

**UNIÓN ESPAÑOLA DE ABOGADOS PENALISTAS  
PARA LA DEFENSA DE LOS DERECHOS**  
[www.ueap.es](http://www.ueap.es)

## ***NEWSLETTER***

**3**



UEAP

UNIÓN ESPAÑOLA DE ABOGADOS PENALISTAS

*Los derechos individuales no están sujetos al voto público; una mayoría no tiene derecho a votar la derogación de los derechos de una minoría. A. Rand*

## **ACTUALIDAD<sup>1</sup>**

**-Acuerdo de 10 de diciembre de 2024, de la Comisión Permanente del Consejo General del Poder Judicial, por el que se publica el Acuerdo de 18 de noviembre de 2024, de la Sala de Gobierno de la Audiencia Nacional, sobre composición y funcionamiento de las Salas de lo Contencioso-administrativo, de lo Penal, de lo Social y de Apelación, y sobre asignación de ponencias que deben turnar los magistrados para su aplicación a partir del 1 de enero de 2025.**

Publicación en el BOE núm. 4 de 4 de enero de 2025

## **NOVEDADES LEGISLATIVAS**

**-Ley Orgánica 1/2015, de 2 de enero, de medidas en materia de eficiencia del Servicio Público de Justicia.**

Publicación en el BOE núm. 3 de 3 enero de 2025

**-Corrección de errores de la Ley Orgánica 1/2025, de 2 de enero, de medidas en materia de eficiencia del Servicio Público de Justicia**

Publicación en el BOE núm. 10 de 11 de enero de 2025

## **SENTENCIAS DESTACADAS**

**Sentencia 144/2024, de 2 de diciembre de 2024, de la Sala Segunda del Tribunal Constitucional. La sospecha de un delito de tortura o trato denigrante exige una suficiente y eficaz investigación, incluso cuando los agentes estatales no se encuentren implicados en el fallecimiento a través de actos u omisiones.**

ECLI:ES:TC: 2024:144

La Sentencia estima el Recurso de Amparo interpuesto contra el Auto de sobreseimiento libre adoptado en la investigación del fallecimiento de una persona detenida en un calabozo municipal.

Destaco la consolidada doctrina que recuerda esta sentencia sobre las exigencias constitucionales del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) en relación con el derecho a no ser sometido a torturas ni a tratos inhumanos o degradantes (art. 15 CE), en los supuestos de sobreseimiento y archivo del procedimiento instructor incoado por denuncias de haber sufrido torturas o malos tratos bajo custodia policial

---

<sup>1</sup> El contenido de la Newsletter es meramente divulgativo

o en el contexto de actuaciones de agentes estatales (entre otras muchas, SSTC 34/2008, de 25 de febrero; 1/2024, de 15 de enero, y 33/2024 y 35/2024, de 11 de marzo).

Recordando la **diligencia reforzada en la investigación de este tipo de delitos que se desprende de la doctrina del TEDH**, y que en la doctrina del TC impone que, en casos donde se investiga el derecho a no ser sometido a tortura o trato denigrante “*las decisiones de sobreseimiento y archivo de las diligencias penales estén motivadas y jurídicamente fundadas, sino además, de que sean acordes con la prohibición absoluta de las conductas denunciadas, según un parámetro de control constitucional reforzado*”. Recordando que «*[e]xiste una especial exigencia de desarrollar una exhaustiva investigación en relación con las denuncias de este tipo de conductas contrarias al art. 15 CE, agotando cuantas posibilidades de indagación resulten útiles para aclarar los hechos, ya que es necesario acentuar las garantías por concurrir una situación especial en la que el ciudadano se encuentra provisionalmente bajo la custodia física del Estado. Este mandato, si bien no comporta la realización de todas las diligencias de investigación posibles, sí impone que no se clausure la instrucción judicial penal cuando existan sospechas razonables de que se ha podido cometer el delito de torturas o de tratos inhumanos o degradantes denunciado y cuando tales sospechas se revelen como susceptibles de ser despejadas a través de la actividad investigadora*» [SSTC 12/2022, de 7 de febrero, FJ 2 (ii), y 33/2024, de 11 de marzo, FJ 2 (iii)].

La suficiencia y efectividad de la instrucción judicial y la necesidad de perseverar en la práctica de nuevas diligencias de investigación, «*deben evaluarse atendiendo a las circunstancias concretas de la denuncia y de lo denunciado, y desde la gravedad de lo denunciado y su previa opacidad, rasgos ambos que afectan al grado de esfuerzo judicial exigido por el art. 24.1 CE*» [SSTC 12/2022, de 7 de febrero, FJ 2 (iii), y 33/2024, de 11 de marzo, FJ 2 (ii)]. La exigencia de investigación eficaz y suficiente no debe suponer la práctica de todas y cada una de las diligencias solicitadas o imaginables, sino «*que en un contexto aún de incertidumbre acerca de lo acaecido se practiquen aquellas que a priori se revelen susceptibles de despejar tales dudas fácticas. Si hay sospechas razonables de maltrato y modo aún de despejarlas no puede considerarse investigación oficial eficaz la que proceda al archivo de las actuaciones*» (STC 34/2008, de 25 de febrero, FJ 8).

Destaca el TC que el TEDH exige una investigación suficiente “*ello incluso con independencia de que agentes estatales se encuentren o no implicados en el fallecimiento a través de actos u omisiones (decisiones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 9 de diciembre de 2014, asunto Taner c. Turquía, § 53, y de 11 de octubre de 2005, asunto Stern c. Francia). Tal y como afirma el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, los parámetros esenciales para cumplir con la exigencia procedimental del art. 2 CEDH son: una investigación adecuada, la celeridad en la*

*investigación, la participación en la instrucción de las personas próximas al fallecido y la independencia del órgano instructor. Parámetros que se encuentran ligados entre sí y no constituyen en sí mismos una finalidad propia pero que, de manera conjunta permiten apreciar el grado de efectividad de la investigación (STEDH de 14 de abril de 2015, asunto Mustafa Tunç y Fecire Tunç, § 225). Y concluye que «[e]n todos los casos, las autoridades deben haber tomado las medidas razonables a su alcance para obtener pruebas relacionadas con los hechos en cuestión, incluyendo, entre otras cosas, el testimonio de testigos presenciales, pruebas periciales y, en su caso, una autopsia que proporcione una relación completa y precisa de las lesiones y un análisis objetivo de los hallazgos clínicos, incluyendo la causa de la muerte. Cualquier deficiencia en la investigación que debilite su capacidad para establecer la causa de la muerte o la posible responsabilidad puede incumplir esta norma (véase Taner c. Turquía, citada anteriormente, § 55, y Giuliani y Gaggio c. Italia, § 301)» (STEDH de 30 de junio de 2020, S.F c. Suiza, § 120).»*

En el caso sometido a Recurso de Amparo la Sala Segunda considera que la investigación del detenido fallecido en dependencias policiales no cumple con las exigencias constitucionales de una investigación suficiente y eficaz dado que el sobreseimiento libre y archivo acordado se basaba en los atestados policiales y en la autopsia realizada, que concluía que se trataba de una muerte de naturaleza violenta y etiología médico legal más probable suicida.

La Sala recuerda que agotar cuantas posibilidades razonables de indagación resulten útiles para aclarar los hechos (STC 1/2024, de 15 de enero, FJ 4). La denegación del Juez instructor de practicar las diligencias solicitadas por la acusación particular ha supuesto una insuficiente actividad probatoria, habiendo quedado “*sin respuesta aspectos elementales y decisivos de la instrucción como las propias circunstancias en que se produjo la muerte, el origen del cordón con el que se produjo el ahorcamiento, el concreto recorrido y las condiciones en que se produjo la detención y, en particular, las razones por las que se localizaron restos de sangre del fallecido en lugar distinto del de la detención o la corrección en las labores de atención o vigilancia del detenido atendido su estado.*”

**Sentencia 148/2024, de 2 de diciembre de 2024, de la Sala Segunda del Tribunal Constitucional. Imposibilidad de adoptar medidas cautelares limitativas del derecho a la libertad cuando el procedimiento judicial haya concluido por sobreseimiento libre, aunque dicho pronunciamiento aún no sea firme.**

ECLI:ES:TC: 2024:148.

La sentencia analiza la demanda de amparo presentada contra dos resoluciones de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional en la que, decretándose el sobreseimiento libre por razón de prescripción del procedimiento penal seguido frente

a la demandante de amparo y poner en libertad a la misma, se acuerda la imposición de la medida cautelar de obligación *apud acta* de comparecer los días 3 de cada mes, con designación de domicilio, y prohibición de salida de territorio español.

La Sala de lo Penal de la AN justificaba su decisión en que el levantamiento de las medidas cautelares o la no adopción de las mismas procedería únicamente en el caso de que **la resolución de sobreseimiento fuese firme**, lo que no ocurría en ese caso puesto que se había tenido por preparado recurso de casación del MF y de la acusación particular. Además, en el caso objeto de amparo la AN entendía que existía un riesgo de no estar a disposición del Tribunal toda vez que la recurrente había estado residiendo en Bélgica y hubo que emitir una OEDE para que estuviera a disposición de los Tribunales españoles.

En respuesta a la denuncia planteada, el TC analiza, en primer lugar, la naturaleza de las comparecencias *apud acta*, declarando que *“constituyen «una medida cautelar intermedia entre la prisión provisional y la completa libertad, que trata de evitar la ausencia del imputado, que queda así a disposición de la autoridad judicial y a las resultas del proceso, obligándole a comparecer periódicamente [...] debiendo el inculcado prestar obligación [...] de comparecer en los días que le fueren señalados por la resolución correspondiente y, además, cuantas veces más fuere llamado por el juez o tribunal que conozca de la causa (art. 530 LECrim)» (FJ 2).*

*Este carácter aflictivo del derecho a la libertad aparece también reconocido respecto a las medidas cautelares de prohibición de salida de territorio nacional y retirada de pasaporte.” Declarando que “al referirnos a medidas cautelares de naturaleza penal, nos movemos en el ámbito de los límites del derecho a la libertad personal (...).”*

En segundo lugar, se analiza la configuración constitucional del derecho a la libertad, recordando como el artículo 17 CE, lejos de limitarse al reconocimiento en abstracto del derecho a la libertad personal ha incorporado una serie de garantías específicas de aquella, como son los plazos máximos de detención gubernativa (art. 17.2 CE), el derecho a la información de las razones de la detención (17.3), la garantía del habeas corpus (17.4) o la regulación del plazo máximo de duración de la prisión provisional (17.4 CE). Igualmente, por medio del inciso primero del citado artículo 17.1 CE **“la Constitución se ha ocupado de exigir la necesaria previsión legal en la adopción de cualquier medida cautelar restrictiva de la libertad personal”**, recordando al respecto la STC 29/2019, de 28 de febrero, donde se consideraba que uno de los principios a tener en cuenta de cara a la adopción de la medida cautelar de prisión provisional era el principio de legalidad y de reserva de LO.

Recuerda la Sala Segunda que la jurisprudencia constitucional *“ha considerado también que la exigencia general de habilitación legal supone que la decisión judicial de decretar, mantener o prorrogar la prisión provisional ha de estar prevista en uno de los supuestos legales (uno de los «casos» a que se refiere el art. 17.1 CE), y que ha*

*de adoptarse mediante el procedimiento legalmente regulado (en la «forma» mencionada en el mismo precepto constitucional). De ahí que se haya reiterado que el derecho a la libertad personal puede verse lesionado cuando se actúa bajo la cobertura improcedente de la ley y también cuando se actúa contra lo que la ley dispone (así, SSTC 305/2000, de 11 de diciembre, FJ 3; 210/2013, de 16 de diciembre, FJ 2, y 217/2015, de 22 de octubre, FJ 2)» (STC 29/2019, de 28 de febrero, FJ 3).*

*Este principio de legalidad, además, debe ser interpretado conforme al principio de favor libertatis o de in dubio pro libertatis en virtud del cual la interpretación y aplicación de las normas reguladoras de toda medida cautelar de naturaleza personal «deben hacerse con carácter restrictivo y a favor del derecho fundamental que tales normas restringen, lo cual ha de conducir a la elección y aplicación, en caso de duda, de la norma menos restrictiva de libertad» (SSTC 88/1988, de 9 de mayo, FJ 1; 98/2002, de 29 de abril, FJ 3, y 95/2007, de 7 de mayo, FJ 4).»*

Con base en estos pronunciamientos el TC declara que “**no puede compartir la tesis de las resoluciones recurridas**”, puesto que, si bien “es cierto que el art. 539 LECrim permite al juez o tribunal modificar de oficio las medidas cautelares acordadas, ello queda supeditado –como se desprende de la utilización de las locuciones «durante todo el curso de la causa» (art. 539.1 LECrim)– a la existencia y continuación misma del procedimiento. La razón es que la finalidad de estas medidas cautelares de naturaleza personal no es otra que garantizar la presencia del investigado durante el desarrollo del proceso penal, propósito que, de ordinario, no concurrirá cuando aquel haya finalizado mediante una resolución de archivo.”

Declarando que “[u]na interpretación como la alcanzada por las resoluciones judiciales impugnadas se opondría a la normativa general establecida en nuestra Ley de enjuiciamiento criminal, donde son múltiples las disposiciones legales que instan a un inmediato alzamiento de las medidas cautelares en casos de resolución de archivo. Es el caso del art. 983 LECrim (...), del art. 782.1 LECrim que, al regular las cuestiones previas en el procedimiento abreviado, establece que «[a]l acordar el sobreseimiento, el juez de instrucción dejará sin efecto la prisión y demás medidas cautelares acordadas», o del art. 675 LECrim que, en relación con la estimación de los artículos de previo pronunciamiento de los apartados segundo, tercero y cuarto del art. 666, señala que «se sobreseerá libremente, mandando que se ponga en libertad al procesado o procesados que no estén presos por otra causa». Este efecto de alzamiento, de hecho, se prevé también para el caso de sentencias absolutorias donde el art. 861 LECrim prescribe que, aun cuando se interponga recurso de casación, «si la sentencia es absolutoria y el reo estuviera preso, será puesto inmediatamente en libertad»

Concluyendo que “nuestra legislación procesal no solamente no prevé la posibilidad de adoptar medidas cautelares durante la tramitación de un recurso interpuesto frente a una decisión de archivo, sino que, lejos de ello, **lo proscribire directamente al**

**señalar que el efecto natural y jurídico de aquella (ya sea vía del art. 637 o 641 LECrim) es la automática e inmediata puesta en libertad y el alzamiento de las medidas cautelares personales previamente adoptadas (arts. 675, 861 bis, 782.1, y 983 LECrim). Ello resulta obvio, pues, como ya se ha señalado, tras el dictado de una resolución de archivo (ya adopté la forma de sentencia o de auto), se desvanecen los fundamentos mismos de la medida cautelar, no solo desde la perspectiva de su finalidad como hemos previamente señalado, sino también desde la perspectiva del *fumus boni iuris*, pieza angular de aquella.”**

Por todo ello, el tribunal concluye que las resoluciones impugnadas vulneraron el derecho a la libertad (art. 17.1 CE) al adoptar unas medidas cautelares personales no solo fuera de toda cobertura legal, sino en contra de la normativa general establecida al respecto por la Ley de enjuiciamiento criminal.

### **STS Sala de lo Penal 1068/2024, de 21 de noviembre de 2024. Los límites de la revisión de las sentencias absolutorias.**

Ponente: Excmá. Sra. Dña. Ana María Ferrer García

ECLI: ES:TS:2024:5788

En la sentencia se recuerda la jurisprudencia constitucional y del TEDH sobre los principios que rigen el proceso justo y la imposibilidad de mutar la valoración probatoria o cambiar el apartado fáctico de la resolución absolutoria recurrida, sin haber practicado prueba alguna y sin oír a los acusados (SSTEDH recaídas en los asuntos *Lacadena Calero*, *Valbuena Redondo*, *Serrano Contreras*, *Vilanova*, *Nieto Macero*, *Román Zurdo*, *Sainz Casla*, *Porcel Terribas*, *Gómez Olmeda*, *Atutxa*, etc.). Insistiendo en que “*esa consideración intangible del relato de hechos probados la extiende también en estos supuestos, a las afirmaciones fácticas, o mejor, elementos de naturaleza factual ( STEDH Almenara Álvarez c España, de 25 de octubre de 2011 , § 49) contenidos en la fundamentación de la resolución STS 340/2021, de 23 de abril; o 586/2021, de 1 de julio); así como a la inferencia sobre los elementos subjetivos ( STEDH, caso Camacho Camacho c. España, de 24 de septiembre de 2019; caso Atutxa Mendiola y otros c. España , de 13 de junio de 2017; caso Porcel Terribas y otros c. España , de 8 de marzo de 2016; caso Lacadena y otros c. España , de 22 de noviembre de 2011).*”

La única excepción se produce cuando se encuentra el Tribunal “*ante conclusiones probatorias absolutamente arbitrarias, que pudieran implicar afectación de la garantía de tutela judicial efectiva*”.

También es interesante el análisis que efectúa de la aplicación del artículo 250.1.7º del Código Penal sobre la estafa procesal.

**STS Sala de lo Penal 1118/2024, de 9 de diciembre de 2024. Sobre las condiciones que tienen que cumplirse para que el órgano judicial pueda apartarse de las calificaciones propuestas por la acusación sin vulnerar el principio acusatorio y el derecho a la tutela judicial efectiva del condenado.**

Ponente: Excmo. Sr. D. Eduardo de Porres Ortiz de Urbina

ECLI: ES:TS:2024:6071

En la Sentencia se analiza el deber de congruencia entre la sentencia y la previa acusación, *“ de forma que la sentencia en sus hechos probados no puede desbordar ni lo hechos objeto de acusación ni las pretensiones formuladas, también lo es que no es exigible un absoluto mimetismo, de forma que no habrá lesión del principio acusatorio cuando se condene por un delito distinto, siempre que sea homogéneo, es decir, cuando se condene por un delito que constituya una modalidad distinta pero cercana dentro de la tipicidad penal, de tal suerte que todos los elementos del tipo aplicado estén contenidos en el delito objeto de acusación se introduzca ningún elemento nuevo del que el acusado no haya podido defenderse ( ATC 244/1995).”*

Concretando que las **dos condiciones** que deben cumplirse para que el órgano judicial pueda apartarse de las calificaciones propuestas por la acusación sin vulnerar el principio acusatorio son: *“...la identidad del hecho punible, de forma que el mismo hecho señalado por la acusación, que se debatió en el juicio contradictorio y que se declaró probado en la sentenciade instancia, constituya el supuesto fáctico de la nueva calificación. La segunda condición es que ambos delitos, el declarado en la sentencia recurrida y el considerado como el más correcto por el Tribunal ante el que se ha recurrido aquella decisión sean homogéneos, es decir, tengan la misma naturaleza porque el hecho que configure los tipos correspondientes sea sustancialmente el mismo ( STC 12/1981, FJ 5)” ( STC 95/1995,FJ 3 a)”*.

No obstante, recuerda la sentencia que tanto el Tribunal Constitucional como esa Sala Segunda del Tribunal Supremo *“no utiliza para la determinación de la homogeneidad delictiva criterios formales, ni sistemáticos ni sujetos al ámbito de la dogmática técnico-penal, sino que **esencialmente utiliza el criterio de la proscripción de la indefensión**, de suerte que el verdaderamente importante y decisivo es que el hecho que configure los tipos penales sea sustancialmente el mismo y que el acusado haya tenido ocasión de defenderse de todos los elementos fácticos y normativos que integran el delito objeto de condena.”*

**STS Sala de lo Penal 1131/2024, de 11 de diciembre de 2024. La sustitución de la pena de prisión por expulsión del territorio nacional se puede acordar en la sentencia de instancia aunque el juicio haya sido celebrado en ausencia.**

Ponente: Excmo. Sr. D. Eduardo de Porres Ortiz de Urbina



ECLI: ES:TS:2024:6211

En la sentencia se estima el Recurso de Casación interpuesto por el Ministerio Fiscal contra una sentencia de la AP de Barcelona que estimó parcialmente el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia de instancia, **dejando sin efecto la sustitución de la pena de prisión por expulsión y deferiendo ese pronunciamiento a la fase de ejecución**. La Audiencia Provincial estimó el recurso de apelación presentado al entender que, **como la condena fue tras un juicio en ausencia y sin la presencia del acusado**, se estimaba más conforme a las exigencias del artículo 89 del Código Penal deferir la cuestión a la fase de ejecución, dejando sin efecto la expulsión acordada en la sentencia de instancia

Debemos recordar que el citado artículo 89.3 del CP dispone en relación con la sustitución de la pena de prisión por expulsión del territorio nacional que *"el juez o tribunal resolverá en sentencia sobre la sustitución de la ejecución de la pena siempre que ello resulte posible. En los demás casos, una vez declarada la firmeza de la sentencia, se pronunciará con la mayor urgencia, previa audiencia al Fiscal y a las demás partes, sobre la concesión o no de la sustitución de la ejecución de la pena"*.

Pues bien, esa necesidad de audiencia previa y su vinculación con el derecho de defensa, es lo que motivó la estimación de la apelación que se recurre.

Al respecto recuerda la Excm. Sala que *"la necesidad de audiencia al penado en todo caso ha sido puesta de relieve por el Tribunal Constitucional, entre otras, en la STC 113/2018, de 29 de octubre"*. No obstante, y citando la STS del Pleno 617/2022, de 22 de junio, que se dictó en un caso muy similar donde el juicio se celebró en ausencia del acusado, declaraba que ***"es perfectamente posible decidir sobre la sustitución de la ejecución de la pena sin la presencia del acusado porque la exigencia de audiencia en condiciones de efectividad no equivale a una audiencia efectiva sino a la posibilidad de ser oído."***

De hecho, la Excm. Sala recuerda como en la posterior sentencia 645/2022, de 27 de junio, *"resumimos nuestra posición señalando que "una cosa es derecho a ser oído y otro tener que ser oído cuando no se quiere hablar"*.

Así aclara que *"una cosa es que la decisión de sustitución deba ser motivada y proporcionada, comparezca o no el acusado, y otra muy distinta que para adoptarla se deba necesariamente habilitar un espacio procesal para que el acusado sea oído necesariamente ya que puede ocurrir, como es el caso, que se le dé la oportunidad de ser oído y no comparezca, situación que tanto puede producirse en el juicio como en un posterior incidente de ejecución."*

En relación con esta doctrina de la Excm. Sala llamo la atención **sobre la existencia de otra reciente sentencia, la 1148/2024 de 16 de diciembre de 2024**

(ECLI:ES:TS:2024:6215), en el que se analiza la necesidad o no de una nueva audiencia para la adopción de la medida cautelar, **que cuenta con un interesante Voto Particular del Excmo. Sr. D. Javier Hernández García** (al que se adhiere el Excmo. Sr. D. Antonio del Moral García) en el que discrepa de la mayoría de la Sala con base en la propia naturaleza de la expulsión como pena y su incidencia directa en una pluralidad de intereses constitucionales como el de protección social, económica y jurídica de la familia o su potencial colisión con los Derechos a la vida privada y a no sufrir tratos inhumanos y degradantes, citando al respecto doctrina del TEDH.

**STS Sala de lo Penal 1141/2024, de 12 de diciembre de 2024. El testigo de referencia como prueba de cargo apta para enervar la presunción de inocencia.**

Ponente: Excma. Sra. Dña. Ana María Ferrer García

ECLI: ES:TS:2024:6081

La sentencia hace un profuso análisis del testigo de referencia como prueba de cargo apta para enervar la presunción de inocencia.

Al respecto, con cita en la STC 161/2016, recuerda que si *“bien es una prueba poco recomendable y debe asumirse con recelo”*, puede ser uno de los elementos de prueba en los que fundar una decisión condenatoria, aunque condicionada por la plenitud del derecho de defensa, de modo que, en la medida en que el recurso al testigo de referencia impidiese el examen contradictorio del testigo directo, resultaría constitucionalmente inadmisibles, pues en muchos casos supone eludir el oportuno debate sobre la realidad misma de los hechos, además de conllevar una limitación obvia de las garantías de inmediación y contradicción en la práctica de la prueba ( STC 117/2007 de 21 de mayo, FJ 3).

Por ello, y de conformidad con la jurisprudencia del TEDH (SSTEDH de 19 de diciembre de 1990, caso Delta, § 36; de 19 de febrero de 1991, caso Isgrò, § 34; y de 26 de abril de 1991, caso Asch, § 27), se ha admitido el testimonio de referencia en los casos de imposibilidad real y efectiva de obtener la declaración del testigo directo y principal, lo que se ha apreciado en aquellos supuestos en los que el testigo directo se encuentra en ignorado paradero, por lo que es imposible su citación, o en los que la citación del testigo resulta extraordinariamente dificultosa ( STC143/2003, FJ 6; citando a las SSTC 79/1994 de 14 de marzo, FJ 4; 68/2002 de 21 de marzo, FJ 10; 155/2002 de 22 de julio, FJ 17; y 219/2002 de 25 de noviembre, FJ 4).

Recuerda la sentencia que *“el mismo criterio ha mantenido esta Sala de casación”* que **ha reconocido el valor del testimonio de referencia como prueba complementaria para reforzar lo acreditado por otros elementos probatorios**, o bien el de una prueba subsidiaria, para ser considerada solamente cuando es imposible acudir al testigo directo, porque se desconozca su identidad, haya fallecido

o por cualquier otra circunstancia que haga imposible su declaración testifical (entre otras SSTs 371/2014, de 7 de mayo; 144/2014, de 12 de febrero; 757/2015, de 30 de noviembre; 196/2017, de 24 de marzo; 307/2018, de 20 de junio; o 315/2020, de 15 de junio y las que en ellas se citan). **Habiéndose admitido también la testifical de referencia como vehículo para la introducción en el proceso de manifestaciones espontáneas prestadas fuera de él.**

En el caso analizado, considera la Excm. Sala que la testifical de referencia *“integra[n] el vehículo que refrenda o complementa”* unas declaraciones judiciales, que por las condiciones psicofísicas de su autora, ven cercenada su amplitud narrativa.

Siendo así, *“la idoneidad como prueba de cargo, valorada en conjunto con el resto de la actividad probatoria desarrollada, resulta incontrovertible.”*

Debe tenerse en cuenta que, en dicho recurso, se analiza la condena por un delito de abuso sexual a un menor, pero la sentencia acaba concluyendo que *“por relevante que sea el bien jurídico que pretenda tutelarse, y la indemnidad sexual de los menores lo es, no puede justificar que se cercenen las garantías del proceso. La vulnerabilidad de las víctimas en estos casos puede justificar algunas limitaciones de la publicidad en sus intervenciones o el que en su interés se excepcione el principio general de que la prueba de cargo haya de practicarse en el acto del juicio oral, facultando la incorporación al plenario de prueba preconstituida obtenida con respeto al principio de contradicción. Pero lo que no justifica es el desplazamiento caprichoso del principio de contradicción ni del derecho de defensa por el simple hecho de que la víctima sea un menor de edad. La presencia de un niño en el proceso penal no permite un debilitamiento de las garantías que informan la valoración probatoria”*. Debilitamiento que en este caso queda descartado.

**STS Sala de lo Penal 1151/2024, de 18 de diciembre de 2024. La inexcusable determinación de los pasajes concretos que se cuestionan y su relación con lo que personalmente ha declarado un acusado, testigo o perito para poder apreciar que un defecto en la grabación del Juicio Oral vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva.**

Ponente: Excmo. Sr. D. Vicente Magro Servet

ECLI: ES:TS:2024:6207

La Excm. Sala analiza la posible vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24 de la CE cuando existe un defecto en la grabación de la vista del Juicio Oral.

En el recurso de casación planteado se denunciada por el recurrente que *“la deficiente calidad de la grabación de la vista oral le ha impedido la formulación de un recurso de apelación que garantizase los derechos de su defendido y en consecuencia se ha*

*vulnerado el derecho a un proceso con todas las garantías y a la presunción de inocencia. Considera que las deficiencias en la grabación recayeron sobre momentos decisivos como son las cuestiones previas, la declaración del investigado o las preguntas realizadas a Candelaria, por mencionar alguno de los pasajes que no se pueden escuchar y que han servido para enervar el derecho a la presunción de inocencia.”*

La sentencia inicia recordando que *“resulta evidente que los juicios deben ser grabados bajo sanción de nulidad del juicio, de la sentencia y que se vuelva a repetir si no se ha efectuado la grabación, lo que se extiende a la circunstancia de que aunque se grabe la audición sea luego “imposible”.*”

Recuerda la sentencia la reciente STS 522/2024 de 3 de junio donde se trata el tema de la grabación de los Juicios, concluyendo que *“Esta Sala ha destacado la importancia de la grabación, no para la validez de las pruebas, sino a efectos de los posteriores recursos que puedan interponerse en cuanto reflejan el contenido de la actividad probatoria desarrollada en el juicio, de forma que se ha llegado a declarar en algún caso la nulidad de las actuaciones cuando no se ha grabado el juicio, cuando la grabación ha desaparecido o cuando la grabación es tan defectuosa que deviene imposible su reproducción.(...) No ofrece duda que la ausencia de grabación o una grabación defectuosa que impida acceder al contenido de lo grabado dificultan la interposición de recursos y pueden lesionar el derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 24 CE ) y por esa razón esta Sala aprobó el 24/05/2017 un acuerdo, desarrollado posteriormente en algunas sentencias como la que acabamos de citar, en el que se dispuso lo siguiente: **“Cuando la documentación relativa al juicio oral sea imprescindible para la resolución del recurso, su ausencia en relación con los aspectos controvertidos, que genere indefensión material, determinará la nulidad del juicio oral o, en su caso, la absolución.( ...)** Sin embargo, conviene añadir que el principio que ha de regir en esta materia es el de la conservación del proceso, siendo la nulidad de actuaciones un remedio excepcional que solo debe ponerse en marcha cuando se haya producido una efectiva indefensión material que debe estar debidamente justificada y haber sido denunciada tempestivamente”.*

La Excm. Sala recuerda además la importante STS de la Sala Primera 241/2014 de 8 de mayo de 2014 sobre las consecuencias de los defectos de las grabaciones, recalcando como el recurrente **debe precisar adecuadamente cómo la insuficiente plasmación de las aclaraciones de testigos y peritos en el soporte de la grabación le ha causado indefensión.** Puesto que se exige que se produzca una *“indefensión material más que formal”* donde se especifique en su medida el alcance de la afcción.

En los casos de defectos de grabación, entiende la Sala que *“debe valorarse si es revelador de una verdadera indefensión material teniendo presente que: i) las*

*deficiencias en la grabación del juicio oral no alteran los márgenes del recurso de casación marcados por la necesidad de respetar la valoración de la prueba efectuada en la instancia, con las garantías que proporciona el principio de inmediación; ii) la deficiente grabación del juicio, no conlleva, en todo caso, indefensión, cuando el Tribunal de casación está en condiciones de evaluar, sin limitación, la corrección del juicio probatorio, en el caso concreto y en atención a las alegaciones del recurso; y iii) sería posible plantearse una indefensión si el recurrente precisa el contenido concreto de las pruebas, datos o elementos no documentados de manera alguna que son incompatibles con lo expresado por los Magistrados en su sentencia y siempre que para resolver el recurso sobre este aspecto sea imprescindible conocer lo acaecido en el juicio no documentado.”*

El motivo planteado decae porque el “*recurrente se limita a afirmar que las deficiencias en la grabación recayeron sobre momentos decisivos como son las cuestiones previas, la declaración del investigado o las preguntas realizadas a Candelaria, ....”*.

Sin embargo, destaca la Sala que “*es preciso concretar con mucho más detalle el alcance de la imposibilidad, que no la dificultad de audición, y, además, referir en lo que respecta a la sentencia los pasajes a cuestionar con lo que personalmente un acusado, testigo o perito señaló en el plenario y se quiere hacer valer en el recurso, ya que en el caso contrario estaríamos dándole más virtualidad a la indefensión formal que a la material, y lo importante en estos casos es el basamento material de la existencia de una “imposibilidad manifiesta” de audición y en qué medida ello ha afectado a los apartados de la sentencia y sus argumentos que se desean impugnar en base al déficit de valoración llevado a cabo y/o su incorrección.”*

## **STS Sala de lo Penal 1154/2024, de 18 de diciembre de 2024. Sobre el deber de motivación de resoluciones judiciales**

Ponente: Excmo. Sr. D. Vicente Magro Servet

ECLI: ES:TS:2024:6256

En esta Sentencia se hace un profuso repaso jurisprudencial sobre la exigencia de motivación de las resoluciones judiciales, vinculado con el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE). Destacando que:

- exigencia [la de motivar] será, obviamente, distinta si la sentencia es condenatoria o absolutoria. En este supuesto, la motivación debe satisfacer la exigencia derivada de la interdicción de la arbitrariedad (art. 9.3 de la Constitución), en tanto que el órgano jurisdiccional debe señalar que en el ejercicio de su función no ha actuado de manera injustificada, sorprendente y absurda, en definitiva, arbitraria. En la sentencia condenatoria la motivación, además de este contenido, debe expresar las razones por las que entiende que

el derecho fundamental a la presunción de inocencia ha sido enervado por una actividad probatoria tenida por prueba de cargo. En otras palabras, la motivación de la sentencia absolutoria se satisface en cuanto expresa una duda sobre los hechos de la acusación, porque la consecuencia de esa duda es la no enervación del derecho a la presunción de inocencia(...).

- Se trata de un derecho a saber por qué el órgano judicial estima o desestima una pretensión, sin que la extensión de la motivación sea un derecho del recurrente, o la mayor explicación al aserto que explicita el Tribunal ante el tema suscitado ante el mismo.
- No cabe confundir este derecho subjetivo a la motivación con que ésta sea en la extensión, o en la forma que pretende el recurrente, ya que éste no tiene un derecho a que el juez motive en la medida que él reclama, sino que la motivación es la explicación fundada en derecho, pero no tiene que ser en el derecho que reclama quien impugna
- La motivación también está relacionada con la publicidad de la respuesta judicial, en el sentido de que la notificación de la respuesta que se da en estos casos a una reclamación debe venir acompañada con una explicación racional, que, hasta podría ser sucinta, pero explicativa en grado de "suficiencia" dando respuesta a lo que la parte reclama o cuestiona.
- La motivación también viene a constituirse como el por qué de lo resuelto. Las razones expuestas en la resolución judicial, pero dadas con arreglo a derecho, no tienen que alcanzar la forma externa que pretende recurrente, por lo que la comprensión del que reclama no puede ampararse en un alegato de falta de motivación, sino que es el juez el que bajo los razonamientos jurídicos oportunos y aplicables al caso da respuesta a la pretensión, pero no con la forma que desea el recurrente, sino bajo el límite de que se adecúe a la razón del derecho, que es el norte de quien da respuesta jurídica a un problema de hecho planteado.

Así, una de las razones por las que se puede cuestionar el déficit de tutela judicial efectiva en un recurso apelación o casación es por la ausencia o déficit de la debida motivación que tiene que reunir la sentencia con respecto a la prueba que se ha practicado, y que el Tribunal considera apta para enervar, en su caso, la presunción de inocencia. Pero ello debe conllevar la correcta redacción en la sentencia del reflejo de la motivación del juez, o Tribunal, acerca que cuáles son las razones por las que llega a la conclusión expuesta en la resolución judicial con basamento en las pruebas que se han practicado. Y es el déficit de motivación, o su insuficiencia, lo que determina que sea posible la viabilidad de un motivo amparado en este déficit para,

bien pedir la nulidad de la sentencia, o la absolución por el defecto de motivación en relación con la prueba que se ha practicado.

**STS Sala de lo Penal 1149/2024, de 18 de diciembre de 2024. Sólo ostentan legitimación para recurrir en casación los encausados absueltos que han sufrido un gravamen real no meramente hipotético, potencial, abstracto o conjetural.**

Ponente: Excm. Sra. Dña. Carmen Lamela Díaz

ECLI: ES:TS:2024:6214

En la sentencia se efectúa un profuso análisis de la legitimación para recurrir en casación, en su vertiente del derecho a acceso a los recursos y a la tutela judicial efectiva, de los encausados que han resultado absueltos.

De inicio, y citando la STS 3847/2009, recuerda la Excm. Sala que *“en principio, es indudable que el acusado absuelto carece de legitimación para interponer recurso de casación contra la sentencia que le absuelve...por cuanto lógicamente carece de interés legítimo para ello.”* No obstante *“es preciso reconocer que si la sentencia absolutoria fuese recurrida por alguna de las partes acusadoras y el acusado absuelto estima fundadamente que la sentencia recurrida -es decir, la absolutoria- carece de una fundamentación consistente, por haber desechado alguna tesis exculpatoria de la defensa, que se considera más fundada, o no se hubiera pronunciado sobre alguna cuestión obstativa al enjuiciamiento cuestionado (prescripción, denegación de pruebas, incongruencia omisiva, etc), es indudable que, en tales supuestos, no podría cerrarse la puerta a un posible recurso de casación del acusado absuelto, pues se vulneraría su derecho a la tutela judicial efectiva ( art. 24.1 CE), al no poder afirmarse de forma incontestable que dicho acusado carecería, en tal caso, de un interés legítimo para impugnar la sentencia de instancia, por cuanto podría causársele una verdadera indefensión constitucionalmente proscrita ( art. 24.1 CE)”*.

Por lo tanto, para que dicha legitimación pueda reconocerse será preciso que en *“el supuesto examinado concurren circunstancias de entidad suficiente como para no poder descartar, a priori, la existencia de un gravamen real, cierto y actual para el recurrente, en su esfera personal o patrimonial, que derive directa y objetivamente de la fundamentación jurídica de esa sentencia estimatoria. En el bien entendido de que el referido gravamen tendrá que derivar directamente de declaraciones de la sentencia que tengan por ciertos y acreditados determinados datos o apreciaciones, no siendo suficiente a tal efecto pretender afirmar la concurrencia del gravamen con base exclusiva en meras argumentaciones discursivas o hipotéticas que la sentencia pudiera contener.”*

Así, se precisa la concurrencia de **dos presupuestos**: “i) existencia de un gravamen; y ii) defensa de intereses propios.

Además, destaca la Excm. Sala que “*El gravamen que justificaría la aplicación de la excepción de permitir recurrir al absuelto es algo conceptualmente distinto del mero interés por la legalidad que pudiera tener el recurrente, o de la simple discrepancia que pudiera mantener éste con las declaraciones incorporadas a la fundamentación de la sentencia; y, asimismo, que tampoco podría entenderse justificada la aplicación de la excepción cuando el gravamen alegado por el recurrente fuera, en realidad, meramente hipotético, potencial, abstracto o conjetural.*”

### **STS Sala de lo Penal 1161/2024, de 19 de diciembre de 2024. La individualización de la pena en el delito intentado y la importancia de la correcta motivación.**

Ponente: Excm. Sra. Dña. Carmen Lamela Díaz

ECLI: ES:TS:2024:6204

Lo más relevante de la sentencia es el profuso recordatorio que realiza sobre la determinación de la pena del delito intentado y la necesidad de su adecuada motivación.

Así recuerda que “*la jurisprudencia de esta Sala vienen considerando que el fundamento esencial en la determinación de la pena del delito intentado ( art. 62 CP) radica en el peligro generado por la conducta, pues ordinariamente cuántos más actos ejecutivos se hayan realizado, más cerca se ha estado de la consumación del delito y, en consecuencia, el peligro de lesión es mayor y la lesividad de la conducta también. Por tanto, debe quedar claro que en el nuevo sistema de punición de la tentativa lo determinante no es reproducir a través de los nuevos conceptos de la tentativa acabada o inacabada los viejos parámetros de la frustración y la tentativa, sino atender al criterio relevante y determinante del peligro para el bien jurídico que conlleva el intento. **Por ello no siempre que la tentativa sea inacabada debe imponerse la pena inferior en dos grados, pues puede perfectamente suceder que la tentativa sea inacabada pero el grado de ejecución sea avanzado y el peligro ocasionado sea especialmente relevante**, en cuyo caso lo razonable es reducir la pena en un solo grado ( SSTSnúm. 948/2021, de 1 de diciembre; 469/2020, de 24 de septiembre; 423/2020, de 23 de julio; 255/2020, de 28 de mayo; y 480/2018, de 18 de octubre).*”

En relación con la individualización de la pena el art. 66 CP establece determinadas reglas en atención al número y naturaleza de las circunstancias concurrentes. En concreto, a los efectos que ahora nos interesan, la regla 6ª del apartado primero del citado precepto, señala que cuando no concurren atenuantes ni agravantes se aplicará la pena establecida por la ley para el delito cometido, en la extensión que se



estime adecuada, atendiendo a las circunstancias personales del delincuente y a la mayor o menor gravedad del hecho.

Recuerda la Excm. Sala que *“las primeras se refieren a los motivos o razones que han llevado a delinquir al acusado, así como aquellos rasgos de su personalidad delictiva que configuran igualmente esos elementos diferenciales para efectuar la individualización penológica. La mayor o menor gravedad del hecho dependerá de la intensidad del dolo, así como de las circunstancias concurrentes en el hecho que sin llegar a cumplir con los requisitos necesarios para su apreciación como circunstancias atenuantes o agravantes, ya genéricas, ya específicas, modifiquen el desvalor de la acción o el desvalor del resultado de la conducta típica.”* Añadiendo que *“igualmente habrá que atender a la mayor o menor culpabilidad del sujeto, deducida del grado de comprensión de la ilicitud de su comportamiento y de la mayor o menor exigibilidad de otra conducta distinta. Deberá tomarse también en consideración la mayor o menor gravedad del mal causado y la conducta del reo posterior a la realización del delito, en orden a su colaboración procesal y actitud hacia la víctima y hacia la reparación del daño, que no afectan a la culpabilidad, por ser posteriores al hecho, sino a la punibilidad ( SSTS núm. 5/2019, de 15 de enero y 17/2017, de 20 de enero).”*

**STS Sala de lo Penal 1167/2024, de 19 de diciembre de 2024. Una primera manifestación mendaz no excluye la aplicación de la atenuante de confesión si en las consecutivas se cumplen los otros presupuestos materiales y finalidades pretendidas en la norma.**

Ponente: Excmo. Sr. D. Javier Hernández García

ECLI: ES:TS:2024:6216

En esta sentencia se estima el Recurso de Casación interpuesto por vulneración del derecho del derecho a la presunción de inocencia y del principio de interdicción de la arbitrariedad, por no haberse apreciado la atenuante de confesión a quien, tras unas primeras manifestaciones mendaces, reconoce posteriormente ser autor del crimen, indicando donde se encontraba el instrumento homicida, permitiendo así su inmediata localización.

La Excm. Sala recuerda que la regulación de la atenuante de confesión en el Código Penal *“rompe con las fórmulas moralizantes anteriores en las que se exigía una actitud interna de arrepentimiento que debía manifestarse, además, espontáneamente -vid. artículo 9.9 CP, texto de 1973-. En la actualidad, el fundamento político-criminal de la atenuación radica en la identificación de un resultado de facilitación significativa de la investigación que permita dirigirla con prontitud y eficacia hacia la persona responsable, favoreciendo, en consecuencia, el ejercicio del ius puniendi del Estado. Quien confiesa reconoce la vigencia de la norma y muestra su aquietamiento al*

*castigo legítimo que pueda derivarse -vid. STS 750/2017, de 22 de noviembre; 260/2020, de 28 de mayo-.*”

Para la aplicación de la misma se deben evaluar, dice la Excm. Sala, “*todas las secuencias que integran la comparecencia del recurrente ante la policía minutos después de cometido el crimen...*” entendiendo que de ellas sobresale “*el elemento confesión*”. Si bien es cierto que el recurrente arrancara ofreciendo una versión falsa o adaptativa para eludir su responsabilidad, esto no neutraliza la presencia de todos los presupuestos de atenuación puesto que “*la inveracidad de arranque, se torna en escasos minutos, por su propia decisión, en franca confesión de su responsabilidad, favoreciendo significativamente el desarrollo de la instrucción y la eficacia de la acción penal.*”

Esto se debe a que “*el tipo del artículo 21.4 CP no exige, como una suerte de elemento negativo para su aplicación, que la primera información que el responsable facilite a las autoridades sea veraz. Lo que reclama, como presupuesto constitutivo, es que confiese la infracción a las autoridades antes de conocer que el procedimiento judicial -en el sentido amplio precisado por esta Sala- se ha dirigido ya contra él.*” Concluyendo que “*no se puede excluir la atenuante porque el responsable fue en sus primeras manifestaciones mendaz si en las posteriores fue veraz y se cumplen los otros presupuestos materiales y finalidades pretendidas con la norma. Lo que en el caso acontece con meridiana claridad.*”

### **ARTÍCULOS DE INTERÉS**

Quintero Olivares, G. ***La incriminación de la tentativa y los delitos de peligro*** (Almacén de Derecho)

Quintero Olivares, G. ***La acción popular y la crisis de la Fiscalía*** (El Mundo. Tribuna 21/01/2025)

### **PODCAST**

Rubio Martínez, A. J., “***Los delitos de odio***” con D. Carlos Ocaña García (Ultima ratio)

