

**Morales**

Abogados penalistas

# NEWSLETTER PENAL

**13**



Pablo  
Morales



Ángel  
Pinel



Ivo  
Call



Marta  
España

## **Novedades de jurisprudencia\***

### **SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO 431/2023, de 1 de junio**

**Ponente: Excmo. Sr. D. Andrés Martínez Arrieta**

**Asunto: El ocultamiento de medidas tecnológicas de investigación a los acusados conculca el derecho a un proceso debido**

El Tribunal Supremo analiza en casación una investigación policial en la que los agentes, esgrimiendo razones de urgencia, colocaron balizas de seguimiento en uno de los vehículos de los acusados e hicieron uso de otros medios de investigación limitativos de los derechos fundamentales.

Este hecho no fue conocido por las defensas hasta la fase de juicio oral, a raíz de la declaración de los mencionados agentes, ya que no habían sido incorporadas documentalmente en el atestado resultante.

La Sala Segunda inicia su razonamiento desde el análisis del derecho a un proceso debido, en concreto, desde la reforma operada en nuestra Ley de Enjuiciamiento Criminal por la Ley Orgánica 5/2015, de 27 de abril, como resultado de la trasposición de la Directiva 2012/13/UE. En la disposición comunitaria se señalaba que:

*«los Estados miembros garantizarán que la persona acu-*

\*El contenido de la presente Newsletter es meramente divulgativo y no constituye asesoramiento legal de ningún tipo, ni de Morales Abogados penalistas ni de los abogados de la Firma.

## Newsletter Penal

*sada o sospechosa, o su abogado, tenga acceso al menos a la totalidad de las pruebas materiales en posesión de las autoridades competentes, a favor o en contra de dicha persona, para salvaguardar la equidad del proceso y preparar la defensa».*

En consecuencia, la no incorporación de todos los medios de investigación empleados a la causa daña gravemente la equidad exigible en el proceso puesto que no permite que el acusado pueda cuestionarlos o confrontarlos.

Una vez asentada esta idea, el Alto Tribunal examina la solución aportada en apelación. En ella, el Tribunal Superior de Justicia competente reprochaba la falta de proactividad de las defensas al no proponer la prueba cuestionada para que su licitud pudiera ser verificada durante la apelación. La Sala Casacional discrepa del reproche. En este sentido, refiere que:

*“La observancia del proceso debido incumbe a los órganos jurisdiccionales, desde luego, y a las partes del proceso, particularmente al instituto público de la acusación, observante del principio de legalidad”.*

Finalmente, la Sala Segunda repara en si la ilicitud aquí reconocida afectó al derecho a la acusación – y por lo tanto debería retrotraerse

las actuaciones al momento previo al quebrantamiento de forma –, o al derecho de los investigados – motivando la absolución de éstos como resultado de la lesión grave causada –.

Concluye que la lesión se produce contra los finalmente acusados, porque: *“La gravedad de la lesión por no documentar los actos de investigación afecta al núcleo esencial del derecho de defensa, al imposibilitar su correcto ejercicio porque le impide cuestionar su regularidad”.*

### **SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL de 19 de junio de 2023\***

**Ponente: Excmo. Sr. D. César Tolosa Tribiño**

**Asunto: La incorporación de la multa en la fianza fijada en el Auto de apertura de juicio oral constituye una pena anticipada**

El Garante Constitucional analiza la constitucionalidad de la incorporación de la cuantía de una posible pena de multa pecuniaria en el afianzamiento que se fija en el Auto de apertura de juicio oral.

Parte en su análisis sobre esta materia exponiendo la compatibili-

\*La Sentencia aún está pendiente de ser publicada.

## Newsletter Penal

dad entre las medidas cautelares y la presunción de inocencia. Señala la necesidad de razonabilidad que sustente la medida cautelar, pues de lo contrario: *“una medida desproporcionada o irrazonable no sería propiamente cautelar, sino que tendría un carácter punitivo en cuanto al exceso”*; como, por lo demás, venía refiriendo el Tribunal Constitucional desde su Sentencia 108/1984, de 26 de noviembre.

El Juzgado de Instrucción que adoptó la cautelar fundamentó su decisión de incluir en ella la multa apelando a lo dispuesto en el artículo 126 CP – donde se recoge el orden de prelación para la satisfacción de las responsabilidades pecuniarias y donde se incluye la multa –.

No obstante, el Tribunal Constitucional discrepa de este argumento y considera que la inclusión de la multa, junto con el resto de las partidas previstas en la responsabilidad pecuniaria, constituye una pena anticipada y no cumple con una finalidad cautelar.

En primer lugar, el resto de partidas que se contienen en el artículo 126 CP – i. reparación del daño, ii. indemnización al Estado, iii. posibles costas del acusador particular, y iv. demás costas procesales posibles – tienen una finalidad re-

sarcitoria o indemnizatoria, propias de la responsabilidad civil *ex delicto*. En contraposición, la multa pecuniaria tiene naturaleza de pena, constituye una sanción que se le impone al condenado. En este sentido, respecto de la responsabilidad penal que dé pie a la pena mencionada, la sentencia señala que:

*“... si bien, conviene destacar, que en el momento de acordar la fianza aún no se ha resuelto dicho juicio de culpabilidad”*.

Esta diferencia de finalidad lleva al Tribunal Constitucional a otra conclusión. Mientras que el resto de las partidas que componen la responsabilidad pecuniaria, contenidas como medidas cautelares, cumplen una finalidad aseguradora de la responsabilidad civil, la multa, en cuanto que es una pena, tiene una finalidad retributiva, rehabilitadora y preventiva, que no requiere de afianzamiento alguno que proteja la efectividad de la posible sentencia condenatoria final.

Por último, el Tribunal Constitucional resalta otra diferencia más entre la multa y el resto de las partidas. La multa no es susceptible de ser garantizada por una medida cautelar en cuanto que es incompatible con una de las características que la fundamentan. No existe un *peri-*

## Newsletter Penal

*culum in mora* que pueda hacer peligrar la efectividad de la multa – que si puede existir en la responsabilidad civil *ex delicto* – porque, de ser así, la multa podrá ser sustituida por otras formas de ejecución que se contemplan en nuestro Código Penal.

Por todo lo expuesto, el Tribunal Constitucional concluye en que la inclusión de la multa en la fianza fijada por el Auto de apertura de juicio oral:

*“..., cuyo pago obliga a adelantar al acusado causando una restricción temporal de poder de disposición de ese último sobre sus bienes, anticipa una pena que no ha sido declarada en sentencia y vulnera, de este modo, la presunción de inocencia del recurrente”.*

### **SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL 59/2023, de 23 de mayo de 2023**

**Ponente: Excmo. Sr. D. Enrique Arnaldo Alcubilla**

**Asunto: La pérdida de imparcialidad judicial por las intervenciones en la dirección del plenario**

El Tribunal Constitucional se pronuncia sobre la imparcialidad judicial durante las sesiones del juicio oral y si ésta puede quedar comprometida por la actuación de dirección que realiza el juzgador.

Parte el análisis de la consolidada doctrina constitucional, con reflejo en la doctrina derivada del TEDH—por todas la STEDH *Otegi Mondragón y otros c. España*—que erige la imparcialidad judicial como una garantía esencial del derecho a l debido proceso. En este sentido, señala:

*“El reconocimiento de este derecho exige, por estar en juego la confianza que los tribunales deben inspirar en una sociedad democrática [...], que se garantice al acusado que no concurre ninguna duda razonable sobre la existencia de prejuicios o prevenciones en el órgano judicial”.*

Esta imparcialidad, que se presume, se convierte en una exigencia

## Newsletter Penal

al juez de neutralidad respecto de todas las partes del proceso.

Esta lectura de la imparcialidad judicial es la que impide: *“una actividad inquisitiva encubierta al desequilibrar la inicial igualdad procesal de las partes en litigio, ...”*.

No obstante, la neutralidad exigible no se debe confundir con una suerte de pasividad, pues el juzgador está facultado a ejercer el impulso probatorio que le asista a verificar o contrastar la fiabilidad de las pruebas practicadas.

En definitiva, el Tribunal Constitucional concluye que, no cabrá apreciar una vulneración de la imparcialidad del juez cuando, de las preguntas que éste realice:

*“... versen sobre los hechos objeto de acusación y pueda entenderse razonablemente que han sido llevadas a cabo para alcanzar un grado preciso de convicción del juzgador para la adopción de su decisión, en buscar de la verdad material, sin ser manifestación de una actividad inquisitiva en la que sustituya a la acusación”*.

### Voto particular

El magistrado ponente ha emitido a su vez un voto particular por el que discrepa de la solución aportada por la mayoría del pleno.

Concuera en los argumentos esgrimidos en la sentencia mayoritaria, recopiladores de las doctrinas expuestas del propio Tribunal Constitucional y del TEDH.

Sin embargo, bajo criterio del magistrado discrepante, cree que se debería de haber estimado el amparo debido a los comentarios proferidos por la magistrada con posterioridad a sus preguntas de dirección durante la práctica de la prueba pericial de defensa.

Estas intervenciones calificativas de la declaración pericial supusieron, desde la perspectiva recogida en el voto particular:

*“... expresiones que revelan su convicción anticipada sobre la culpabilidad del acusado antes de finalizar el juicio”*.

Consecuentemente, demostraron la pérdida de imparcialidad de la magistrada, vulnerando así el derecho a un proceso con todas las garantías ex artículo 24.2 CE.

## Newsletter Penal

### **SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL 54/2023, de 22 de mayo de 2023**

**Ponente: Excmo. Sr. D. César Tolosa Tribiño**

**Asunto: El alcance constitucional del principio de irretroactividad de la norma penal desfavorable en materia de ejecución de sentencia**

El Tribunal Constitucional tiene ocasión de examinar cuál es el alcance del principio de legalidad penal que fija el artículo 25.1 CE. Este principio constitucional tiene su reflejo en el artículo 11.2 de la Declaración universal de derechos humanos, en el artículo 7 del CEDH y en el artículo 15.1 del Pacto internacional de derechos civiles y políticos.

No obstante, el legislador constitucional difirió de sus referentes internacionales al no incluir en la literalidad del precepto la prohibición de imponer pena más grave que la aplicable al momento de comisión—como señala el aforismo *nulla poena sine praevia lege*—. Aun así, la jurisprudencia constitucional la ha considerado inserta en este principio.

Recuerda en su análisis el Tribunal Constitucional que el principio de legalidad penal surge como una suerte de límite a la posible arbitra-

riedad del Estado en el ejercicio del *ius puniendi*. En este sentido, se articula como una garantía para el ciudadano de previsión de las consecuencias aparejadas a su comportamiento, que impida penas sorpresivas.

En este punto del examen, el Tribunal Constitucional se para a examinar la evolución de la jurisprudencia del TEDH en esta materia.

Así, la sentencia refiere que, el TEDH—por todas la STEDH *Grava c. Italia*—:

*“..., efectuaba una distinción entre cuestiones relativas a la ejecución y aplicación de la pena y las atinentes a la propia pena, de modo que las primeras, «en la medida en que no impliquen que la pena impuesta sea más grave que la prevista por la ley», no concernían al derecho a la legalidad penal consagrado en el art. 7.1 CEDH, ...”*

Sin embargo, y así fue alegado en la demanda de amparo por los recurrentes, el TEDH ha virado hacia una posición más extensiva del principio de legalidad penal. Tras varios pronunciamientos del órgano europeo donde se reflejaba la dificultad de diferenciación entre la pena y la ejecución de la pena, el TEDH consolida su giro en la STEDH *Del Río Prada c. España*. En la meritada senten-

## Newsletter Penal

cia se acaba integrando el concepto de pena dentro de lo que tradicionalmente se había definido como aplicación o ejecución de la pena.

Como recuerda el Tribunal Constitucional en este momento del análisis:

*“... la palabra ‘impuesta’ utilizada en la segunda frase del artículo 7.1 no puede interpretarse que excluya de su ámbito de aplicación a todas las medidas adoptadas después de pronunciarse la sentencia”.*

Por lo que las medidas mencionadas entrarían dentro del concepto «pena» y comprendidas bajo el paraguas que otorga la prohibición del artículo 7.1 CEDH.

En aplicación de lo anteriormente expuesto, el Tribunal Constitucional señala que, en fase de la ejecución de la pena impuesta a los ahora recurrentes, el régimen que establecía el derogado artículo 88.2 CP—vigente en el momento de comisión de los hechos—hubiera conllevado un periodo de cumplimiento más breve para los penados.

Por lo que la reforma introducida por la LO 1/2015 conllevó la aplicación retroactiva de un sistema de ejecución de la pena desfavorable para los condenados.

En conclusión, la doctrina del TEDH que iguala la pena a las medidas que derivan de su ejecución o aplicación conlleva la extensión de la prohibición de aplicación retroactiva de pena desfavorable.

La no aplicación de la suspensión que se contenía en el ya derogado artículo 88.2 CP comportaba, desde el sentido dado al principio de legalidad penal, una pena más grave que la prevista por la ley vigente durante la comisión de los hechos.

## Newsletter Penal

*“Un Estado de Derecho debe proteger al individuo no solo mediante el Derecho penal, sino también del Derecho penal”*

*Claus Roxin*



## Modificaciones legislativas

**REAL DECRETO-LEY 5/2023, DE 28 DE JUNIO, POR EL QUE SE ADOPTAN Y PRORROGAN DETERMINADAS MEDIDAS DE RESPUESTA A LAS CONSECUENCIAS ECONÓMICAS Y SOCIALES DE LA GUERRA DE UCRAINA, DE APOYO A LA RECONSTRUCCIÓN DE LA ISLA DE LA PALMA Y A OTRAS SITUACIONES DE VULNERABILIDAD; DE TRANSPOSICIÓN DE DIRECTIVAS DE LA UNIÓN EUROPEA EN MATERIA DE MODIFICACIONES ESTRUCTURALES DE SOCIEDADES MERCANTILES Y CONCILIACIÓN DE LA VIDA FAMILIAR Y LA VIDA PROFESIONAL DE LOS PROGENITORES Y LOS CUIDADORES; Y DE EJECUCIÓN Y CUMPLIMIENTO DEL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA.**

El Gobierno ha aprobado un Real Decreto-Ley que modifica la Ley de Enjuiciamiento Criminal, añadiendo nuevos motivos por los que se puede proceder a la suspensión del juicio oral.

En primer lugar, la modificación recaída sobre el artículo 746 del citado texto legal ha añadido los siguientes motivos:

- i. Por el fallecimiento, hospitalización o intervención quirúrgica grave de un familiar hasta el segundo grado por consanguinidad o afinidad.

## Newsletter Penal

- ii. Por el parto producido o iniciado de manera repentina, o sin tiempo suficiente para que pueda ser sustituida por otro profesional que pueda preparar el caso.

Ambos motivos serán aplicables cuando el afectado sea uno de los procesados o el abogado que le asista.

A su vez, el Real Decreto-ley modifica la vía del recurso de casación penal. En este sentido, añade como exigencias del escrito que lo sustenta la inclusión de un breve extracto que refiera el motivo o los motivos alegados, y la disposición de derecho sustantivo del CP que se considere vulnerado.

También, la reforma habilitará a las Audiencias Provinciales, así como a la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional a que tengan por no preparado el recurso de casación cuando se sustancien por motivos distintos de los recogidos en el artículo 849.1 LECrim, o carezca de referencia al precepto del CP que se considere vulnerado.

### **PROYECTO DE LEY ORGÁNICA DEL DERECHO DE DEFENSA**

Como consecuencia de la disolución de las Cámaras, la Mesa de la Diputación Permanente ha publicado en el Boletín Oficial de las Cortes Generales la relación de iniciativas que han caducado. Entre ellas, y con incidencia en nuestra práctica penal, destaca el Proyecto de Ley Orgánica del Derecho de Defensa, que ya había sido calificado en abril del presente año y que ahora deberá de reiniciar su trámite legislativo con posterioridad a las elecciones generales.



## Novedades Doctrinales

### Libros

CEBREIROS ALVAREZ, E. (2023) *Aproximación histórica a la teoría general del delito*. Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia.

MAGRO SERVET, V. (2023) *Guía práctica de delitos de violencia de género y contra la libertad sexual*. Ed. La Ley, España.

SANTOS URBANEJA, F. (2023) *Manual de discapacidad: Derecho penal y penitenciario*. Ed. Sepin, Madrid.

VV. AA. (2023) *Cuadernos de Política Criminal. Número 139*. Ed. Dykinson, Madrid.

## Novedades doctrinales

### Artículos

#### Revista de Derecho y Proceso Penal, Aranzadi\*

ASENCIO GALLEGO, J. M.<sup>a</sup> *La problemática de las conclusiones y de los informes orales en el proceso penal*. Núm. 70, Abril-Junio 2023, Análisis Doctrinal, págs. 13-31.

CAMPOS SÁENZ DE SANTA MARÍA, V.; CHEDAD AHMED, H. *Implicaciones, y posibles incógnitas, tras la entrada en vigor de la Ley de protección al informante*. Núm. 70, Abril-Junio 2023, Actualidad Legislativa, págs. 73-86.

PLANCHADELL GARGALLO, A. *No declaración del menor en juicio oral y prueba preconstituida*. Núm. 70, Abril-Junio 2023, Jurisprudencia, págs. 149-153.

REBOLLO VARGAS, R. *Vulneración del derecho a la legalidad sancionadora (non bis in idem): Sanción penal impuesta tras el pago de la sanción administrativa por viajar sin título de transporte*. Núm. 70, Abril-Junio 2023, Jurisprudencia, págs. 157-161.

\*Este contenido está accesible bajo suscripción de pago.

## Novedades doctrinales

### Artículos

#### Práctico Procesal Penal, vLex\*

BARRIENTOS PACHO, J. M.<sup>a</sup>., *Ejecución de la pena de prisión*. Junio 2023.

#### Diario La Ley, Wolters Kluwer\*

MAGRO SERVET, V. *El cumplimiento normativo en la Ley en materia de maltrato animal*. 27 de Junio de 2023.

DAUNIS RODRÍGUEZ, A. *Hacia otra forma de acreditar la toxicidad del cannabis a efectos jurídico-penales: el índice de psicoactividad*. N.º 10315, Sección Doctrina, 26 de Junio de 2023.

MERCHAN GONZALEZ, A. *La ¿definitiva? regulación de los delitos contra la libertad sexual*. N.º 10311, Sección Tribuna, 20 de Junio de 2023.

#### Almacén de Derecho

QUINTERO OLIVARES, G., *Inteligencia artificial, peligrosidad y derecho penal*. Penal, 20 de junio de 2023.

\*Este contenido está accesible bajo suscripción de pago.

## Novedades doctrinales

### Novedades doctrinales en medios de comunicación

#### A) Artículos

ESPEL SESE, J. *La investigación eficaz es un elemento clave en la gestión del canal de denuncias* (Cinco Días)

GOMEZ DE LIAÑO, J. *Injusta condena* (ABC)

#### B) Entrevistas de interés

BERBELL, C. *Alba Rosell, la última discípula de Vicente Gimeno Sendra: “El futuro pasa porque el principio de oportunidad sea más aplicado en España”* (Confilegal)

BERBELL, C. *Concepción Sabadell: «La Fiscalía Europea es el germen de un sistema procesal común»* (Confilegal)

#### C) Podcast

MORILLO VELARDE-GALAN, M.<sup>a</sup> F.; RUBIO MARTÍNEZ, A. J., *Ciberespacio y pena accesoria: prohibición de acceso a redes sociales* (Ultima Ratio)

## Novedades doctrinales

### Eventos relacionados con el Derecho Penal

#### **Conferencia: CIRCULAR DE LA FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO 2/2022: Aspectos prácticos y procesales del derecho de defensa**

La Comisión del Turno de Oficio y Asistencia a la Persona Detenida del ICAB ha organizado esta ponencia que versará sobre la reciente Circular de Fiscalía 2/2022 y su incidencia en el derecho de defensa.

La conferencia será presentada y moderada por la Sra. Carmen Valenzuela Hidalgo, Diputada de la Junta de Gobierno y responsable de la Comisión de Turno de Oficio y Asistencia a la Persona Detenida del ICAB; y contará con las ponencias de la Fiscal Jefe Provincial, la Ilma. Sra. D.<sup>a</sup> Neus Pujal; y el Sr. Miguel Capuz Soler, abogado penalista.

El evento tendrá lugar el 3 de julio a las 18:00 horas en el aula 63 del ICAB.

**Fermín  
Morales Prats**

**Oscar  
Morales**

**Enric  
Bertolín**

**Rosa María  
Calderón**

**Thea  
Morales**

**María  
Rodríguez**

**Teresa  
Galve**

**Pablo  
Morales**

**Marta  
España**

**Ángel  
Pinel**

**Ivo  
Call**

# Morales

Abogados penalistas

Emma Ollé  
Núria Bros

eo@moralespenal.com  
info@moralespenal.com

Tenor Viñas 4-6, 5<sup>o</sup>1<sup>a</sup>  
08021 Barcelona  
T 932 419 820

Serrano nº40, 4<sup>o</sup>izq  
28001 Madrid  
T 914 357 953

[moralespenal.com](http://moralespenal.com)