JUECES para la DEMOCRACIA

Boletín de la Comisión de Penal

Jueces para la Democracia

Número 2 - 2012

AUTO DE APERTURA DE JUICIO ORAL Y PRISION PROVISIONAL

Índice.

1. Origen del debate.
2. Resolución aportada.
3. Intervenciones.

1.- Origen del debate.

La cuestión es la siguiente: se produce con una relativa frecuencia que el Juez de Instrucción al dictar el auto de apertura del juicio oral acuerde expresamente el mantenimiento de la medida cautelar de prisión provisional pese a que las partes acusadoras no han realizado ninguna petición sobre dicha cuestión en el escrito de acusación.

¿Es viable una impugnación sobre el mantenimiento de la prisión provisional con el argumento de que ninguna parte acusadora lo ha solicitado?

2.- Resolución aportada: Auto AP Barcelona Secc. VI 1.6.2006:

HECHOS

Primero.- Mediante resolución de 16-3-06 el Juzgado de Instrucción referenciado acordó: se tiene por formulado escrito de acusación y se acuerda la apertura del juicio oral por un delito de robo con fuerza en las cosas en casa habitada, del que son acusados Esteban y Ismael , cuyo enjuiciamiento y fallo corresponde a los Juzgados de lo Penal de Granollers.

Segundo.- Frente a tal resolución se interpuso recurso de reforma, desestimado en auto de fecha 21-4-06, y subsidiario de apelación, que remitido a esta Audiencia Provincial en 26-5-06, siguiendo los trámites previstos, se designó Magistrado ponente a D. MIGUEL ÁNGEL GIMENO JUBERO, que expresa el parecer del Tribunal.

RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

Primero.- El recurso que se interpone contiene dos argumentaciones que deben ser examinadas, si bien ha de anticiparse que el pedimento único que contiene, pese a su imprecisión, supone que ha de prevalecer la argumentación subsidiaria. De admitirse la nulidad invocada la consecuencia debe ser la reposición de las actuaciones al momento en que se incurrió en el vicio tributario de esa nulidad, lo que es manifiestamente contradictorio con la resolución de libertad provisional que se demanda.

El art. 783 de LECrim, exige del Juez de Instrucción la resolución sobre las diversas medidas que puede interesar el Ministerio Fiscal, que en el caso sólo fueron de orden real ni personal. El escrito acusatorio, que solicita la imposición de pena de tres años y seis meses

SUMARIO

AUTO DE APERTURA DE JUICIO ORAL Y PRISIÓN PROVISIONAL

TEMAS TRATADOS

REFORMA DEL CÓDIGO PENAL

- El Anteproyecto de Código Penal y la "Criminología de la intolerancia"
- Informes y tablas comparativas del Código Penal

JURISPRUDENCIA

- Tribunal Europeo de DDHH
- Supreme Court of the United States
- Tribunal Supremo
- Tribunales Superiores de Justicia
- Audiencias Provinciales

LEGISLACIÓN

⇒Directivas de la Unión Europea

COMISIÓN DE PENAL

Coordinación:

Salvador Camarena Grau

al imputado ahora apelante, no solicita mantenimiento de la prisión provisional que sufría o su sustitución por otra medida cautelar.

En suma, atendiendo que la literalidad del art. 783.2 de LECrim exige la resolución sobre lo interesado por la acusación, la ausencia de pedimento exime de pronunciamiento, que por otra parte sí hizo la Juez de Instrucción en auto complementario.

Segundo.- El verdadero tema de debate es si la medida cautelar de prisión provisional que pesa sobre el imputado desde 27-11-04, debe permanecer o ha de ser modificada. Al respecto la Juez de Instrucción mantiene la medida si la mínima argumentación, lo que, dadas las circunstancias, sin duda provoca indefensión.

Con carácter general esta Sala ha dicho, recogiendo lo que es doctrina aceptada, que el presupuesto básico para que pueda adoptarse una medida cautelar como la prisión provisional es la existencia de motivos bastantes, en expresión de la propia Ley de Enjuiciamiento Criminal, de la comisión de un hecho delictivo, atribuible a aquel al que se va a privar de libertad (art. 503.1.2º de LECrim). Asimismo que el hecho o hechos que presenten los caracteres de delito tengan atribuida legalmente pena de prisión de dos años o superior, o siendo delito doloso con menor pena el imputado tuviera antecedentes penales no cancelables (art. 503.1.1º de LECrim).

Como ha repetido la doctrina del Tribunal Constitucional, ahora ya plasmada en nuestro derecho positivo, la prisión provisional debe cumplir unos fines legítimos (art. 503.3ºde LECrim): aseguramiento de la presencia del imputado en el proceso; evitar la ocultación, alteración o destrucción de las fuentes de prueba; la evitación de puesta en peligro de bienes jurídicos de la víctima y el riesgo de reiteración delictiva.

No obstante, la misma norma plasma (art. 520.2) que esa medida cautelar debe ser objetivamente necesaria y excepcional, por cuanto la existencia de otras menos gravosas que cumplan los mismos fines, o desaparición de los motivos que la justifican, excluye la de prisión provisional.

Tercero.- Es obvio que los presupuestos legales de existencia de hechos delictivos, pena y atribución al acusado se dan, en el plano indiciario en que ahora nos movemos.

Pero aparte de lo anterior, la ausencia de los fines constitucionalmente legítimos es patente, sea por falta de motivación o de sustento material.

Debemos indicar igualmente que el art. 783de LECrim, al obligar al Juez de Instrucción a resolver sobre las medidas interesadas, está reconociendo la obligación de las acusaciones de solicitarlas en su caso, y el silencio deberá ser interpretado como falta de necesidad de la medida. Tratándose de prisión provisional, todo sugiere que en ese momento procesal los acusadores deben instar qué medida es adecuada a esa fase intermedia y juicio oral, y el Juez debe resolver sobre ello. La falta de demanda de la acusación en sentido de mantenimiento de la medida, debe interpretarse como que la misma no se estima necesaria para la nueva fase de juicio oral, circunstancia trascendente respecto de una medida que sólo puede acordarse a instancia de parte acusadora.

Cuarto.- Al margen de todo lo anterior, lo más grave es que el acusado está sujeto a la prisión provisional desde hace más de un año y medio, cunado la pena pedida por la acusación es de tres años y seis meses.

La resolución judicial no indica que circunstancia personal o de otro tipo es tan relevante para continuar con la gravosa medida, mucho más si consideramos que la simpleza del proceso no justifica la dilación del mismo, todavía en fase intermedia.

Es por todo ello que ha de revocarse la medida de prisión provisional a la que se encuentra sujeto el acusado D. Esteban y decretarse su libertad provisional, imponiéndole la obligación de fijar domicilio y poner en conocimiento del órgano judicial que conozca del expediente cualquier modificación, así como de que comparezca semanalmente ante el mismo órgano, con obligación apud acta.

Vistos los preceptos legales citados y demás de procedente aplicación

DISPONEMOS:

Que ESTIMANDO el recurso de apelación interpuesto ..., debemos dejar sin efecto la prisión provisional acordada en esos autos y decretar su libertad provisional, con obligación de comparecer semanalmente ante el Juzgado de u órgano judicial que conozca del caso. Se declaran de oficio las costas del recurso.

3.- Intervenciones.

a.- La mayoría de las resoluciones examinadas parecen entender que no es necesario que el Ministerio Fiscal pida el mantenimiento de la medida de prisión provisional y que el Juez de Instrucción no está obligado a pronunciarse sobre dicha cuestión en el auto de apertura del juicio oral. Dicha tesis se basa en la literalidad de los arts. 781 y 783 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal que nada dicen sobre la necesidad de un pronunciamiento expreso sobre el mantenimiento de la medida cautelar de prisión provisional.

Sin embargo, existe un auto muy sugerente dictado por la Sección 6ª de la Audiencia Provincial de Barcelona que parece defender la tesis contraria. De la lectura del auto se desprende que las razones para estimar el recurso son más de fondo que de forma, pero, aun así, parece defender de una forma clara y contundente que el Juez Instructor, cuando dicta el auto de apertura del juicio oral, solo puede mantener la medida cautelar de prisión provisional si así se lo pide alguna parte acusadora.

b.- No se comparte la tesis del auto, la petición de prisión del 505 que permite adoptar la resolución de prisión provisional no está hecha para la fase de instrucción, de hecho, acordada la prisión, y mientras concurra su necesariedad , que viene determinada por que concurra el fin constitucional que persigue, puede durar sin petición expresa hasta dos años – 504.1-. Pero en todo caso con el 504.1 y el 783.2 creo que el Juez de instrucción, lo que resuelve es si se mantiene la necesidad de la prisión, y el fin constitucional para el que se acordó, y por tanto acordada debe resolver si modifica o no modifica la decisión tomada por perdida del fin, pero no se estima que deba haber una petición explícita en este momento procesal, pues la petición ya se hizo en la comparecencia del 505 y mientras subsista el fin perseguido, subsiste su necesariedad, y el momento del Auto de apertura solo exige que el juez revise si subsiste o no esa necesariedad. Así si se acordó para garantizar riesgo de fuga y asegurar la presencia del imputado al juicio, deberá subsistir hasta el juicio –504.1 -, en igual sentido si es para evitar la reiteración delictiva, solo cabría cuestionarse la pérdida de su necesidad y del fin que debe cumplir n el caso de que se hubiera adoptado solo para preservación de pruebas, pues la investigación ha terminado, y en este caso, sí que cabría una modificación, salvo que se hay pedido para preservar la prueba del juicio oral. Resumen.- No es preciso nueva petición, pero si sería deseable y posiblemente necesario que juez resolverá si se mantiene o no su necesariedad, vamos que motive, cosa que no suele ocurrir en este tipo de autos, y por ahí si cabe la revocación.

c.- Creo que lo que viene a decir el auto de la AP es que un pronunciamiento sobre la situación personal del imputado es tan trascendente que no se puede zanjar sin fundamentación suficiente, sobre la base de que en el auto de apertura haya que pronunciarse sobre la cuestión y que, debiendo entrar en el fondo acerca de la procedencia de la medida, el juez debió razonarlo debidamente y al no hacerlo, entrando en el fondo, la AP se pronuncia en el sentido que estima procedente. La consecuencia que extraigo (la AP 6a Bcn es la que corresponde a mi juzgado) es que cuando dicte un auto de AJO en causa con preso -que son muy pocos-, se debe hacer una fundamentación suficiente sobre el porqué de la medida, tanto más cuanto que normalmente al dictarlo habrán pasado varios meses desde la prisión.

d.- En relación con la cuestión de si procede o no expresa petición de mantener medida cautelar acordada durante la fase de instrucción, la práctica indica que en el escrito de calificación en que se pide la apertura del juicio oral (pabv) el Ministerio Fiscal, por "otrosí" pide, habitualmente, el mantenimiento de la medida. Por otro lado, la referencia del núm. 2 del art. 783, "en el auto..... resolverá sobre la adopción, modificación o revocación de las medidas interesadas por....., abunda en esa interpretación o "entendimiento" en relación con los arts. 502 y ss. De la LECr.... No parece que la petición ("interesadas") haya de interpretarse en referencia a previas solicitudes en otra fase del procedimiento....

e.- Se comparte el contenido de la resolución salvo la expresión del RJ 3 cuando dice "...La falta de demanda de la acusación en sentido de mantenimiento de la medida, debe interpretarse como que la misma no se estima necesaria para la nueva fase de juicio oral". El art. 783 LECrim obliga ciertamente al juez de instrucción, como no podía ser de otra manera, a pronunciarse sobre cualquier medida cautelar instada por las acusaciones. Y hay que reconocer que es un momento procesal importante para replantearse las de carácter personal, entre otras razones porque por primera vez se conocen las pretensiones acusatorias de las partes. Pero si nada se insta creo que la interpretación correcta del precepto lleva a considerar que las acusaciones están conformes con el "status quo" que se mantiene. De hecho, ni el 781, ni el 650 al que se remite, obligan a pronunciarse expresamente en el escrito de acusación.

f.- Quizás debamos recordar el momento en que entre en vigor el artículo 650 de la LECr.; el momento en que a partir del que se exige petición de parte para acordar la prisión y el "ejercicio" de (in) adaptación que realiza quien legisla. Cierto es que múltiples preceptos (ej. art. 387 de la LECr., entre otros) no los aplicamos en su literalidad pero siguen ahí...., en ningún caso podemos interpretar que las acusaciones están obligadas a reiterar la petición de medidas ya acordadas so pena de ver como quedan automáticamente sin efecto. El art. 781 no se redactó en 1882. En todo caso, el juez de instrucción ha de mantener una revisión constante respecto de las medidas cautelares y de forma especial en aquellas resoluciones de especial trascendencia procesal como la apertura de JO.

Aparte de la necesidad de motivación, cierto es que el 650 no dice nada, pero el 783.2 podía ser más explicito y, en este sentido si lo es el 504.1. La falta de petición sobre el mantenimiento de la medida no conlleva la vulneración del derecho a la libertad. Si el legislador hubiera querido una petición expresa para mantener la prisión , similar a los requisitos para su adopción como en el 505 – utilizando el imperativo- , asi lo habría dicho Pero el 781.1 párrafo 3 dice "podrá" y dentro de ese podrá se refiere solo a la adopción, modificación o suspensión, que se interese o, pero nada dice de se interese o se deba interesar que se "mantengan", las medidas ya adoptadas, por lo que entiendo que si nada se pide en los términos del 781.1.3, - ni las acusaciones, ni las defensas nada dicen- , y el imputado – ya acusado- está en prisión, ningún motivo hay para, ante el silencio y subsistiendo los requisitos del 503, mantener la situación ya adoptada – cuya revocación, en los términos 781.1.3 no se ha pedido-. La duración de la prisión provisional – a falta de petición de expresa- viene determinada por el 504.1, los limites de 2 y 4 años y como elemento esencial la necesariedad, que debe subsistir desde su petición/adopción hasta su cese. Si cabria su cese de oficio por desaparecer el fin perseguido. Además el 781.1.3 se remito al 763 y este a las normas generales, esto es al 504.1

g.- Se plantea el problema de forma mas o menos directa: Auto de fecha 14 de abril del año 2004 de la Sección 2ª de la Audiencia Provincial de Barcelona (Roj AAP B 1581/2004); Auto dictado por la Sección 1ª de la Audiencia Provincial de Segovia de fecha 31 de julio del año 2006 (Roj AAP SG 125/2006); Auto de la Sección 4ª de la Audiencia Provincial de Sevilla de fecha 4 de agosto del año 2006 (Roj AAP SE 1905/2006); Auto de la Sección 5ª de la Audiencia Provincial de Barcelona de fecha 30 de marzo del año 2011 (Roj AAP B 1280/2011) y Auto de la Sección 6ª de la Audiencia Provincial de Madrid de fecha 21 de diciembre del año 2011 (Roj AAP M 18109/2011.

h.- 1.- El artículo 5.3 CEDH reconoce a toda persona privada de libertad el derecho a ser conducida sin dilación a presencia de un juez o de otra autoridad habilitada por la ley para ejercer poderes judiciales.

2.- Más allá de las denominaciones empleadas por cada Estado, el TEDH señala que la citada autoridad ha de ser independiente (respecto de las partes y del Ejecutivo) e imparcial. Por tales razones, ha concluido que la autoridad encargada de la persecución penal ("prosecutor") no puede ser la autoridad de salvaguarda a que se refiere el Convenio (entre otras, Pantéa v. Romania, 3.6.03). En síntesis, se aprecia un déficit de independencia en cuanto la mayor parte de las Fiscalías de los Estados miembros dependen del Ejecutivo, y también de imparcialidad, pues (en aquéllos sistemas en que compete al Ministerio Público la dirección de la fase investigadora), "interviene en la investigación, decide sobre la conveniencia de la imputación así como sobre la dirección del procedimiento". Igualmente, ordena la detención de personas investigadas, y, con posterioridad, interviene como autoridad "acusatoria" tras la formalización del escrito acusatorio.

3.- Al analizar la figura del Juez Investigador (H.B vs. Suiza y Huber vs. Suiza), el Tribunal examina, ante todo, la posible merma de la imparcialidad en función del grado de implicación en la fase investigadora y, fundamentalmente, de su eventual intervención en el posterior proceso como representante de la autoridad encargada de la persecución (desde otra óptica, puede ser visto como merma de la independencia respecto de las partes en el proceso, si asume precisamente la función de parte). En concreto, concluye que si legalmente le compete el dictado de resoluciones que desempeñen un papel acusatorio ("bill of indictment") se compromete funcionalmente la imparcialidad hasta el punto de que su papel estructural resulta incompatible con la función de garante del derecho a la libertad personal privativo de la autoridad judicial, lo que constituiría una violación del artículo 5.3 CEDH.

4.- Sabemos que la LECR admite diversas lecturas, y que su articulado permite la coexistencia de jueces investigadores más o menos inquisitivos en una escala lineal que va desde el término "investigador" hasta el de "juez". Pero también que de las resoluciones citadas parece decantarse la regla de que si la legislación permite una eventual actuación de la autoridad encargada de la investigación que comprometa su imparcialidad, dicha autoridad no tendría la consideración de "judicial". Resulta llamativa la sentencia dictada en Huber v. Suiza, de la que se infiere que la facultad otorgada al juez investigador de exigir al Ministerio Público que presente escrito acusatorio resulta incompatible con el paradigma de juez dibujado por el TEDH, lo que deja en tela de juicio la regla contenida en el artículo 782.2.b) LECR.

5.- ¿Y para qué todo este rollo? Para apuntar, nuevamente, la idea de que el problema que suscita Pepe a propósito del artículo 783.2 LECR no es un problema aislado, sino uno más el largo haber de la figura de nuestro Juez Instructor. ¿Puede sostenerse que quien investiga carece de prejuicios o sesgos para decidir sobre la libertad de la persona investigada? Si de la STEDH dictada en el caso Daktaras v. Lituania, 10.10.00, parece desprenderse la regla de que el investigador no tiene la obligación de ser imparcial (lo que, científicamente, es inobjetable), no se explica por qué aún no se ha dado el último paso: afirmar que nuestro Juez Instructor es una autoridad encargada de la investigación pero no judicial, al menos, a los efectos prevenidos en el artículo 5.3 CEDH.

En cuanto a la cuestión de fondo, podría sostenerse la conveniencia de que el Juez reevalúe la pertinencia del mantenimiento de la medida cautelar una vez dictado el auto de apertura de juicio oral. Para ello, y con independencia del tenor literal del artículo 783.2 (que, efectivamente parece exigir petición de parte como indica Eduardo), puede razonarse que funcionalmente estamos ante un nuevo juez (el de la fase intermedia), con tareas significativamente diferenciadas de las del investigador (cualquier otra interpretación colisionaría con la interpretación que del CEDH hace el TEDH, como hemos visto), por lo que debe ponderar, una vez conocidos los términos concretos de la acusación si debe primar el derecho (que también reconoce el Convenio en su artículo 5.3) a la puesta en libertad durante el procedimiento.

No se me escapa la cuestión de que la afirmación de que nos encontramos ante un nuevo juez no deja de ser una ficción. Veo complicado que quien ha actuado sin trabas como investigador, pase a convertirse sin solución de continuidad en un riguroso filtro de las acusaciones, en un escrupuloso observante del acusatorio a todos los efectos. ¿Pero no es acaso también una ficción la aseveración de que quien investiga es un Juez?

TEMAS TRATADOS

JOSE MANUEL ORTEGA LORENTE

PRIMERO. SE PLANTEÓ SI RESULTA NECESARIO DICTAR AUTO DE ENTRADA Y REGISTRO SI CON OCASIÓN DE UNA ENTRADA EN UN DOMICILIO EN EL QUE ESTÁ LA PUERTA ABIERTA Y AL QUE AGENTES DE POLICÍA ACCEDEN PORQUE HAN RECIBIDO UN AVISO POR UNA PELEA ENTRE UN HOMBRE Y UNA MUJER, LOS AGENTES SE ENCUENTRAN CON UNA PLANTACIÓN DE MARIHUANA.

1. "no se puede autorizar ex post la entrada (y el registro) ya producido, porqué no nos engañemos también han registrado, si no cómo han encontrado y fotografiado instrumentos de pesaje, bolsas, etc., y si iban por un aviso de riña, para qué entran donde no hay nadie, ni riñendo, ni sin reñir. Vamos, creo que quieren que confirmes una actuación indebida".

2. "Entiendo que el hallazgo de la droga y los demás efectos no es salvable y que la petición de auto es de todo punto extemporánea. No estamos ante el supuesto de entrada que se autoriza para una cosa y en el curso de la diligencia aparecen otros indicios y el registro se para y se amplía el auto inicial.

La policía ha intervenido en riesgo urgente para una hipotética víctima y se ha encontrado una cosa absolutamente distinta. El hecho de encontrar las puertas abiertas no es excusa para entrar en un domicilio. Además no se han limitado a encontrarse "casualmente" la plantación, sino que han registrado el domicilio para encontrar las pruebas con las que te fundamentan la petición. Yo denegaría la petición por irregular obtención de la prueba que justifica la entrada, la policía carecía de todo indicio que fundamentara la medida hasta que "casualmente" entran en el domicilio que "casualmente" estaba abierto y se encuentran "casualmente" la droga".

3. En sentido distinto a las dos intervenciones anteriores: "Los que consideráis irregular la petición policial, ¿cómo sabéis que los objetos incriminadores no se hallaban a plena vista (doctrina muy asentada en USA y que sale mucho en las pelis)? ¿y cómo sabéis que los agentes entraron sabiendo que no había nadie? Mira que si había un cadáver o un cuerpo en trance de serlo... Si la irregularidad no está muy clara, y a mi juicio no lo está, más vale autorizar el registro (que hasta ahora no lo ha habido, al menos con la aprehensión que contempla el 574 LECr.) y discutir más adelante la validez de la diligencia, que ya plantearán los abogados y resolverá con su superior criterio la Audiencia. A esos efectos, insisto en exigir identificación y posterior declaración del vecino".

SEGUNDO. SI LA SUSPENSIÓN DE LA PENA SE CONSIDERA UNA MODALIDAD DE EJECUCIÓN DE LA PENA, LA INHABILITACIÓN ESPECIAL PARA EL DERECHO DE SUFRAGIO PASIVO ¿SE CUMPLE COETÁNEAMENTE CON EL CUMPLIMIENTO DE LA PENA DE PRISIÓN O TANTO DURANTE EL TIEMPO DE DURACIÓN DE LA SUSPENSIÓN DE LA CONDENA COMO, EN CASO DE REVOCACIÓN DE LA SUSPENSIÓN, DURANTE EL TIEMPO DE CUMPLIMIENTO DE LA PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD?

1. "La FGE defiende que la suspensión de la pena privativa de libertad es una forma alternativa de cumplimiento de la pena privativa de libertad que implica, de un lado, la sujeción del penado a concretas obligaciones y reglas de conducta, y supone, de otro, una actividad judicial de vigilancia permanente.

La Consulta de la FGE considera evidente (sic) que la suspensión (de la pena privativa de libertad) es una forma de ejecución de la pena (privativa de libertad) basada, de un lado, en la vigilancia permanente del Tribunal, y, de otro, en la efectiva realización de las condiciones impuestas por parte del sujeto beneficiario.

Dicha conclusión la extrae de dos sentencias del Tribunal Constitucional (166/1993 y 209/1993) en las que se afirma que "la causa de inelegibilidad que afecta a los "condenados por sentencia firme a pena privativa de libertad, en el periodo que dure la pena" no está en función del cumplimiento efectivo de la condena, que también se produce formalmente cuando se suspende … y en las que también se dice que "el texto es claro y responde a la función institucional de esta modalidad de cumplimiento de las penas, no se olvide esto, nunca de su incumplimiento".

Ahora bien, si la suspensión de la ejecución de la pena es una modalidad de cumplimiento de la pena privativa de libertad, parece claro que de conformidad con la literalidad de los arts. 6.2 de la Ley Orgánica del Régimen Electoral General,44 y 56.1 del Código Penal, durante todo el tiempo que la suspensión de la pena privativa de libertad se encuentre vigente y, en su caso, durante el tiempo adicional de cumplimiento efectivo de la pena privativa de libertad (por haberse revocado dicho beneficio), el condenado será inelegible y estará vigente la pena accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena.

Sin embargo, leyendo atentamente la STC 166/1993 se constata como el Tribunal Supremo, al ordenar que se llevara a cabo la ejecución de las penas impuestas en la sentencia, suspendió la ejecución de la pena de dos meses de arresto mayor pero realizó la oportuna liquidación de la pena accesoria

de derecho de sufragio pasivo con una duración de "dos meses", es decir, desde el día 28 de abril del año 1993 hasta el día 26 de junio del mismo año (ver el primer antecedente de la sentencia en el que se deja constancia de dicha liquidación), por lo que entiendo que el mismo Tribunal Supremo entendió que la pena accesoria (que sin duda tiene la misma duración que la pena principal) no podía exceder de los dos meses antes mencionados, lo que contradice la teoría de que la suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad es una forma de cumplimiento (alternativa o no) de dicha pena privativa de libertad.

Por otro lado, no parece que el Tribunal Constitucional pusiera ninguna objeción (aunque fuera obiter dicta) a la liquidación de la pena accesoria efectuada por el Tribunal Supremo.

Me sigue pareciendo muy forzada la tesis de que la suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad es una forma de cumplimiento de la misma, pero en todo caso, si llegamos a dicha conclusión, creo que ello debe tener efectos evidentes en la forma como se procede a la liquidación de la pena accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo".

2. "Creo que, el que la pena accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo sea privativa de derechos y no de libertad, es lo que hace que se practique liquidación de condena una vez firme la sentencia condenatoria, por lo que los arts. relativos a la suspensión de pena no le afectan, dado que se refieren a penas privativas de libertad.

Por eso, aunque la pena de prisión se sustituya o se suspenda, la de sufragio pasivo se liquida y se cumple, evidentemente, durante el tiempo por el que se le impuso la pena originaria privativa de libertad, no afectándole, en nada, lo que ocurra con ésta".

3. "Tanto el art. 44 del CP, como el art. 56.2 del mismo cuerpo legal, dicen que la pena de inhabilitación priva al penado de su derecho durante el tiempo de la condena. El art. 6.1 de Ley Electoral dice claramente que son inelegibles "los condenados por sentencia firme, a pena privativa de libertad, en el periodo que dure la pena".

Si la condena se esta cumpliendo durante todo el tiempo que se encuentra suspendida (tesis de Mendizábal en la STC 166/2010) -este parece ser el argumento por el que se considera que el auto acordando la suspensión interrumpe la prescripción- me parece claro que la pena privativa de libertad dura (se sigue cumpliendo según la FGE y la STC) mientras no se agota el plazo por el que se ha suspendido y, por tanto, la pena accesoria debería correr la misma suerte".

4. "Creo que el texto del art 55 y 56 CP debe ser interpretado en el sentido de que las penas accesorias tienen la misma extensión que la pena privativa de libertad de la que son, precisamente, accesorias. No que se cumplen a la vez. Y me baso en la expresión que utiliza el art 55 CP cuando dice "la pena de prisión igual o superior a diez años llevará consigo la inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena". Creo que es la manera de determinar la duración de la pena privativa de derechos, igual extensión que la pena privativa de libertad, por eso utiliza la expresión "el tiempo de la condena". Creo que la palabra "tiempo" conduce a esta interpretación, porque si no habría dicho, directamente, "durante la condena", "durante el cumplimiento de la condena" etc., es decir una expresión más clara que permita concluir que se cumplen las dos penas a la vez.

Pienso que corrobora esta interpretación la propia redacción de aquellos artículos que imponen estas penas privativas de derechos, no como accesorias, sino como principales, por ejemplo, art 436, 439 CP, en fin, todas las relativas a delitos cometidos por funcionarios, en las que se impone, además de la pena privativa de libertad, la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público "por tiempo de los años que sean". A parte de que la expresión es la misma, salvo la diferencia de que en un caso alude a la condena (la accesoria) y en otro determina la duración concreta, no veo porque ello haya de suponer un concepto diferente de cumplimiento, es decir, en el primer caso, ligada a la pena privativa de libertad y al mismo tiempo que se cumple ésta y en el otro caso, se cumple como pena independiente, cuando la naturaleza de la pena, como privativa de derechos es la misma".

TERCERO. COMPATIBILIDAD DE LAS INDEMNIZACIONES LABORALES CON LAS QUE SE CONCEDEN EN EL PROCEDIMIENTO PENAL EN EL QUE SE CONSIDERA QUE EL HECHO GENERADOR DE LA INDEMNIZACIÓN LABORAL ES CONSTITUTIVO DE INFRACCIÓN PENAL.

1. En teoría son factibles dos soluciones: entender que ambas fórmulas -prestaciones de Seguridad Social y acción civil de responsabilidad- protegen al trabajador accidentado como sistemas autónomos (técnica de la suplementariedad o de acumulación absoluta); o considerar que las mismas responden a idéntica finalidad y no pueden aplicarse con total independencia (técnica de la complementariedad o de acumulación relativa). Pues bien, mientras la Sala I mantiene tradicionalmente el criterio de la acumulación absoluta, la Sala IV sostiene -sin fisuras- la doctrina de la acumulación relativa. Para la Sala Civil, en el cálculo de la indemnización civil adicional no se tienen en cuenta -deduciéndolas- ni las prestaciones de la Seguridad Social que haya de percibir el beneficiario ni el posible recargo de tales prestaciones. Contrariamente, para la Social, de la indemnización civil han de descontarse las prestaciones de Seguridad Social, pero no el recargo.

Ahora bien, la Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de septiembre de 2001, parece iniciar una nueva línea, al deducir, en caso de "homicidio" imprudente por infracción de normas de seguridad e higiene en el trabajo, de la indemnización reconocida a la viuda, las que haya de recibir como consecuencia de la demanda ante la jurisdicción social (F.j 6º)".

De lo social, la Sentencia Tribunal Supremo (Sala de lo Social. Sección 1) de 30 junio 2010 Recurso de casación para la unificación de doctrina núm. 4123/2010 y algunas de al

Jurisprudencia menor que entienden quede las cantidades a percibir por incapacidad temporal (calculadas según baremo de tráfico de aplicación analógica) debe descontarse la prestación de I.T. de la TSGSS, correspondiente a ese periodo.

Como normalmente las cantidades percibidas representan el 75 por 100 del salario, la indemnización por este concepto en vía penal debe comprender la diferencia entre lo ya percibido y lo que le corresponde según baremo.

La circular de la Fiscalía sobre siniestralidad laboral se ocupa del tema en el apartado III.3.3.6 (pág. 64 y 65) y afirma la compatibilidad de todas las indemnizaciones.

CUARTO. ¿LA CONDICIÓN DE REO HABITUAL PREVISTA EN EL ART. 94 DEL CÓDIGO PENAL PUEDE CUMPLIRSE SI LAS CONDENAS POR TRES O MÁS DELITOS COMPRENDIDOS EN EL MISMO CAPÍTULO SE PRODUJERON EN UNA MISMA SENTENCIA?

1. "¿La habitualidad exige que se dicten tres sentencias distintas por otros tantos delitos o es suficiente con la condena por tres o mas delitos con independencia de si la condena se produce en una o varias sentencias?

En los comentarios al Código Penal de Córdoba Roda y García Aran se dice que la habitualidad exige que se trate de hechos delictivos separados en el tiempo y objeto de distintos enjuiciamientos y condenas, pero no tengo claro que dicha interpretación sea acorde con el tenor literal de la norma".

2. "Es precisa la existencia de tres condenas distintas a la que dio lugar a la pena de cuya sustitución se trate (3+1 y no 2+1). Resulta indiferente que las otras tres condenas se hayan dictado e una, dos o tras sentencias".

Lo que sigue es transcripción del artículo que Puente Segura remitió a la comisión en relación a la cuestión.

3.2.- EL ELEMENTO SUBJETIVO. LOS REOS HABITUALES.- Tanto con referencia a la denominada sustitución "ordinaria" (es decir, a la referida a penas de prisión no superiores a un año) como a la "extraordinaria" (penas de prisión superiores a un año pero no superiores a dos), el artículo 88 del CP excluye, sin excepción alguna, del posible círculo de condenados beneficiados por la eventual sustitución de la pena a aquellos que, por su singular trayectoria delictiva, se consideran, en todo caso, inhábiles para obtener una mejor posibilidad de reinserción social a través de la sustitución de la pena, siéndoles, por descontado, también negada la posibilidad de obtener la suspensión "ordinaria" de la ejecución al no ostentar, --al menos en la inmensa mayor parte de los casos--, la condición de delincuentes primarios (*En teoría, podría resultar posible que un reo habitual hubiera de considerarse, a los efectos de la suspensión, delincuente primario (cuando ninguna de las condenas firmes por otros delitos hubiera sido dictada con anterioridad a la comisión de los hechos por los que se impuso la pena cuya suspensión se pretende). Aun así, en tales casos, parece razonable suponer que el órgano jurisdiccional no acordaría la suspensión, en uso de sus facultades discrecionales, aun tratándose un "delincuente primario"*). Por el contrario, estos mismos condenados sí podrían, en el caso de concurrir en ellos el resto de los requisitos exigibles, beneficiarse de las suspensiones "extraordinarias" de la ejecución de la pena, previstas en los artículos 80.4 y 87 del CP.

En mi opinión, la exclusión apriorística de determinados "candidatos" a la eventual sustitución de la pena que les ha sido impuesta, no resulta acertada ni, en realidad, tiene más efecto que el de obstruir la función individualizadora que, como regla general, se residencia en el órgano jurisdiccional. Porque, ciertamente, cuando el sujeto condenado reuniese las características o condiciones exigidas por el artículo 94 del CP, para que pueda ser considerado como "reo habitual", el órgano jurisdiccional, en la inmensa mayor parte de las ocasiones, teniendo en cuenta las circunstancias personales del autor, renunciaría con toda probabilidad a sustituir la pena impuesta por considerar que la misma no podría producir el efecto pretendidamente resocializador que la anima. Ello no obstante, en determinados casos, por poco numerosos que fueran, podría resultar conveniente, desde el punto de vista de la prevención especial, hacer uso de la sustitución de la pena impuesta. Piénsese, por ejemplo, en penados que, aún ostentando la condición de reos habituales, conforme a la definición auténtica que de dicho concepto proporciona el artículo 94 del CP, no hubieran ingresado en un centro penitenciario en ninguna ocasión anterior (como consecuencia de posibles suspensiones de la ejecución de las penas impuestas o de indultos), en los que además debieran apreciarse otra serie de circunstancias personales o relativas a su conducta (por ejemplo, deshabituación o proceso avanzado de deshabituación en el consumo de las sustancias previstas en el artículo 20.2 del CP; cambio sustancial en su situación laboral, familiar o social, etc.). En semejante sentido, BORJA MAPELLI considera que con la exclusión de la posibilidad de sustitución de la pena a los "reos habituales", no se añade nada nuevo al requisito general de consideración de las circunstancias personales del condenado y, sin embargo, se introducen unos presupuestos objetivos, que no sintonizan con la naturaleza preventiva especial de este beneficio.

En cualquier caso, el hecho cierto es el artículo 88 del CP

excluye, en todo caso, de la posibilidad de sustitución de la pena a los que denomina "reos habituales". A su vez, el artículo 94 del CP establece que, a los efectos previstos en la Sección 2ª de este capítulo (es decir, a los efectos previstos en el artículo 88), se consideran reos habituales los que hubieren cometido tres o más delitos de los comprendidos en un mismo capítulo, en un plazo no superior a cinco años, y hayan sido condenados por ello.

Para realizar este cómputo, el propio artículo 94 del CP determina que: "Se considerarán, por una parte, el momento de la posible *suspensión* (*Evidentemente, la referencia en el artículo 94 del CP a la suspensión de la pena obedece a un mero olvido del legislador y debe tenerse por no puesta, en el sentido de que en la regulación actual la condición de "reo habitual" sólo tiene ya trascendencia en materia de sustitución de la pena, habiendo desaparecido toda referencia a dicha condición en los preceptos que regulan la suspensión de la ejecución de la misma*) o sustitución de la pena conforme al artículo 88 y, por otra parte, la fecha de comisión de aquellos delitos que fundamenten la apreciación de la habitualidad".

Es evidente, por lo tanto, y así debe ser destacado en primer lugar, que el concepto de "reo habitual" ninguna relación guarda con la definición de reincidencia que, entre las circunstancias agravantes de la responsabilidad criminal, se contiene en el artículo 22.8ª del CP (*Dicho precepto establece que hay reincidencia cuando, al delinquir, el culpable haya sido condenado ejecutoriamente por un delito comprendido en el mismo título de este Código, siempre que sea de la misma naturaleza. A los efectos de este número, no se computarán los antecedentes penales que hubieran sido cancelados o que hubieran podido serlo*). Resulta, por paradójico que parezca, que no solo puede haber sido aplicada a un condenado la circunstancia agravante de reincidencia, no siendo "reo habitual", sino que, incluso, es también perfectamente posible que el "reo habitual" no sea reincidente.

Aunque ha de reconocerse que el legislador se ha esforzado por esclarecer el concepto de "reo habitual", proporcionando primero una definición auténtica y explicitado después, en el párrafo segundo del artículo 94, los momentos que deberán ser tomados en consideración para el empleo de los cómputos necesarios a la definición, despejando con ello ciertas dudas doctrinales y jurisprudenciales al respecto, lo cierto es que, todavía, el concepto de "reo habitual" está muy lejos de aparecer suficientemente claro.

En primer lugar, el artículo 94 exige que se hubieran cometido tres o más delitos de los comprendidos en un mismo capítulo. Ignoro las razones por las cuales el legislador ha decidido alterar el "marco sistemático" que, sin embargo, le sirve para definir la reincidencia (aludiendo aquí al mismo capítulo, y no al mismo título, lo que, en principio, restringe el ámbito de aplicación de la habitualidad). Sin embargo, es también lo cierto que ese mismo ámbito de aplicación, con respecto a la agravante de reincidencia, se amplía en el sentido de que en la definición de la habitualidad no resulta exigido que los diferentes delitos, comprendidos en un mismo capítulo, tengan también la misma naturaleza. Es claro, por lo dicho, en mi opinión, que quien hubiese sido condenado por tres o más delitos comprendidos en el mismo capítulo, con independencia de la naturaleza de dichos delitos, deberá ser reputado, a los efectos de la eventual sustitución de la pena, como reo habitual (aún cuando, en teoría al menos, pudiera no ser reincidente).

Resulta necesario, para que pueda reputarse al condenado como "reo habitual" que éste hubiese sido condenado por tres o más delitos, dividiéndose los autores que han comentado este precepto, entre los que entienden que será suficiente con la existencia de dos condenas previas por delitos del mismo capítulo, a la que se añadiría la tercera condena, actual, cuya pena, en consecuencia, ya no podría ser sustituida (2+1) (Se pronuncian, por ejemplo, en este sentido GONZALEZ CASSO y RUESTA BOTELLA.).

En este sentido, el AAP de Granada, Sección 2ª, de fecha 13-2-2009, no sólo participa de este punto de vista sino que califica el criterio contrario de "estrategia de la defensa", observando que ésta consiste en excluir de la relación de delitos cometidos y sentenciados en firme, la última condena por robo, "la ejecutoria en la que nos encontramos, en clara contraposición a la racional y sistemática interpretación de los preceptos que regulan el beneficio y definen al reo habitual, que naturalmente reclama considerar la condena cuya sustitución se pretende, por lo que las alegaciones que en este sentido sostiene el recurso han de ser enérgicamente rechazadas".

Frente a esta tesis, otros autores, a cuya opinión me sumo, consideran que únicamente podrá ser calificado como reo habitual aquel condenado que, sin computar la pena de cuya sustitución se trata, lo hubiera sido previamente como autor de tres delitos comprendidos en el mismo capítulo (3+1). Las razones que abonan esta segunda interpretación como más acertada, resultan, a mi juicio, sumamente elocuentes. Entre ellas, considero suficiente con destacar aquí las que me parecen

más contundentes de entre todas ellas. Si el artículo 88 del CP autoriza a acordar la sustitución de la pena en la propia sentencia, evidentemente no firme todavía al tiempo de ser dictada, es obvio que, al menos en esos casos, esta condena no podrá ser tomada en consideración para integrarse en la "habitualidad", toda vez que el artículo 94 del CP exige, de forma expresa, como no parece pudiera ser de otra manera, que el sujeto "haya sido condenado por ello". Naturalmente, salvo que se entienda que esa referencia comprende también a las sentencias condenatoria no firmes, entendimiento que, creo, entraría en abierta y clara contradicción con el derecho constitucional a la presunción de inocencia y que, además, impediría acceder a la sustitución de la pena, repuntándole reo habitual, a quien, finalmente podría no haber resultado condenado en firme por delito alguno o, al menos, no haberlo sido por el número de delitos del artículo 94 del CP exige. En este sentido, si se considerase que en el conjunto de los tres delitos debía ser incluido aquel cuya pena se trata de sustituir, la condición o no de "reo habitual" dependería de algo tan aleatorio como el momento en el que el órgano jurisdiccional adoptase su decisión al respecto: si se acordase en la sentencia, sería posible la sustitución (en tanto el condenado no sería aún habitual), mientras que no existiría esta posibilidad si se pretendiera la sustitución una vez alcanzada firmeza por la sentencia que impone la pena que se trata de sustituir. Pero es que, además, no parece razonable considerar que la condena, acerca de cuya pena se cuestiona su posible sustitución, se integre, precisamente, en el supuesto de hecho que lo impediría (*En este mismo sentido, POZA CISNEROS, SERRANO PASCUAL, BERDUGO GOMEZ DE LA TORRE, MAPELLI CAFFARENA o TENA ARAGON*).

Queda sentado, por lo tanto, que, a mi juicio, el delito respecto de cuya pena se cuestiona la posible sustitución, no debe ser integrado en los tres delitos, comprendidos en el mismo capítulo del CP, que configuran la condición de "reo habitual". Menos discutible parece, sin embargo, que este cuarto (al menos) delito, aquel cuya pena pretende sustituirse, debe estar incluido también en el mismo capítulo que sus tres antecedentes, puesto que, aunque no lo exija de forma expresa el texto del artículo 88, resultaría poco razonable exigir, para configurar el concepto de "reo habitual" que los tres delitos anteriores pertenecieran al mismo capítulo, y considerar en cambio intrascendente la ubicación sistemática del nuevo delito cuya pena no podría, en tal hipótesis, ser sustituida.

En definitiva, si es la "habitualidad" lo que quiere constituirse en obstáculo insalvable para la sustitución de la pena, y la habitualidad se define como la comisión de varios delitos comprendidos en el mismo capítulo, el nuevo delito cometido, cuya pena se pretende sustituir, deberá pertenecer también al mismo capítulo que los delitos anteriores sino quieren desvincularse el concepto de "habitualidad" de la finalidad que parece perseguirse con el mismo (*Así lo entiende también MAPELLI CAFFARENA cuando señala que: "… aún cuando no se diga expresamente en su definición legal, debe entenderse que los tres delitos deben estar en el mismo capítulo que está el que se está juzgando"*). En el mismo sentido, BERDUGO GOMEZ DE LA TORRE observa que: "La identidad de capítulos deberá afectar no sólo a los tres o más delitos cometidos, sino también a aquél cuya pena se trata de sustituir, y cuando se trate de sustituir penas impuestas por distintos delitos en una misma sentencia, bastará la identidad de capítulos de uno de ellos con los tres o más delitos para entender que el reo es habitual y denegar la suspensión respecto de todas las penas impuestas" (LLORCA ORTEGA, POZA CISNEROS, GONZALEZ CASSO). Lógicamente, cuando se trate de sustituir penas impuestas por diferentes delitos y respecto de alguna de ellas el condenado tenga la condición de "reo habitual", carecería de sentido, en atención a la propia finalidad de la sustitución, pretender sustituir una sola de las penas de prisión impuestas, siendo imposible hacerlo respecto de la otra u otras penas de prisión en relación con las que el penado reúna la condición de "reo habitual" (*El AAP de Murcia, Sección 3ª, de fecha 7-7-2009, aduce entre sus razonamientos que: "Ninguna virtualidad puede tener una supuesta evitación del ingreso en prisión del penado, cuando el mismo ya se encuentra privado de libertad por causas distintas").*

Se comparten, en este sentido, plenamente los razonamientos contenidos en el AAP de Pontevedra, Sección 2ª, de fecha 19-06-2009, cuando señala que: "En el caso que nos ocupa las condenas consideradas por la Juez de lo Penal corresponden a hechos cometidos dentro de los cinco años anteriores a la fecha de la pretensión de la sustitución, pero resulta que la pena cuya sustitución se pretende no fue impuesta por un delito comprendido en el mismo capítulo con respecto a aquellos de las condenas anteriores y ni siquiera en el mismo título, sino por un delito de resistencia, por lo que en relación a este delito el condenado no es reo habitual, pues, las tres condenas deben serlo por delitos comprendidos en el mismo capítulo que el delito por el que se sigue la ejecutoria" (*Ello no obstante, la Audiencia Provincial deniega la sustitución de la pena impuesta razonando que: "Ahora bien, que no sea, en contra de lo afirmado por la Juez de lo Penal, reo habitual no conlleva en modo alguno la concesión de la sustitución que se pretende. En el presente caso la pluralidad de hechos delictivos cometidos en un corto espacio de tiempo como anteriormente se remarcó, y la falta de abono de las multas impuestas en esta misma sentencia por dos faltas de lesiones, no constituyen mérito alguno para la sustitución pretendida; es así que ni las circunstancias del hecho, ni la conducta del reo, aconsejan la sustitución de la pena de prisión".).* En el mismo sentido, se pronuncia el AAP de Madrid, Sección 27ª, de 9-2-2009 o el AAP de Cádiz, Sección 8ª, de fecha 27-4-2009.

Los tres delitos "antecedentes" habrán de haber sido cometidos en un **plazo no superior a cinco años**, atendiéndose, para determinar este aspecto, a la fecha de su respectiva comisión, con independencia de la que corresponda a la sentencia o sentencias condenatorias firmes (artículo 94, párrafo segundo, del CP).

Sin embargo, para que la "habitualidad" pueda operar como obstáculo a la posible sustitución de la "cuarta" pena impuesta, será necesario que los tres primeros delitos hayan sido

condenados en firme, “al momento de resolver el órgano jurisdiccional acerca de la eventual sustitución de la pena”. Se trata, en consecuencia, de dos requisitos cumulativos, a saber: por una parte, que los tres delitos, atendiendo a la fecha en que tuvieron lugar los hechos, se hubieran cometido en un plazo no superior a cinco años; y que, además, hubiera recaído condena firme, por todos ellos, antes de que el Juez o Tribunal se pronunciara acerca de la sustitución de la pena impuesta por el “cuarto” delito.

Resulta, en consecuencia, intrascendente que la sentencia condenatoria por los tres delitos anteriores fuera una sola, dos o tres resoluciones distintas. Y resulta intrascendente también que el delito que dio lugar a la condena cuya sustitución se pretende, se cometiera con anterioridad o posterioridad a sus tres “antecedentes”. En definitiva, ha optado el legislador, a medio de la L.O. 15/2003, por atender en este punto a las consideraciones doctrinales que habían venido formulándose al respecto, con relación al cómputo de la condición de “reo habitual”, debiendo atenderse a las fechas de comisión de los diferentes delitos que deberán estar comprendidos en el plazo de cinco años señalado, con independencia de que la sentencia o sentencias condenatorias, siempre exigibles en el momento de valorar el requisito, sea o sean posteriores al trascurso de dicho plazo. Así, por ejemplo, tendrá la condición de “reo habitual” y, en consecuencia, no podrá optar a la sustitución de la pena impuesta por un delito cometido en el año 2006, quién hubiera sido condenado en firme por tres delitos pertenecientes al mismo capítulo del CP, cometidos en el año 2007, pero que dieron lugar al dictado de una o varias sentencias condenatorias firmes con anterioridad a que el órgano jurisdiccional se pronunciara acerca de la eventual sustitución de la pena impuesta por el delito primeramente cometido.

Finalmente, a mi parecer, es claro que la eventual existencia de una condena por **delito continuado**, no permitirá, a los efectos que aquí importan de determinar la condición o no de “reo habitual” de quien pretende beneficiarse de la sustitución de la pena impuesta, computar de forma separada cada uno de los delitos que se integraron en el continuado. Así pues, por ejemplo, quién hubiera sido condenado como autor de un delito continuado de robo con fuerza en las cosas, construido sobre la base de tres acciones distintas, y posteriormente se le impusiera una pena como autor de un delito de robo con fuerza en las cosas, podría aspirar a la sustitución de esta última pena, por cuanto, en puridad, no habría sido condenado ejecutoriamente por tres delitos, sino por un solo delito (continuado), con independencia, naturalmente, de que el órgano jurisdiccional pueda y deba valorar el conjunto de las circunstancias concurrentes en el penado para pronunciarse de forma definitiva acerca de la eventual sustitución de la pena de prisión impuesta.

3. “Pienso que debe ser (3+1) pero más que por el hecho de que si la sustitución se acuerde en sentencia aún esta no es firme (que también aunque puede haber firmeza si es de conformidad pero el pronunciamiento de firmeza sería siempre posterior al de sustitución), yo añadiría la propia dicción literal del 88 "que hubiese sido condenado por ello", que en una interpretación pro reo parece decantarse por condenas distintas de la que sirve de objeto al pronunciamiento sobre la sustitución.

De otra parte, también parece prudente que se tenga en cuenta las condenas por delitos del mismo capítulo con independencia de si forman parte de una o varias sentencias condenatorias. De no ser así, entraríamos en un círculo de difícil salida pues se incurriría en discriminación respecto de aquellos acusados que se ha decidido en instrucción romper la continencia de la causa y enjuiciar por separado, e incluso se plantearía, de abogar por cómputo de sentencias condenatorias, problemas sobre delitos que hubiesen podido enjuiciarse en un sólo proceso (por conexidad temporal y objetiva) y no se ha hecho.

Por último, otro problema que "mutatis mutandi" plantea Leopoldo en su libro es el cómputo del delito continuado como "un sólo delito a efectos de la consideración de reo habitual". El problema muchas veces es como se plasman en las hojas histórico-penales otras condenas, por ejemplo, concursos ideales o mediales, o incluso especiales de leyes como el 382 en materia de seguridad vial. En esos casos, dejo planteada la duda, en supuestos de concursos ideales o mediales, pensáis que computan ambos delitos? o siguiendo el planteamiento del delito continuado, sólo uno de los delitos, por ejemplo el más grave si se ha optado por aplicación del 77 CP aplicar el más grave en su mitad superior?”.

QUINTO. ¿QUIÉN DEBE ABONAR TASAS POR DEPÓSITO DE VEHÍCULOS INTERVENIDOS O DECOMISADOS POLICIAL O JUDICIALMENTE CON OCASIÓN DE UNA ACTUACIÓN POR DELITO? (MARTÍNEZ MEDRANO). ¿PUEDE EL JUEZ ORDENAR A QUIEN HA SIDO DEPOSITARIO DEL VEHÍCULO QUE ENTREGUE EL MISMO AL NUEVO DEPOSITARIO SIN COBRAR LAS TASAS?

Dos de los comentaristas coincidieron en que el Juez Penal no tiene competencia para ordenarle al Ayuntamiento –cuando éste es el depositario- si debe entregar el vehículo a quien el Juzgado ordena, sin cobro de tasas.

SEXTO. PROCEDENCIA DE LA AUTORIZACIÓN JUDICIAL PARA QUE SE ANALICE LA TASA DE ALCOHOLEMIA EN MUESTRA DE SANGRE OBTENIDA CON FINES TERAPÉUTICOS DE PACIENTE HOSPITALARIO INGRESADO EN EL MISMO TRAS ACCIDENTE DE TRÁFICO.

SSTC 25/2005, 132/2006 y 206/2007.

SÉPTIMO. RECURSO DE APELACIÓN CONTRA SENTENCIA CONDENATORIA CUANDO NO HAY ACTA –NI

DOCUMENTADA POR ESCRITO NI GRABACIÓN-. ¿LA SOLUCIÓN DEBE SER LA REPETICIÓN DEL JUICIO?

1. "Recientemente se nos planteó en la sección un supuesto análogo. Intentamos obtener copia de la grabación sin resultado -las partes no habían pedido copia y el cd en el que el Secretario del Juzgado de lo Penal grabó el archivo se había extraviado, sin que el servidor guarde, transcurridos sesenta días desde la celebración del juicio, copia -esto sucede en los Juzgados de la provincia de Valencia, pero no en los de Valencia capital-. Se trataba de un recurso contra una sentencia condenatoria por delito de abandono de familia. El recurso se fundaba, entre otros motivos, en el error en la valoración de la prueba -y en su apreciación- por no haber sido objeto de valoración alguna prueba testifical que se decía practicada -constaba practicada en el acta sucinta levantada por el Secretario Judicial- y que, según la parte recurrente, acreditaba que el acusado no había podido pagar la pensión y se había hecho cargo, con la ayuda de los padres -que eran los testigos- de la custodia y los alimentos de los hijos durante gran parte del periodo de impago enjuiciado.

Consideramos que dado que el juicio no estaba afecto de causa de nulidad y tampoco la sentencia -a pesar de que presentaba un déficit de motivación por ausencia de apreciación y valoración de la testifical propuesta por la defensa y por ausencia de análisis de la sostenibilidad de la versión exculpatoria-, no cabía anular lo que no era nulo. Como la falta de grabación -dado que el acta del juicio no contenía siquiera relato sucinto del resultado de la prueba personal- impedía descartar la sostenibilidad de la pretensión de la parte recurrente y el impedimento no había sido provocado por la parte sino por un mal funcionamiento de la Administración de Justicia, sobrevenido al juicio, optamos por rechazar la nulidad -que de prosperar provocaría un nuevo enjuiciamiento del acusado sin que mediara causa justificativa-. En tales circunstancias, como no resultaba descartable que de haber podido revisar el juicio adecuadamente pudiera haber prosperado la tesis del recurrente, optamos por revocar la sentencia condenatoria. En todo caso se trataba de un supuesto en el que el fundamento del recurso exigía revisar la grabación del juicio y en el que la lectura de la sentencia no permitía dar respuesta a las cuestiones suscitadas"

S AP Valencia 2ª, rollo apelación 140/2011: "La imposibilidad de examinar la grabación del juicio, la ausencia de mención alguna en sentencia al resultado de la prueba personal –más allá de lo referido en el fundamento jurídico segundo- y la falta de detalle sobre la misma en el acto escrita, provoca que este Tribunal, por vía de apelación, no pueda ni afirmar, ni descartar, que la prueba practicada avalara que el acusado dejó de pagar por falta de capacidad económica o que, aun dejando de pagar, asistiera con ayuda de sus padres, a sus hijos, en términos reveladores de su voluntad de hacer frente a su cuidado y alimentación.

QUINTO.- En la vista practicada para que las partes pudieran efectuar alegaciones en relación a un hecho sobrevenido al momento de interposición e impugnación del recurso de apelación –la pérdida de la grabación del juicio- la Fiscal solicitó práctica de prueba en segunda instancia; también lo interesó la defensa. Sin embargo, no estamos en un supuesto de los contemplados en el art. 790.3 de la LECrim. –pruebas no propuestas en primera instancia por imposibilidad, propuestas e indebidamente denegadas o admitidas pero no practicadas-. Estamos ante un supuesto en el que el juicio se ha practicado con todas las garantías, se practicaron las pruebas propuestas y admitidas y la sentencia se dictó a partir de la práctica de dicha prueba. Que se haya perdido la grabación de la vista no es subsanable mediante la reproducción en segunda instancia de la prueba, puesto que no se trataría de una reproducción, sino de una nueva práctica de prueba, cuyo resultado sería valorado en primera ocasión por la Sala y, con ello, en caso de condena, al acusado se le privaría del derecho a la segunda instancia –art. 6.1 CEDH y 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos-.

La defensa del acusado instó, si no se atendía su petición y con ello, se absolvía al acusado, que se declarara la nulidad de actuaciones para que se celebrara nueva vista oral con práctica íntegra de la prueba.

La cuestión suscitada es que aquéllas pruebas que este Tribunal no puede revisar se practicaron en juicio celebrado con todas las garantías. El hecho que impide la revisión de la prueba se ha producido con posterioridad a la celebración del juicio. ¿Qué respuesta o solución merece tal irregularidad?. Desde luego, la que no puede ofrecerse es la de decretar la nulidad de una actuación judicial en la que no se infringió derecho fundamental alguno –art. 238 LOPJ-.

La SAP Madrid, Sección 3ª, de 1 de febrero de 2007 – **Roj:** SAP M 1862/2007- considera que "*La solución idónea para los supuestos de pérdida del acta de la vista es la seguida por la sentencia del Tribunal Supremo de 1 de abril de 1995, en el sentido de apreciar la inexistencia de prueba apta para enervar la presunción de inocencia y acordar, por consiguiente, la absolución del que fue condenado en la primera instancia. Son tan importantes los intereses en juego que se ventilan en el proceso penal que obviamente han de ponerse a su servicio todos los esfuerzos para descubrir la verdad real (aunque siempre bajo el respeto riguroso a las correspondientes garantías y al respeto de la dignidad humana) y, cuando por unas u otras circunstancias, como aquí ha ocurrido, no se puede, en este momento procesal alcanzar la verdad, dentro de los términos de la relatividad en que el derecho se mueve, no hay otra fórmula que la absolución".*

En el mismo sentido, la SAP Madrid, Sección 27 de 2 de febrero de 2011: "*La sentencia del TC 4/04, de 14 de enero, resuelve el problema que plantea la pérdida del acta del juicio celebrado en primera instancia. La Sentencia que habría sido dictada por la Audiencia Provincial en apelación anuló la precedente del Juzgado de lo Penal que era absolutoria para el imputado, ordenando la retroacción de actuaciones y la celebración de una nueva vista oral ante las mismas partes y ante un Juez distinto del que había juzgado los hechos en la primera ocasión.*

En esta situación, el Tribunal Constitucional declaró la imposibilidad de anular la sentencia penal absolutoria con retroacción de actuaciones para la celebración de un nuevo juicio oral, debido a las trascendentales consecuencias que

produce para el absuelto que se ve obligado a someterse a un nuevo juicio por los mismos hechos. La nulidad sólo puede producirse cuando la sentencia se haya dictado en un proceso cuya sustanciación haya adolecido de quiebras procesales esenciales causantes de indefensión en las partes acusadoras que hayan sido aducidas por éstas en los pertinentes recursos.

El acusado ya fue enjuiciado y tiene derecho a no ser sometido a un nuevo juicio por los mismos hechos -que, evidentemente, nunca sería idéntico al anterior- cuando la causa de ese nuevo enjuiciamiento no sería imputable a el.

En muy similar sentido para un supuesto análogo, se pronuncia la SAP Madrid, Sección 3ª de 22 de enero de 2007 (**Roj:** SAP M 1229/2007).

A partir de lo expuesto cabe concluir: la prueba documental practicada en juicio no es el único fundamento del fallo condenatorio; el recurso de apelación se apoya en la valoración de prueba personal, parte de la cuál no ha sido objeto siquiera de mención en la sentencia recurrida; atendiendo a los argumentos del recurso, para poder resolver sobre sus alegaciones, sería imprescindible revisar la prueba personal practicada. No es, a priori, descartable, que la prueba practicada en juicio –prueba personal y documental- permitiera considerar que el acusado dejó de pagar por carecer de ingresos y/o que a pesar de no pagar la pensión, se ocupó, con apoyo de sus padres, de su manutención y cuidado efectivo. Es así que la ausencia de la grabación del juicio impide afirmar con rotundidad que la valoración de la prueba practicada por la Juez de lo Penal sea correcta. Es por ello que no resultando descartable que de haber podido éste Tribunal tener acceso a la grabación del juicio, pudieran haber prosperado las pretensiones de la defensa, no pudiendo perjudicar al acusado las consecuencias de un mal funcionamiento de la Administración de Justicia y no existiendo motivos para declarar la nulidad del juicio y la sentencia de primera instancia ni para someter al acusado a un nuevo enjuiciamiento, la única respuesta que éste Tribunal puede dar, en tan excepcionales circunstancias, es la de estimar el recurso y absolver al acusado del delito por el que fue condenado en primera instancia".

2. "En mi modesta opinión no es trasladable la doctrina de la STC 4/2004 -fallo absolutorio- al caso que plantea Pepe Grau -sentencia condenatoria-. En la Sentencia referida se analiza un supuesto de sentencia absolutoria y toda la argumentación y decisión final va dirigida a la imposibilidad de juzgar por segunda vez al que ha sido absuelto en la primera instancia. La tesis final es por tanto, siempre refiriéndose a Sentencia Absolutoria:

"En conclusión, hemos de declarar vulnerados los derechos del recurrente a la tutela judicial efectiva sin indefensión y al proceso con todas las garantías (art. 24.1 y 2 CE EDL 1978/3879 q), pues no hay norma alguna en el ordenamiento que permita la anulación de una Sentencia absolutoria con retroacción de actuaciones sin haberse producido una infracción de reglas esenciales del proceso justo en perjuicio de los acusadores particulares y, consecuencia de ello, también de su derecho a no ser sometido dos veces a proceso penal por los mismos hechos al reabrirse la primera instancia sin que se hubiera denunciado en el recurso de apelación ninguna quiebra esencial del procedimiento determinante de la retroacción de las actuaciones". Así y todo en el supuesto de fallo Absolutorio, el propio TC admite que debe repetirse el juicio en los supuestos en los que si se ha producido una vulneración del derecho a la tutela efectiva a la parte acusador y así en su FD Cuarto menciona varios supuestos en los que cabe la anulación y retroacción:

"En aplicación de esta idea, hemos efectuado pronunciamientos de anulación y retroacción por haberse inadmitido una prueba de la acusación relevante y decisiva cerrándose la causa sin practicarla (STC 116/1997, de 23 de junio), por haberse negado el acceso a los recursos contra el archivo de la causa, habiendo mostrado el recurrente su voluntad inequívoca de personarse en el proceso penal (STC 16/2001, de 29 de enero EDJ 2001/463), porque se sustanció el recurso de queja dando lugar al Auto de sobreseimiento libre sin contradicción del querellante (STC 178/2001, de 17 de septiembre EDJ 2001/29641), por haberse sustanciado el recurso de apelación sin unir el escrito de impugnación de la acusación particular y, por tanto, sin que el órgano judicial lo tomara en consideración (STC 138/1999, de 22 de julio EDJ 1999/19190), por haberse producido una incongruencia extra petitum al introducirse en la Sentencia un elemento que no había sido objeto de debate contradictorio (STC 215/1999, de 29 de noviembre EDJ 1999/36639), o por haber admitido el órgano de apelación la pretensión de legitimación del actor y entrar en el fondo sin juicio oral en el que las partes hubieran podido ejercer su derecho de defensa sobre la cuestión de fondo (STC 168/2001, de 16 de julio EDJ 2001/26469)."

En los casos de sentencia condenatoria, en el que el apelante basa su recurso en error en la valoración de la prueba, y la Sala no puede resolver por no existir Acta o DVD, no comparto la

solución que nos explica José Ortega, al que admiro por "su sabiduría jurídica", pero que en este caso no comparto: revocar y absolver en la segunda instancia.

Si nos atenemos a la solución de la STC 4/2004, en la segunda instancia deberían citarse a todas las partes y testigos para resolver el recurso, solución que no prevé la LECrim y que desnaturaliza el proceso en la segunda instancia que nunca puede ser una repetición del juicio en la primera. Nuestra LECrim lo prohíbe.

En caso de sentencia condenatoria apelada sin grabación ni acta del juicio. No veo ninguna de las dos soluciones anteriores: revocar y absolver -nos puede llevar a la impunidad y a la vulneración del derecho a la tutela efectiva de la parte acusadora-perjudicada por el delito -, ni tampoco la de hacer una supuesta repetición del juicio en la segunda instancia, porque la ley no lo permite. Mi modesta conclusión es que la sentencia del 2004 no nos sirve para supuestos de Sentencias condenatorias y porque está superada por la nueva regulación del art. 743 LECrim: la ausencia del Secretario en el plenario obliga a que el desarrollo del juicio se haga con los medios tecnológicos necesarios de forma que éste debe garantizar la autenticidad e integridad de lo grabado. Si el juicio no se graba, el Secretario no puede garantizar la autenticidad de nada de lo que se ha dicho ni hecho en el plenario y en mi opinión esto es un motivo de quebranto de las normas de garantía del procedimiento a las que alude el art. 792.2 LECrim motivadoras de la nulidad prevista en el art. 240 en relación al 238.3 LOPJ, con la consiguiente nulidad del juicio y retroacción para que se repita. Solo en los casos de sentencia condenatoria". (Comas).

Como documentación se acompañó al debate la STS de 1 de abril de 1995 (Roj: STS 8495/1995) y la STC 4/2004 de 14 de enero.

OCTAVO. LA PENA DE MULTA. RESPUESTA JUDICIAL ANTE LOS CASOS DE IMPAGO. EL ART. 51 Y EL ART. 53.1, SEGUNDO PÁRRAFO DEL CÓDIGO PENAL.

1. **"**Es importante que incorporemos a los modos de ejecución la cláusula *rebus sic stantibus* del artículo 51 CP que permite la reducción de las cuotas dada una notable modificación de las condiciones económicas de la persona condenada. Y creo, también, que cabe una interpretación compatible entre el artículo 53.1º, inciso segundo, CP y el artículo 88.3 CP, de tal modo que la multa como pena sustitutiva en caso de impago pueda ser sustituida por trabajos en beneficio de la comunidad , evitando de esta manera el ingreso en prisión. La fórmula partiría de considerar que la regla del artículo 53.1º. inciso segundo, CP es, en todo caso, *lex especialis* en relación al régimen de cumplimiento de toda pena de multa, principal o sustitutiva, en la medida que el Código no hace distingo. Sé que puede resultar discutible pero también que puede responder a estándares de adecuación constitucional no arbitrarios".

2. La cláusula del 53.1º CP yo efectivamente la utilizo para aquellos supuestos donde en la pieza de responsabilidad civil se demuestra que el penado es insolvente, sobre todo cuando ha hecho un esfuerzo reparador o de abono de la multa y está en situación de penuria económica. El otro día, sin ir más lejos, requerimos a un penado porque le faltaban por pagar 300 euros de una multa sustitutiva de 2.000, que en su día se había fijado sobre una cuota de cinco euros/día. Acreditó que estaba en la más absoluta indigencia, que él y su familia vivían en un albergue, que no tenían ni para comer, así que tras incorporar la averiguación patrimonial dicté auto aminorando la cuota de la multa sustitutiva por circunstancias económicas sobrevenidas y la reputé cumplida y pagada, auto al que posteriormente dio el visto bueno el Fiscal. Acudir a los trabajos en beneficio de la comunidad como pena sustitutiva es la mejor opción, porque, además, si son personas en esa penuria económica, si en la condena tienen responsabilidad civil, no les sirve de nada ser insolventes y hacer un esfuerzo para pagar la multa, porque por vía del 126 CP hasta que no paguen la RC no extinguirán la multa... así que, en esos casos extremos o bien reducción del importe de la multa, o bien pensárselo muy mucho e informar muy bien al penado antes de sustituir la pena por multa. De todas formas, si al final prospera el anteproyecto de reforma del CP la sustitución (que es un elemento básico de alternativa al cumplimiento en centro penitenciario) se va al garete...."

EL ANTEPROYECTO DE CÓDIGO PENAL Y LA "CRIMINOLOGÍA DE LA INTOLERANCIA"

Salvador Camarena Grau, Magistrado y Coordinador de la Comisión Penal

Estas son solo unas notas apresuradas y provisionales sobre un texto que merece una reflexión más detenida y amplia. Dejando a un lado otras reformas que se introducen, dice la Exposición de Motivos del Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica10/1995 que: "*La necesidad de fortalecer la confianza en la Administración de Justicia hace preciso poner a su disposición un sistema legal que garantice resoluciones judiciales previsibles que, además, sean percibidas en la sociedad como justas. Con esta finalidad, se lleva a cabo una profunda revisión del sistema de consecuencias penales que se articula a través de tres elementos: la incorporación de la prisión permanente revisable, reservada a delitos de excepcional gravedad; el sistema de medidas de seguridad, con ampliación del ámbito de aplicación de la libertad vigilada, e introducción de la regulación de la custodia de seguridad, como medida de seguridad privativa de libertad que puede ser impuesta, en supuestos excepcionales, a delincuentes reincidentes peligrosos; y la revisión de la regulación del delito continuado.*" Cabrá ver si efectivamente la reforma permite hablar de resoluciones judiciales previsibles y justas, y si esta reforma era necesaria o simplemente nos hallamos ante un paso mas en la escalada de demagogia punitiva.

En aquellos casos en que exista una probabilidad elevada de producción de menoscabos ajenos, la persona debe soportar una serie de restricciones de derechos sin fijación de un plazo máximo concreto y determinado.

La modificación de las medidas de seguridad es especialmente llamativa, se suprime el límite relativo a la no superación de la pena abstractamente establecida para el hecho cometido y el único límite es "lo necesario para prevenir la peligrosidad del autor". Esto supone en primer lugar la ausencia de certeza sobre la finalización de la medida de seguridad (que no deja de ser en última instancia una privación de derechos derivada de la comisión de un hecho delictivo), en segundo lugar el riesgo de concesión de un amplio y en ocasiones desmedido arbitrio al juez y por último el riesgo de influencia de factores externos en la decisión, por todo ello, es en extremo discutible que la reforma constituya un paso adelante en el objetivo de alcanzar resoluciones justas y previsibles. La presunción de inocencia no solo mira hacia el pasado, antes de que empiece el proceso penal, ni tampoco solo durante la sustanciación del mismo, sino también hacia el futuro. No existe constancia de que sea científicamente posible dar, ni por medio de estudios criminológicos ni por los restantes métodos empleados, un pronóstico sobre la "probabilidad" de que un sujeto concreto llegue al delito, tales pronósticos sirven tan sólo para determinar el porcentaje de delincuentes en una muestra determinada; por ejemplo dictaminan que el 60% de un grupo va a llegar al delito, pero por lo mismo no pueden establecer que inexorablemente "*una persona concreta*" va a delinquir. Hemos de tener en cuenta que no es posible establecer "*mas allá de cualquier duda razonable*" que una persona cometerá un hecho futuro (ni, en principio, tampoco excluirlo), salvo que se profese un determinismo universal incompatible con el libre albedrío, en otras palabras, que se niegue la libertad. Se trata al parecer de lo siguiente, en aquellos casos en que exista una probabilidad elevada de producción de menoscabos ajenos, la persona debe soportar una serie de restricciones de derechos *sin fijación de un plazo máximo concreto y determinado*. Como en alguna ocasión se ha dicho, cuanto mas aprecio tenga el sistema jurídico por el valor y dignidad del hombre, tanto más estrecho se trazará el círculo de los peligros contra los cuales se aplican medidas preventivas y no parece que en esta reforma se aprecie en demasía esa dignidad. Al menos, se mantiene la exigencia de que la peligrosidad sea "criminal" es decir debe necesariamente ir referida a la probabilidad de producción de un daño antijurídico, es más, no de cualquier daño, sino de uno que fuera posible conceptuarlo como delito (artículo 6 y artículo 95.1.2ª y 2 CP) y se ha de ser muy cuidadoso en ello para no caer en la denominada "peligrosidad social", por lo que el análisis de esas "peligrosidad" debe ser en extremo exigente. Recordemos que, en España, la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social de 4 de agosto de 1970 introducía como presupuesto de aplicación de las medidas de seguridad la apreciación de la peligrosidad social (normativa cuestionada por las STC 159/1985 de 27 de noviembre y 23/1986 de 14 de febrero en cuanto parten de la asocialidad y no del hecho), por ello no debe acudirse a un estándar sociológico por el que dañoso sería todo lo que atacase el modo de vivir mayoritario (que en ocasiones puede ser particularmente injusto), pues, podría darse el caso, que ese modo de vivir, no fuera mas que la imposición, la dominación de otros, y que a ese modo lo revistiéramos con la investidura del derecho penal.

Cuanto más aprecio tenga el sistema jurídico por el valor y dignidad del hombre, tanto más estrecho se trazará el círculo de los peligros contra los cuales se aplican medidas preventivas y no parece que en esta reforma se aprecie en demasía esa dignidad

Respecto de la prisión permanente revisable, determinadas corrientes político-criminales y de opinión pública tienden a configurar la prisión como una institución que para determinados condenados tenga funciones prácticamente de custodia y pueda durar incluso toda la vida que le quede al penado (sin que ello permita asegurar que descienda la criminalidad). Debemos tener en cuenta, que realmente las penas de prisión de larga duración (treinta o cuarenta años) pueden en la práctica equivaler a la prisión perpetua, algo que

también cabe predicar de la llamada "*doctrina Parot*" establecida por el Tribunal Supremo para evitar que los beneficios penitenciarios puedan computarse en el máximo de duración de la pena prevista legalmente, computándolos por separado a cada una de las penas a las que el delincuente haya sido castigado, es la aplicación de la llamada "*true in sentencig*" norteamericana que en la realidad excluye cualquier posibilidad de reinserción en la ejecución de las penas. Aquí se dice que "*La reforma introduce una nueva pena de prisión permanente revisable, que podrá ser impuesta únicamente en supuestos de excepcional gravedad -asesinatos especialmente graves, homicidio del jefe del Estado o de su heredero, de jefes de Estado extranjeros y en los supuestos más graves de genocidio o de crímenes de lesa humanidad- en los que está justificada una respuesta extraordinaria mediante la imposición de una pena de prisión de duración indeterminada (prisión permanente), si bien sujeta a un régimen de revisión: tras el cumplimiento íntegro de una parte relevante de la condena, cuya duración depende de la cantidad de delitos cometidos y de su naturaleza, acreditada la reinserción del penado, éste puede obtener una libertad condicionada al cumplimiento de ciertas exigencias, en particular, la no comisión de nuevos hechos delictivos.*" El principio de legalidad es la base de *la libertad de* los *modernos* (Constant), presupone que todo lo que no está prohibido está permitido y descansa sobre la seguridad jurídica, esto es, sobre la posibilidad de calcular con exactitud las consecuencias de las diversas acciones, del principio de legalidad deriva naturalmente otro de intervención mínima o proporcionalidad en sentido amplio. Sin entrar ahora a analizar los requisitos de revisión, dejar en manos de los jueces la duración final de la privación de un derecho fundamental es en extremo peligroso para el principio de legalidad (esto es, para la *seguridad*, ésta si de relevancia constitucional, pues se refiere a la propia legitimidad de las instituciones políticas que permiten nuestra convivencia), para un orden de coexistencia que pretenda ser un orden de libertad, además esas objeciones pueden verse agravadas por factores externos como: la cercanía temporal al momento de la revisión de campañas de prensa, o la comisión de un delito similar de especial repercusión mediática etc.

La potestad punitiva en el estado de derecho no puede ejercerse de cualquier modo (…) En cuanto en el ámbito penal se diseña la estructura y límites de los derechos individuales es conveniente un consenso estable y razonable que no dependa de estados de opinión y urgencias políticas y permita que sea ampliamente aceptada. No parece que el Anteproyecto esté siguiendo ese camino.

Similares consideraciones cabe efectuar respecto de la custodia de seguridad: "*Con la reforma, el autor de un hecho criminal será condenado con la pena establecida por la Ley en función de la gravedad del hecho y de las circunstancias del autor. En los casos de peligrosidad y, en particular, de reiteración en la comisión de delitos de gravedad suficiente, cuando además concurran circunstancias que evidencien la tendencia al delito y permitan fundar un pronóstico de peligrosidad, podrá imponerse una medida junto a la pena consistente en libertad vigilada o custodia de seguridad. Estas medidas de seguridad se fijarán en proporción a la peligrosidad del autor, de modo que no estará limitada en su extensión por la duración de la pena prevista para el delito cometido*".

La potestad punitiva en el estado de derecho no puede ejercerse de cualquier modo. El Código penal en cuanto perfila los límites más importantes de los derechos y libertades constituye una suerte de constitución negativa. En cuanto en el ámbito penal se diseña la estructura y límites de los derechos individuales es conveniente un consenso estable y razonable que no dependa de estados de opinión y urgencias políticas y permita que sea ampliamente aceptada. No parece que el Anteproyecto esté siguiendo ese camino. También debemos tener en cuenta que en España aparecen tasas de delincuencia inferiores a la de otros grandes países de la Unión Europea y sin embargo se está produciendo un progresivo aumento de la población penitenciaria, por ello parece que la presente reforma establece un endurecimiento del sistema punitivo no justificado, ni proporcional a los beneficios que dice que pretende obtener (y sin que exista ninguna garantía de que los obtenga), por ello, una vez mas, todo apunta a que nos hallamos ante un paso mas en esa escalada de demagogia punitiva que se mencionaba al inicio, un paso más hacia un código penal del *resentimiento*. Los indicios apuntan a que el ordenamiento jurídico español desde 1995 se encamina de un modo desenfrenado hacía un autoritarismo, que da la espalda a las libertades y derechos constitucionales con la (falsa) promesa de un incremento de la seguridad. Se está produciendo una progresiva introducción de la "criminología de la intolerancia" en virtud de de la cual España se está convirtiendo en receptora de la intolerancia penal del neoconservadurismo norteamericano (curiosamente –P. Krugman- el autoritarismo conservador norteamericano adoptó como modelo al general Franco, se trata de una especie de *feedback*).

Todo apunta a que nos hallamos ante un paso más en esa escalada de demagogia punitiva que se mencionaba al inicio, un paso más hacia un código penal del resentimiento (…) el ordenamiento jurídico español desde 1995 se encamina de un modo desenfrenado hacía un autoritarismo, que da la espalda a las libertades y derechos constitucionales con la (falsa) promesa de un incremento de la seguridad

Y es que, tal como se decía en el comunicado de la Comisión Penal presentado al Congreso de Valencia, en el conflicto entre libertad y seguridad los responsables políticos siempre identifican libertadas constitucionales de los ciudadanos que, según ellos, les impiden evitar y reprimir los males que mas daño causan. Por ello es frecuente que, sin ninguna evaluación rigurosa en el "coste" para los ciudadanos, los responsables políticos restrinjan las libertades y garantías constitucionales, sobre todo, si como en este caso en elementos básicos de esta reforma (las medidas de seguridad, la prisión permanente revisable) no se establece una duración determinada, sino que se deja en manos de los jueces. La demanda de tranquilidad y seguridad, que el Estado, en principio, garantiza, es una necesidad primaria y constante que se sobrepone fácilmente a la necesidad de preservar las libertades constitucionales, que sólo se vive de un modo ocasional, cuando las propias o las de

algún allegado se hallan en peligro o han sido vulneradas. Debemos llevar a la conciencia de los ciudadanos que, si se quiere vivir en un Estado de Derecho, los derechos fundamentales han de prevalecer incluso sobre las exigencias de tranquilidad y seguridad, tal y como los Gobiernos las definen.

INFORMES Y TABLAS COMPARATIVAS DEL CÓDIGO PENAL

- **ANTEPROYECTO DE REFORMA DEL CÓDIGO PENAL DE 2012. DOCUMENTO DE TRABAJO PARA EL DEBATE.** Accede al documento de trabajo

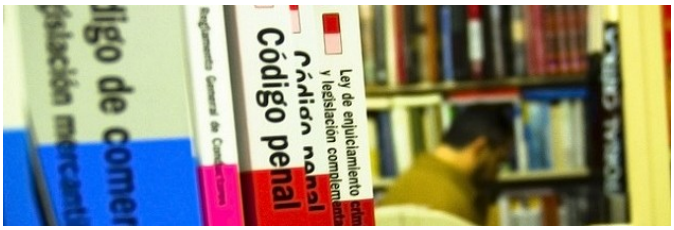
  Carlos Hugo Preciado Domenech. Magistrado.

- **TABLAS COMPARATIVAS DEL CODIGO PENAL 2012** Accede a las tablas

  Joan Queralt. Catedrático de Derecho Penal.

- **INFORME DEL CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL AL ANTEPROYECTO DE LEY ORGÁNICA por la que se modifica la Ley Orgánica.** Accede al informe

- **INFORME DEL CONSEJO FISCAL AL ANTEPROYECTO DE LEY ORGÁNICA por la que se modifica la Ley Orgánica.** Accede al Informe



JURISPRUDENCIA

TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS. JAVIER HERNÁNDEZ GARCÍA

Asunto Baltins c. Letonia, de 8 de enero de 2013 sobre agente infiltrado y delito provocado en la que se destaca la especial obligación del tribunal de enjuiciamiento de analizar las concretas circunstancias en las que se produce el contacto entre el agente y la persona investigada. Las dudas no despejadas deben valorarse a favor de reo al no poder descartarse el elemento de provocación en el hecho delictivo, objeto de investigación. Sentencia

Asunto Lombardo c. Italia, de 29 de enero de 2013 sobre la repercusión de los incidentes continuados del régimen de custodia de los hijos comunes en el derecho a la vida privada y familiar, garantizado por el artículo 8 CEDH. El Tribunal identifica una obligación positiva a los Estados de protección eficaz del mandato judicial donde se fija n las condiciones de desarrollo del régimen de custodia y de visitas. Sin perjuicio de su relevancia en el ámbito de familia, creo que suministra, también, buenas razones para interpretar y aplicar, en su caso, en términos materiales de protección los artículos 618, 622 y 225 bis, todos ellos, CP. Sentencia

Asunto Abdelali c. Francia, de 11 de octubre de 2012. El caso analiza una desconcertante regla procesal francesa por la que se limita el derecho del inculpado a impugnar fuentes probatorias o actos procesales por motivos de nulidad ante el tribunal de enjuiciamiento cuando por incomparecencia contumaz desaprovecha la posibilidad de alegarlas ante el juez de instrucción, como una suerte de trámite previo para el saneamiento. Además de calificarla de desproporcionada pues en el nuevo juicio que se le concedió al Sr. Abdili juzgado en contumacia –y condenado a pena de seis años de prisión- no se le ha permitido defenderse sobre la validez de los medios de prueba utilizados por la acusación, el TEDH viene a reclamar un mayor rigor para que una persona acusada pueda ser declarada rebelde, en nuestra terminología, o presumir que no quiso de forma consciente y voluntaria atender a la convocatoria judicial en la fase previa no bastando para ello el simple dato de que no fue hallado en su domicilio o que las personas vecinas o familiares designadas no dieron cuenta de su paradero actual. La sentencia tiene o puede tener un importante reflejo para la valoración de las condiciones del juicio en ausencia y su compatibilidad con el derecho a un proceso equitativo. Sentencia

Asunto Ute Saur Vallnet c. Andorra, de 12 de mayo de 2012. La demanda gira sobre la violación del derecho al

juez imparcial. Uno de los jueces que integraba el Tribunal Superior Administrativo andorrano que conocía de un contencioso entre la empresa demandante y la administración del principado formaba parte, a su vez, de un despacho de abogados con sede en Barcelona. Sentencia

SUPREME COURT OF THE UNITED STATES Origen de la información: Cornell Law School.

SUPREME COURT 2009-2010. Leer resumen

SUPREME COURT 2010-2011. Leer resumen

TRIBUNAL SUPREMO

DERECHO PENAL

TS 3.12.2012 (Sr. Varela Castro) DELITO DE ESTAFA INFORMÁTICA. Prueba pericial: la adjudicación de una IP al acusado no acredita que sea el autor del acto telemático que la utiliza. * Presunción de inocencia: inferencia no concluyente sobre dolo de quien facilita una cuenta corriente para movimiento de dinero. * Naturaleza fáctica del elemento subjetivo. Sentencia

STS 13.6.2012: DELITO DE FALSEDAD EN DOCUMENTO MERCANTIL Y APROPIACIÓN INDEBIDA -Valor de los autos de sobreseimiento y archivo dictados por el Juez de Instrucción. No producen la cosa juzgada -El delito de falsedad documental no es de propia mano -Ámbito del auto de aclaración del art. 267 LOPJ desde el principio de la invariabilidad de las resoluciones judiciales. Doctrina del Tribunal Constitucional

Segundo.- El primer motivo, por el doble cauce del error facti del *art. 849-2º LECriminal* y del Quebrantamiento de Forma por incongruencia omisiva del *art. 851-3º LECriminal*, sostiene que en otra causa penal seguida en otro Juzgado por hechos que se dice son idénticos, el Juzgado de Instrucción --nº 1 de Vic-- dictó auto de sobreseimiento libre sin prejuicio del ejercicio de las acciones civiles correspondientes a los interesados. Se dice por el recurrente que siendo idénticos los hechos, no puede ser el recurrente condenado en esta causa cuando en la causa anterior se acordó el sobreseimiento libre. Al respecto hay que decir que desde la incorrección procesal que supone formalizar un motivo de casación por dos cauces diferentes, el error facti y la incongruencia omisiva, lo que ya supone un desconocimiento de la técnica casacional ya que cada motivo debe tener como fundamento un solo cauce casacional --art. 874-2º--, es lo cierto que ninguno de los dos citados cauces puede prosperar. Vía error facti la improsperabilidad es patente porque no existe el documento casacional en el preciso sentido que tiene este concepto en clave casacional, y la referencia a otra causa archivada por otro Juzgado es claro que no tiene la naturaleza de documento casacional. Vía incongruencia omisiva tampoco procede el motivo porque este vicio supone que se ha dejado sin contestar una cuestión jurídica temporáneamente propuesta por la parte concernida, que fue objeto de debate en el Plenario y que ha quedado sin contestar. El recurrente se refiere a ese otro procedimiento por primera vez en esta sede casacional, por ello la sentencia no se refiere a dicha causa porque nada se alegó en su momento, y al respecto basta comprobar que el escrito de conclusiones provisionales del recurrente es prácticamente de "formulario" sin referencia a esta cuestión. En esta situación es claro que la Sala de instancia no debía pronunciarse sobre la posible cosa juzgada.

Por otra parte y ya para agotar el tema, hay que recordar que los autos de sobreseimiento libre en tanto tienen el valor de una sentencia definitiva, contra los que cabe recurso de casación ex *art. 636 LECriminal*, solo pueden ser dictados por el órgano judicial competente por razones objetivas para conocer del fondo, por lo que los dictados por el Juez de instrucción, aunque tengan el "nomen" de sobreseimiento libre no equivalen a una sentencia absolutoria que tenga la "santidad" de la cosa juzgada. Como recuerdan las *SSTS de 1 de Abril de 2002*, *20 de Marzo de 2000*y *338/2002*de 1 de Marzo"....dado su carácter preliminar o interino--el de los autos dictados por el Juez de Instrucción--que impide otorgarles eficacia definitiva propia de una resolución de fondo como las sentencias absolutorias a los de sobreseimiento libre....". Procede la desestimación del motivo.

STS 885/2012 refiere a la prescripción y a la aplicación del nuevo art. 132 del Código Penal. Parece que cualquier resolución judicial (auto para ser más precisos) que no archive el procedimiento, por considerar que los hechos denunciados no son constitutivos de delito, debe entenderse como resolución judicial motivada a los efectos del art. 132 del Código Penal. Sentencia

STS 15-3-2012: " Estafa. Engaño bastante. Principio de autoprotección: crítica de los postulados victimodogmáticos. La ley no obliga al perjudicado a estar más precavido en el

delito de estafa que en otros, de forma que la tutela de la víctima tenga diversos niveles de protección."

"**DÉCIMO SEGUNDO.-** El tránsito de un derecho penal privado a un derecho penal público constituye el fundamento del Estado de Derecho, que sustituye como instrumento de resolución de los conflictos la violencia y la venganza privada por la norma legal y la resolución imparcial del Juez, determinando un avance trascendental de la civilización, tanto en términos de pacificación social como en objetivación, imparcialidad y proporcionalidad

La denominada victimodogmática subvierte el principio de subsidiariedad, al propugnar la renuncia a la intervención penal en favor de la autotutela, desconociendo que constituye un principio básico de la civilización que los ciudadanos han hecho dejación de la violencia punitiva en manos del Poder Judicial precisamente para descargarse de sus necesidades defensivas frente a las agresiones tipificadas como delictivas.

Por otra parte la teoría victimodogmática no es más que una forma de rebautizar soluciones ya existentes para problemas reales, extendiéndolas desmesuradamente a supuestos injustificados. La imputación objetiva permite resolver en el delito de estafa los supuestos problemáticos de inadecuación del engaño sin necesidad de recurrir a los postulados victimodogmáticos, que desplazan la responsabilidad del delito sobre la conducta de la víctima, culpabilizándola injustamente por respetar el principio de confianza y contribuyendo a su victimización secundaria.

En ese sentido, como ha señalado un autor destacado, “un robo sigue siendo un robo aunque la víctima se haya comportado despreocupadamente con sus cosas“ y en relación a la estafa no hay elemento alguno del tipo, tal y como ha sido definido en nuestro ordenamiento, que obligue a entender que el Legislador ha decidido que este delito solamente tutele a las personas especialmente perspicaces o desconfiadas y que resulte impune con carácter general el aprovechamiento malicioso de la credulidad, la confianza o la buena fe de ciudadanos desprevenidos

Por ello, dejando al margen supuestos de insuficiencia o inidoneidad del engaño, en términos objetivos y subjetivos, o de adecuación social de la conducta imputada, la aplicación del delito de estafa no puede quedar excluida mediante la culpabilización de la víctima con específicas exigencias de autoprotección, cuando la intencionalidad del autor para aprovecharse patrimonialmente de un error deliberadamente inducido mediante engaño pueda estimarse suficientemente acreditada, y el acto de disposición se haya efectivamente producido, consumándose el perjuicio legalmente previsto

Conviene, por todo ello, matizar una cita fragmentada que se realiza en la resolución recurrida de una sentencia de esta Sala, que lamentablemente es citada con cierta frecuencia de una forma incompleta que no respeta totalmente su sentido. La sentencia de esta Sala de 21 de septiembre de 1988no afirma simplemente, como recoge literalmente la sentencia de instancia (fundamento jurídico primero), que "el derecho penal no debe convertirse en un instrumento de protección penal de aquellos que no se protegen a sí mismos", sino que se expresa de forma más matizada, al reconocer que el punto de vista de que el derecho penal no debería convertirse en un instrumento de protección penal de aquellos que no se protegen a sí mismos, es hoy una cuestión debatida .

En concreto, lo que literalmente se señala en esta sentencia de 21 de noviembre de 1988, que expresa un punto de vista de innegable raíz académica al ser una de las primeras dictadas como ponente por un ilustre Catedrático y relevante Magistrado de esta Sala, es que "Indudablemente en la configuración de los elementos del delito de estafa se debe tener en cuenta el comportamiento de la víctima. El derecho penal, en este sentido, no debería constituirse en un instrumento de protección patrimonial de aquellos que no se protegen a sí mismos. La extensión de las consecuencias de este punto de vista, sin embargo, es hoy una cuestión debatida. En términos generales, de todos modos, se debe tener en cuenta que el grado de diligencia que se debe exigir a la víctima de la estafa se determinará mediante las pautas que socialmente se consideran adecuadas en una situación concreta"...añadiendo más adelante que "De cualquier manera, el comportamiento descuidado de la víctima no afecta en sí mismo al engaño, sino, en todo caso, a la relación de casualidad entre el engaño y el error del sujeto pasivo

En definitiva, y haciendo nuestro lo expresado en la STS de 28 de junio de 2.008, el principio de confianza que rige como armazón en nuestro ordenamiento jurídico, o de la buena fe negocial, no se encuentra ausente cuando se enjuicia un delito de estafa. La ley no hace excepciones a este respecto, obligando al perjudicado a estar más precavido en este delito que en otros, de forma que la tutela de la víctima tenga diversos niveles de protección.

Y, en el caso actual, es indudable que el perjudicado fue inducido deliberadamente a error por un procedimiento sofisticado, en absoluto burdo, con intervención de varias personas que se repartieron los papeles, ganándose su confianza y simulando solvencia así como un negocio inexistente. Procede,

en consecuencia, desestimar este motivo de recuso. Sentencia

181/2012 de 8.3, analiza un caso de **PREVARICACIÓN**, delito recientemente de actualidad.

Prevaricación administrativa: absolución por estimación del recurso. Resolución arbitraria e injusta; ausencia completa del procedimiento exigible. Enajenación de inmuebles mediante contrato de permuta: admisible en el caso, posición defendible en Derecho.

La STS recoge los precedentes jurisprudenciales que perfilan los elementos del delito de prevaricación administrativa: el tipo objetivo exige una arbitrariedad e injusticia de la resolución que vaya más allá de la mera contradicción con el derecho. No son delictivas todas las resoluciones administrativas que resultan anuladas por los tribunales de la jurisdicción contencioso-administrativa por considerarlas no conformes a Derecho. El "plus" exigible para que entre la esfera penal viene concretado legalmente en la doble exigencia de que se trate de una resolución injusta y arbitraria. Actúa arbitrariamente, pues, la autoridad o funcionario público que dicta una resolución al margen de la Constitución y del resto del ordenamiento jurídico, sino puro producto de su voluntad, convertida irrazonablemente en aparente fuente de normatividad. En el caso analizado, los acusados aprobaron el convenio urbanístico en el que bajo la denominación de "permuta" el Ayuntamiento entregaba la propiedad de unos terrenos y recibía a cambio una cantidad de dinero y la urbanización de otros terrenos de su propiedad: tratándose de entidades locales, esta posibilidad se admite, directa o indirectamente, por la jurisprudencia civil y contenciosa (mediante la fórmula de la permuta de bienes patrimoniales por obra futura) y también en algunas normativas de ámbito autonómico, que autorizan en algunos casos la adjudicación directa. Se absuelve así a los acusados, al ser su actuación defendible en Derecho. Sentencia.

STS 3-2-2012:
1.- No cabe admitir incongruencia omisiva cuando en trámite de aclaración de sentencia no se instó un pronunciamiento expreso sobre la pretensión silenciada". En primer lugar hemos de reiterar lo dicho en nuestra sentencia nº 1300/2011 de 23 de noviembre, con cita de las de 27 de mayo de 2011, la nº 1073/2010 de 25 de noviembre y la de 28 de octubre de 2010 en relación con esta queja y respecto al presupuesto de previa reclamación conforme a lo previsto en el artículo 267 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. Este precepto, no solamente permite la rectificación de los errores meramente materiales manifiestos y aritméticos, sino también la de aclarar algún concepto oscuro y suplir omisiones.

Decíamos en dicha Sentencia que: Tras la reforma de la Ley Orgánica 19/2003 se ha ampliado las posibilidades de variación de la resolución (art. 267.4 y 5 LOPJ) cuando se trata de suplir omisiones, siguiendo el criterio ya establecido en el artículo 215 Ley de Enjuiciamiento Civil , ahora generalizado a toda clase de procesos, es posible integrar y complementar la sentencia en cuanto se halla omitido pronunciamientos cuyo estudio sea necesario, evitando con ello el acudir a recurso o, en su caso, al incidente de nulidad de actuaciones. Y concluíamos que tal precepto encuentra su razón de ser en la necesidad de evitar que este tribunal casacional se pronuncie sobre eventuales vulneraciones cuya estimación provoque la nulidad de la sentencia cuando ello puede hacerse aún por el propio Tribunal a quo a través de esa vía procesal. Exigencia de agotamiento de esta vía judicial en la instancia que tiende a impedir que se acceda directamente a casación cuando el órgano judicial "a quo" tenía todavía la ocasión de pronunciarse y en su caso, reparar la infracción argüida como fundamento del recurso de casación, evitando así posibles nulidades ulteriores en esta sede casacional. El recurrente ha prescindido de tal procedimiento lo que debe implicar la imposibilidad de su acceso a esta vía casacional."

2.- Ha de predicarse la desconexión entre la antijuridicidad de una obtención ilícita de fuentes probatorias y la práctica de otros medios, cuando estos segundos ni siquiera se encuentran en relación de causalidad con los de ilícita obtención y, desde la obtención de la fuente hasta la producción del medio en juicio, se revisten en todo momento de las citadas exigencias de legalidad.
"En nuestra Sentencia nº 460/2011 de 25 de mayo de 2011 recordábamos lo dicho en la previa nº número 2/2011, dictada por el pleno de esta Sala Segunda, en lo que concierne a la posibilidad de desconectar una fuente ilícitamente obtenida de otra, a la que sin embargo se vincula causalmente, porque la obtención de ésta no habría sido posible sin aquélla, de tal manera que aquella ilicitud no se predique de la segunda. Y señalábamos como numerosas resoluciones del Tribunal Constitucional consagran la teoría de la desconexión de antijuridicidad entre la prueba precedente declarada nula de pleno derecho y sin eficacia probatoria por vulnerar derechos constitucionales, y la prueba derivada de aquélla, cuando en su práctica se han respetado las garantías exigibles y aunque ésta se halle relacionada con la primera de la que emana causal y materialmente y se puede afirmar que jurídicamente sea autónoma e independiente de aquélla. Particularmente en relación a la confesión del imputado.

Tanto más ha de predicarse la desconexión entre la antijuridicidad de una obtención ilícita de fuentes probatorias y la práctica de otros medios, cuando estos segundos ni siquiera se encuentran en relación de causalidad con los de ilícita obtención y, desde la obtención de la fuente hasta la producción del medio en juicio, se revisten en todo momento de las citadas exigencias de legalidad." Sentencia

STS 28/2011 de 25.1.2012 sobre la determinación del momento proceso para la expulsión. Sentencia

STS 10/2012 de 18.1.2012 Agresión Sexual. Tutela judicial efectiva desde el prisma de la acusación. Valoración informes sobre credibilidad testimonio. Presunción de inocencia "invertida". No existe a favor de la acusación. Sentencia

STS 23-12-2011 "Delito de amenazas leves, art. 171/4. Principio acusatorio. Relación de noviazgo. Presunción de inocencia en casación. Ámbito presunción de inocencia invertida y tutela judicial efectiva desde el prisma de la acusación". Sentencia

Sentencia en la que entre otras cuestiones entra en el concepto de "sea o haya sido su esposa o mujer que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aún sin convivencia**,".**

STS 22.12.2011 desarrolla conceptos generales con un voto particular discrepante.

Tribunal de Jurado. Homicidio: coautoría. Motivación del veredicto.

La declaración del hecho probado, tal como la proclama el Jurado, contiene estas esenciales manifestaciones: que medió acuerdo entre los cuatro acusados para hacerle daño a la víctima; que los cuatro acusados se abalanzaron sobre la víctima y le golpearon brutalmente; que algunos de ellos portaba arma blanca , sabiéndolo todos y que también sabían que podían ser usadas por quienes las portaban y que uno de ellos con ánimo de matarle, clavó una navaja a la víctima causándole lesiones que determinaron su muerte. El Jurado, no solamente proclamó aquellas premisas históricas que eran suficientes, sino que también respondieron que los acusados, todos ellos, eran culpables de dar muerte a la víctima. No tuvieron por concurrente ningún exceso excluyente de autoría. Confirmada la suficiencia de la decisión del Jurado para que la sentencia pudiera asumir la coautoría de los cuatro acusados, hemos de convenir que la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Justicia no fue correcta al revocar dicha sentencia en cuanto fundada en la excluida insuficiencia del veredicto. Ello reconduce la cuestión a la de la suficiencia de la motivación de la decisión de condena impuesta por la sentencia del Tribunal del Jurado. El examen del acta del veredicto, la lectura del fundamento jurídico quinto de la sentencia, y, en su caso, el acta del juicio, reportan al lector, incluso al que estuvo ajeno al juicio, información suficiente sobre cuáles fueron las razones por las que el Jurado condenó. Sentencia

DERECHO PROCESAL PENAL

STS 28.9.2012 (Sr. Andrés Ibáñez). Reconocimiento en rueda. Sentencia

STS nº 811/2012, analiza de nuevo la cuestión de la prueba ilícitamente obtenida y la conexión de antijuridicidad y tiene un voto particular. Sentencia

STS 14.6.2012. PRUEBA FONOMÉTRICA DE RECONOCIMIENTO DE VOZ.- No es exigible para la validez como prueba de cargo del contenido de las intervenciones telefónicas judicialmente autorizadas y adecuadamente incorporadas al juicio oral . La identificación de los acusados puede ser apreciada por el Tribunal sentenciador alcanzando su convicción probatoria en virtud de la evaluación ponderada de las circunstancias concurrentes que ponen de relieve la intervención de los acusados en las comunicaciones. Sentencia

STS 12.6.2012 COMPETENCIA. Auto declarando la competencia del Juzgado de lo Penal como consecuencia de la modificación de penas en la reforma de la LO 5/2010. Anulación y declaración de competencia de la Audiencia. Sentencia

STS 1.6.2012: PROCEDIMIENTO ABREVIADO: resolución de sobreseimiento parcial de la causa por un delito de falsedad, acordada en el auto de incoación del procedimiento abreviado respecto del que, sin embargo, luego se formula acusación por el Fiscal y la acusación particular, resultando condenado el imputado. Se anula la condena por este delito. Ningún error gramatical o informático puede explicar que el imputado al que se le ha notificado una resolución de sobreseimiento que, además, ha adquirido firmeza, tenga luego que soportar una acusación por un delito respecto del que, de forma expresa y nominal, se ha decretado el archivo. Convalidar el defecto procesal que se denuncia supondría admitir que las resoluciones judiciales firmes en las que se acuerda una decisión de archivo, pueden luego ser dejadas unilateralmente sin efecto a partir de un razonamiento implícito

La infracción había reaparecido en el auto de apertura de juicio oral: " Con fecha 16 de noviembre de 2010 -folio 518-, el Ministerio Fiscal formuló escrito de acusación contra el imputado, haciéndolo el 24 de enero de 2011 la acusación particular. Ambos prescindieron del sobreseimiento acordado por auto firme y entablaron acusación por un supuesto delito de falsedad en documento mercantil. En la misma línea, el auto de apertura del juicio oral, fechado el 31 de enero de 2011, acogió esa pretensión y obviando la resolución de sobreseimiento dictada en su día por el instructor, declaró abierto el juicio oral por ambos delitos, falsedad y apropiación indebida. El recurrente ha sido finalmente condenado como autor de un delito continuado de falsedad a la pena de 2 años de prisión y multa de 9 meses. " Sentencia

STS 19.4.2012 el art. 416.1º de la LECrim establece un derecho renunciable en beneficio de los testigos, pero no de los denunciantes espontáneos respecto de los hechos que los han perjudicado y que acuden a la Policía en busca de protección. Es posible otorgar mayor credibilidad a la declaración prestada por un testigo en instrucción, ex artículo 714 de la LECrim, aun cuando en dicha declaración no estuvieran presentes todos los letrados de las partes, pues dicha presencia sólo será exigible en los supuestos de prueba preconstituida, pero no en todos los demás casos, en los que, si el letrado quiere estar presente, así deberá ponerlo de manifiesto, pues en otro caso se aplicarán las previsiones del artículo 435 de la LECrim. Asimismo, se

desestiman los quebrantamientos de forma denunciados y las infracciones legales también alegadas, salvo la relativa a la aplicación del artículo 153 del Código Penal, respecto a la que se estima el recurso, condenado a la recurrente por una falta de lesiones, puesto que, tratándose de descendientes, ascendientes o hermanos, es precisa la convivencia, lo que no existía en el caso de autos, donde la víctima era la madre de la recurrente. Sí se confirma la condena de ésta por un delito de detención ilegal, y por un delito de amenazas graves no condicionales.

"La cuestión reside, por tanto, en dilucidar si en el caso de que la víctima del maltrato es ascendiente o descendiente del autor, debe concurrir la convivencia entre sujetos activo y pasivo. La dicción del *art. 173.2, al que se remite el art. 153.2 C.P*. no es, ciertamente, un ejemplo de claridad. Allí se contemplan varios grupos de sujetos pasivos: a) al que sea o hubiere sido "cónyuge" y a la persona que hubiese podido estar ligada al sujeto activo por "una análoga relación de afectividad", y, en ambos casos, con atención exclusiva a tal vínculo, que opera "aun sin convivencia". b) Los "descendientes, ascendientes o hermanos por naturaleza, adopción o afinidad". Y c) menores o incapaces que convivan con aquél o que guarden cierto tipo de relación de dependencia con el cónyuge o conviviente del mismo, a personas integradas de algún otro modo en el núcleo familiar y a las que por ser especialmente vulnerables estén internadas en algún centro.

De los del apartado a) el legislador los considera sujetos pasivos "aun sin convivencia"; los comprendidos en el apartado c) necesitan que "convivan", o se encuentren integrados en el núcleo de su "convivencia familiar". De los del grupo b) nada se especifica, por lo que inevitablemente esa indefinición genera la duda de la necesidad de que la víctima "conviva" o se integre en el grupo de personas donde se desarrolla la "convivencia familiar", y es bien sabido que no cabe hacer una interpretación extensiva de la norma en contra del reo.

Por ello, la alegación del Fiscal debe ser estimada, máxime cuando viene avalada por la *STS de 16 de marzo de 2007*, según la cual lo cierto es que la norma -que, no se olvide, pertenece al derecho punitivo- admite otra lectura más racional y menos extensiva de su radio de acción. Se trata de asociarla al inciso precedente (1) que incluye una categoría de personas, las más golpeadas por esta clase de hechos, que, en su caso, se persiguen aún sin que medie convivencia. Y, habrá que concluir que debido a ese dato estadístico, que además guarda estrecha relación con las profundas implicaciones psico-afectivas que generalmente conlleva tal clase de vínculos sentimentales, que determinan, además, un plus de exposición de la mujer en el caso de ruptura.

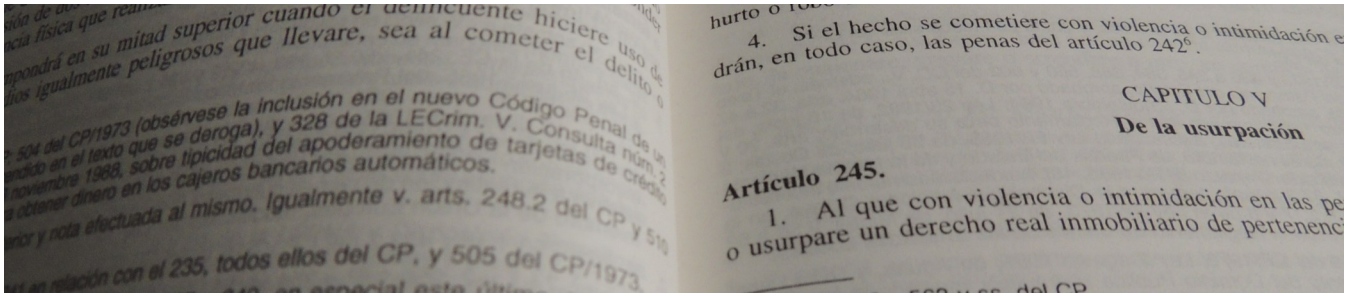
Tal modo de operar del legislador obliga a entender que en el supuesto específico de los "descendientes, ascendientes o hermanos" sí se requiere convivencia para que resulte de aplicación el precepto considerado y también el del *art. 153 C. Penal*.

Esta opción está asimismo abonada por otras consideraciones. La primera de orden político-criminal, y es que carecería de sentido, a tenor de la ratio de la norma, elevar a la categoría de delitos conductas, en general, consideradas como faltas, cuando inciden sobre personas ajenas al núcleo familiar y que no estén en alguna de las situaciones de debilidad o desamparo que son propias de las posteriormente relacionadas. La segunda tiene que ver con la evolución del tratamiento legislativo de este asunto: la redacción inicial del *art. 153 del C. Penal de 1995* exigía convivencia en todos los casos; la reforma de la L.O. 14/1999 mantenía la misma exigencia; y fue la L.O. 11/2003, a la que se debe la formulación actual del precepto, la que en los supuestos considerados eliminó la necesidad de convivencia, en casos como los de (2) que, justamente, no son de los que, en rigor, se consideran de "violencia de género". Sentencia

STS 4-4-2012, ALCANCE DEL AUTO DE PROCEDIMIENTO ABREVIADO (en extremo defectuosa redacción): Deficiencias de expresión de los hechos en el auto de transformación del procedimiento en abreviado. Denotan un incorrecto proceder judicial y son por ello censurables, pero en el caso, puesto que existió plena claridad en la imputación y en la formulación de las acusaciones, no se produjo indefensión. Motivación poco rigurosa del tratamiento de la prueba, asimismo reprochable, pero que, al fin, no impide conocer la ratio decidendi y no afecta esencialmente al derecho a la tutela del recurrente.

Por otra parte, es claro que en una lectura razonable y suficientemente informada del lamentable auto del instructor de que se trata, difícilmente podría haberse extraído otra conclusión que la de que el mismo era expresión de una rutina burocrática, ciertamente censurable, y no fruto de una reflexión sobre la naturaleza jurídica de los hechos de la causa, que pudiera fundar la negación de relevancia penal a los no expresamente contemplados. Lo dice bien el Fiscal en su informe, cuando, citando las sentencias de esta sala de 11 de diciembre de 2008 y 19 de junio de 2007, recuerda que la exclusión de hechos en el auto de transformación debe ser expresa; cuando resulta que en este caso, el juez no resolvió ni expresa ni implícitamente.

A título de hipótesis cabría admitir que la resolución tantas veces citada pudiera haber ocasionado al imputado, todo lo más, alguna perplejidad, pero de haber sido así, lo que no



parece probable, dado que estaba bien asesorado, ese estado de relativa incertidumbre (sin más efectos que los de orden psicológico) pudo haberse mantenido hasta la formulación de los escritos de acusación y el auto de apertura, pero no más. Y, por tanto, careció, como ya se ha dicho, de consecuencias prácticas en el área de su derecho de defensa. En definitiva, y por todo, el motivo tiene que desestimarse. Sentencia

STS 4.4.2012: CONDENA FUNDADA EN EL CONTENIDO DEL ATESTADO. REVOCACIÓN. ALCANCE DEL ART. 714 LECRIM.

Dado el planteamiento del motivo, lo primero es considerar el asunto de la pertinencia de la introducción en el juicio de declaraciones policiales como las de que aquí se trata y por el procedimiento seguido también en este caso. El art. 714 LECrim dispone 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 esta por cualquiera de las partes

Es cierto que este precepto ha sido objeto de diversas inteligencias. Pero no hay duda de que, de todas, debe prevalecer la de mejor encaje en el contexto legal, y la más coherente con la línea de principios que informa la vigente disciplina constitucional del proceso.

Estando a lo primero, es claro que el precepto permite utilizar como elemento de contraste, para evaluar la atendibilidad de una declaración prestada en la vista, la anteriormente debida al mismo testigo, producida en el sumario; pero en el bien entendido de que, en rigor, prueba es solo la que se produce en el juicio oral. El término "sumario" tiene una semántica muy precisa en el lenguaje legal, donde resulta que denota el conjunto de actuaciones -"encaminadas a preparar el juicio" (art. 299 LECrim)- provocadas por el acaecimiento de un hecho eventualmente constitutivo de delito, "de[l] que conozca la autoridad judicial"; aquí "los jueces de instrucción" (arts. 300y303,1 LECrim).

Por otra parte, el art. 297 de la propia ley es claro al disponer que "los atestados que redactaren y las manifestaciones que hicieren los funcionarios de policía judicial [...] se considerarán denuncias para los efectos legales". Es decir, a todos los efectos del proceso. Y lo mismo al subrayar que, para que las declaraciones de los funcionarios policiales "ten[gan] el valor de declaraciones testificales" deberán versar sobre "hechos de conocimiento propio", es decir, sobre actos o datos (extraprocesales) de los que supieren por sí mismos, y no a través de las manifestaciones de otros.

Precisamente, en este punto, el Tribunal Constitucional, en su sentencia 68/2010, de 18 de octubre, ha subrayado que lo declarado a la policía "al formar parte del atestado tiene, en principio, únicamente valor de denuncia, como señala el art. 297 de la LECrim(STC 31/1981), por lo que, considerado en sí mismo, el atestado se erige en objeto de prueba y no en medio de prueba, con el resultado de que los hechos que en él se afirman por funcionarios, testigos o imputados han de ser introducidos en el juicio oral a través de auténticos medios probatorios (STC 217/1989, de 21 de diciembre, FJ 2; 303/1993, de 25 de octubre, FJ 4; 79/1994, de 14 de marzo, FJ 3; 22/2000, de 14 de febrero, FJ 5;188/2002, de 14 de octubre, FJ 2). Ello -continúa la alta instancia- no significa negar toda eficacia probatoria a las diligencias policiales que constan en el atestado, pues, por razón de su contenido, pueden incorporar datos objetivos y verificables, como croquis, planos, fotografías, que pueden ser utilizados como elementos de juicio siempre que, concurriendo el doble requisito de la mera constatación de datos objetivos y de imposible reproducción en el acto del juicio oral, se introduzcan en éste como prueba documental y garantizando de forma efectiva su contradicción [SSTC 107/1983, de 29 de noviembre, FJ 3;303/1993, de 25 de octubre, FJ 2 b); 173/1997, de 14 de octubre, FJ 2 b); 33/2000, FJ 5;188/2002, FJ 2]. Pero tal excepción, limitada a supuestos susceptibles de configurarse como prueba preconstituida por referirse a datos objetivos e irrepetibles, no puede alcanzar a los testimonios prestados en sede policial. Así, en la STC 79/1994, ya citada [se lee] que «tratándose de las declaraciones efectuadas ante la policía no hay excepción posible. Este Tribunal ha establecido muy claramente que 'las manifestaciones que constan en el atestado no constituyen verdaderos actos de prueba susceptibles de ser apreciados por los órganos judiciales' (STC 217/1989). Por consiguiente, únicamente las declaraciones realizadas en el acto del juicio o ante el Juez de Instrucción como realización anticipada de la prueba y, consiguientemente, previa la instauración del contradictorio, pueden ser consideradas por los Tribunales penales como fundamento de la sentencia condenatoria» (FJ 3). La citada doctrina ha sido confirmada por las SSTC 51/1995, de 23 de febrero, y206/2003, de 1 de diciembre. En tales resoluciones [se afirma] que «a los efectos del derecho a la presunción de inocencia las declaraciones obrantes en los atestados policiales carecen de valor probatorio de cargo» (STC 51/1995, FJ 2).

En idéntico sentido, la STS 1228/2009, de 6 de noviembre, en la que, bien expresivamente, se lee que "la declaración autoinculpatoria en sede policial, no es una prueba de confesión ni es diligencia sumarial"; y, en fin, las SSTS 438/2011, de 30 de mayo de 2011y99/2011, de 27 de febrero de 2012.

Pues bien, trasladadas estas consideraciones legales y jurisprudenciales al caso que nos ocupa, resulta claramente advertible que la sala de instancia no estaba legalmente autorizada para acudir al atestado policial en busca de datos hábiles para desvirtuar las declaraciones judiciales de los denunciantes; ni para hacer uso de los funcionarios policiales como testigos de referencia cuyas manifestaciones pudieran confrontarse con las de aquellos; ni, en particular, para erigir las informaciones así obtenidas en fuente exclusiva de la prueba de cargo que da sustento a la condena" . Sentencia

STS 205/2012 de 22.3.2012. Este es un caso relativamente frecuente, el MF propone "solo para el caso de impugnación", y la defensa se adhiere. Recientemente señaló el TS la validez de la fórmula de adhesión (se adjuntan dos en ese sentido de noviembre de 2011 -que lo analiza con las detalle- y de 2012 -que lo incorpora ya como regla general-), ahora bien, en esta sentencia -al menos así lo entiendo yo- viene a decir que no esta propuesta si la acusación no la propuso salvo que fuera impugnada (algo que la defensa no hace).

Salud pública: actos de tráfico. Denegación de prueba propuesta: proposición de prueba supeditada a la acusación; pericial no impugnada de contrario. Presunción de inocencia: valoración racional del conjunto probatorio. Infracción de ley.

La STS recuerda que el derecho de defensa comprende el derecho fundamental al empleo de medios de prueba pertinentes a tal fin, lo que, no obstante, no constituye un derecho absoluto o ilimitado. El recurrente se limitó a proponer en sus escritos los mismos medios probatorios propuestos por el M. Fiscal, con el único añadido de solicitarlos "aunque fueren renunciados". Pero la pericial únicamente se interesaba para el caso de expresa impugnación por la Defensa, lo que no se produjo, por lo que realmente dicha pericial no puede entenderse propuesta por la parte que ahora reclama. Las pruebas valoradas por el Tribunal claramente conducen a las conclusiones expuestas en la sentencia, no observándose vulneración alguna del derecho a la presunción de inocencia por el hecho de no haber merecido la credibilidad del Juzgador el testimonio prestado por uno de los compradores, que pretendía corroborar la versión sostenida por el acusado. Los hechos probados describen la materialización de dos actos de venta de droga por dinero, junto con la tenencia por el acusado de dinero procedente de transacciones anteriores: tales hechos encajan sin dificultad en el tipo penal aplicado. Sentencia

TRIBUNALES SUPERIORES DE JUSTICIA

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CATALUÑA (SALA DE LO CIVIL Y PENAL, SECCIÓN 1ª. SENTENCIA NÚM. 11/2011 DE 5 MAYO. Sentencia

AUDIENCIAS PROVINCIALES

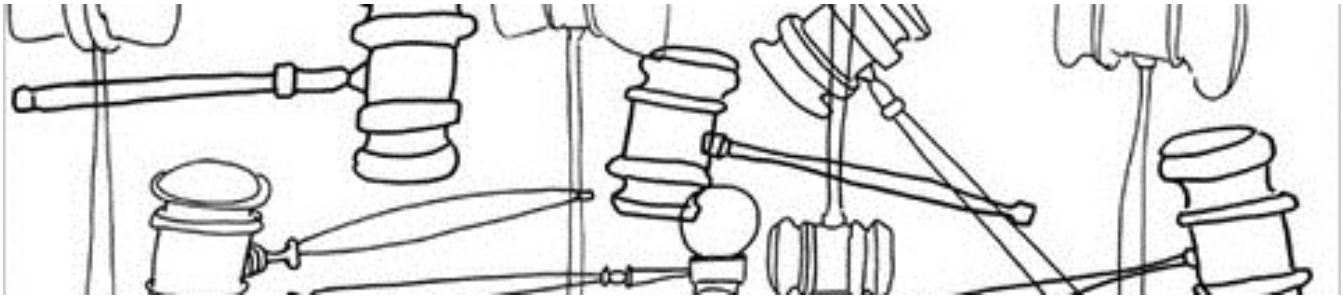
SAP Madrid. 28.09.2012. (J.J. López Ortega). RUEDA DE RECONOCIMIENTO. Sentencia

SAP Madrid. 26.05.2010. (R. Ventura). RUEDA DE RECOMOCIMIENTO. Sentencia

Sentencias analizadas extensa y rigurosamente por Mario Pestana, Magistrado de la Audiencia Provincial de Madrid en las jornadas de la comisión penal celebradas en Valencia los días 17 y 18 de diciembre de 2012.

Legislación de la Unión Europea

Directiva 13/2012 relativa al derecho de información en los procesos penales.

Directiva 29/2012 relativa a normas mínimas sobre víctimas.

Esta Directiva fue analizada con gran detalle y profundidad por Javier Hernández, Presidente de la AP de Tarragona en las Jornadas celebradas por la Comisión de Penal (Valencia 17 y 18 de diciembre 2012).