

1.2 Sección de lo Penal

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

Los datos estadísticos globales correspondientes al año 2015 de las dos Secciones de la Fiscalía de lo Penal del Tribunal Supremo son los siguientes:

NATURALEZA DE LOS ASUNTOS REGISTRADOS EN 2015	
Tribunal Supremo	
Conflictos jurisdiccionales:	
– Del art. 38 LOPJ	
– Del art. 39 LOPJ	1
– Del art. 42 LOPJ	
– Del art. 61 LOPJ	3
Sala II del Tribunal Supremo	
Casación	
Preparados por el Fiscal	
– Interpuestos	109
– Desistidos	32
De parte:	
– Apoyados	62
– Parcialmente	79
– Inadmisión	2.108
– Impugnación	617
Quejas	
– Estimando	11
– Desestimando	74
Unificación de doctrina	
V. Penitenciaria	
– Apoyo	
– Impugnación	16
Menores	
– Apoyo	
– Impugnación	
Revisión	
– Solicitudes de autorización e interpuestos por parte	160
– Interpuestos por el Fiscal	13
– Solicitudes procedentes del Ministerio de Justicia	

NATURALEZA DE LOS ASUNTOS REGISTRADOS EN 2015

Cuestiones de competencia	342
Indultos	
– Favorables	4
– Desfavorables	127
Varios	
– Error judicial	21
– Insostenibles (A. J. Gratuita)	26
– Dictámenes en ejecución	
– Nulidades	8
Señalamientos	
– Sin vista	821
– Con vista	41
Resoluciones	
– Autos	1.581
– Sentencias	875
Causas especiales competencia de la Sala II del Tribunal Supremo	
– Denuncias	12
– Exposición razonada	10
– Querellas	25
– Incoadas	86
– Sentencias	1

El número total de los asuntos despachados, es ligeramente inferior al año anterior.

La Sala ha dictado un total de 2.456 resoluciones. En concreto 1.581 autos y 875 sentencias.

La Sala no tiene retraso alguno más allá del derivado de la tramitación de los asuntos.

La Ley 41/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para la agilización de la justicia penal y el fortalecimiento de las garantías procesales, ha introducido una novedosa regulación del recurso de casación, haciendo así posible, el acceso a la casación de múltiples tipos penales.

La reforma ha introducido la necesaria apelación penal que sin duda resolverá muchos derechos insatisfechos.

Consecuencia necesaria de la introducción de la segunda instancia, es la nueva regulación de la casación que diseña la Exposición de Motivos y que, sin embargo, no recoge con tanta nitidez su articulado.

El tiempo transcurrido desde la entrada en vigor de la ley impide realizar cualquier valoración. No obstante ello, es evidente que el aumento de recursos de casación se va a multiplicar más allá de lo que sería deseable.

La llegada de las nuevas tecnologías a las Oficinas Judiciales y a la Fiscalía, han supuesto un reto para la comunicación entre las cuatro Secretarías de la Sala y la Fiscalía del Tribunal Supremo. Poco tiempo ha transcurrido, también, desde que hemos iniciado las notificaciones a través de Lexnet y la impugnación de los recursos por vía informática. La voluntad de la Fiscalía del Tribunal Supremo ha hecho posible que iniciemos esa singladura con algunas dificultades, que se han tratado de obviar, en tanto haya una respuesta de la Administración sobre concretos problemas planteados.

En fecha 30 de noviembre de 2015, se remitió oficio a la Inspección Fiscal en respuesta a las necesidades de ampliación de plantilla en las Secciones de Penal de la Fiscalía del Tribunal Supremo. La petición de ampliación de plantilla solicitada está justificada con la presencia, en el momento actual, de tres Fiscales de Sala adscritos a ambas secciones y tres Fiscales eméritos; uno de ellos llegará a la edad reglamentaria en escasos meses. Consecuencia de esta situación actual es que, si no se produce la ampliación de plantilla, esas plazas hoy ocupadas provisionalmente, se convertirán en bajas que no podrán ser recuperadas. Y ello, por las necesidades que en breve se plantearan a las secciones de Penal tras la entrada en vigor del nuevo recurso de casación, que supondrá un aumento muy considerable de trabajo imposible, hoy, de ser cuantificado.

1.2.2 ANÁLISIS DE RECURSOS INTERPUESTOS POR EL MINISTERIO FISCAL ANTE LA SALA SEGUNDA DEL TRIBUNAL SUPREMO

Sin ánimo de transcribir resoluciones de la Sala que están al alcance de cualquier usuario, si parece oportuno significar algunos de los recursos del Ministerio Fiscal ante la Sala, para poner así de relieve, la transcendencia de esta concreta actuación de la Fiscalía del Tribunal Supremo.

Se han interpuesto 109 recursos y se ha desistido de 32.

1.2.2.1. *Recurso del Fiscal sobre determinación de la competencia*

Han sido varios los recursos del Fiscal interpuestos sobre esta materia. Recurso estimado por la Sala en Sentencia: 649/2014, de 9 de

octubre: la competencia viene asignada por el escrito de calificación de las acusaciones con todos los tipos agravados de los que se acusa. Teniendo en consideración la pena en abstracto.

En la misma línea está el recurso interpuesto sobre competencia de la Audiencia. Idénticos motivos articulados. El supuesto de hecho en este caso era la calificación sobre un hecho de pornografía infantil.

1.2.2.2. *Delimitación del objeto del proceso y principio acusatorio*

La Sala, estimando el recurso en Sentencia 502/2015, de 28 de julio, ha considerado que la Audiencia Provincial, con anterioridad al juicio oral y a los únicos efectos de examinar su propia competencia, no puede entrar a enjuiciar uno de los aspectos relevantes del hecho criminal, que repercute en la calificación legal, según se afirme o no su existencia. Estas cuestiones fácticas, que recaen sobre un aspecto esencial del *thema decidendi*, solamente pueden resolverse en sentencia, tras la valoración de las pruebas practicadas en el juicio oral y con audiencia de las partes.

El motivo único formalizado por el Fiscal, con cita del art. 24.1 de la CE y al amparo de los arts. 5.4 de la LOPJ y 852 de la LECrim, sostenía la vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva. Explicaba el Fiscal, que la sentencia que se recurre justifica la falta de pronunciamiento respecto del delito de malos tratos familiares (art. 173.2 CP) en el hecho de que el auto de procesamiento no ofrecía los presupuestos fácticos para la condena por ese delito, que fue añadido por el Fiscal en el momento de formular su escrito de conclusiones provisionales. La Audiencia consideró que es el auto de procesamiento el que fija los límites fácticos de la acusación, de ahí que por exigencias del principio acusatorio y de los derechos de defensa y a ser informado de la acusación, no resultaba procedente extender la condena a delitos respecto de cuyo soporte fáctico no se había extendido el auto de procesamiento.

El Ministerio Fiscal discrepa de esa forma de entender la delimitación del objeto del proceso. Considera que la jurisprudencia de esa Sala es reiterada a la hora de afirmar que el contenido del auto de procesamiento no fija los límites del debate. Es la acusación del Fiscal la que delimita el objeto del proceso. No existió indefensión alguna, pues los hechos referidos fueron objeto de debate en el acto del juicio oral. El auto de procesamiento, en fin, ni constituye el acta de acusación ni es vinculante para el Fiscal. Sostiene el recurrente que la Audiencia «...ha hecho una interpretación gravemente errónea y

dañosa de la institución del procesamiento, elevando a requisito formal la exacta concordancia entre los hechos». En definitiva, al acusar el Fiscal por el delito de malos tratos, no estaba lesionando en modo alguno el derecho de defensa, por lo que la Audiencia ha errado al dejar imprevjuizado ese delito.

La Sala desestima el recurso del Fiscal y fija en la sentencia 78/2016, de 10 de febrero, el alcance vinculante del auto de procesamiento:

«El auto de procesamiento, con todo el carácter provisional que quiera atribuírsele, no puede limitar su funcionalidad a la definición de quién haya de soportar la acusación. Esta resolución, para cuyo dictado el más clásico de los tratadistas exigía de los Jueces «una moderación y una prudencia exquisitas», es algo más. La garantía jurisdiccional, tal y como fue concebida en el modelo del sumario ordinario no puede contentarse con dibujar el quién de la inculpación. Ha de precisar también el qué y, por supuesto, el porqué. Sólo así cobra pleno sentido el sistema de investigación jurisdiccional al que se somete la fase de investigación en el procedimiento ordinario. Una interpretación microliteral del art. 650.1 de la LECrim, conduciría a la desnaturalización del sistema ideado para hacer eficaz la garantía jurisdiccional en el procedimiento ordinario. De hecho, llevado a sus últimas consecuencias obligaría a tolerar, por ejemplo, que el Fiscal pudiera formular acusación por hechos excluidos por decisión judicial en el momento de dictar la resolución de admisión a trámite de una querrela. Esos hechos resultan del sumario y, sin embargo, no pueden integrar el acta de acusación.

Es evidente que el grado de vinculación entre el auto de procesamiento y el escrito de acusación del Fiscal no puede entenderse más allá de sus justos términos. En efecto, la formulación de las conclusiones provisionales corresponde al Ministerio Fiscal. Es él quien actúa el *ius puniendi* del Estado y quien decide con la autonomía funcional predicable de su configuración constitucional, qué va a ser objeto de acusación y contra quién va dirigirse la pretensión punitiva. El Juez de instrucción no puede exigir del Fiscal que el hecho por el que se formula acusación y las personas que hayan de soportar esa acusación coincidan con el relato fáctico y con el juicio de inculpación que ha considerado procedente expresar en el auto de procesamiento. El Fiscal puede no incorporar a su acta de acusación alguno de los hechos acogidos en el auto de procesamiento. Puede también apartarse de la subsunción suscrita por el Instructor y calificar los hechos con una tipicidad alternativa. Puede no acusar a todos y cada uno de los inves-

tigados que fueron declarados procesados por el Juez. Está facultado, como es lógico, para instar la revocación del auto de conclusión del sumario para la inclusión de aquellos presupuestos fácticos que, a su juicio, hayan sido erróneamente omitidos por el Juez de instrucción (cfr. art. 627 LECrim). Pero si descarta el sobreseimiento libre o provisional (arts. 637, 641 y 642 LECrim) y se inclina por formular acusación, no podrá desbordar el relato fáctico dibujado por el Juez de instrucción ni podrá acusar a quien previamente no haya sido declarado procesado.

Esta forma de concebir el auto de procesamiento como fórmula de concreción de la garantía jurisdiccional, no puede conducir a una interpretación que exija una exactitud fáctica, correlativa entre aquella resolución inculpatoria y el escrito de acusación del Fiscal. Hemos dicho en muchas ocasiones que el objeto del proceso es de cristalización progresiva. Pues bien, el auto de procesamiento es la primera de las decisiones que contribuye a la fijación de los términos del debate. Indudablemente son las conclusiones provisionales del Fiscal las que permiten, a la acusación pública, formalizar la pretensión punitiva y delimitar por primera vez el objeto del proceso. Y son las conclusiones definitivas, una vez practicada la prueba, las que lo dibujan de modo definitivo, delimitando el ámbito decisorio del órgano jurisdiccional. La vinculación objetiva no es identidad objetiva. No es identidad incondicional. Pero sí lo es en lo atinente a los presupuestos fácticos nucleares que definen el tipo objetivo por el que se decretó el procesamiento. La correlación entre ese enunciado fáctico proclamado por el Juez instructor, y el que luego asume el escrito de acusación del Fiscal ha de ser interpretada, claro es, con la flexibilidad que permite el progreso de las investigaciones y, en su momento, el desarrollo de la actividad probatoria en el juicio oral.

El argumento que late en el recurso del Fiscal, referido a la posibilidad que se dio al procesado de defenderse en el acto del juicio oral de los hechos no incluidos en el acto de procesamiento, no puede compartirse. No estamos ante un problema de tutela judicial efectiva, ni siquiera de indefensión formal o material. La prohibición de incluir en el escrito de conclusiones hechos que no han sido objeto del auto de procesamiento es una nota definitoria del sistema. Su exigencia dibuja un presupuesto de legitimidad para el ejercicio de la acusación. No se trata de decidir si el procesado pudo o no defenderse, sino de proclamar que nunca debió haber sido acusado».

1.2.2.3. *Recursos del Ministerio Fiscal en relación con el dictado de sentencias absolutorias sobre plantaciones de cannabis*

Los recursos son desestimados en Sentencia: 596/15, de 5 de octubre, Sentencia: 484/15, de 7 de noviembre, y Sentencia: 788/15, de 9 de diciembre.

La decisión de la Sala se centra en la estimación de concurrencia del error. Tal criterio fue sometido a la consideración del Fiscal, previamente a dictarse sentencia y tras la interposición del recurso. Pese al bien armado informe del Ministerio Fiscal, no fue acogido por el Tribunal.

Recurso del Ministerio Fiscal, estimado en Sentencia: 299/2015.

Con ocasión de este recurso interpuesto por infracción de ley e indebida inaplicación del art. 368 del CP, el Tribunal Supremo aborda una vez más la naturaleza de los Acuerdos del Pleno.

En la impugnación al recurso, la defensa estima inadecuado el cauce casacional del que se vale el Fiscal, pues estima que se pretende aplicar por la vía del n.º 1 del art. 849 de la LECrim el contenido de un Acuerdo del Pleno que no tiene carácter normativo.

La Sala estima el recurso del Fiscal y resuelve expresamente la alegación de la defensa en estos términos: «no es acogible este criterio. Más allá de la naturaleza jurídica de esos acuerdos (art. 264 LOPJ) y de su controvertida funcionalidad para un sector de la dogmática, lo cierto es que encierran un material de primer orden para la interpretación de los tipos penales en el marco de la deliberación propiamente jurisdiccional. Que los acuerdos del pleno no pueden calificarse como verdadera norma penal sustantiva susceptible de integrar un recurso de casación por infracción de ley, es cuestión de controversia. De hecho, así lo hemos recordado en numerosas ocasiones, de las que las Sentencias del Tribunal Supremo 954/2000, 28 de junio, y 1.224/2004, de 15 de diciembre, no son, sino elocuentes ejemplos. Desde esta perspectiva es indudable que lo que ha infringido la sentencia de instancia no es un acuerdo de pleno, sino el tipo penal previsto en el art. 368 del Código Penal, eso sí, interpretado en numerosos precedentes de carácter jurisdiccional conforme a la tesis defendida en el pleno de la Sala de 3 de febrero de 2005, que fijó el umbral de la insignificancia a efectos de tipicidad de los actos de distribución clandestina de drogas tóxicas».

De ahí que la vía del art. 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, sí haya de reputarse adecuada, como hace correctamente el Ministerio Fiscal en su recurso, cuando lo que se pretende es reivindicar la aplicación del art. 368 del Código Penal, interpretado conforme a las pautas fijadas en el acuerdo del pleno no jurisdiccional, de 3 de febrero de 2005.

En la Memoria pasada se hace especial referencia a dos recursos del Fiscal en sendos asuntos de gran transcendencia. El caso del Prestige y el caso Malaya. Sólo significar en este momento, el éxito de los recursos articulados en su momento por el Ministerio Fiscal.

1.2.3 CAUSAS ESPECIALES

En el último año se ha elevado el número de causas especiales incoadas en la Sala. No se ha formulado escrito de acusación alguno.

Merece especial referencia la Causa 20.619/2014, causa de los ERE. Se incoa tras exposición razonada elevada por el Juzgado de Instrucción n.º 6 de Sevilla relativa a las Diligencias Previas 174/11 incoadas en relación con el proceso de concesión de las denominadas ayudas sociolaborales y ayudas a empresas, llevado a cabo por la Dirección General del trabajo de la Conserjería de Empleo de la Junta de Andalucía desde el año 2000 hasta el 18 de octubre de 2012.

De todos es conocido el destino de la causa tras una laborioso y meritorio trabajo de los Fiscales.

Por su incidencia en la carrera Fiscal hay que señalar la resolución de la Sala estimando que no tienen aforamiento ante la Sala Segundo los Fiscales de la Fiscalía Anticorrupción. ATS de 30 de julio de 2015 dictado en la causa especial 20.518/2015.

1.2.4 ACUERDOS NO JURISDICCIONALES DE LA SALA

– *Sala General 20/01/15*

ASUNTO: la concurrencia real de una pluralidad de resultados realizados por la única acción en los supuestos de dolo eventual.

ACUERDO: los ataques contra la vida de varias personas, ejecutados con dolo directo o eventual, se haya o no producido el resultado, realizados a partir de una única acción, han de ser tratados a efectos de penalidad conforme a las reglas previstas para el concurso real (arts. 73 y 76 del CP), salvo la existencia de regla penológica especial (v. gr. 382 del CP).

– *Sala General 04/03/15*

ASUNTO: Viabilidad del recurso de casación frente a determinados autos de sobreseimiento dictados por Tribunales Superiores de Justicia.

ACUERDO: En interpretación del Acuerdo del Pleno de 9 de febrero de 2005, contra la decisión en apelación que revoca el Auto del Instructor transformando las Diligencias Previas en Procedimiento Abreviado y ordena el Sobreseimiento libre cabe casación.

Los autos de sobreseimiento dictados en apelación en un procedimiento abreviado sólo son recurribles en casación cuando concurren estas tres condiciones:

- 1) Se trata de un auto de sobreseimiento libre.
- 2) Haya decaído imputación judicial equivalente a procesamiento, entendiéndose por tal resolución judicial en la que se describa el hecho, se consigne el derecho aplicable y se indiquen las personas responsables. El auto haya sido dictado en procedimiento cuya sentencia sea recurrible en casación.

– *Sala General 27/05/15*

PRIMER ASUNTO: la necesidad de no hacer una previa reclamación/subsanación de errores en relación al objeto del veredicto, cuando el Magistrado Presidente no abre tal trámite por estimar correcto las respuestas del Jurado (art. 846 bis c, apartado a) LECrim).

ACUERDO: El Magistrado Presidente del Tribunal del Jurado, si alberga alguna duda sobre la concurrencia de motivos para devolver el acta del veredicto, debe proceder a la apertura del trámite de audiencia, tomando seguidamente la decisión adecuada sobre la procedencia o no de devolución.

Si no se abre dicho trámite, no es exigible a las partes la reclamación de subsanación o protesta como requisitos previos para la interposición del recurso de apelación, cuando éste se base en defectos del veredicto o en el procedimiento de deliberación y votación.

SEGUNDO ASUNTO: Valor de las declaraciones en sede policial a efectos de valorar la presunción de inocencia.

No hay acuerdo, se pospone para el pleno del 03.06.2015.

– *Sala General 03/06/15*

ÚNICO PUNTO: Valor de las declaraciones en sede policial, a efectos de valorar la presunción de inocencia.

ACUERDO: Las declaraciones ante los funcionarios policiales no tienen valor probatorio.

No pueden operar como corroboración de los medios de prueba. Ni ser contrastadas por la vía del art. 714 de la LECrim. Ni cabe su

utilización como prueba preconstituida en los términos del art. 730 de la LECrim.

Tampoco pueden ser incorporadas al acervo probatorio mediante la llamada como testigos de los agentes policiales que las recogieron.

Sin embargo, cuando los datos objetivos contenidos en la autoinculpación son acreditados como veraces por verdaderos medios de prueba, el conocimiento de aquellos datos por el declarante evidenciado en la autoinculpación puede constituir un hecho base para legítimas y lógicas inferencias. Para constatar, a estos exclusivos efectos, la validez y el contenido de la declaración policial, deberán prestar testimonio en el juicio los agentes policiales que la presenciaron.

Este acuerdo sustituye al que sobre la materia se había adoptado el 28/11/06.

– *Sala General 08/07/15*

PRIMER PUNTO: Determinación del Juez de Vigilancia competente para el conocimiento de los recursos sobre clasificación de los penados en los supuestos de cambio de destino del recluso.

ACUERDO: La competencia para conocer de los recursos interpuestos contra las resoluciones administrativas relativas a la clasificación de los penados que implican cambio de destino, corresponde al Juzgado de Vigilancia Penitenciaria del territorio en el que radica el Centro Penitenciario que realizó la propuesta.