del Código Penal, que dispone: *«las personas naturales o jurídicas, en los casos de delitos o faltas cometidos en los establecimientos de los que sean titulares, cuando por parte de los que los dirijan o administren, o de sus dependientes o empleados, se hayan infringido los reglamentos de policía o las disposiciones de la autoridad que estén relacionados con el hecho punible cometido, de modo que éste no se hubiera producido sin dicha infracción»*.

Los requisitos legales que son necesarios para el nacimiento de dicha responsabilidad civil, son los siguientes: a) que se haya cometido un delito o falta; b) que tal delito o falta se haya cometido en un establecimiento dirigido por el sujeto pasivo de dicha pretensión; c) que se haya infringido un reglamento de policía o alguna disposición de la autoridad, entendidos estos reglamentos como normas de actuación profesional en el ramo de que se trate (abarcando cualquier violación de un deber impuesto por ley o por cualquier norma positiva de rango inferior, incluso el deber objetivo de cuidado que afecta a toda actividad para no causar daños a terceros); d) que dicha infracción sea imputable no solamente a quienes dirijan o administren el establecimiento, sino a sus dependientes o empleados; e) que tal infracción esté relacionada con el delito o falta cometido de modo que éstos no se hubieran producido sin dicha infracción (nexo de causalidad, operativo, eficaz y eficiente).

Desde la Sentencia de esta Sala, de 15 de febrero de 1986, ya dijimos que por el contrato de depósito en cuenta corriente se constituye un depósito irregular con la consecuencia prevista en el art. 307.3 del Código de Comercio, por el cual, al quedar el dinero confundido con el patrimonio del depositario, éste ha de soportar los riesgos

derivados de su deber de conservar la cosa depositada, de modo que si un tercero comete una defraudación y se apodera del dinero depositado o parte del mismo, de esa pérdida ha de responder el depositario, esto es, la entidad bancaria, en el caso. A la misma conclusión llegamos si examinamos el hecho desde otra perspectiva, la del pago como modo de extinción de las obligaciones (arts. 1156 y siguientes del Código Civil), pues la obligación del depositario de devolver la cosa depositada (arts. 1766 CC y 306 Ccom.) se extingue por el pago, pero éste sólo es eficaz cuando se hace a la persona en cuyo favor estuviese constituida la obligación o a otra autorizada a recibirla en su nombre, como dice el art. 1162 del Código Civil. Por tanto, la entrega de la cosa depositada a una *persona distinta* de las expresadas en esa última norma jurídica no produce el efecto extintivo de la obligación del depositario relativa a la devolución del objeto del depósito. De modo que, como ya adelantábamos, el perjudicado por tal delito (en el caso, extracción de dinero mediante cheque falsificado mediante imitación de la firma de su titular) es el propio banco o caja de ahorros, y no el titular de la cuenta.

Al no haberse hecho así en estos autos, sino que la entidad Banco Santander Central Hispano permanece situada en el lado pasivo del proceso penal, la solución pasa por la declaración de la misma como responsable civil directo, o como responsable civil subsidiario, que es cómo se ha planteado el asunto, de modo que su situación ha variado, arrastrando el inicial concepto de perjudicado y responsable ante el titular de la cuenta, al de responsable civil frente al mismo, pudiendo ejercitar dicho titular tales acciones civiles en el seno del proceso penal, sin que sea tolerable diferir esta cuestión al ámbito de la jurisdicción civil, pues puede ser resuelta dentro de los parámetros (jurídico-privados) que el proceso penal español permite, con tal que exista la oportuna rogación (acción civil entablada conjunta o separadamente de la penal) y posibilidad de defensa como tal responsable civil (personación en este concepto y oportunidad probatoria). Por eso, las Sentencias de esta Sala Casacional de 6 de diciembre de 1954, 14 de mayo de 1963, 14 de noviembre de 1967 y 24 de septiembre de 1968 declararon, con motivo de delitos de estafa cometidos por medio de cheques falsos o falsificados, que es la entidad bancaria y no el cuentarrentista, la perjudicada por la defraudación, llegándose a afirmar que si se recuperase parte o toda la cantidad defraudada, se entregará a la misma y no a su cliente, ya que es obvio que tiene que devolver a la cuenta corriente del cliente las cantidades que indebidamente salieron de la misma, por la negligencia o impericia de los empleados al comprobar la legitimidad de los cheques.

A esta misma solución se llega por la vía del art. 156 de la Ley 19/1985, de 16 de julio, Cambiaria y del Cheque, si bien de forma analógica, en el caso ahora enjuiciado. Estamos en presencia, en definitiva, de una responsabilidad cuasi-objetiva para el librado, con presunción de culpa civil, basada en el criterio del riesgo profesional, y por tanto de un especial deber de garantía que la ley impone a las personas directoras del establecimiento por su omisión de impedir la comisión de delitos o faltas, de efectos no penales, sino exclusivamente patrimoniales, sin que sea necesario precisar la persona física infractora del deber legal o reglamentario, con tal que se encuentre dentro del círculo de la actividad que resultó insuficiente para impedir la consumación delictiva y en el ámbito espacial de su dirección o control». (F. J. 6º)

## **RESPONSABILIDAD CIVIL SUBSIDIARIA DE COMUNIDAD AUTÓNOMA. Delitos cometidos por internos evadidos de Centro Penitenciario.**

Recurso: Casación nº 1318/2005 P

Ponente: Sr. Martín Pallín

Sentencia: nº 47/2007 de fecha 08/01/2007

«...6.- En síntesis, todos los recurrentes vienen a mantener, como punto de partida, que los hechos por los que se ha condenado a Brito y Picatoste se iniciaron en el Centro Penitenciario de Ponent (Lérida) dependiente de la Generalitat de Catalunya y fueron consecuencia de infracciones del Reglamento penitenciario, por lo que resulta de aplicación el artículo 120.3 del Código Penal.

7.- La inclusión de un apartado específico para la responsabilidad civil subsidiaria del Estado, la Comunidad Autónoma, la Provincia, la isla, el Municipio y demás entes públicos (artículo 121 del Código Penal) no modifica ni altera la responsabilidad tradicional de estos entes, recogida en la referencia general del artículo 120. 3º del Código Penal a las personas naturales o jurídicas por los delitos o faltas cometidos en los establecimientos de los que sean titulares, cuando por parte de los que los dirijan o administren o de sus dependientes o empleados, se hayan infringido los reglamentos de policía o las disposiciones de la autoridad que estén relacionados con el hecho punible cometido, de modo que éste no se hubiera producido sin dicha infracción.

8.- La homologación de ambos supuestos ha sido avalada por el acuerdo de la Sala General de 26 de Mayo de 2000 en el que se llegó a la conclusión de la compatibilidad entre ambos preceptos, aplicándose el artículo 121 cuando el daño causado pueda ser atribuido a un funcionario imputado en el proceso y el 120.3 cuando se observe un funcionamiento de la administración contrario a las previsiones reglamentarias que regulan el funcionamiento del servicio.

En dicho acuerdo se aprobó que: "el artículo 121 del nuevo Código Penal no altera la jurisprudencia de esta Sala relativa a la responsabilidad civil subsidiaria del Estado por delitos cometidos en establecimientos sometidos a su control, cuando concurren infracciones reglamentarias en los términos del artículo 120.3 del Código Penal".

9.- Como es lógico no basta con detectar irregularidades en el cumplimiento de las previsiones reglamentarias sino que es necesaria una conexión causal entre la infracción de los reglamentos y el resultado de tal manera que, sin dicha infracción, el tercero no hubiera cometido el delito.

10.- Como hemos dicho la sentencia admite dialécticamente la existencia de infracciones reglamentarias pero no le atribuye valor causal.

No obstante debemos señalar, en relación con el permiso concedido a Picatoste, que, en ocasiones anteriores, dada la peligrosidad del mismo se le había denegado por el Juez de Vigilancia Penitenciaria.

La cuestión, en principio, podría estar desconectada de la comisión del hecho delictivo pero es necesario examinar cual fue el comportamiento de la Administración Penitenciaria a partir de la concesión de un permiso ordinario de cuarenta y ocho horas.

11.- El permiso se concede el día 3 de Octubre de 2001, hasta las 14 horas del día 5. Al no regresar no consta que se pusiesen los hechos en conocimiento de las autoridades policiales y judiciales por la posible comisión de un delito de quebrantamiento de condena, y para que se adoptaran las oportunas medidas.

12.- A este hecho se une las numerosas llamadas telefónicas realizadas por Brito durante ese período de tiempo hasta el 14 de Octubre siguiente, en el que se pone en ejecución el plan de fuga. Se trataba de delincuentes, ambos peligrosos, condenados por delitos violentos con antecedentes por delitos de quebrantamiento de condena y era pública y notoria, su estrecha amistad conocida por todos los vigilantes y presos del Centro Penitenciario.

13.- La sentencia, para desvirtuar la posible negligencia o descuido, desconecta el plan de fuga de estas llamadas y contactos y sostiene que éste se perfiló mediante cartas entre ellos, cuyo contenido está amparado por el artículo 18 de la Constitución.

14.- Compartiendo, en términos generales, esta observación, en el caso concreto, existían los antecedentes que hemos narrado y se habían producido los contactos telefónicos, cuyo listado de destinatarios pudo ser perfectamente solicitado para prevenir una posible concertación entre ambos, sin afectar al derecho al secreto de las comunicaciones.

15.- Hubo por tanto, negligencia previa y en la reacción posterior a la concesión del permiso que puede conectarse con el plan de fuga tal como se había diseñado. Las medidas se toman el día 10 de Octubre cuando ya habían transcurrido cinco días desde el quebrantamiento de la condena. Se sabía que había sido el hermano de Brito el que había ido a recogerlo y, por tanto, se debió poner este dato en conocimiento de la policía y citar a éste para que diera razón de lo que había sucedido. El juzgado, a su vez, no dictó orden de detención hasta el siguiente día 19 de Octubre.

16.- A posteriori, se comprueba que el anormal número de llamadas desde el Centro Penitenciario, se realizaron al teléfono del hermano de Brito y a otro que tenía Picatoste. Es incuestionable que hubo una absoluta relajación en cuanto al control reglamentario de las llamadas telefónicas, resultando anormal las que se realizan precisamente el día de la fuga. No hubo ni el control que impone el artículo 47 del Reglamento Penitenciario, ni la más mínima previsión reglamentaria.

17.- La autolesión se realiza el día 14 de Octubre por ser domingo y saber que se cuenta con un personal sanitario reducido. Hay un médico de guardia en la prisión pero el aparato de Rayos X no funciona por ser fin de semana. Esta circunstancia revela que el Centro destinado a presos peligrosos había descuidado, hasta cosas tan elementales como que una simple radiografía se pudiera hacer en



cualquier momento sin tener que esperar a los días laborales. No se explica muy bien esta deficiencia que hubiera puesto de manifiesto que la lesión en el codo era absolutamente banal y que no requería ningún tratamiento urgente, bastando con la simple inmovilización.

18.- Acordado el traslado se entra en una fase en la que la Administración Penitenciaria se responsabiliza de las condiciones y medidas de seguridad en que este se efectúa. El artículo 79 del Reglamento Penitenciario regula las medidas que deben observarse para la salida de internos para consulta o ingreso en Centro Hospitalario no Penitenciario. En general, tendrá que ser acordada oír al Centro Directivo y, en casos de urgencia, según dictamen médico, el Director del Centro solicitará la fuerza pública que deberá hacer la conducción y encargarse de la custodia en el centro hospitalario. En el caso presente, se acuerda la conducción por un Mosso D'Escuadra en prácticas y otro agente que van en su vehículo siguiendo a la ambulancia. Dadas las características y antecedentes del preso que la vigilancia y custodia era absolutamente insuficiente.

19.- Por otro lado, el médico de guardia del Hospital que tenía concertado sus servicios con el Centro Penitenciario comenta que "*para que lo había llevado para eso*". En todo caso, ninguna de las dos personas que se encargaron del traslado eran del equipo especial de traslados y custodias, lo que revela una absoluta negligencia por parte del Centro Penitenciario.

20.- En consecuencia, se puede decir que existe una negligencia conexas en la que confluyen los evidentes y palmarios descuidos en poner en marcha las previsiones reglamentarias para detectar, sin grandes esfuerzos ni conculcaciones de derechos fundamentales, un plan definido que tenía su base y fundamento en la inexcusable y previa concesión de permiso a Picatoste y que se enlaza con la cadena sucesiva de negligencias reglamentarias que se observan en el traslado. Esta confluencia de circunstancias nos permiten relacionar causalmente, no sólo lo sucedido con los agentes tiroteados sino las actuaciones posteriores, un poco más dilatadas en el tiempo, que culminan con el asesinato y violación de la pareja que se encontraba en el interior del automóvil.

21.- Queremos resaltar que la imputación del riesgo y responsabilidad civil subsidiaria no se basa en el pronóstico equivocado sobre el permiso ya que, por sí mismo, no es un factor desencadenante causal. Por otro lado cualquier imputación objetiva de responsabilidad a una decisión equivocada, pondría en riesgo el sistema de rehabilitación del que forma parte importante la concesión de permisos para una gradual reinserción social en el momento del cumplimiento de la condena. Cualquier hecho delictivo cometido en el curso de un permiso penitenciario no puede anudarse a una responsabilidad civil subsidiaria sino a un funcionamiento anormal de la Administración Penitenciaria, que debe ser soportada por el Estado y solidariamente por toda la sociedad ya que el fin que se persigue, constitucionalmente exigido, merece ser intentado aún con el riesgo de que la confianza depositada sea traicionada y se produzca un comportamiento contrario a las previsiones y a la finalidad de la concesión del permiso.

22.- La relación causal que declaramos, tiene su origen no en un posible pronóstico equivocado en la concesión del permiso, sino en el cúmulo de

negligencias reglamentarias que han quedado reflejadas y que son la causa eficiente de la consumación de una fuga violenta, planeada gracias a la laxitud en el cumplimiento de las normas de prevención y custodia, así como a la imprevisión sobre las más que razonables acciones violentas de unas personas que tenían unos antecedentes conocidos. No hay obstáculos para establecer esta relación causal también con el asesinato y la violación. Estos hechos se producen después de una inmediata y continuada persecución y cerco policial que obliga a los acusados a esconderse y variar sus planes de fuga. Después de sustraerse durante días a la persecución, el día 13 de noviembre siguiente, deciden apoderarse de un vehículo, única alternativa, que les quedaba para escapar al cerco y consumir la fuga. Insistimos en que se dejó realizar negligentemente y que ello fue la causa de creación de un riesgo por culpa de la Administración Penitenciaria que debe responder subsidiariamente, en la totalidad de los resultados que se derivan de la creación del mismo y de la culpa *in vigilando* que ha quedado minuciosamente descrita.

Por lo expuesto el motivo debe ser **estimado**». (F. J. 12º)

## **RESPONSABILIDAD CIVIL SUBSIDIARIA DEL ESTADO.**

Recurso: Casación nº 716/2000P

Ponente: Sr. Saavedra Ruiz

Sentencia nº 35/2005 de fecha 20/01/2005

«...” En relación con la doctrina vigente de esta Sala sobre responsabilidad civil subsidiaria del Estado por hechos cometidos en aquellos establecimientos, como sucede en el presente caso, que estén sometidos a su control, gobierno y custodia, la S.T.S. 954/00 nos sirve de referencia cuando define el alcance, primero, del antiguo artículo 21 C.P. 1973 y, luego, del vigente artículo 120 C.P. 1995, que establece distintos supuestos de responsabilidad civil subsidiaria, incluyendo precisamente en su número 3º la clásica de los titulares de establecimientos, manteniendo con mejor redacción y técnica la estructura esencial del derogado artículo 21, siempre que se hayan producido infracciones reglamentarias por los directores o administradores de los mismos o por sus dependientes o empleados, en relación de causalidad con la comisión de la infracción penal, refiriéndose el antiguo artículo 21 a la relación del hecho punible cometido con la infracción de los Reglamentos generales y especiales de Policía, mientras con mayor precisión el apartado 3º del vigente artículo 120 añade un último inciso en el sentido que el hecho punible cometido no se hubiera producido sin dicha infracción reglamentaria, es decir, no es suficiente la relación entre el hecho punible y la infracción reglamentaria sino que se precisa además que de haberse observado los Reglamentos la infracción no hubiese tenido lugar, lo que desde luego debe ser fijado desde una perspectiva de racionalidad. De esta forma el Estado puede ser responsable civil subsidiario no sólo ex artículo 121 sino también por el artículo 120.3, ambos C.P., preceptos compatibles entre sí y que permiten una interpretación armónica en la medida que se refieren a situaciones distintas y conductas diferentes, pues en el primero lo determinante es la dependencia funcional del autor del hecho punible con el Estado por cualquier título, administrativo o laboral, con independencia de cualquier consideración local o territorial, mientras que el 120.3 fija como

elemento decisivo el lugar donde el hecho punible se comete, y así el Pleno no Jurisdiccional de esta Sala de 28/05/00 entendió que "el artículo 121 del nuevo Código Penal no altera la Jurisprudencia de esta Sala relativa a la responsabilidad civil subsidiaria del Estado por delitos cometidos en establecimientos sometidos a su control, cuando concurren infracciones reglamentarias en los términos del artículo 120.3 del Código Penal" (ver también S.S.T.S. 1046/01 u 860 y 1461/03).

Pues bien, la responsabilidad civil subsidiaria del Estado conforme al artículo 120.3 C.P. precisa de las siguientes circunstancias: que los hechos punibles se hayan cometido en un establecimiento del que sea titular o se halle sometido al control del Estado o demás Organismos Públicos; que sus dirigentes, administradores, dependientes o empleados hayan infringido los Reglamentos de Policía o demás disposiciones de la autoridad, relacionadas con el hecho punible; y que sin dicha infracción el tercero no hubiera cometido el delito, pues la infracción reglamentaria ha de ser causalmente influyente en el mismo, lo que comporta definir racionalmente el alcance de dicha causalidad teniendo en cuenta las circunstancias de cada caso concreto...» (F.J. 1º)

## **SENTENCIA. Motivación de sentencia absolutoria.**

Recurso: Casación nº 23/2004

Ponente: Sr. Colmenero Menéndez de Luarca

Sentencia: nº 1005/2006 de fecha 11/10/2006

«...las sentencias absolutorias parten de afirmar la prevalencia de la presunción de inocencia sobre el valor incriminatorio de las pruebas de cargo que las acusaciones hayan aportado al juicio oral. El acusado se sitúa inicialmente en una posición en la que se afirma su inocencia, y para dictar una sentencia condenatoria es preciso demostrar la culpabilidad, con arreglo a la ley, más allá de toda duda razonable. Como complemento de la presunción de inocencia, el principio in dubio pro reo, impide que el Tribunal, al valorar las pruebas, resuelva las dudas, cuando realmente pueda tenerlas, eligiendo el supuesto más perjudicial para el acusado. El sistema penal propio de un Estado democrático de Derecho, basado en principios que reconocen derechos individuales, y entre ellos el derecho a la presunción de inocencia, no puede asumir la condena de los inocentes, aun cuando ello sea a costa de confirmar en ocasiones la absolución de algunos que pudieran ser culpables. Si bien la falta de identificación de los autores de un delito, con más razón cuando se trata de un delito grave, puede considerarse un fracaso del sistema, la absolución de los acusados, una vez descartada la arbitrariedad y el error, no puede valorarse como tal fracaso, sino como una consecuencia de la reafirmación de los principios, aunque en el caso concreto pueda resultar difícil de aceptar, especialmente por quienes se han visto directamente afectados por el hecho delictivo.

En este sentido, es decir, en relación con la constatación de la inexistencia de arbitrariedad o error patente, las sentencias absolutorias 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. Como se decía en la STS nº 1547/2005, de 7 de diciembre, la necesidad de motivar las sentencias se refiere también a las absolutorias, "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.

Esta idea ha sido expresada en otras ocasiones por esta Sala. Así, se decía en la STS núm. 2051/2002, de 11 de diciembre, que «las sentencias absolutorias también han de cumplir con la exigencia constitucional y legal de ser motivadas (art. 120.3 CE, 248.3º de la LOPJ y 142 de la LECrim), aunque no se puede requerir la misma especie de motivación para razonar y fundar un juicio de culpabilidad que para razonar y fundar su contrario. El juicio de no culpabilidad o de inocencia es suficiente, por regla general, cuando se funda en la falta de convicción del Tribunal sobre el hecho o la participación del acusado. Como se dijo en la S. 186/1998 recordada por la 1045/1998 de 23 de septiembre y la 1258/2001, de 21 de junio "la necesidad de razonar la certeza incriminatoria a que haya llegado el Tribunal es una consecuencia no sólo del deber de motivación sino del derecho a la presunción de inocencia. No existiendo en la parte acusadora el derecho a que se declare la culpabilidad del acusado, su pretensión encuentra respuesta suficientemente razonada si el Tribunal se limita a decir que no considera probado que el acusado participase en el hecho que se relata, porque esto sólo significa que la duda inicial no ha sido sustituida por la necesaria certeza. Y es claro que basta la subsistencia de la duda para que no sea posible la emisión de un juicio de culpabilidad y sea forzosa, en consecuencia, la absolución"».

Y también en la STS núm. 1232/2004, de 27 de octubre, se puede leer que «de otra parte, su exigencia [la de motivar] será, obviamente, distinta si la sentencia es condenatoria o absolutoria. En este supuesto, la motivación debe satisfacer la exigencia derivada de la interdicción de la arbitrariedad (art. 9.3 de la Constitución), en tanto que el órgano jurisdiccional debe señalar que en el ejercicio de su función no ha actuado de manera injustificada, sorprendente y absurda, en definitiva, arbitraria. En la sentencia condenatoria la motivación, además de este contenido, debe expresar las razones por los que entiende que el derecho fundamental a la presunción de inocencia ha sido enervado por una actividad probatoria tenida por prueba de cargo. En otras palabras, la motivación de la sentencia absolutoria se satisface en cuanto expresa una duda sobre los hechos de la acusación, porque la

consecuencia de esa duda es la no enervación del derecho a la presunción de inocencia».

Estas afirmaciones, como entonces se advertía, deben ser, sin embargo, matizadas. Hay que tener en cuenta que aunque la absolución se justifica con la duda, la proscripción de la arbitrariedad exige que ésta sea razonable. No, por lo tanto, cualquier clase de duda. Por ello, para entender suficientemente motivada una sentencia absolutoria es preciso que de la misma se desprenda con claridad el carácter racional o razonable de la duda sobre los hechos o sobre la participación del acusado.

En este sentido, cuando exista una prueba de cargo que pueda considerarse consistente, no puede aceptarse como suficiente la expresión desnuda y simple de la duda, sino que será precisa la existencia añadida de algún dato o elemento, explícito o implícito pero siempre accesible, que permita una explicación comprensible de la desestimación de las pruebas de la acusación. Así podrá comprobarse la racionalidad de la duda y la ausencia de arbitrariedad.

En segundo lugar, según reiterada jurisprudencia del Tribunal Constitucional, tributaria en alguna medida de la dictada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, el recurso ante un Tribunal superior no permite rectificar los hechos en perjuicio del acusado cuando para ello sea necesario valorar pruebas personales que el Tribunal que resuelve el recurso no ha presenciado. El recurso de casación no prevé la celebración de vista para proceder a un nuevo interrogatorio de los acusados y de los testigos. Por ello, la eventual arbitrariedad en el proceso valorativo de la prueba que conduce como conclusión a la absolución de los acusados solamente podría dar lugar a la anulación del juicio para la celebración de uno nuevo ante otro Tribunal. Ello no tendrá lugar, sin embargo, si la decisión absolutoria del Tribunal de instancia puede considerarse razonable, para lo cual ha de tenerse en cuenta en todo caso que, como antes hemos dicho, su punto de partida es la inocencia del acusado». (F. J. 4º)

## **SENTENCIA. Motivación de sentencia de conformidad.**

Recurso: Casación nº 2693/2003

Ponente: Sr. Martín Pallín

Sentencia: nº 489/2006 de fecha 24/04/2006

«En todo caso, la aceptación de los hechos no exime al Tribunal de extenderse en consideraciones sobre las razones y pruebas complementarias que avalan la aceptación del acusado de un gravamen tan intenso como una pena de seis años. En todo caso la sentencia no podría prosperar ya que carece en absoluto de motivación. Si bien hemos dicho que en los casos de conformidad la motivación puede ser mas sintética no se puede prescindir de ella de manera tan drástica como ha hecho la presente resolución.

La carencia absoluta de motivación incide en la vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, por lo que debe ser casada y anulada». (F. J. Único)

## **SENTENCIA. Motivación de sentencias absolutorias.**

Recurso: Casación nº 404/2005  
Ponente: Sr. Colmenero Menéndez de Luarca  
Sentencia: nº 1547/2005 de fecha 07/12/2005

«Las anteriores consideraciones son de aplicación en su integridad a las sentencias condenatorias. En ellas, como ya se indicó más arriba, la fundamentación debe ser suficiente para que pueda considerarse razonablemente enervada la presunción de inocencia.

En principio, también son de aplicación a las sentencias absolutorias. 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.

Esta idea ha sido expresada en otras ocasiones por esta Sala. Así, se decía en la STS nº 2051/2002, de 11 de diciembre, que “las sentencias absolutorias también han de cumplir con la exigencia constitucional y legal de ser motivadas (art. 120.3 CE, 248.3º de la LOPJ y 142 de la LECrim), aunque no se puede requerir la misma especie de motivación para razonar y fundar un juicio de culpabilidad que para razonar y fundar su contrario. El juicio de no culpabilidad o de inocencia es suficiente, por regla general, cuando se funda en la falta de convicción del Tribunal sobre el hecho o la participación del acusado. Como se dijo en la S. 186/1998 recordada por la 1045/1998 de 23 de septiembre y la 1258/2001, de 21 de junio «la necesidad de razonar la certeza incriminatoria a que haya llegado el Tribunal es una consecuencia no sólo del deber de motivación sino del derecho a la presunción de inocencia. No existiendo en la parte acusadora el derecho a que se declare la culpabilidad del acusado, su pretensión encuentra respuesta suficientemente razonada si el Tribunal se limita a decir que no considera probado que el acusado

participase en el hecho que se relata, porque esto sólo significa que la duda inicial no ha sido sustituida por la necesaria certeza. Y es claro que basta la subsistencia de la duda para que no sea posible la emisión de un juicio de culpabilidad y sea forzosa, en consecuencia, la absolución».

Y también en la STS nº 1232/2004, de 27 de octubre, se puede leer que “de otra parte, su exigencia [la de motivar] será, obviamente, distinta si la sentencia es condenatoria o absolutoria. En este supuesto, la motivación debe satisfacer la exigencia derivada de la interdicción de la arbitrariedad (art. 9.3 de la Constitución), en tanto que el órgano jurisdiccional debe señalar que en el ejercicio de su función no ha actuado de manera injustificada, sorprendente y absurda, en definitiva, arbitraria. En la sentencia condenatoria la motivación, además de este contenido, debe expresar las razones por los que entiende que el derecho fundamental a la presunción de inocencia ha sido enervado por una actividad probatoria tenida por prueba de cargo. En otras palabras, la motivación de la sentencia absolutoria se satisface en cuanto expresa una duda sobre los hechos de la acusación, porque la consecuencia de esa duda es la no enervación del derecho a la presunción de inocencia”.

Estas afirmaciones, deben ser, sin embargo, matizadas. Hay que tener en cuenta que la absolución se justifica cuando exista una duda razonable, y no cualquier clase de duda. Por ello, para entender suficientemente motivada una sentencia absolutoria es preciso que de la misma se desprenda con claridad el carácter racional o razonable de la duda sobre los hechos o sobre la participación del acusado, lo que, siendo aplicable en general a todos los Tribunales, igualmente resulta aplicable a las sentencias del Tribunal del jurado, si bien con las precisiones derivadas de las características de la motivación exigible a quienes no solo son profanos en derecho sino que carecen además de la experiencia retórica del foro.

En este sentido, cuando exista una prueba de cargo que pueda considerarse consistente, no puede aceptarse como suficiente la expresión desnuda y simple de la duda, sino que será precisa la existencia de algún dato o elemento, explícito o implícito pero siempre accesible, que permita una explicación comprensible de la desestimación de las pruebas de la acusación. Así podrá comprobarse la racionalidad de la duda y la ausencia de arbitrariedad.

Por otra parte, no es posible desconocer las peculiaridades que presenta el enjuiciamiento por jurados, pues en estos casos la fundamentación de la decisión se contiene de un lado en el acta del veredicto y de otro en la sentencia, y si bien la segunda es redactada por un técnico en Derecho, la redacción de la primera corresponde a jueces legos en la materia. En este sentido el acta del veredicto debe ser valorada en su conjunto como expresión de la decisión de los jurados, teniendo en cuenta la secuencia de los hechos que se declaran probados, las menciones expresas a las pruebas concretas y los razonamientos incluidos, sin llegar a que las exigencias de motivación se conviertan en requisitos meramente formales.

Como se decía en la STS nº 1646/2003, de 10 de diciembre, “no puede aislarse el contenido del concreto apartado en donde se justifica la decisión (en el caso del Tribunal del Jurado, en el acta señalada por el art. 61 de su Ley reguladora) del conjunto de la misma actividad probatoria que ha tenido lugar en el proceso, que

conforma el objeto de éste, pues necesariamente se ha de poner en relación tal objeto con lo consignado en dicho apartado; entenderlo de otro modo, sería dejar vacío de inteligibilidad a lo que es obvio. La sentencia de 30 de mayo de 1998 establece que la fundamentación del veredicto, se puede obtener poniendo en relación el contexto del acta de votación, con la remisión a las pruebas practicadas y a los hechos que se admiten como probados”.

En el sentido similar, la STS nº 1531/2004, de 23 de diciembre y la STS nº 1383/2003, de 22 de octubre». (F. J. 2º)

## **SENTENCIA. Número de Magistrados necesarios para dictarla.**

Recurso: Casación nº 1204/2004

Ponente: Sr. Sánchez Melgar

Sentencia: nº 1536/2005 de fecha 16/12/2005

«Tiene razón el recurrente cuando señala que la sentencia recurrida ha sido dictada solamente por dos magistrados y que con ello se ha infringido lo dispuesto en el art. 145 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, y la regulación que se contiene en los arts. 259 a 267 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, sin que resulte de aplicación lo dispuesto en el art. 257.4 de la misma, por cuanto tal precepto permite la formación de la Sala para resolver la causa por dos Magistrados, “cuando el impedido no pudiese votar ni aún de este modo”. No era este el caso, pues pudo el tercer Magistrado formar Sala, aun habiendo cesado en la Sección, al no hacerse constar cuál fue la causa que le impedía formar Sala a un Magistrado que ha cesado en dicha Sección. El art. 155 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, dispone que “cuando fuere trasladado, jubilado, separado o suspenso algún Magistrado, votará las causas a cuya vista hubiere asistido y que aún no se hubiesen fallado”. Obsérvese que el art. 257 de la Ley Orgánica del Poder Judicial invocado, reproduce literalmente el contenido del art. 154 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por lo que no puede argumentarse que sea una nueva regulación sobre la materia.

Este tema ha sido ya resuelto por la jurisprudencia de esta Sala Casacional. Al respecto, citamos la STS 750/2003, de 26 de mayo, que literalmente dice: “la cuestión que se plantea está regulada no sólo en la LECrim sino también en la LOPJ que, como orgánica y posterior, ha derogado aquélla tácitamente en aquellos preceptos que se encontraran en contradicción con la nueva regulación, en virtud de la «cláusula de cierre» de su Disposición Derogatoria (S. 2065/2001 de 7 de noviembre). No ocurre así en la materia objeto de nuestro análisis por la coincidencia esencial, en lo que ahora importa, de ambas leyes. No obstante la sentencia recurrida al haber sido deliberada, votada y firmada exclusivamente por dos Magistrados se aparta de las normas sobre la constitución de los tribunales. El art. 196 de la LOPJ establece que «en los casos en que la ley no disponga otra cosa bastarán tres Magistrados para formar Sala». En el mismo sentido el art. 145 de la LECrim dispone que para dictar sentencia serán necesarios tres Magistrados. El quórum de tres es imprescindible para la válida formación o constitución de la Sala. Se ha subrayado que en materia penal la composición de los Tribunales debe ser siempre impar (arts. 145 y 898 de la LECrim). En la LOPJ los verbos «formar» y «constituir» son



equivalentes; el primero –«formar»– lo utilizan los arts. 188.2, 196 y 197, el segundo –«constituir»– lo emplea el art. 199 y el art. 2002.1 se sirve de los dos. En la deliberación y votación han de participar los mismos Magistrados que intervinieron en la vista, incluidos los trasladados o jubilados, y ha de comenzar por la propuesta del ponente, que es también el primero en emitir su voto (arts. 253, 254 y 256 de la LOPJ y arts. 149, 151 y 155 de la LECrim); las sentencias se firmarán por todos los Magistrados no impedidos (art. 259 LOPJ). La necesidad de tres Magistrados, como dijo la sentencia de 14 de diciembre de 1992, se explicita en el art. 145 de la Ordenanza Procesal Penal y se reitera en el art. 196, en relación con el art. 81 LOPJ; la constitución de una Sala para dictar sentencia con sólo dos Magistrados es antijurídica e incurre en la nulidad del art. 238.1º LOPJ. La sentencia de 5 de mayo de 1993 insiste en que dichos artículos (81, 196 LOPJ y 145 LECrim) no permiten que una sentencia dictada por una Audiencia Provincial lo sea por menos de tres Magistrados”.

Y añade: “la sentencia recurrida dictada por una Sala integrada por dos Magistrados es nula con nulidad insubsanable, conforme a lo establecido en el apartado 3º del art. 238 de la LOPJ por total apartamiento de las normas esenciales del proceso. Lo que la LOPJ prevé en el art. 257.4 es la situación del Magistrado que no pudiera votar a pesar de los modos extraordinarios establecidos en los tres primeros apartados del mismo artículo. En ese caso votarán la causa y dictarán sentencia los no impedidos si hubiere los necesarios para formar mayoría que no puede ser otra, en una interpretación lógica y sistemática, que la mínimamente necesaria para constituir Sala. El art. 257 en su totalidad es transcripción literal art. 154 de la LECrim que, a su vez, lo es del art. 686 de la vieja Ley Orgánica del Poder Judicial de 1870, como subrayan los primeros comentaristas de la Ley de Enjuiciamiento Criminal; no es lo mismo el caso de quien «votó en Sala y no pudo firmar» del que ni siquiera ha tomado parte en el acto de la deliberación, lo que hubiera obligado, en su caso, a «ver de nuevo el asunto» sustituyendo al impedido, como dispone el art. 258 de la LOPJ y se ordena ahora con las lamentables dilaciones que se producirán, ajenas al comportamiento procesal de los recurrentes. Esta Sala estima que, sin perjuicio de la situación descrita en los antecedentes de hechos de la sentencia recurrida, el supuesto disciplinario como el allí planteado no permite alterar la constitución del Tribunal para dictar sentencia, pues ello afecta a la garantía de ser juzgado por el juez predeterminado por la ley”.

En este mismo sentido, la STS 1153/2004, de 19 de octubre, resolviendo igualmente un caso idéntico, nos dice que “... la sentencia recurrida al haber sido deliberada, votada y formada exclusivamente por dos Magistrados se aparta de las normas sobre la constitución de los Tribunales”. Y más adelante: “... en la deliberación y votación han de participar los mismos Magistrados que intervinieron en la vista, incluidos los trasladados o jubilados y ha de comenzar con la propuesta del ponente, que es también el primero en emitir su voto (art. 253, 254 y 256 LOPJ y arts. 149, 151 y 155 de la LECrim), las sentencias las firmarán todos los Magistrados no impedidos (art. 259 LOPJ). La necesidad de tres Magistrados, como dijo la sentencia de 14.12.92, se explicita en el art. 145 de la Ordenanza Procesal Penal y se reitera en el art. 196, en relación con el art. 81 LOPJ; la constitución de una Sala para dictar sentencia con sólo dos Magistrados es antijurídica e incurre en la nulidad del art. 238.1 LOPJ”». (F. J. 2º)

## **SENTENCIA. Revisión. La retroacción de la norma penal más favorable afecta sólo a los pronunciamientos penales no a la responsabilidad civil**

Recurso: Casación nº 2079/2005

Ponente: Sr. Delgado García

Sentencia: nº 998/2006 de fecha 10/10/2006

«...Hemos de decir que la revisión de sentencias firmes como consecuencia de la mencionada retroacción, afecta sólo a los pronunciamientos estrictamente penales, no a aquellos de orden civil, según sentencias de esta sala números 106 (de 31 de enero), 188 (de 14 de febrero) y 266 (de 4 de marzo), todas de 1997, las dos primeras citadas por la defensa de la Tesorería de la Seguridad Social al contestar al presente recurso. Así se deduce también del propio texto del art. 2.2 CP y de la disposición transitoria primera de la LO 15/2003 que sólo se refieren a las normas propiamente penales. Cuando se producen las correspondientes revisiones de sentencias firmes por aplicación de la nueva ley penal más favorable para el reo, si hay declaraciones de responsabilidad civil, estas han de permanecer sin alteración. El principio de seguridad jurídica aboga en pro de la conservación de lo resuelto por sentencia firme. Esa excepción, motivada por la entrada en vigor de una norma más beneficiosa en lo penal, ha de limitar su eficacia al ámbito estricto de las penas.

En el fundamento de derecho 3º de la citada sentencia de esta sala 266/1997, podemos leer lo siguiente: *"...el principio de retroactividad de la ley más benigna afecta a la norma propiamente penal o sancionadora con arreglo al art. 9.3 de la Constitución; mas no al tema de la responsabilidad civil que, conforme a lo reiterado por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, sus normas reguladoras carecen de retroactividad"*». (F. J. 3º)

## **TRIBUNAL DEL JURADO. Apelación. Deber de respetar la apreciación de la prueba por los jueces legos.**

Recurso: Casación nº 783/2005

Ponente: Sr. Delgado García

Sentencia: nº 341/2006 de fecha 27/03/2006

«...En principio, en estos casos de proceso penal con jurado, ha de respetarse la apreciación de la prueba que se deduce del veredicto emitido por los jueces legos. En todo caso, si se aparta la sentencia dictada en apelación de aquella apreciación, es claro que ha de motivarse de modo claro y preciso, habida cuenta de que se trata de una excepción a la regla de prevalencia del veredicto del jurado.

.....Cabe argumentar aquí con diversas resoluciones del TC (S.167/2002 -del pleno- que cita varias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y otras muchas

posteriores a la citada, entre ellas las referidas en el escrito de recurso que estamos examinando, las 40 y 50/2004 y la 31/2005). Para estos casos de sentencias condenatorias en apelación revocatorias de otras absolutorias en la primera instancia, el TC da particular relevancia al principio de inmediación, habiendo llegado a decir que tal pronunciamiento condenatorio, cambiando el sentido del fallo de quien había presidido y presenciado la prueba, no puede hacerse sin que el tribunal de la segunda instancia haya practicado personalmente nueva prueba con publicidad y contradicción». (F. J. 3º)

## **TRIBUNAL DEL JURADO. Competencia. Conexidad.**

Recurso: casación nº 511/2004P

Ponente: Sr. Colmenero Menéndez de Luarca

Sentencia nº 468/2005 de fecha 14/04/2005

«...» El artículo 5.2 de la LOTJ extiende la competencia del Tribunal del jurado a los delitos conexos, entre otros casos, cuando alguno de los delitos se haya cometido para perpetrar otros, facilitar su ejecución o procurar su impunidad. Su contenido no es una exacta reproducción del artículo 17.5 de la LECrim ni tampoco se trata de previsiones absolutamente diferentes, pues en este último caso para apreciar la conexidad se exige que los delitos imputados a la misma persona al incoarse causa contra ella tengan analogía o relación entre sí, lo que revela una mayor amplitud en la regulación. En el artículo 5.2 de la LOTJ, por lo tanto, quedarán incluidos aquellos supuestos en los que la relación entre los delitos sea una de las expresamente previstas.

Por otro lado, aunque esta previsión legal tiene algunas similitudes con el llamado concurso medial del artículo 77 del Código Penal, ambos preceptos no son enteramente coincidentes, pues en este último caso se exige que una de las infracciones sea medio necesario para cometer la otra, carácter de necesidad que no es exigido en esos términos en todos los supuestos previstos en el artículo 5.2 de la LOTJ, por lo que es posible afirmar la competencia del jurado para conocer de los delitos conexos aún en los casos en que no se aprecie técnicamente el concurso medial.

Para ello, sin embargo, es necesario que exista una determinada finalidad en la comisión de los delitos conexos, pues la ley exige que hayan sido cometidos: para perpetrar otros; o para facilitar su ejecución; o para procurar su impunidad. Por lo tanto, entre los delitos imputados debe haber una relación que pueda encuadrarse en alguna de las anteriores proposiciones...»». (F.J. 2º).

## **TRIBUNAL DEL JURADO. Defectos en los hechos objeto de veredicto.**

Recurso: Casación nº 2213/2004

Ponente: Sr. Sánchez Melgar

Sentencia: nº 1466/2005 de fecha 28/11/2005

«Conviene poner de manifiesto que la LOTJ ha partido de una articulación secuencial del objeto del veredicto en el art. 52 de la misma, estructurando las diversas cuestiones que han de someterse a la consideración del Tribunal de Jurado, y que son trasunto, como es lógico, de las alegaciones fácticas de las partes incorporadas a sus escritos de acusación y de defensa. Tal articulación es consecuencia de una serie de premisas, de las que parte la Ley: primero, sirven para que el Magistrado-Presidente pueda redactar los hechos probados de la Sentencia que haya de dictarse, condenatoria o absolutoria, incorporando al «factum» todos los elementos que el Jurado entienda como probados y que construyan el propio hecho probado, desde su comienzo hasta su consumación, con todos los avatares que las partes hayan planteado como acontecidos, incluidos también todos los elementos del llamado juicio de culpabilidad y de sus circunstancias en relación con la capacidad mental del acusado. En segundo lugar, sirven también para que la motivación se estructure en cada una de las proposiciones que se les formulan, sin que sea necesario naturalmente que tal motivación sea incardinable en cada una de las preguntas o proposiciones, sino que bastará una motivación general, con tal que el Jurado explique sucinta pero suficientemente las pruebas en que se ha basado para dictar su veredicto. Pero tal estructuración secuencial de proposiciones, sin duda facilitan la labor intelectual de motivación, pues supone detenerse mentalmente en cada uno de los grados o estructuras de los hechos en su configuración secuencial para determinar en qué elementos probatorios se apoyó el Jurado, dejando nota sucinta de tal explicación (STS 12.3.2001).

El Tribunal Superior de Justicia estima el motivo por infracción del art. 52.1 a) de la LOTJ, por falta de claridad y concreción de los hechos objeto del veredicto. En efecto, dicho apartado legal dispone: *“a) narrará en párrafos separados y numerados los hechos alegados por las partes y que el Jurado deberá declarar probados o no, diferenciando entre los que fueren contrarios al acusado y los que resultaren favorables. No podrá incluir en un mismo párrafo hechos favorables y desfavorables o hechos de los que unos sean susceptibles de tenerse por probados y otros no. Comenzará por exponer los que constituyen el hecho principal de la acusación y después narrará los alegados por las defensas. Pero si la consideración simultánea de aquéllos y éstos como probados no es posible sin contradicción, sólo incluirá una proposición. Cuando la declaración de probado de un hecho se infiera de igual declaración de otro, éste habrá de ser propuesto con la debida prioridad y separación”*.

En el trámite previsto en el art. 53, el Ministerio fiscal y la acusación particular se opusieron a la inclusión en el objeto del veredicto, concretamente en el apartado II (hechos *favorables* a la acusada) todos los propuestos por la defensa (cinco en total), lo que fue desestimado por el Magistrado-Presidente, salvo alguna corrección, como consta en el acta levantada al efecto. En definitiva, lo que la defensa quería introducir en el objeto de veredicto, como hecho favorable a la acusada, era que existían quejas respecto al funcionamiento del servicio que iba a ser adjudicado durante el año 1996, precisamente cuando las querellantes se habían hecho cargo de él, y que también constaba un informe suscrito a fecha 10 de diciembre de 1996, por la trabajadora técnico de la infancia, Dolores Pérez, en el que valoraba negativamente la prestación de tales servicios. Igualmente, en la proposición primera, solicitaba que el Jurado se pronunciase acerca de que habían concurrido otras dos entidades licitadoras, junto a la litigiosa, y que finalmente ésta última renunció de forma inmediata a la concesión, antes de dar comienzo a la prestación de sus servicios, lo que fue aceptado por la Comisión de Gobierno del referido Ayuntamiento.

Los hechos que fueron incorporados al objeto del veredicto no eran, ciertamente, irrelevantes para el tipo penal que se pretendía aplicar, como declaró el Tribunal "a quo", pues en éste, el art. 428 del Código penal, el elemento subjetivo del delito tiene una gran importancia, siendo así que el Tribunal del Jurado terminó por considerar probado que la acusada no intentó manipular la decisión del órgano rector de decisión del concurso (la Comisión de Gobierno), sino exclusivamente dar a conocer la información precisa para poder verificar la oportuna aprobación del servicio público que salía a concurso. Es más, la argumentación se vuelve contra resolución judicial recurrida, porque si es cierto que los hechos irrelevantes no deben ser incorporados a tal objeto de veredicto, carecería de cualquier sentido de proporcionalidad anular el juicio por la inclusión de hechos que no sean necesarios para la decisión de lo que debe ser el objeto del veredicto, por su consideración sencillamente de irrelevantes. Lo importante y decisivo era, como así fue, que los hechos incorporados al apartado I, que son los propuestos por las acusaciones, se hallen incorporados al mismo, dando oportunidad al Jurado de pronunciarse al respecto, como así fue. Y en realidad, tampoco se argumenta en la sentencia del Tribunal Superior de Justicia, la razón por la cual estima que son irrelevantes. Tendrá importancia, desde luego, que la decisión fue precedida de toda la información relevante para formularla, y que no se trató de manipular nada en cuanto a las características de las demás propuestas. En definitiva, los hechos favorables que fueron incluidos en el objeto del veredicto no convertían a éste en nulo, pues lo más que podía ocurrir era que fuesen intrascendentes, cosa que no podemos, desde luego, declarar, ni ello justifica tal nulidad de todo el proceso. En segundo lugar, la inclusión de hechos favorables para el acusado forma parte de su derecho constitucional (derecho a la defensa), y viola, en consecuencia, el contenido del art. 24.2 de nuestra Carta Magna, el Tribunal Superior de Justicia al declarar que se cercena el derecho de defensa por la inclusión de cuestiones fácticas que beneficiaban precisamente a la acusada. Y, en tercer lugar, fueron los propios miembros del Jurado quienes incluyeron estas proposiciones, asumiéndolas, en su propia motivación, y no se olvide que el art. 3.1 de la LOTJ permite al colegio popular incluir en el hecho justiciable aquellos "otros hechos que decidan incluir en su veredicto y no impliquen variación sustancial de aquél"». (F. J. 4º)

## **TRIBUNAL DEL JURADO. Insuficiencia de la motivación del veredicto. Repetición del juicio.**

Recurso: Casación nº 467/2005 P

Ponente: Sr. Martínez Arrieta

Sentencia: nº 1513/2005 de fecha 13/12/2005

«En una reiterada jurisprudencia hemos declarado el contenido y alcance del deber de motivación de las sentencias dictadas por los órganos de la jurisdiccionales penales. Tanto la sentencia impugnada, como el escrito de formalización de la impugnación, como los de las partes recurridas, como antes hemos señalado, contiene abundantes referencias a los pronunciamientos jurisprudenciales al respecto, y a ellos nos referimos como premisa de la argumentación. Tan sólo recordar los hitos que entendemos fundamentales. La motivación de la sentencia se integra como un requisito esencial de toda resolución judicial. A través de la necesaria motivación no sólo se va a satisfacer la necesaria tutela judicial efectiva, explicando las razones que llevan al tribunal sentenciador a dictar la resolución, sino que va a permitir al Tribunal Superior, en virtud de la impugnación, que pueda comprobar la lógica y la racionalidad de la función jurisdiccional. Ambas direcciones de la motivación tienen como destinatario el ciudadano afectado por la actuación judicial, y el pueblo del que emana la Justicia. Además, a través de la motivación, el propio tribunal podrá comprobar, a manera de autocontrol jurisdiccional, si el ejercicio de esa función responde a los presupuestos legales que permite la adopción de la resolución, pues la exteriorización de la decisión, a través de la motivación, permite la comprobación de la concurrencia de los presupuestos de la aplicación de la norma penal. (STS 1658/99 de 15 de noviembre).

En esta exigencia hemos de distinguir, de una parte, la motivación sobre los hechos y la motivación sobre la aplicación del derecho, o motivación de la subsunción, cuyas exigencias son distintas. La motivación sobre los hechos supone la parte esencial de la exigencia motivadora en tanto es aquella por la que se conoce el proceso de convicción del órgano jurisdiccional sobre la culpabilidad de una persona, en el sentido de participación en el hecho delictivo imputado, la que justifica el ejercicio de la jurisdicción. Esta función sólo la puede realizar el órgano jurisdiccional que ha percibido la prueba con la inmediación derivada de la practica de la prueba. De otra parte, su exigencia será, obviamente, distinta si la sentencia es condenatoria o absolutoria. En este supuesto, la motivación debe satisfacer la exigencia derivada de la interdicción de la arbitrariedad (art. 9.3 de la Constitución), en tanto que el órgano jurisdiccional debe señalar que en el ejercicio de su función no ha actuado de manera injustificada, sorprendente y absurda, en definitiva, arbitraria. En la sentencia condenatoria la motivación, además de este contenido, debe expresar las razones por los que entiende que el derecho fundamental a la presunción de inocencia ha sido enervado por una actividad probatoria tenida por prueba de cargo. En otras palabras, la motivación de la sentencia absolutoria se satisface en cuanto expresa una duda sobre los hechos de la acusación, porque la consecuencia de esa duda es la no enervación del derecho a la presunción de inocencia.

Por otra parte, tratándose de sentencias dictadas por el Tribunal del Jurado es obvio que no puede exigirse a los ciudadanos que integran el tribunal el mismo grado de razonamiento intelectual y técnico que debe exigirse al Juez profesional y por ello la Ley Orgánica del Tribunal de Jurado exige una "sucinta explicación de las razones..." (art. 61.1 d) en el que ha de expresarse las razones de la convicción, las cuales deberán ser complementadas por el Magistrado-Presidente en tanto en cuanto pertenece al tribunal atento al desarrollo del juicio, en los términos antes analizados, motivando la sentencia de conformidad con el art. 70.2 de la LOTJ.

Destacamos que en todos los pronunciamientos recaídos en recursos en los que se ha tratado de concretar el mandato de motivación de las sentencias penales, refieren que la exigencia de motivación, aunque existen unos requisitos mínimos, su examen ha de realizarse de forma particularizada para cada supuesto en concreto. Además, que las exigencias al Tribunal de Jurado no pueden ser las mismas que las que puedan ser exigidas al tribunal técnico, lo que no comporta una reducción de la exigencia, sino una expresión con un distinto contenido pues, como dijimos en la STS de 12 de marzo de 2003, "Naturalmente, dejar constancia de tales apreciaciones no requiere ningún tecnicismo, ni un discurso de depurado rigor formal, que tampoco se pide a los jueces profesionales; sino sólo la imprescindible claridad de ideas acerca del rendimiento de cada medio probatorio en particular y del de la prueba en su conjunto. Una claridad de ideas sin la que no sería posible decidir de forma racional y cuya concurrencia ha de hacerse patente a través de la motivación; que, como dice bien claramente la Exposición de motivos de la LOTJ, tiene un necesario componente argumental".

El tribunal, cualquiera que sea su naturaleza, técnico o lego, ha de expresar, con carácter general y sin que quepan excepciones en la materia, la base de su convicción y el hilo argumental que ha tenido en cuenta porque las sentencias penales -para evitar que sean arbitrarias- incorporen siempre una justificación racional de la decisión. Racional, suficiente y lo bastante explícita como para que los destinatarios, y, en general, el eventual lector, puedan tener cabal comprensión del sentido de sus pronunciamientos. Por ello, hemos declarado que el deber de motivar se incumple tanto por ausencia de motivación como cuando la expresada por el tribunal, o es incierta, o no es lógica. En términos de la misma Sentencia de esta Sala anteriormente relacionada, "lo que la ley quiere es que el Jurado diga qué información considera de valor probatorio y por qué. O lo que es lo mismo -y como puede verse en tantos veredictos- que exprese qué cosas de las escuchadas (y de quién), le sirven como "elemento de convicción" o de juicio, y por qué. Pues, dado que lo exigible es un discurso racional, el qué debe tener como respaldo un porqué.

El Tribunal Superior de Justicia, en la sentencia que es objeto de impugnación casacional, declara que no es lógico, y por lo tanto resulta arbitrario, la convicción del tribunal que no valora las declaraciones testimoniales de quienes, directamente, declaran haber presenciado los hechos, Jesús Carmona y María del Mar Calzadilla, además de Jesús Velasco ni tiene en cuenta otras declaraciones, del propio acusado y las de los investigadores o la resultancia de la intervención telefónica, que tiene un sentido de cargo directo e indirecto sobre la participación en los hechos del acusado. Frente a esa actividad probatoria, que inciden en la participación en el hecho del acusado, el Jurado, sin valorar estas declaraciones, se limita a decir que otros

testigos, que habían afirmado no haber visto los hechos, no corroboran las declaraciones de Velasco, ni en orden a la realización del hecho ni siquiera sobre su presencia en el lugar de los hechos, en una expresión de la convicción que resulta ilógica, no sólo en cuanto a la resultancia probatoria, sino porque no se explica el porqué se rechaza la credibilidad de los dos testigos que manifestaron haber visto los hechos y se da credibilidad a terceros testigos que afirmaron haber visto los hechos sólo en su tramo final, cuando la víctima ya había sido agredida. El ejercicio de la función jurisdiccional, exige una actuación sujeta a principios de actuación básicos, entre ellos la interdicción de la arbitrariedad en la valoración de las prebas. Desde esta perspectiva, no es lógico ni razonable un análisis de la prueba que prescindiera de la valoración de las declaraciones de los testigos presenciales de los hechos, o negarles credibilidad con apoyo en lo que han declarado testigos no presenciales de los hechos, o en base a testimonios periféricos al hecho.

Frente a esta motivación de la estimación del recurso que se contiene en la sentencia impugnada, el recurrente alega que el Jurado sí expresó una convicción y ésta rellena la exigencia del art. 61 de la LOTJ, de acuerdo a la jurisprudencia que cita en su impugnación. Sin embargo, y como se ha señalado, el examen de la exigencia de motivación ha de ser particularizado en cada caso concreto, pero con carácter general pueden extraerse determinados requisitos mínimos que en este supuesto, y por las razones que se expresan, son insuficientes para afirmar su concurrencia y la insuficiencia lo es por lo ilógico de la sucinta motivación». (F. J. 1º)

## **TRIBUNAL DEL JURADO. Motivación. Elementos de convicción.**

Recurso: Casación nº 1002/2004  
Ponente: Sr. Andrés Ibáñez  
Sentencia nº 20/2005 de fecha 21/01/2005

«...” Es lo que hace preciso que los tribunales identifiquen con el necesario detalle los elementos probatorios obtenidos de cada una de las fuentes de prueba examinadas, y expresen la razón de asignarles o no alguna eficacia convictiva. Pues no cabe otra forma de juzgar que, siendo racional, dote, a la vez, del ineludible fundamento explícito a la decisión.

Tal modo de proceder es el que la ley prescribe al Jurado con total claridad, en el ya citado art. 61.1 d), cuando le obliga a relacionar los elementos de convicción y a explicar las razones de haber tenido, en función de éstos, unos hechos como probados. Es decir -no importa reiterarlo- se trata de individualizar los datos probatorios merecedores de consideración a tenor del resultado de la prueba; y de argumentar por qué de ellos se sigue la convicción de que los hechos -que en este caso no fueron directamente presenciados por nadie- ocurrieron de una determinada manera y no de otra. Así, los “elementos de convicción” deben quedar plenamente identificados; y la “explicación” de las “razones”, que puede ser “sucinta”, o sea,



breve, ha de hacer patente que las mismas existen como tales y están dotadas de calidad suficiente. Y es que una convicción sin causa sería necesariamente arbitraria; y la obligación de expresarla es una garantía elemental cuando se trata de dotar de rigor al razonamiento, para evitar conclusiones apresuradas. Por lo demás, es un derecho incancelable del acusado conocer el fundamento de la eventual condena.

Este tribunal ha sido bien consciente de las dificultades que el Jurado plantea en tema de la valoración de prueba y motivación de la sentencia, sobre todo cuando se trata de cursos probatorios particularmente complejos. Y así se ha pronunciado en distintas ocasiones a favor de una modulación del deber que impone el art. 120,3 CE (por todas SSTs 514/2002, de 10 de febrero de 2003, 1069/2002 de 13 de junio, 384/2001 de 12 de marzo y 1240/2000 de 11 de septiembre). Pero dejando claro que su observancia no puede quedar por debajo del mínimo legal consistente en la identificación -señalando su fuente- de los concretos elementos de prueba tenidos en cuenta para dictar la sentencia condenatoria; acompañada de una indicación, siquiera elemental, del porqué de la atribución a éstos de un determinado valor convictivo. Es el único modo de acreditar que tal apreciación no ha sido arbitraria. Y, tratándose como se trata de una tarea personalísima, es preciso que el Jurado la asuma directamente en su calidad de juzgador, verbalizando su resultado, de manera que pueda ser conocido por todos, y, en particular, por el Magistrado-presidente, que necesita saber de él para, a su vez, dotar al fallo del necesario fundamento.

Es cierto que la abordada es una cuestión polémica y que no falta quien imputa a desconfianza en la institución el sólo intento de dotar de racionalidad explícita a sus decisiones a través de la exigencia de cumplimiento del imperativo del art. 120,3 CE. Y, ciertamente, puesto que se trata de garantías, hay que hablar de desconfianza, de la misma calidad de la que, en el Estado constitucional, puede legítimamente abrigarse frente a toda instancia de poder, incluido el judicial y sea cualquiera quien lo ejerza. Por lo demás, y desde otro punto de vista, es bien obvio que nadie, ni siquiera el más ferviente juradista, en la hipótesis de ser declarado autor de un delito, demandaría para sí y quedaría satisfecho con un fallo condenatorio exclusivamente fundado en la intuición o en el supuesto buen juicio de un tribunal, sólo porque se halle integrado por un grupo de ciudadanos de presumible probidad...». (F.J. 2º)

## **TRIBUNAL DEL JURADO: Motivación. Insuficiencia de la mera consignación ejemplificativa.**

Recurso: Casación nº 165/2003  
Ponente: Sr. Andrés Ibáñez  
Sentencia nº 202/2005 de fecha 16/02/2005

«...» Esto hace necesario que los tribunales identifiquen con algún detalle los elementos de prueba que obtenidos de cada una de las fuentes de prueba

examinadas, y precisen la razón de asignarles un valor probatorio. Tal es lo que impone la ley al Jurado con total claridad, en el precepto citado, cuando le obliga a relacionar los elementos de convicción y a explicar las razones de haber tenido, a partir de éstos, unos hechos como probados. Es decir, en un caso como el presente, será preciso individualizar los datos probatorios susceptibles de consideración a tenor del resultado de la prueba; y decir por qué de ellos se sigue la convicción de que los hechos -que no fueron directamente presenciados por nadie- ocurrieron de una determinada manera y no de otra. La identificación de los “elementos de convicción” ha de darse con el imprescindible detalle y no ser meramente ejemplificativa; y la “explicación” de las “razones” puede ser “sucinta”, o sea, breve, pero debe producirse sin dejar duda de que las mismas existen como tales y están dotadas de seriedad suficiente.

Si, por ejemplo, como es el caso, el Jurado se limita a consignar en el veredicto que entiende acreditado un determinado hecho por lo que han dicho el testigo A, el testigo B, el testigo C, y por lo informado por el perito E, es patente que no satisface la exigencia legal de dejar constancia expresa de los “elementos de convicción”. Pues “elemento de convicción” no es lo mismo que fuente y ni siquiera que medio de prueba. Así, en la testifical, fuente de prueba es el sujeto que declara; medio de prueba, el acto de oírle contradictoriamente en declaración; y elemento probatorio (o, en la fórmula legal, “elemento de convicción”), en su caso, aquello de lo declarado que se estime convincente, con fundamento, y sirva para integrar el hecho probado o bien como base de una ulterior inferencia”.

El indicado estándar de tratamiento del resultado de la actividad probatoria, como es de ver, se refiere al Jurado, y lo hace en clave de mínimos de justificación de las decisiones acerca de la misma. Pues bien, parece que no tendría por qué ser menor el nivel de exigencia, tratándose de un tribunal técnico...”». (F.J. 1º)

## **TRIBUNAL DEL JURADO. Motivación . Papel del Magistrado- Presidente.**

Recurso: Casación nº 234/2004P

Ponente: Sr. Saavedra Ruiz

Sentencia nº 1116/2004 de fecha 14/10/2004

«...” La necesidad de motivación de la sentencia (artículos 120.3 y 24 C.E.), también alcanza al Jurado, dándose la peculiaridad de que quién dicta la sentencia, el Magistrado-Presidente, no ha participado en la decisión de aquél sobre los hechos. Si el veredicto fuese de culpabilidad, conforme dispone el artículo 70.2 citado, la sentencia concretará la existencia de prueba de cargo exigida por la garantía constitucional de presunción de inocencia, lo que corresponde al Magistrado-Presidente. Este mandato debe ponerse en relación con el artículo 61.1.d), que establece, en relación con el acta de votación, la existencia de un cuarto

apartado que deberá contener una sucinta explicación de las razones por las que los jurados han declarado o rechazado declarar determinados hechos como probados. De ambos preceptos se deduce que el Magistrado-Presidente debe señalar en este apartado de la presunción de inocencia los elementos de convicción que ha tenido en cuenta el Jurado y además añadir sus propias consideraciones sobre la concurrencia en el caso de la prueba de cargo que técnicamente deba ser considerada como tal. Debemos señalar además al respecto que si el Juez técnico decidió someter al Jurado el objeto del veredicto ello es porque ya había entendido que no procedía la disolución anticipada del Jurado a que se refiere el artículo 49 L.O.T.J., por falta de existencia de prueba de cargo que pueda fundar una condena del acusado. El Magistrado-Presidente debe pues tener en cuenta las explicaciones sucintas expresadas por el Jurado que complementará con sus propias consideraciones sobre la prueba de cargo tenida en cuenta por aquél. Lo que no es coherente es que dichas consideraciones sean contradictorias o divergentes con la decisión del Jurado...»». (F.J. 3º)

## **TRIBUNAL DEL JURADO. Motivación de veredicto. Doctrina.**

Recurso: Casación nº 369/2005 P

Ponente: Sr. Ramos Gancedo

Sentencia: nº 1411/2005 de fecha 17/11/2005

«En relación a la motivación del veredicto del Tribunal del Jurado, la doctrina jurisprudencial de esta Sala no es precisamente pacífica ni unitaria, mostrando sus resoluciones notables discrepancias respecto al alcance que debe tener el deber de motivación que debe hacer un Tribunal compuesto por no profesionales. Así, la STS de 17 de noviembre de 2.000 señala que la institución que regula la LO 5/1995 de 22 de mayo es la primera y por tanto sin precedentes en otras legislaciones, dice la Sentencia de esta Sala de 25 de octubre de 1999, que altera estas dos características que han acompañado la institución que se comenta desde su nacimiento al exigir la motivación del veredicto y al arbitrar un recurso de apelación - además del de casación-. Esta doble característica es consecuencia, en cuanto al deber de motivación de la exigencia constitucional contenida en el art. 120.3º que no establece excepción alguna, y en cuanto a la doble instancia una anticipación de la exigencia de la misma contenida en el Protocolo núm. 7 al Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Públicas de 22 de noviembre de 1984.

En el caso sometido a nuestra consideración, el mandato a que se ha hecho referencia, aparece cumplido, pues la jurisprudencia de esta Sala ha declarado (Sentencia de 3 de marzo de 1999, entre otras) que un veredicto, aunque parco, debe reputarse suficiente, si la motivación del Jurado, atendidas las circunstancias del caso, y las concretas pruebas a que hace referencia y que fundamentan sus declaraciones, son suficientes para conocer el diseño probatorio en que los jurados hicieron descansar su convicción.

En este mismo sentido, la STS de 28 de febrero de 2.002, aludía a la pretensión del recurrente de que el contenido de la sucinta motivación refleje, como

mínimo, que el Jurado explique en qué periciales se basa y en qué apartado de ellas se apoya la convicción. Es decir, pretende que actúe como un tribunal profesional realizando una valoración racional de las pericias divergentes practicadas en el enjuiciamiento. Esta última exigencia es, desde luego, aplicable al tribunal profesional que, de conformidad con los artículos que regulan la valoración de la prueba, 717, 741 y normas reguladoras de la pericial, contenidas en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, y 120 de la Constitución, requieren una valoración racional del conjunto de la prueba practicada en el juicio oral. En este mismo sentido la jurisprudencia de esta Sala cuando ha admitido a la prueba pericial, bajo determinadas condiciones, la posibilidad de integrar el concepto de documento a los efectos del recurso de casación. Ahora bien, cuando se trata de un Tribunal de Jurado, lo que se solicita de los jueces legos no es una valoración basada en el ejercicio de la razón, que si se exige al Juez profesional, sino una declaración de voluntad sobre la base de una valoración en conciencia de la prueba practicada. Consciente el legislador de la exigencia constitucional de motivación de las resoluciones judiciales, exige una sucinta motivación que se rellena con la identificación de la fuente de la convicción del Tribunal, máxime cuando se trata de prueba directa la que es objeto de valoración en la que esa identificación, unido a la lectura del acta del juicio oral, permite identificar con seguridad las pruebas en la que se apoya la convicción sobre la sanidad mental del acusado y, consecuentemente, la plena imputabilidad.

Por su parte, la STS de 21 de junio de 2.002, analizando el mismo asunto, declaraba que el art. 61.1 d) LOTJ ordena la inclusión en el veredicto de un apartado en que se contenga "una sucinta explicación" de las razones por las que los miembros del Jurado "han declarado o rechazado declarar determinados hechos como probados". Como el párrafo parcialmente transcrito sigue a otro en que se expresa la fórmula con que debe comenzar el mencionado apartado del veredicto y dicha fórmula dice "los jurados han atendido como elementos de convicción para hacer las presentes declaraciones a los siguientes", es legítimo deducir que el deber de motivación de los jurados queda cumplido con la exposición de las pruebas -los "elementos de convicción"- en que se ha basado su respuesta afirmativa a las preguntas desfavorables para el reo y la negativa a las favorables, siendo suficiente que la explicación abarque el conjunto y no cada una de las respuestas puesto que lo importante, como se dice en nuestra Sentencia 1.123/2000, de 26 de Junio, es que cualquier persona que haya asistido al juicio o leído el acta y ponga en relación lo que ha presenciado o leído con el veredicto, tenga datos bastantes para saber en virtud de qué pruebas de cargo se ha pronunciado la condena. Ello sin perjuicio de que el Magistrado Presidente, al cumplir lo dispuesto en el art. 70.2 LOTJ, pueda realizar un más detallado razonamiento sobre las pruebas que el Jurado haya considerado elementos de convicción para llegar a dicho pronunciamiento.

Este criterio, que puede considerarse mayoritario, ha encontrado ciertas objeciones en otras resoluciones posteriores, en las que se modifica al alza la exigencia de rigor en la motivación del veredicto, como se razona en la STS de 12 de marzo de 2.003, al señalar que es necesario que el art. 61.1.d) lo que requiere es que los Tribunales del Jurado identifiquen con algún detalle los elementos de prueba que obtenidos de cada una de las fuentes de prueba examinadas, y precisen la razón de asignarles un valor probatorio. Tal es lo que impone la ley al Jurado con total claridad, en el precepto citado, cuando le obliga a relacionar los *elementos de convicción* y a *explicar las razones* de haber tenido, a partir de éstos, unos hechos como probados.

Es decir, en un caso como el presente, será preciso individualizar los datos probatorios susceptibles de consideración a tenor del resultado de la prueba; y decir por qué de ellos se sigue la convicción de que los hechos -que no fueron directamente presenciados por nadie- ocurrieron de una determinada manera y no de otra. La identificación de los “elementos de convicción” ha de darse con el imprescindible detalle y no ser meramente ejemplificativa; y la “explicación” de las “razones” puede ser “sucinta”, o sea, breve, pero debe producirse sin dejar duda de que las mismas existen como tales y están dotadas de seriedad suficiente.

Si, por ejemplo, como es el caso, el Jurado se limita a consignar en el veredicto que entiende acreditado un determinado hecho por lo que han dicho el testigo A, el testigo B, el testigo C, y por lo informado por el perito E, es patente que no satisface la exigencia legal de dejar constancia expresa de los “elementos de convicción”. Pues “elemento de convicción” no es lo mismo que fuente y ni siquiera que medio de prueba. Así, en la testifical, *fuentes de prueba* es el sujeto que declara; *medio de prueba*, el acto de oírle contradictoriamente en declaración; y *elemento probatorio* (o, en la fórmula legal, “elemento de convicción”), en su caso, aquello de lo declarado que se estime convincente, con fundamento, y sirva para integrar el hecho probado o bien como base de una ulterior inferencia.

De hecho, la solución habrá de estar condicionada a las particulares circunstancias concurrentes en cada caso, y siempre sobre la base de que lo primordial es que el extraño al proceso pueda conocer las razones en virtud de las cuales el Jurado declara probado un determinado dato fáctico». (F. J. 3º)

## **TRIBUNAL DEL JURADO. Motivación de veredicto y contradicción entre sus pronunciamientos.**

Recurso: Casación nº 2213/2004

Ponente: Sr. Sánchez Melgar

Sentencia: nº 1466/2005 de fecha 28/11/2005

«Finalmente, el Tribunal Superior de Justicia declara, con fundamento en el art. 61.1. d) en relación con el 63.1 d) de la LOTJ, la nulidad del veredicto por falta de motivación y por contradicción entre los distintos pronunciamientos, que “deberían haber dado lugar a la devolución del acta del veredicto al Jurado”. Y lo fundamenta en dos apartados: primeramente, en propia falta de motivación; y en segundo lugar, como consecuencia del número 2 del apartado I (“hechos desfavorables a la acusada”), con relación al informe de fecha 19-3-1997 (folio 141), que a renglón seguido, y paradójicamente, el Tribunal “a quo”, reconoce que “dicho apartado fue declarado **no probado** por el Tribunal del Jurado por unanimidad”. También se analiza el número 3 del mismo apartado, para reprochar la motivación del Jurado, en cuanto a si la acusada ocultó deliberadamente a la Comisión que una de las propuestas era la de su sobrina. El Tribunal del Jurado lo que declara es que tienen una duda razonable acerca de dicha ocultación, porque aunque han puesto de manifiesto que conocía tal parentesco, lo que dicen es que no se vio guiada por dicha ligazón, sino que no existen elementos o datos, documentales o no, para

atribuir tal comportamiento, y ello lo deducen de las pruebas practicadas en el juicio oral, puesto que la infracción del deber de abstención no es la comisión delictiva, sino que ésta requiere, algo más, que es la influencia en la decisión, y eso es lo que el Tribunal del Jurado declara no probado, pues claramente explican en su motivación que el veredicto de no culpabilidad está basado en que la acusada “pensaba que ésta (la propuesta de la que formaba parte su sobrina) *en comparación con los otros dos proyectos era más apropiada para prestar este servicio*”. Al punto que, también en la motivación del veredicto, señalan que “existió un mal funcionamiento en el proceso de adjudicación”, lo que se traduce en una presunta infracción administrativa, relativa al deber de abstención, y que serán los Tribunales de este orden los que tendrán ocasión de pronunciarse al respecto, con carácter general, una vez que esta jurisdicción penal termine, por imperativo del art. 44 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, ya que la jurisdicción penal es preferente a cualquier otro orden jurisdiccional.

Por lo demás, no hace falta más que consultar el contenido de los folios 393 y 394 de la causa, para comprender que la motivación del Jurado cumple con los estándares exigidos por la doctrina jurisprudencial de esta Sala Casacional. En el apartado 4º, relativo a los elementos de convicción para hacer las declaraciones de hechos probados precedentes, se incluyen tanto las relativas al apartado I, como al II, Hechos desfavorables y favorables, dando preferencia al estudio de las pruebas documentales (multitud de folios de la causa), citadas pormenorizadamente, junto a los testimonios de Ana Vázquez, Pilar Izquierdo, Conchi Vallejo, Juan Cruz, entre otros. Al hilo de observaciones del Jurado, manifiestan, como colofón de su motivación, que “*nos acogemos a que la Concejala era conocedora que su sobrina se presentaba al concurso para acceder a la ludoteca. No obstante, pensaba que ésta en comparación con los otros proyectos era el más apropiado para prestar este servicio. Nuestro veredicto se basa en la duda razonable por falta de pruebas convincentes en contra de la acusada, pero creemos que sí existió un mal funcionamiento en el proceso de adjudicación*”. Los razonamientos absolutorios que se basan en una duda razonable, no pueden ser, técnicamente, muy extensos, razón por la cual, basta constatar que lo motivado es razonable y no arbitrario, para ratificar su legalidad, y en el caso enjuiciado, claramente ha declarado el Jurado que la razón sustancial de la propuesta no estaba en favorecer a su sobrina, sino, por el contrario, que era el proyecto *más apropiado* para prestar el servicio, lo que, por cierto, había sido avalado documentalmente en los informes de los técnicos municipales. Se podrá compartir o no, el razonamiento del Tribunal del Jurado, pero una vez que éste, como voluntad de la soberanía popular se ha explicitado así, lo que no puede hacerse es dejarlo sin efecto, porque actuando así, se está apropiando el Tribunal “a quo” de funciones valorativas (tanto de la prueba, como del significado del fallo) que solamente al Jurado corresponden, tras la implantación del sistema. Así lo hizo la Audiencia Provincial, al absolver a la acusada, una vez que el Jurado dictó un veredicto de no culpabilidad, lo que debe ratificarse en esta instancia casacional.

Hemos dicho, que tratándose de sentencias dictadas por el Tribunal del Jurado, ha señalado la jurisprudencia de esta Sala (SSTS de 29/5 y 11/9/2000 y de 18/4/2001), que “es obvio que no puede exigirse a los ciudadanos que integran el Tribunal el mismo grado de razonamiento intelectual y técnico que debe exigirse al Juez profesional y por ello la Ley Orgánica del Tribunal del Jurado exige una

<<sucinta explicación ....>> (artículo 61.1.d)) en la que ha de expresarse las razones de la convicción, las cuales deberán ser complementadas por el Magistrado-Presidente en tanto en cuanto pertenece al Tribunal atento al desarrollo del juicio, motivando la sentencia de conformidad con el artículo 70.2 de la L.O.T.J."

Hemos también de recordar la doctrina resultante de nuestra Sentencia 1574/2001, de 14/11/2001, a cuyo tenor, la estimación de un motivo que conlleva la anulación del juicio y su íntegra repetición ante un nuevo Jurado, por parte del Tribunal de apelación, tiene contornos específicos de interpretación, pues "*no es suficiente con que el Tribunal de Apelación haya apreciado alguna infracción de las normas y garantías procesales sino que es imprescindible que dicha infracción haya ocasionado indefensión*", añadiendo "*esta indefensión, concebida como la denegación de la tutela judicial en su conjunto y para cuya prevención se configuran los demás derechos instrumentales contenidos en el art. 24.2 de la Constitución Española, ha de ser algo real, efectivo y actual, nunca potencial o abstracto, por colocar a su víctima en una situación concreta que le produzca un perjuicio, sin que sea equiparable cualquier expectativa de un peligro o riesgo. Por eso, en materia de derechos fundamentales, ha de hablarse siempre de indefensión material y no formal, para la cual resulta necesaria pero no suficiente la mera transgresión de los requisitos configurados como garantía, no bastando la existencia de un defecto procesal si no conlleva la privación o limitación, menoscabo o negación, del derecho a la defensa en un proceso público con todas las garantías, en relación con algún interés de quien lo invoca (SSTC 181/1994, de 20 de junio, 316/1994, de 28 de noviembre, 137/1996, de 16 de septiembre y 105/1999, de 14 de junio, y STS núm. 243/2001 de 21 de febrero, entre otras). Por ello en materia de redacción del objeto del veredicto, cuestión de suma complejidad y trascendencia en la que el Legislador ha atribuido la responsabilidad final al Magistrado-Presidente, no puede ser suficiente para determinar la anulación del juicio una mera *discrepancia de criterio* (por parte) del Tribunal de Apelación con el Magistrado-Presidente sobre si debió o no admitir una modificación propuesta por las partes, incluso "*aun cuando la decisión del Magistrado-Presidente hubiese sido discutible o incluso incorrecta, la anulación del juicio solamente procedería si afectase a un elemento relevante de la sentencia que no pudiese ser impugnado en otra forma*".*

En el caso enjuiciado, el Tribunal Superior de Justicia fundamenta la anulación del objeto del veredicto en las menciones fácticas incorporadas al mismo como hechos favorables a la acusada (que se tildan de irrelevantes), o en defectos de motivación, que no son tales, sino dudas razonables incorporadas al acta de prestación del veredicto, fundamentadas en elementos de razonable comprensión.

En suma, cuando se trata de sentencias absolutorias, exigir exteriorizar los motivos que avalen la exigencia de **pruebas suficientes para declarar la inocencia**, supone invertir el entendimiento del derecho fundamental a la presunción de inocencia. Es la culpabilidad la que debe demostrarse, no la inocencia y, mientras no se haga, se le presume al acusado inocente, correspondiendo a la acusación la carga constitucional de aportar pruebas de la culpabilidad del imputado, bastándole al juzgador para absolver con dudar razonadamente sobre la suficiencia de la prueba de cargo para la condena. Por otro lado, el sistema de implantación del Jurado, debe descansar en la confianza en el mismo, de modo que no puede por esta vía de la defectuosa motivación, anularse indiscriminadamente juicios

celebrados por los cauces de la LOTJ, por lo que, no basta simplemente con no compartir su criterio, aunque se juzgue desacertado, del colegio popular sobre la valoración de los elementos de prueba que tuvo en consideración, sino que se ha de detectar un auténtico vacío motivador del veredicto, cuya sucinta explicación debe intentar comprenderse, por encima de las rituales formas en que pueda éste expresarse por los integrantes del Jurado, al levantar el correspondiente acta». (F. J. 6º)

## **TRIBUNAL DEL JURADO. Motivos de apelación. Error de hecho en la apreciación de la prueba.**

Recurso: Casación nº 191/2004P

Ponente: Sr. Puerta Luis

Sentencia nº 1179/2004 de fecha 15/10/2004

«...» La primera cuestión que, en un orden lógico, plantea este recurso es la relativa a la posibilidad de que las Salas de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia revisen –en apelación– la valoración de las pruebas llevadas a cabo por los Tribunales del Jurado, dado que la posibilidad de denunciar algún error en la valoración de la prueba basado en documentos obrantes en la causa no contradichos por otros medios probatorios (v. art. 849.2º LECrim.), en base a la cual se ha pronunciado en el presente caso la Sala de lo Civil y Penal del TSJ de Andalucía, no figura entre los motivos de apelación expresamente admitidos por la ley contra las sentencias dictadas por los Magistrados-Presidentes de los Tribunales del Jurado (v. art. 846 bis c) LECrim.); pues, si se entiende que ello no es jurídicamente posible, carecería de todo fundamento la sentencia recurrida en cuanto ha estimado el tercero de los motivos de apelación formulados por la representación del acusado, y ello comportaría, a su vez, la procedencia de estimar este motivo. Y a este respecto, hemos de decir que, en principio, no existe obstáculo alguno para considerar que los motivos de casación, tanto por infracción de ley como por quebrantamiento de forma, puedan ser considerados, desde una perspectiva constitucional (v. art. 5.1 LOPJ), como posibles vulneraciones de preceptos constitucionales, susceptibles de alegación ante la Sala de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia (v. art. 846 bis c), apartado b) LECrim.). Así, por ejemplo, la denegación de alguna diligencia de prueba, o la falta de citación de alguna parte, o la negativa a que un testigo conteste determinada pregunta, o los supuestos en que la sentencia no resuelva sobre todos los puntos que hayan sido objeto de la acusación o de la defensa, etc., pueden ser consideradas tanto vicios “in procedendo” o “in iudicando” (v. arts. 850 y 851 LECrim.) como vulneración de derechos y preceptos constitucionales, como son el derecho a la tutela judicial efectiva, la proscripción de toda posible indefensión, el derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa, etc. (v. art. 24 CE). Nada se opone, pues, a que los posibles errores en la valoración de la prueba a que se refiere el art. 849.2º de la LECrim., sean alegables, en cuanto posibles motivos de apelación en este tipo de procesos, como infracciones de precepto constitucional o legal en la calificación



jurídica de los hechos (v. el citado art. 846 bis c), apartado b) LECrim., citado especialmente aquí por la parte recurrente)...»». (F.J. 3º)

## **TRIBUNAL DEL JURADO. Nulidad de la sentencia absolutoria.**

Recurso: Casación nº 1034/2003

Ponente: Sr. Martínez Arrieta

Sentencia nº 1232/2004 de fecha 27/10/2004

«...» 2.- El recurrente, acusado absuelto por el Tribunal de Jurado, opone dos motivos contra la sentencia del Tribunal Superior que coinciden en su contenido impugnatorio. Así, en el primero, amparado en el art. 849.1 de la Ley procesal penal denuncia el error de derecho por la indebida aplicación del art. 846 bis c) de la misma ley en relación con los arts. 52, 61 y 70 de la Ley Orgánica del Tribunal de Jurado, argumentando que la causa de nulidad del enjuiciamiento que estima el Tribunal Superior de Justicia requiere, además, de la reclamación de subsanación, la efectiva causación de indefensión, en este caso a la parte acusadora, que entiende no se ha producido. En el segundo motivo denuncia la indefensión para el recurrente por la celebración de un nuevo juicio "ya que habiéndose seguido el curso normal de un juicio, con todas las garantías, donde resultó absuelto por unanimidad, motivos técnico procesales pueden provocar una sentencia condenatoria, cuando realmente las nueve personas fueron perfectamente formadas y concluyeron [su absolución] en conciencia...".

3.- Ambos motivos serán analizados conjuntamente. Desde una perspectiva meramente procedimental, podría argüirse que no existe doble enjuiciamiento de los hechos en aquellos supuestos, como aquí acontece, en los que el juicio ha sido declarado nulo en virtud de la revisión acordada por el Tribunal encargado de la revisión. La repetición del juicio supone, dada la nulidad declarada, el único juicio de los hechos imputados, pues el celebrado es inexistente. Ahora bien, señalado lo anterior, es preciso convenir que la repetición de la celebración del juicio oral por sí misma supone un mal a la persona sujeta al procedimiento penal, pues será sometida en dos ocasiones al juicio público de su conducta.

En reiterados precedentes jurisprudenciales (SSTS 3.11.98, 3.5.99, 5.5.97, 25.11.2003, 30.5.2003) hemos empleado la expresión "pena de banquillo" para expresar el contenido aflictivo del enjuiciamiento. Esa aflicción es proporcionada a las exigencias del proceso justo, pudiendo cuestionarse, como hace el recurrente, cuando la nulidad del enjuiciamiento determina su repetición, precisamente cuando ha sido absuelto.

Es por ello que a la hora de declarar la nulidad de un juicio previamente celebrado, la jurisprudencia ha exigido valorar la entidad de la nulidad que se insta desde la proporcionalidad, requiriendo efectiva indefensión en los quebrantamientos de forma, o activando principios como el de conservación de actos procesales, etc...

Ese examen desde la proporcionalidad nos obliga a distinguir distintas situaciones ante las alegaciones de nulidad que se plantean. Cuando son interpuestas por la defensa de un condenado en la instancia, ha de valorarse que la queja se enmarca en el derecho fundamental a un proceso con todas las garantías, el contenido esencial del derecho a un proceso justo en el ejercicio del "ius puniendi" del Estado frente al ciudadano. Situación distinta a las alegaciones de nulidad formalizadas por las acusaciones frente a una sentencia absolutoria, en las que debe ponderarse, en los términos antes señalados de proporcionalidad, la efectiva vulneración de la norma de procedimiento y la producción de indefensión a la acusación. A su vez, en estos supuestos ha de diferenciarse entre las pretensiones de nulidad instadas por una acusación particular y las instadas por la acusación pública, pues no ha de olvidarse que en estos supuestos el proceso penal que se pretende anular, es el propio Estado, a través de uno de sus órganos, quien ha producido la vulneración en un proceso y que es el ciudadano quien lo soporta. Estas circunstancias obligan, cuando menos, a una interpretación restrictiva de las causas de nulidad invocadas por la acusación, pública o privada, frente a sentencias absolutorias...»». (F.J. UNICO)

## **TRIBUNAL DEL JURADO. Objeto del veredicto.**

Recurso: Casación nº 541/2004

Ponente: Sr. Colmenero Menéndez de Luarca

Sentencia nº 1109/2004 de fecha 05/10/2004

«...» Debemos precisar si deben someterse al jurado cuestiones que impliquen pronunciamientos jurídicos y si, en caso de realizarlos, vinculan en ese aspecto al Magistrado Presidente. Esta Sala ha manifestado ya su criterio en algunas sentencias. Es cierto que el artículo 52.1.d) al señalar que el objeto del veredicto "finalmente precisará el hecho delictivo por el cual el acusado habrá de ser declarado culpable o no culpable" pudiera indicar que el jurado, en su veredicto, debiera pronunciarse optando por una calificación jurídica de las varias expuestas por las acusaciones, o incluso otra diferente si fuera más favorable. Tal opción vendría apoyada en que los hechos se someten a la consideración del jurado en cuanto son delictivos y que solo lo son en el proceso en la medida en que las acusaciones y defensas han delimitado en sus conclusiones definitivas. Por lo tanto la declaración de unos determinados hechos como probados solo podría conducir a su calificación jurídica en una de las formas contenidas en dichas conclusiones.

Es cierto que los hechos se someten al jurado en la medida en que son relevantes jurídico-penalmente. Pero no puede olvidarse que en ese punto la intervención de los jurados es inexistente. Los hechos se someten a su consideración porque se ha incoado un procedimiento penal, porque ha existido una acusación y porque un Juez ha acordado la apertura del juicio oral. El filtro para determinar provisionalmente la relevancia jurídica de los hechos objeto del proceso es ajeno a los jurados.

De otro lado, y sin perjuicio de los graves problemas que podría causar encomendar a legos en derecho la responsabilidad de pronunciarse sobre aspectos

jurídicos que no pueden considerarse siempre rígidamente determinados, la previsión del citado artículo no debe valorarse como otra cosa que una consecuencia formal de los anteriores pronunciamientos del jurado tal como vienen recogidos en el objeto del veredicto que le somete el Magistrado Presidente, sin que suponga una modificación radical de la función de los jurados. Esta función consiste muy específicamente en pronunciarse sobre hechos, incluso los de carácter subjetivo, concretamente sobre si deben considerarse o no probados y si el acusado participó y en qué forma en ellos. La declaración de culpabilidad o inculpabilidad no puede desligarse de los hechos probados, hasta el punto de que procede la devolución del acta al jurado si es contradictorio el pronunciamiento de culpabilidad respecto de la declaración de hechos probados.

Pero eso no supone encomendar a los jurados legos pronunciamientos sobre cuestiones jurídicas que corresponden al Magistrado Presidente, técnicamente preparado para resolverlas. Por lo tanto, el objeto del veredicto no debe incluir ninguna proposición que contenga una calificación jurídica. Como se dispone en el artículo 3 de la LOTJ al regular la función de los jurados, éstos “emitirán veredicto declarando probado o no probado el hecho justiciable que el Magistrado-Presidente haya determinado como tal, así como aquellos otros hechos que decidan incluir en su veredicto y no impliquen variación sustancial de aquél”. Además, dice más adelante, “proclamarán la culpabilidad o inculpabilidad de cada acusado por su participación en el hecho o hechos delictivos”, lo que no puede interpretarse como la necesidad de calificar jurídicamente esos hechos. Esa declaración de culpabilidad o inculpabilidad no es sino la consecuencia de haber afirmado antes que determinados hechos han sido probados o no probados y que el acusado ha participado y de qué forma en su ejecución. Culpable o no culpable, por lo tanto, de ejecutar un hecho y no de cometer un tipo delictivo. Un hecho que, desde luego, se ha sometido a la consideración del jurado por su relevancia jurídico-penal, pero sin que los jurados hayan tenido ninguna intervención en ese aspecto.

Como se decía en la STS nº 721/1999, de 6 mayo “los jurados se pronuncian sobre los hechos enjuiciados y declaran si el acusado ha participado o no en su comisión y, en consecuencia, si ha de considerarse culpable o no culpable en función de su participación en ellos. Después es el Magistrado el que ha de formular su juicio de derecho o calificación jurídica”.

En el mismo sentido, la STS nº 439/2000, de 26 de julio, señalaba que “El veredicto de culpabilidad «por la participación en el hecho o hechos delictivos» no constituye más que una mera consecuencia del relato fáctico, que expresa un reproche social por los hechos declarados acreditados, pero no debe contener calificación jurídica alguna (el Jurado español es un Jurado «de hechos», integrado de modo expreso por ciudadanos legos en derecho, art. 10.9 LOTJ), función calificadora que corresponde al Magistrado-Presidente (art. 9 LOTJ y 70 LOTJ). Por consiguiente el veredicto de culpabilidad por la participación en el hecho delictivo no debe incluir el «nomen iuris» delictivo (el acusado es culpable para el Jurado de los hechos declarados probados, no de «asesinato», «homicidio», «lesiones dolosas en concurso con homicidio» u «homicidio imprudente»), ni tampoco contener una especie de minicalificación autónoma («es culpable de haber matado alevosa e intencionadamente al acusado»), pues esta incorrecta modalidad de redacción del

veredicto de culpabilidad no constituye más que una fuente de posibles contradicciones e incongruencias con el veredicto expresado en el relato fáctico”.

También en la STS nº 1618/2000, de 19 de octubre se decía en el mismo sentido que “La decisión del Jurado, en este apartado, se contrae a determinar si el acusado, o acusados, es culpable o inocente de los hechos que ha declarado probados, sin que esa decisión abarque la subsunción jurídica de los hechos y, concretamente, si el delito es doloso o culposo, si homicidio o asesinato, consumado o frustrado, sino que conformarán un relato fáctico del que deberá extraerse las consideraciones jurídicas precisas para la sentencia que el Presidente del Tribunal del Jurado dicta. Esta diferenciación en las funciones del Jurado y del Presidente del Tribunal del Jurado deslinda en la sentencia la función fáctica, que corresponde al Jurado en cuanto declara el hecho probado, y la función técnica de subsunción que realiza el Presidente del Tribunal del Jurado. Sobre los hechos declarados y previas calificaciones de las partes, el Presidente del Tribunal del Jurado subsume el hecho en la norma penal”.

Por lo tanto, el objeto del veredicto no debe contener calificaciones jurídicas y el jurado no debe pronunciarse sobre esos extremos. Si lo hiciera, por una defectuosa redacción del objeto del veredicto, no puede afirmarse que el Magistrado Presidente quede vinculado al realizar la calificación al indebido pronunciamiento del jurado...”». (F.J. 2º)

## **TRIBUNAL DEL JURADO. Planteamiento de cuestiones de competencia.**

Recurso: Casación nº 1406/2004  
Ponente: Sr. Delgado García  
Sentencia nº 654/2005 de fecha 20/05/2005

«...” Las cuestiones relativas a la determinación del órgano judicial que ha de conocer del juicio oral y dictar sentencia han de quedar resueltas en esta clase de procedimientos antes de la celebración del plenario, para el que existe una norma específica, el art. 36 de su ley particular, que regula el planteamiento de lo que denomina "cuestiones previas", entre las que aparece en primer lugar (apartado 1, letra a) "las cuestiones o excepciones del art. 666 LECr.". Son los llamados artículos de previo pronunciamiento, el primero de los cuales es el referido a la declinatoria de jurisdicción.

Conforme a estas normas, la cuestión aquí suscitada debiera haberse planteado al tiempo de personarse la parte correspondiente. Y en el caso presente se hizo después, a través de un específico escrito (folio 289, tomo I), con la particularidad añadida de que no lo propuso la acusación particular ahora recurrente, sino una de las defensas, de tal modo que la parte que ahora plantea la casación, en ese atípico incidente ni siquiera manifestó su opinión en el plazo que el magistrado-

presidente concedió para que las demás partes contestaran a esa específica y anómala cuestión de competencia. Lo resolvió el propio magistrado de acuerdo con el dictamen del Ministerio Fiscal (folios 357 y 358) mediante providencia de 8.5.2003 (folio 360) fundándose en la extemporaneidad del planteamiento de esta cuestión con cita del mencionado art. 36, resolución luego confirmada al resolver el recurso de súplica formulado por la misma defensa que había planteado este incidente.

La parte aquí recurrente tenía que haber planteado la declinatoria de jurisdicción en ese momento del art. 36 de la Ley del Jurado y sólo entonces podría haber recurrido en casación sobre este extremo. No lo hizo y ello le impide ahora formular tal recurso por este motivo. Lo planteó por vez primera en apelación y ello no es suficiente. Tenía que haber dado al tribunal de la primera instancia la oportunidad de resolver articulando la cuestión en el momento ordenado por la ley. No lo hizo así, y ello lleva consigo la aceptación de la competencia del Tribunal del Jurado que venía conociendo del procedimiento. Además, ni siquiera dijo nada en el incidente planteado extemporáneamente al respecto por una de las defensas, como ya se ha dicho...»». (F.J. 4º)

-----