

1.2 Sala de lo Penal

1.2.1 ACTIVIDAD DE LAS SECCIONES DE LO PENAL DE LA FISCALÍA DEL TRIBUNAL SUPREMO

Los datos estadísticos globales correspondientes al año 2012 de las dos Secciones de la Fiscalía de lo Penal del Tribunal Supremo son los siguientes:

NATURALEZA DE LOS ASUNTOS REGISTRADOS EN 2012		
RECURSOS DE CASACIÓN		3.456
Preparados por el Ministerio Fiscal	111	
Preparados por las partes	3.302	
Apoyados por el Ministerio Fiscal	72	
RECURSOS DE QUEJA		66
Estimados	0	
Desestimados	66	
UNIFICACIÓN DE DOCTRINA		15
Vigilancia penitenciaria	11	
Menores	4	
RECURSOS DE REVISIÓN		107
Interpuestos por el Ministerio Fiscal	6	
Interpuestos por la parte	101	
Interesados por el Ministerio de Justicia	0	
CUESTIONES DE COMPETENCIA		298
INDULTOS		194

Comparativamente, y respecto al año 2011 (4.508) los asuntos despachados por la Fiscalía, han experimentado un descenso del 7,25 por 100.

La Sala Segunda del Tribunal Supremo ha dictado por su parte un total de 3.058 resoluciones de las que 1.078 corresponden a sentencias.

Como ya se comentaba en Memorias anteriores, el proceso de informatización que experimentó en su momento al Secretaría de la Fiscalía de lo Penal del Tribunal Supremo, ha permitido un exacto control y seguimiento de los asuntos despachados, otorgando a las cifras estadísticas su auténtica y real dimensión lo que, posiblemente, no ocurría en años anteriores, y debe tenerse en cuenta a la hora de establecer la inevitable comparación entre unas y otras.

Ha de subrayarse, además, que la modificación del artículo 14 LECrim, ha tenido como consecuencia, desde la perspectiva de la Casación, una mayor complejidad de los asuntos que ahora son objeto de Recurso de Casación.

La plantilla de la Fiscalía, está integrada en este momento por 36 Fiscales, habiendo experimentado a lo largo del pasado año, tres incorporaciones.

La Fiscalía se encuentra estructurada en dos Secciones con ubicación una, en la sede del Tribunal Supremo (17 Fiscales) y, otra, en la sede de la Fiscalía General del Estado (19 Fiscales).

La necesaria unificación de criterios entre una y otra Sección se ha logrado a través del mantenimiento de reuniones frecuentes entre los propios Fiscales de Sala de ambas secciones, así como mediante ocasionales reuniones conjuntas de las mismas que se han celebrado en circunstancias excepcionales o cuando situaciones extraordinarias lo reclamaban.

1.2.2 LIMITACIONES DEL RECURSO DE CASACIÓN ANTE SENTENCIAS ABSOLUTORIAS

Una institución como el Ministerio Fiscal que desarrolla su actividad en defensa de la sociedad, necesita informar de su actividad. Por tanto, la Memoria anual de cada Fiscalía deber representar una visión de los problemas jurídicos y judiciales, a través de la función desempeñada por el Ministerio Fiscal.

En este sentido, no cabe duda de que la Fiscalía del Tribunal Supremo, y su vertiente penal, es un buen observatorio de la actividad del Ministerio Fiscal, aunque enormemente limitado en la actualidad como consecuencia de la restricción del recurso de casación en materia penal, hasta el punto de que no faltan voces autorizadas que, incluso apuntan hacia una cierta «decadencia» del mismo.

Una de las cuestiones que más preocupan a la Fiscalía Penal del Tribunal Supremo, está relacionada, como ya se apuntaba en la Memoria pasada, con la postura a adoptar frente a las *sentencias absolutorias*, habiéndose constatado que el legislador no ha salido al paso de esta «laguna», lo que convierte en una realidad el que el recurso de casación frente a una sentencia absolutoria se haya convertido en una auténtica «quimera», al aparecer obstáculos, muchas veces insalvables, que imposibilitan el recurso, con las funestas consecuencias que ello puede producir y la realidad nos demuestra, no solo para el Minis-

terio Fiscal sino, sobre todo, para las víctimas del delito, estén o no personadas en la causa.

Con arreglo a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (sentencias de 25 de octubre de 2011 –caso ALME-NARA ÁLVAREZ contra España–) y del Tribunal Constitucional, no es posible condenar ex novo en casación sin que sea oído el acusado (Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 22 de noviembre de 2011 –caso LACADENA CALERO contra España–). Insiste este Tribunal, en la necesidad de una audiencia pública cuando la jurisdicción de apelación hace una nueva valoración de los hechos declarados probados en primera instancia y los reconsidera, situándose así más allá de las consideraciones estrictamente jurídicas, de forma que, en tales casos es necesaria una audiencia pública antes de dictar una sentencia sobre la culpabilidad del demandante.

En el caso concreto que se examinaba, la STEDH recalca que la condena por la demandante en apelación por la Audiencia Provincial tras un cambio de valoración de los elementos integrantes de sus intenciones y comportamiento, que han sido decisivos para la declaración de culpabilidad, no es conforme con las exigencia del proceso equitativo que garantiza el artículo 6 del Convenio, precepto que se considera violado por el Tribunal español al no habersele ofrecido a la demandante la posibilidad de ser oída personalmente mediante un examen contradictorio en una audiencia pública.

Las resoluciones del Tribunal Constitucional, son también muy numerosas y coincidentes con esta línea, habiéndose iniciado el criterio restrictivo en este sentido y, respecto del recurso de apelación, desde la STC 167/2002. Ahora bien, esta afirmación de principio tiene sus matizaciones en el siguiente sentido: no hay obstáculo al recurso contra sentencia absolutoria si no se cuestionan los hechos probados, basándose la pretensión punitiva únicamente en la infracción de Ley. No se suscita ninguna cuestión probatoria, sencillamente la corrección en la calificación jurídica.

Es posible el recurso de casación por la vía del artículo 852 LECrim, tutela judicial efectiva, si la valoración del Tribunal es incompleta, parcial, y ajena a las reglas de la lógica los juicios de inferencia, solo aquellos que, en su vertiente jurídica, sean manifiestamente carentes de lógica y racionalidad.

Desde la STS 761/2009, de 3 de junio, la Sala Segunda del Tribunal Supremo ha ido perfilando, acotando, y hoy casi imposibilitando, el acceso al recurso de casación por parte de las acusaciones pública y particular, frente a las sentencias absolutorias.

Este criterio tiene su origen como es bien sabido en la STS 167/2002, imponiendo criterios restrictivos sobre la extensión del control del recurso de apelación sobre las sentencias absolutorias cuando se dirimen cuestiones de hecho, relacionadas con la apreciación de la prueba. Entiende la Sala que si esa doctrina se está aplicando para el recurso de apelación, en buena lógica procesal, la restricción será todavía mayor cuando se trate de controlar el valor de las pruebas personales, mediante un recurso de casación. En la misma línea STS 1002/2009, de 9 de octubre.

La STS 539/2010, de 8 de febrero, realiza un detallado análisis de la revisión de los juicios de inferencia por la vía del n.º 1 del artículo 849 de la LECrim. Los juicios de valor no son propiamente hechos, sino deducciones derivadas de hechos externos que por tanto pueden ser revisables en casación.

La STS 1013/2010, de 27 de octubre, reitera la doctrina sentada sobre la exclusión de la casación ante sentencias absolutorias en los casos en que se precise realizar una nueva valoración de la prueba de naturaleza personal. Excluyendo expresamente la práctica de pruebas en casación.

La SSTS 130/2011, de 28 de febrero, y 450/2011, de 18 de junio, reiteran la doctrina restrictiva.

Y lo que es más, la STS 534/2011, de 10 de junio, plantea la imposibilidad de la vía del n.º 2 del artículo 849 LECrim, por cuanto implica no una simple confrontación de documentos, sino que va más allá al comprometer pruebas de carácter personal.

El borrador del Anteproyecto del Código Procesal Penal, no va a mejorar mucho el problema. Se abre, ciertamente, la casación a todos los tipos penales, pero el acceso de las sentencias absolutorias a dicho recurso, seguirá siendo restringido y sólo la pura infracción de la Ley o la arbitrariedad, a través de la tutela judicial efectiva, podrán articularse como vías casacionales frente a las sentencia absolutoria, con lo que la actividad del Ministerio Fiscal, esencial en este recurso, se verá enormemente constreñida, no ya solo en su labor de impugnación de los recursos de las partes, sino también, y de forma especial, en los recursos que pudieran nacer de su propia iniciativa, esto es, los anunciados por las distintas Fiscalías Provinciales, Fiscalías de Tribunales Superiores o Audiencia Nacional, y que más tarde han de ser analizadas y, en su caso, formalizadas, por la Fiscalía de lo Penal del Tribunal Supremo.

1.2.3 DETALLE DE LOS RECURSOS DE CASACIÓN FORMALIZADOS POR LA SECCIÓN DE PENAL DE LA FISCALÍA DEL TRIBUNAL SUPREMO. ESPECIAL REFERENCIA AL RECURSO DE UNIFICACIÓN DE DOCTRINA EN MATERIA DE MENORES RESUELTO EN STS 699/2012, DE 24 DE SEPTIEMBRE

En otro orden de cosas, a lo largo del año 2012, se registraron en la Fiscalía del Tribunal Supremo, un total de 154 recurso anunciados (preparados) por el Ministerio Fiscal.

De esos 153 recursos anunciados, han sido formalizados 111, habiéndose desistido en los 43 casos restantes. Al tiempo de confeccionar esta Memoria, de los 111 recursos formalizados, se han dictado por la Sala Segunda, un total de 33 sentencias, de las que 18 han sido estimatorias de la pretensión del Ministerio Fiscal y 15 han sido desestimatorias.

Los 33 recursos interpuestos y sentenciados ya por la Sala, lo han sido en relación a las siguientes vías casacionales y delitos.

- a) por *infracción de Ley* (art. 849.1 LECrim)
 - homicidios: 4.
 - asesinato: 1.
 - salud pública –tráfico de drogas–: 10.
 - detención ilegal: 2.
 - terrorismo: 1.
 - inmigración ilegal: 1.
 - blanqueo de capitales: 1.
 - estragos: 1.
 - robo: 1.
 - estafa: 1.
 - maltrato familiar: 1.
 - medio ambiente: 1.
 - agresión sexual: 1.
 - apropiación indebida: 1.
- b) por *vulneración de tutela judicial efectiva* (art. 582 LECrim):
 - intervenciones telefónicas: 1.
 - principio acusatorio: 1.
 - omisión valor testimonio: 1.
 - conformidad: 1.
- c) por *razón de competencia* entre Juzgado de lo Penal y Audiencia Provincial: 3.
- d) por *unificación de doctrina en materia de menores*: 1.

Este último recurso, pro su excepcionalidad y resultado, merece un especial comentario en esta Memoria.

El núcleo sobre el que instaba la unificación, radicaba en determinar si las medidas del artículo 10.2 de la LORPM están, o no, exceptuadas de la división en dos períodos en el sentido previsto en el artículo 7.2 de la mencionada ley, o dicho de otra forma, determinar si el artículo 10.2 de la LORPM, dispone de un régimen especial de determinación y ejecución de las medidas, distinto y especial respecto al régimen, podríamos decir, general, previsto en el artículo 7.2 de la misma Ley.

La Audiencia Provincial declaraba que el artículo 10.2 no puede ser entendido sin el complemento del artículo 7.2, ambos de la LORPM. En su consecuencia, ratifica el fallo del Juzgado de menores que impuso «una medida de internamiento de seis años dividido en dos períodos, una permanencia de cuatro años y medio de internamiento y un año, y medio de libertad vigilada, segundo de tres años de libertad vigilada con asistencia educativa, consistente en educación sexual y de género y mejora de su competencia social».

El Ministerio Público disenta de la interpretación de la mencionada Audiencia al artículo 10.2 de la Ley Orgánica de Responsabilidad Penal de los Menores, destacando que la doctrina contenida en el Auto recurrido, es contradictoria con otra doctrina que considera consolidada y que ha sido aplicada en las sentencias de contraste que proporciona en el recurso de casación que plantea.

Argumentaba el Fiscal que la cuestión que plantea, requiere la interpretación unificadora que puede proporcionar la Sala de casación, toda vez que exponer la contradicción existente en la interpretación efectuada en la sentencia recurrida, con otras que designa e incorpora a la impugnación. Entiende que la unificación es relevante al incidir, necesariamente *«no solo en el pronunciamiento de la sentencia en cuanto a las medidas impuestas, sino al contenido, duración y objetivos de la medida de internamiento regulada por el citado artículo 10.2, impuesta en los dos casos confrontados y en muchos otros»*.

El Ministerio Fiscal entendía, en contra de lo sostenido por la Audiencia Provincial de Valencia que, tratándose de hechos de extrema gravedad, conforme se había declarado por el Juzgado de Menores y la Audiencia, tiene un régimen especial de determinación de pena, distinto del régimen general previsto en el artículo 7.2 de la LORPM. Así, en los supuestos del régimen general, la medida de internamiento se divide en dos tramos de ejecución, uno de efectivo internamiento, y otro de libertad vigilada. En los supuestos de especial gravedad, la medida de internamiento se complementa, «en su

caso», con otra de libertad vigilada. Esto es, la libertad vigilada no forma parte de la medida de internamiento, sino que es complemento de la de internamiento, y por ello la Ley emplea la expresión «en su caso». No es esta la única diferencia, pues, como señalaba el Fiscal, la ejecución de las medidas conforme al artículo 10.2, la medida de libertad vigilada tiene un contenido expreso, educativo cuando se trate de menores de dieciséis y diecisiete años, deben ser ratificadas al término del internamiento en un proceso expresamente previsto y se llevan a cabo por las instituciones públicas encargadas del cumplimiento.

Como se indicaba, el Tribunal Supremo, en sentencia 699/2012, de 24 de septiembre, acabó fallando a favor del criterio mantenido por el Ministerio Fiscal, señalando que *«desde una interpretación gramatical de la norma, parece obvio que el precepto es especial y dispone una formulación específica para una situación especial, cual es la gravedad del hecho objeto del enjuiciamiento y del reproche contenido en la sentencia. Se trata de un delito muy grave, el delito de agresión sexual, así considerado en el artículo 10.2 de la LORPM en relación de delitos que expresa y al que corresponde, unas concretas prevenciones sobre las medidas que corresponde imponer. El tenor literal del precepto dice que, en los supuestos que se relacionan, entre ellos el delito del artículo 179 y 180 del Código Penal, “el juez deberá imponer las medidas siguientes...” Se trata de una “regla especial de aplicación y duración de las medidas” que, por su especialidad, se sustrae a la regla general prevista en los artículos 7 y 9 de la Ley Orgánica de Responsabilidad Penal de Menores (LO 5/2000 en la redacción dada por la LO 8/2006 de 4 de diciembre). Así, frente al supuesto general en el que la medida de internamiento se divide en dos períodos, uno de internamiento propiamente dicho, y otro de libertad vigilada “en la modalidad elegida por el juez”, en los supuestos de especial gravedad, la norma a tener en cuenta es la del artículo 10.2 al que “deberán imponerse las medidas siguientes”, uno de internamiento, con la variación permanente que se establece en función de la edad del infractor, y otra que complementará “en su caso” de libertad vigilada. Esa complementación está sujeta a varias precisiones. En primer lugar, es facultativa o, al menos, debe examinarse en cada caso su procedencia, y debe ratificarse al término de la ejecución de la medida de internamiento, para valorar su procedencia. Ese es el sentido que debe darse a la expresión “en su caso”, señalando la Ley un procedimiento en el que debe adoptarse esa ratificación. Además está sujeta a un régimen especial de sustitución, suspensión y modificación de las*

medidas que se sustrae al régimen general que posibilita estas alteraciones.

Desde una interpretación lógica, no es plausible una ejecución de un reproche concebido en términos de sanción en el que primero es internamiento, luego una libertad vigilada “en la modalidad exigida por el Juez” y, a continuación, otro período de libertad vigilada con un contenido educativo. No parecen lógicas esta sucesión de medidas de libertad vigilada, con contenidos, en principio, distintos. Si la medida de libertad vigilada se presenta como una oportunidad de acomodar el paso de un internamiento a una libertad, no es procedente tantos supuestos de libertad vigilada con un contenido diverso, sino que en atención a cada supuesto, habrá que examinar la procedencia de la medida de libertad en cada caso, atendiendo también a la duración del internamiento. Por último, la especialidad del supuesto, derivado por la especial gravedad de la infracción, aconseja un tratamiento de la consecuencia jurídica también especial, en los términos en los que la Ley establece y que hemos expuesto».

En consecuencia, procedió a estimar la queja casacional formulada por el Ministerio Fiscal para unificación de doctrina interpretativa del artículo 10.2 de la LORPM, en los términos que resultan de la anterior fundamentación.

1.2.4 OTROS RECURSOS SOBRE UNIFICACIÓN DE DOCTRINA EN LOS QUE HA INTERVENIDO EL FISCAL

Siguiendo con las cuestiones relativas a la Unificación de la Doctrina, a lo largo de 2012, se ha intervenido por el Ministerio Fiscal en un total de 15 recursos, ocho en el ámbito de la Vigilancia Penitenciaria, y cinco en el de Menores.

En el ámbito de Menores, el recurso más significativo es el apoyado por el Ministerio Fiscal y al que ya se ha hecho referencia.

En el ámbito de Vigilancia Penitenciaria, a lo largo de 2011, se han despachado 10 recursos de esa naturaleza, presentados por distintos internos, y todos ellos, salvo uno, se construían por Infracción de Ley (849.1 LECrim), y por presunta vulneración de los artículos 47 de la Ley Orgánica General Penitenciaria, y 154.1 y 156.1 del Reglamento Penitenciario, y circunscritos, en todas las ocasiones, a la cuestión de la concurrencia de los requisitos necesarios para la concesión de permisos penitenciarios y a la diferencia de tratamiento que los recurrentes denunciaban de distintos Órganos jurisdiccionales, frente a

situaciones que ellos consideraban como objetivamente «idénticas», tal y como se pretendía acreditar mediante las sentencias de «contraste».

En todos los casos, el informe del Ministerio Fiscal, ha sido de solicitud de «inadmisión» de los recursos, al entender, de acuerdo con la tesis sostenida por la Sala II del Tribunal Supremo, de manera que los artículos 154 y 156 del Reglamento Penitenciario, han de ser aplicados mediante una ponderación de las circunstancias personales del interno y, la percepción que se extrae de las resoluciones alegadas en todos los casos, refleja un criterio hermenéutico muy similar y sin que se aprecien sustanciales diferencias entre unas y otras. Por lo tanto, en la medida en que la finalidad del recurso es el mantenimiento de la unidad interpretativa de las normas de ejecución penal, cuando no se aprecian criterios interpretativos groseramente dispares, frente a situaciones sustancialmente similares, el criterio que debe mantenerse es el de la oposición y desestimación de los recursos.

Ocho de estos recursos ya han sido resueltos por la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de conformidad con lo peticionado por el Ministerio Fiscal.

Claro está que la gran dificultad en estos casos, se encuentra en hallar el justo equilibrio entre la exigencia de una «identidad de hecho y de derecho» entre los distintos supuestos sustancialmente muy parecidos que se alegan, y el mantenimiento de la propia singularidad que la personalidad de cada interno representa a la hora de acceder o denegar un permiso, a fin de evitar que, el recurso de «unificación de doctrina» se convierta en un instrumento completamente y siempre, inaplicable, porque exijamos que aquella «identidad», se produzca siempre de una manera absoluta y absurda.

Especial singularidad han presentado uno de los recursos de casación para unificación de doctrina en materia de vigilancia penitenciaria, presentado por un interno, y que ha sido el único apoyado por el Ministerio Fiscal.

La aparente discrepancia se planteaba en torno a sendos autos emanados de las Audiencias Provinciales de Madrid y Lugo, acerca de la interpretación del alcance y significado del artículo 51 del Reglamento Penitenciario en torno al uso y restricción de determinados artículos a los internos en los Centros Penitenciarios, y ello por la razón de que «*pueden suponer un peligro para la seguridad y la ordenada convivencia*», según reza dicho precepto dentro de los Centros Penitenciarios, cuyo mantenimiento y garantía corresponde a las Autoridades Penitenciarias, en concreto , el uso en los citados Centros del instrumento lúdico conocido comercialmente como «Play Station 2».

El informe del Ministerio Fiscal, por primera vez, se mostraba conforme con que había una discrepancia interpretativa entre iguales Órganos Jurisdiccionales que había de ser resuelta por el Tribunal Supremo, unificación que a nuestro juicio debía de producirse en el sentido de que era la interpretación restrictiva de la Audiencia Provincial de Lugo, la que debía prevalecer e imponerse al resto de órganos jurisdiccionales en situaciones similares.

Las razones que motivan esta postura del Ministerio Fiscal, se sustentan, esencialmente, en el contenido de la Instrucción 3/2010 de la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias y de su significado.

Señalemos, inicialmente, que esta Instrucción, como cualquier otra Circular emanada de la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias, constituye un mandato organizativo dirigido a pre-determinar el contenido de las normas de régimen interior que el Consejo de Dirección de cada Centro Penitenciario puede definir y, que los internos de cada Centro deben respetar de acuerdo con el artículo 4.1b) de la Ley Orgánica Penitenciaria (*«los internos deberán... (...) b) acatar las normas de régimen interior, reguladoras de la vida del establecimiento»*).

Las Circulares no pueden formalmente constituir una regulación normativa, son mandatos organizativos predeterminados de la actuación administrativa que, en este caso, se concentrarían en la previsión de las normas de régimen interior definidas por los Consejos de Dirección de los Centros Penitenciarios.

Dicho esto, recordar que la citada Instrucción desarrolla, entre otros aspectos, un catálogo de «objetos prohibidos» en el interior de los Centros Penitenciarios, citando expresamente «las videoconsolas, videojuegos, y por ende, los compact-disc, DVD o cartuchos de juegos». Asimismo, se prohíbe la «entrada de cintas de casete, compact disc o DVD procedentes del exterior (a través de paquetes o tras el regreso de permiso)».

Las razones que constituyen la fundamentación de la Instrucción y que justifican las restricciones anteriormente reseñadas son, esquemáticamente expuestas, las siguientes:

1.^a) Manipulación que implica riesgo de deterioro (art. 51.1 del Reglamento Penitenciario).

Con carácter general, no se autoriza al entrada de videoconsolas por tratarse de un artículo que exige para su control una manipulación que implica riesgo de deterioro no disponiendo los Centro Penitenciarios de personal cualificado para la revisión de este tipo de aparatos.

2.^a) Restricción del volumen de pertenencias en el interior de las celdas.

Desde el punto de vista, la Administración Penitenciaria debe regular el volumen y tipología de las pertenencias y enseres que los internos pueden tener en sus celdas, en el marco de las normas de régimen interior, que los internos vienen obligados a respetar, como instrumento aseguratorio de los valores de «seguridad» y «convivencia ordenada», que comienza por los efectos de que se puede disponer en las celdas.

3.^a) Posibilidad de comunicación con el exterior a través del software y hardware de algunas videoconsolas. Se trata de una razón con un gran peso específico.

La evolución del mundo de la electrónica, y de las videoconsolas en particular, ha convertido este tipo de aparatos en un elemento que, aparte de cumplir la función para la que inicialmente fueron diseñados (ocio a través de diferentes videojuegos), ofrecen otro tipo de prestaciones que en el caso de los Centros Penitenciarios vulneran la seguridad de estos.

Es por todo ello, que la Administración Penitenciaria, por las razones expuestas, muy justificadas a criterio del Ministerio Fiscal, entendía que la prohibición de la posesión y utilización de este tipo de aparatos, no implica la conculcación de ningún derecho de los internos, toda vez que no se trata de un artículo de primera necesidad y que por tanto su carencia pudiera atentar contra los derechos o el tratamiento del interno (no reportando al interno ningún beneficio ni progreso en su desarrollo cultural, intelectual o formativo), y que las razones expuestas para fundamentar la prohibición están basadas en la necesidad de regular el volumen y características de las pertenencias que los internos pueden disponer en sus celdas, regulación que incide directamente en la seguridad y buen orden del Establecimiento, así como en las condiciones de habitabilidad de las celdas.

En definitiva, una videoconsola, como las que aparecen en las distintas resoluciones que se manejaban, es un mero objeto de entretenimiento sin ningún valor cultural implícito, de lo que deriva que la invocación del derecho a su uso, no encuentre encaje en precepto alguno, antes bien su rechazo se funda en el artículo 51 del Reglamento Penitenciario ya citado.

Por lo expuesto, se interesaba la admisión del recurso y su resolución de acuerdo con los criterios defendidos por el Ministerio Fiscal, manteniendo por ello en su integridad y eficacia la resolución de la

Audiencia Provincial de Lugo (Sección 2.^a) de 11 de abril de 2012, y asumiendo el Tribunal Supremo los criterios de la misma.

Al tiempo de redactar esta Memoria, se ha tenido conocimiento de que el Tribunal Supremo, ha respaldado la tesis del Ministerio Fiscal en todos sus aspectos, si bien la sentencia no ha llegado todavía a nuestro poder.

1.2.5 SENTENCIAS DESESTIMATORIAS DEL RECURSO DEL FISCAL. REFERENCIA A LA INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 368.2 CP

Como ya se ha indicado, de las 33 sentencias ya dictadas en recursos interpuestos por el Ministerio Fiscal, 15 de ellas han sido desestimatorias del recurso del Fiscal.

Aunque las materias afectadas han sido variadas, es preciso poner de relieve que la mayoría de estas desestimaciones lo han sido en el marco de la aplicación del artículo 368.2 CP (subtipo atenuado del delito contra salud pública), lo que no es sino un indicativo de la problemática suscitada en torno a la naturaleza jurídica de este tipo atenuado, como ya se ponía de relieve en la Memoria anterior.

Así pues, la entrada en vigor de la Ley Orgánica 5/2010, ha incorporado al artículo 368 CP, un párrafo 2.º, que permite imponer la pena inferior en grado a las previstas «*atendiendo a la escasa entidad del hecho y a las circunstancias personales del autor*», y ello nos obliga a una labor de exégesis. Como se indica en la Exposición de Motivos de la LO 5/2010, el denominado por el Tribunal Supremo «subtipo atenuado», responde a la preocupación del legislador por «*acoger la previsión contenida en el Acuerdo del Pleno no Jurisdiccional de la Sala II del Tribunal Supremo, de 25 de octubre de 2005, en relación con la posibilidad de reducir la pena respecto de supuestos de escasa entidad, siempre que no concurra ninguna de las circunstancias recogidas en los artículos 369 bis y 370 del Código Penal*».

El acuerdo del Pleno antes reseñado, aprobó la propuesta redactada por un Magistrado de la Sala, de que, al amparo del artículo 4.3 CP, proponiendo «*penas privativas de libertad de seis meses a dos años, y de dos a cinco años, según se tratase de drogas que no causaran grave daño a la salud, o que causaran grave daño a la salud, respectivamente, cuando se tratase de cantidades módicas*».

Ciertamente en esa proposición y acuerdo plenario latía la creación de un tipo de lo injusto atenuado, pues era la escasa gravedad o entidad del hecho, como único parámetro, lo que justificaba la disminución del injusto típico.

Pero, la reforma, en este punto, más que atender al Acuerdo citado, parece haber acogido la propuesta alternativa a la anterior, presentada por otro Magistrado, que literalmente decía: «*No obstante lo dispuesto en el párrafo anterior, los Tribunales podrán imponer la pena inferior en grado atendiendo a la gravedad del hecho y a las circunstancias personales del culpable*». La proposición alternativa introduce dos factores a los que debe atenderse para disminuir la pena: la gravedad del hecho y la personalidad del autor. Es decir, debería atenderse a la valoración conjunta de ambos parámetros, absolutamente indeterminados en su contenido y abandonados en su interpretación al Juez, para que éste facultativamente optase en el ejercicio de una discrecionalidad jurídicamente valorada y no libérrima. Todo ello aproxima el precepto a las llamadas reglas judiciales de individualización de las penas.

En el Anteproyecto de Código Penal de 2006, frustrado por el fin de la Legislatura, ya se incluía la posibilidad de rebaja penológica por la vía de incrementar el arbitrio judicial, posibilitando la atenuación facultativa del marco penal de los delitos contra la salud pública vinculados al tráfico de drogas tóxicas, estupefacientes y psicotrópicas. En relación con el mismo, el informe del Consejo General del Poder Judicial, destacaba que «*venía siendo reclamado por sectores de la doctrina y de la propia jurisprudencia como medio necesario para evitar una reacción punitiva desproporcionada que se deriva del incremento progresivo de las penas que estas modalidades han experimentado en los últimos años, en aquellos casos en que la cantidad de droga es de notoria escasa importancia, «o» las circunstancias personales del reo ponen de manifiesto una menor culpabilidad en la realización de la acción injusta –singularmente en el caso de los traficantes menores que se financian su propia adicción con el menudeo de la droga*».

A pesar de la tendencia de los trabajos legislativos a recoger la atenuación facultativa estudiada, el primer texto prelegislativo de 2008 eliminó cualquier rebaja de pena de esas características.

En el proyecto definitivo de reforma del Código Penal, que dio lugar a la Ley Orgánica 5/2010, cuando accedió al Congreso el texto del artículo 368.2 CP, se excluía la posibilidad de su aplicación cuando concurrieran cualquiera de las circunstancias de los artículos 369, 369 bis y 370 CP, pero una última enmienda del Grupo Socialista permitió extender la aplicación del subtipo a las circunstancias del artículo 369 CP.

Examinada la historia legislativa del precepto, podemos concluir que el párrafo segundo del artículo 368 del Código Penal, permite

imponer la pena inferior en grado a las previstas en el párrafo primero, atendiendo a la escasa entidad del hecho –lo que nos aproxima al ámbito de la antijuridicidad– a las circunstancias personales del autor –lo que nos reconduce al área de la culpabilidad–. Se trata, además de un ejercicio de discrecionalidad reglada, que debe ser fundamentado en la resolución judicial, y que resulta controlable en casación, por la vía de la pura infracción de Ley (art. 849.1.º LECrim).

Como vemos, el ejercicio de la discrecionalidad reglada que permite el precepto, queda vinculado a la concurrencia de dos parámetros relacionados con la menor antijuridicidad del hecho y la menor culpabilidad del autor.

La «*escasa entidad del hecho*» debe relacionarse con la menor gravedad del injusto típico, por su escasa afectación o capacidad de lesión o puesta en peligro del bien jurídico, salud pública colectiva. Como se sugiere en la STS de 9 de junio de 2010, en la que se invoca la «*falta de antijuridicidad y de la afectación al bien jurídico protegido*», siendo la antijuridicidad formal la contradicción de la conducta con el ordenamiento jurídico representado por el precepto penal y la antijuridicidad material la lesión efectiva o puesta en peligro del bien jurídico protegido, la menor entidad o gravedad del delito debe relacionarse con la cantidad y calidad de droga poseídas por el autor y, en concreto, con la superación mínima o relevante de la llamada dosis mínima psicoactiva, de manera que cuanto menor sea la cantidad y calidad de la droga poseída con finalidad típica, menor será la entidad o gravedad del hecho. Así, cantidades muy próximas a la dosis mínima psicoactiva o en cualquier caso de muy escasa relevancia cuantitativa y cualitativa se encontrarían en el radio de acción del subtipo por su escasa afectación al bien jurídico protegido.

En cuanto a la «*menor culpabilidad*», las circunstancias personales del autor, nos obligan a ponderar todas las circunstancias subjetivas del culpable que permitan limitar su reprochabilidad personal por haber cometido el hecho antijurídico, en el bien entendido supuesto de que, cada la prohibición de doble valoración o desvalorización del artículo 667 CP, las circunstancias que sean valoradas en el ámbito del subtipo atenuado no podrán contemplarse como circunstancias independientes. También parece que las circunstancias personales del subtipo atenuado deben ser distintas de aquellas que se configuren como atenuantes o agravantes en el Código Penal.

En el informe del Consejo General del Poder Judicial al Anteproyecto de 2006, que presentaba una redacción semejante al subtipo actual, se llamaba la atención como prototípica a la situación subjetiva de quien siendo adicto se dedica al menudeo para sufragarse su adic-

ción. Ésta en efecto podía ser una circunstancia valorable en el ámbito del subtipo, como el hecho de que se tratase de la primera actuación delictiva sin poseer antecedentes por el delito contra la salud pública ni por cualquier otro y en general otras situaciones en que la exigibilidad del comportamiento de respeto a la ley fuese menos intensa, aunque no concurriesen propiamente los presupuestos de las causas de inimputabilidad o de inculpabilidad.

Es evidente que la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha aceptado de forma unánime que el artículo 368.2 CP, constituye un subtipo atenuado del tipo básico, que además obliga a imponer la pena inferior en grado cuando concurren sus copulativos parámetros. Ello ha permitido extender su aplicación a lo supuestos de sentencias firmes en el ámbito de la disposición transitoria tercera de la Ley Orgánica 5/2010, por entender que su apreciación no es producto del arbitrio y la discrecionalidad.

A pesar de esa interpretación, que se acepta y acata, es discutible que estemos en presencia de un subtipo atenuado. Y lo es por los siguientes motivos:

1.º Los subtipos incorporan respecto del tipo básico circunstancias elevadas al rango de elementos típicos, que agravan o atenúan el tipo de lo injusto o la antijuridicidad. Solo el tipo de lo injusto o la antijuridicidad. En nuestro caso, si el primer parámetro «*escasa gravedad del hecho*» ciertamente pertenece al ámbito de la antijuridicidad, el segundo referido a las circunstancias personales del autor es obvio que se residencia en sede de culpabilidad. En la medida en que ambos deben concurrir y además de forma conjunta es claro que el legislador está introduciendo un factor discrecional de medición de la pena que atiende no sólo al contenido de lo injusto, sino también al contenido de la culpabilidad, que son los fundamentos básicos en la determinación de la pena.

2.º Repárese en que ambos factores son contemplados en el artículo 66.16 CP, con carácter general y para todo tipo de delitos, como reglas generales de aplicación de las penas. Lo que ocurre es que el legislador ha querido dotar a esos parámetros de un alcance dosimétrico superior en el ámbito del delito del artículo 368 CP, vinculando su apreciación al arbitrio judicial, teniendo en cuenta, sobre todo, las consecuencias de su aplicación en los supuestos de drogas gravemente nocivas para la salud y la penalidad mínima de tres años, que quería atemperarse en determinados casos.

3.º En la individualización de la pena, debe distinguirse, como dirían HASSEMER, RADBRUCH o LANGE, entre la determinación

legal –reglas generales y especiales de aplicación de las penas– , y la determinación judicial. Ésta se manifiesta en aquellos casos en los que el legislador permite el ejercicio de la decisión de imponer la pena en función de parámetros «*que no muestran la misma concreción que los elementos legales del tipo*» , y que facultan al Juez para individualizar la pena valorando «*el contenido de lo injusto y de la culpabilidad*». La inconcreción de los parámetros legales (escasa entidad del hecho y circunstancias personales del autor, en nuestro caso), junto con la facultad discrecional de su aplicación, descubren a estas llamadas, reglas judiciales de individualización de las penas. Pese a la abstracción de los factores de individualización la doctrina constitucional exige que el juez los valore y llene de contenido en función de los fundamentos y fines de las penas.

4.º Así, por ejemplo, son subtipos atenuados aquellos que solo disminuyen el injusto típico, como los descritos en los artículos 147.2, 242.4 o 163.2 CP. Todos ellos limitan respecto de lo injusto del tipo básico la dosis de injusto, incorporando solo factores de lo injusto o de la antijuridicidad, que atienden al menor desvalor de la acción o del resultado, pero sin introducir factores de culpabilidad. En ellos, en efecto, la reducción de pena es obligada. En cambio, en las llamadas reglas judiciales de individualización de la pena, se establecen parámetros absolutamente abstractos que permiten al juez en función del injusto y de la culpabilidad rebajar facultativamente la pena. Es el caso del artículo 368.2 y también del artículo 565 CP que prácticamente reproduce la literalidad del anterior.

5.º Por otro lado, existe otro argumento que delata a la regla judicial de determinación de la pena. El subtipo atenuado, en todo caso, rebaja el injusto del tipo básico, pero solo del injusto básico, al que adiciona algún elemento que limita su lesividad. Véase, que, en el supuesto del artículo 368.2 CP, el legislador permite su aplicación a los artículos 368 y 369 CP, constituyendo este último, un subtipo agravado del tipo básico, lo que nos colocaría ante la «rara avis» de un subtipo que disminuye el injusto del tipo básico y del tipo agravado a la vez.

Todos los argumentos citados nos permiten dudar que el artículo 368.2 CP, constituya un subtipo atenuado del artículo 368 CP, siendo más bien una regla judicial de individualización de la pena basada en los fundamentos punitivos de lo injusto y de la culpabilidad y otorgada como facultad reglada a los jueces que deberán optar o no por el descenso de la pena en un grado, en función de su interpretación constitucional de los factores inconcretos que se incorporan al precepto.

La Fiscalía del Tribunal Supremo, como no podía ser de otra manera, siguió los criterios de la Circular 3/2011, de 11 de octubre, sobre la reforma del Código Penal efectuada por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio («*los Sres. Fiscales únicamente instarán la apreciación de la atenuante contenida en el párrafo segundo del artículo 368 cuando en el procedimiento concreto resulte acreditada la concurrencia conjunta de ambas circunstancias –menor culpabilidad y menor antijuridicidad– puede ponderarse en el sentido expresado en la Sentencia del Tribunal Supremo 764/2011, de 19 de julio, en aquellos casos en los que concurriendo claramente una de ellas, la otra, sin ser negativa, resulte simplemente neutra*») en relación con los delitos de tráfico ilegal de drogas, criterio que ha sido desoído generalmente por la Sala Segunda del Tribunal Supremo.

En cambio, ha de señalarse el seguimiento por parte de la Sala del criterio interpretativo ofrecido en la Circular 2/2011 de la Fiscalía General del Estado sobre la reforma del Código Penal por la Ley Orgánica 5/2010, en relación con las organizaciones y grupos criminales, sobre la relación entre el artículo 369 bis y el 370 CP.

Algunas de las *sentencias desestimatorias* mencionadas, lo han sido en relación a sentencias absolutorias. Se han tratado de abrir vías posibles para que la Sala Segunda revisara aquéllas. El criterio, hoy, es claro y contundente, como ya se apuntaba.

1.2.6 INCREMENTO DE LAS CUESTIONES DE COMPETENCIA

Es necesario significar un dato que no por abultado, deja de ser sorprendente y es el aumento de las *cuestiones de competencia* que debe resolver la Sala Segunda, y que ha experimentado un crecimiento notable en el último año, aunque se venía observando con anterioridad esta tendencia, lo que no hace sino acrecentar la lentitud de muchos otros asuntos que han de ser resueltos por la Sala Segunda, tratándose, en la mayoría de los casos, de cuestiones de competencia negativas, incluso ante presuntos delitos que carecen de autor, es decir, que en la mayoría de los casos lo que se cuestiona, es determinar de los dos Juzgados afectados, quien obtiene la competencia para archivar el asunto.

Tradicionalmente, las cuestiones de competencia que se elevaban a la Sala, eran esencialmente las planteadas por los Juzgados de Instrucción frente a los Juzgados Centrales. Hoy, sin embargo, tras la modificación en materia de falsificación de tarjetas de crédito, las cuestiones de competencia frente a Juzgados Centrales han dismi-

nuido notablemente, frente a un incremento claramente de cuestión de competencia negativa entre Juzgados de Instrucción.

1.2.7 EL RECURSO DE CASACIÓN EN EL BORRADOR DEL CÓDIGO PROCESAL PENAL

El Borrador del Código Procesal Penal, fue sometido por la Fiscalía General, al análisis de la Fiscalía de lo Penal del Tribunal Supremo, habiéndose realizado por varios de sus integrantes unas aportaciones y matizaciones que se han hecho llegar al Fiscal General del Estado, a través de su Secretaría Técnica.

En torno a este Borrador, y en lo tocante al recurso de casación penal, significar que la entrada en vigor de la Ley Procesal Penal, con su actual configuración, provocaría la ampliación del abanico de delitos con acceso al recurso, lo que podría convertirla en una «*tercera instancia*», aunque un porcentaje muy elevado, sin duda, acabase en trámite de inadmisión, con tal perspectiva sería difícil que la Sala Segunda ejerciera con eficacia y prontitud su función calificadora de la doctrina penal.

1.2.8 CAUSAS ESPECIALES (art. 57 LOPJ)

Son muy numerosas las *causas especiales* que tienen entrada en la Sala Segunda, por vía del artículo 57 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, sin embargo ha de significarse que pocas de ellas traspasan el primer trámite de competencia y análisis sobre el fondo, concluyendo un elevado número de las iniciativas en archivo, tras el informe en tal sentido, del Ministerio Fiscal. En este ámbito, el mayor número de querellas y denuncias aparecen instrumentadas en torno a la figura de la prevaricación (art. 446 CP), y dirigidas contra Secciones, Salas o Magistrados de lo Contencioso-Administrativo, y por las resoluciones dictadas en los respectivos procedimientos, o por prevaricación (art. 404 CP), o malversación de caudales públicos (art. 432 CP) contra Alcaldes y por su condición de Diputados o Senadores.

De las distintas causas especiales que han sido tramitadas a lo largo del pasado año, merece destacarse esencialmente por su curso procesal, la incoada en su momento contra el Excmo. Sr. Presidente de la Sección 5.^a de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, procedimiento que se abrió por la vía del artículo 410 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (providencia del Tribunal competente), en el que el Ministerio Fiscal instó

nombramiento de un Instructor, dada la consistencia de los indicios que aparecían y que en estos momentos ya ha sido calificada provisionalmente por el Ministerio Fiscal, imputando al afectado un delito de Negociaciones y actividades prohibidas a los Funcionarios Públicos (art. 441 CP).

1.2.9 PROCEDIMIENTOS DE ESPECIAL INTERÉS EN LOS QUE HA INTERVENIDO LA FISCALÍA DEL TRIBUNAL SUPREMO

Entre los asuntos despachados o en los que ha intervenido la Fiscalía de lo Penal del Tribunal Supremo en el pasado año, merecen destacarse, por la trascendencia de su contenido, los siguientes:

– *Recurso de Casación 10145/2012. Caso «Marta del Castillo»*

El Fiscal interpuso recurso de casación contra la Sentencia de fecha 13 de enero de 2012, dictado por la Audiencia Provincial de Sevilla, Sección Séptima, recaída en el Sumario 1/2011 del Juzgado de Instrucción de Sevilla.

El Tribunal Supremo en sentencia 62/2013 de 29 de enero de 2013, estima los motivos basados en infracción de Ley invocados por el Ministerio Fiscal, condenando a Carcaño por el delito contra la integridad moral y al abono parcial de los gatos generados por la búsqueda del cuerpo de la víctima, y parcialmente el motivo basado en la tutela judicial efectiva anulando en parte la sentencia en cuanto al acusado Samuel Benítez, para que *«el mismo Tribunal el que debe valorar dichos elementos a la luz de los razonamientos contenidos especialmente en el apartado cuarto del fundamento undécimo y en el duodécimo de la sentencia de casación al objeto de reexaminar la posible participación como encubridor del acusado Samuel Benítez Pérez, con libertad de criterio y respeto por las reglas de la lógica»*.

– *Recurso de Casación 106/2007: Caso «Ballena Blanca»*

Procedimiento abreviado n.º 106/2007, dimanante de las diligencias previas n.º 1167/2004, seguido en el Juzgado de Instrucción número 5 de los de Marbella, por delitos de Blanqueo de Capitales, Falsedad en documento oficial, contra la Hacienda Pública y Falso Testimonio.

Se trata de una causa de especial complejidad por la dimensión y naturaleza de los hechos delictivos, y el número de partícipes: la instrucción está comprendida en 272 tomos, más 595 archivadores de documentación.

El Ministerio Fiscal ha formalizado recurso de casación por infracción de Ley por dos motivos. Uno, para que se amplíe la condena por el delito continuado de Blanqueo de Capitales, y se incluyan en el mismo, los hechos relativos a los clientes del despacho. La estimación del motivo exige que el Tribunal de casación modifique la inferencia sobre el conocimiento del origen ilícito de los bienes blanqueados. El segundo motivo, también por infracción de Ley pretende obtener la condena, por un delito continuado de falsedad en documento oficial, por incluir en la base de datos de la Agencia Tributaria, números de identificación fiscal falsos, al realizar las declaraciones del impuesto de sociedades.

Todos los condenados han formalizado recurso de casación contra la sentencia.

El Ministerio Fiscal ha impugnado todos los recursos de las partes.