

EXCMO. SR. D. FRANCISCO MONTERDE FERRER
Magistrado de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo

**ACUERDOS PLENARIOS
NO JURISDICCIONALES Y
JURISDICCIONALES DE LA SALA DE LO
PENAL DEL TRIBUNAL SUPREMO.
SEGURIDAD JURÍDICA
E INDEPENDENCIA JUDICIAL**

Discurso de Ingreso en la Real Academia Valenciana de
Jurisprudencia y Legislación

* * *

Contestación del Excmo. Sr D. Javier Boix Reig,
Catedrático de Derecho Penal y Abogado



REAL ACADEMIA VALENCIANA
DE JURISPRUDENCIA Y LEGISLACIÓN

Publicaciones
de la Real Academia Valenciana de Jurisprudencia
y Legislación

Cuaderno núm. 89

© Francisco Monverde Ferrer

Hathi Estudio Creativo S.L.
C/ Aviación, 36. Manises - 46940. VALENCIA. 96 139 99 46

ACUERDOS PLENARIOS
NO JURISDICCIONALES Y
JURISDICCIONALES DE LA
SALA DE LO PENAL DEL
TRIBUNAL SUPREMO.
SEGURIDAD JURÍDICA E
INDEPENDENCIA JUDICIAL

Discurso de Ingreso en la Real Academia Valenciana de
Jurisprudencia y Legislación, pronunciado por
el Excmo. Sr. D. Francisco Monterde Ferrer,
el día 25 de enero de 2018

INDICE

I.-INTRODUCCION. SALUTACIÓN	
AGRADECIMIENTO.	7
II.-LEGALIDAD PENAL Y PREVISIBILIDAD DE LA	
INTERPRETACION.	9
III.-PLENOS NO JURISDICCIONALES.	
IMPORTANCIA Y PUBLICACIÓN.	10
IV.- EL TS Y LA UNIFICACIÓN DE DOCTRINA.	11
1. Características básicas.	11
2. Ámbito de la unificación.	11
3. Sistemas distintos.	15
4. Procedimiento penal	16
5. Conclusiones del sistema.	19
6. Posiciones doctrinales discrepantes.	24
7. Fiscalía.	30
8. Seguimiento.	31
9. Materias sobre la que versan los acuerdos de los	
Plenos no jurisdiccionales de la Sala II.	32
A) Clasificación.	32
B) Temas más frecuentes.	33
C) Materias no abordadas.	35
D) Causa a que obedecen.	36
E) Distribución temporal.	43
F) Razonamiento de los acuerdos.	47
G) Naturaleza jurídica y posibles conclusiones.	48
V.-PLENOS JURISDICCIONALES	51
1. Introducción.	51
2. Generalización de la segunda instancia.	51
3. La ampliación del recurso de casación.	52
4. Sistemas de recurso actual.	55

5. Incidencia de la reforma de 2015 en el ámbito del recurso de casación.	56
5.1. Características del recurso de casación tras la reforma.	56
5. 2. Posible limitación del recurso.	58
5. 3. Argumentos en contra de una limitación de los motivos del recurso.	59
5.4. Argumentos a favor de una limitación de los motivos del recurso.	61
5.5. Posición intermedia.	63
5.6. Pleno no jurisdiccional de 9-6-2016.	64
6. Sentencias recaídas tras la celebración de plenos jurisdiccionales.	66
6.1. Interpretación del concepto de delito leve.	66
6.2. Delito de hurto.	68
6.3. Delito de “stalking”.	69
6.4. Delito de resistencia.	70
6.5. Delitos contra la seguridad vial.	71
VI.-BIBLIOGRAFIA.	74

I.-INTRODUCCIÓN. SALUTACIÓN. AGRADECIMIENTO

Excmo. Sr Decano y Presidente de la Real Academia.

Ilustrísimos señores y señoras académicos.

Excelentísimas autoridades.

Señoras y señores.

Queridos amigos:

Mi primera obligación, que voy a cumplimentar con todo gusto, es agradecer sinceramente a esta docta Corporación la muy alta distinción que me ha concedido admitiéndome en su seno. Es un gran honor el que se me dispensa, y comporta el compromiso de sentirme todavía más vinculado a los juristas y al Derecho, tanto nacionales, como de esta Comunidad.

En segundo lugar, quiero decir que si mi reconocimiento se extiende a todos los miembros de la Real Academia, -con los que de una u otra manera he coincidido tan satisfactoriamente en mi vida profesional-, he de tener una mención especial hacia tres de ellos, de modo que, si protocolariamente cupiera el apadrinamiento, sin duda ellos serían los elegidos al efecto:

El Ilustrísimo señor D. Eladio Valcárcel Arnao, veterano y ejemplar Abogado, de quien sospecho como destacado promotor de mi candidatura.

El Ilustrísimo Sr. D. Juan Martín Queralt, compañero de la Licenciatura en la Promoción 1964-1969 de la Facultad de Derecho de Valencia, Catedrático de Derecho Financiero y Abogado, y apreciado amigo desde entonces.

Y el Excelentísimo Sr. D. José Díaz Delgado, compañero de profesión, de labores asociativas hace muchos años, colega en el Tribunal Supremo, y muy querido amigo.

En tercer lugar, en mi agradecimiento he de destacar el que debo al Ilmo. Sr. D. Javier Boix Reig, que haciendo hueco en sus muchas ocupaciones en la cátedra y en el foro, me ha hecho el honor de aceptar contestarme en este solemne acto.

Finalmente, partiendo de la idea orteguiana de la circunstancialidad de la vida, de que hay una conexión estructural entre el yo individual, que es cada hombre y las circunstancias que le rodean, de modo que “*yo soy yo y mi circunstancia*”¹, debiéndose contar así con los aspectos familiares, sociales y culturales, he de reconocer que, si estoy aquí, sin duda es porque tuve un bisabuelo, Silverio, que inició la tradición jurídica de la familia, -que, pasando por mi abuelo Francisco, de la carrera Judicial, y mi padre Francisco, de la carrera Fiscal.-, se ha extendido en la línea recta hasta mis dos hijos licenciados en Derecho y uno de ellos ejerciente de la Abogacía. Y en la línea colateral dos hermanos que desempeñan o han desempeñado la misma noble profesión; y otros parientes el Registro de la Propiedad, la Notaría, o la Medicina, en sus diversas especialidades, incluida la forense. Y para ser justo, no puedo omitir a las mujeres no juristas de la familia -Rita, Modesta, Elisa/s, M^a de Carmen, Beatriz-, sin las cuales, muy probablemente, ninguno de los nombrados hubiera alcanzado a ser, respectivamente, lo que fue o lo que es.

Por otra parte, confesaré que he elegido el tema a desarrollar, por la tensión doctrinal, que al profundizar en él he percibido, entre los principios de *igualdad, seguridad jurídica e in-*

¹ José Ortega y Gasset. Catedrático de Metafísica en la Universidad Central. “Las meditaciones del Quijote”. 1914. Obras Completas. Volumen I.

dependencia judicial, y que, cuando accedí hace catorce años al Tribunal Supremo y asistí a los primeros Plenos de la Sala, no acerté siquiera a sospechar.

II.-LEGALIDAD PENAL Y PREVISIBILIDAD DE LA INTERPRETACIÓN

Apunta SILVA SANCHEZ ²que la concepción de la legalidad penal propia de nuestro tiempo difiere considerablemente de la que sostuvo el legalismo del Siglo XIX. Con ello se alude ahora básicamente a la pretensión de lograr una interacción entre el poder legislativo y el judicial que redunde en la producción de interpretaciones judiciales legítimas y estables: *interpretaciones previsibles*.

En lo que se refiere al juez, la legalidad penal requiere de él :

- una vinculación a la letra de la ley,
- una asunción de los cánones axiológicos constitucionales,
- y una adecuación a los métodos de interpretación y aplicación propios de la ciencia jurídica, que también contribuyen a la *estabilidad aplicativa*, lo cual está relacionado con la exigencia de *motivación*.

De este modo, la garantía derivada de la obtención de *usos aplicativos estables* en el ámbito judicial, y, consiguientemente, de sentencias previsibles, se convierte en esencial.

Así se comprende la inquietud sentida ante la innegable existencia de interpretaciones judiciales de un mismo texto le-

² Silva Sánchez, Jesús-María. Prólogo a “Los acuerdos de la Sala Penal del Tribunal Supremo: Naturaleza jurídica y Contenido (1991 a 2007)”. Elena Iñigo Corroza y Eduardo Ruiz de Erenchun Arreche. Atelier Libros Jurídicos. Barcelona. 2007.

gal que resultan no ya divergentes, sino directamente *contradictorias*.

Ello resulta entre los diversos Juzgados, entre unas y otras Audiencias Provinciales, entre las diversas Secciones de una misma Audiencia, entre los diversos Tribunales Superiores de Justicia, e incluso dentro de la propia Sala Segunda del Tribunal Supremo.

III.-PLENOS NO JURISDICCIONALES. IMPORTANCIA Y PUBLICACIÓN

En ese contexto, la institución de los Acuerdos plenarios no jurisdiccionales de la Sala Segunda del TS es reveladora de un importante *esfuerzo* a favor de la deseable –para muchos- unificación de las interpretaciones, desde su inicio en 1991.

El propio TS ha querido su papel, mediante su *publicación* a través de la página web del CGPJ: <http://ww.poderjudicial.es> aunque sólo aparecen los Acuerdos del año 2.000 a la actualidad.

Aparte de ello el Gabinete Técnico del Tribunal Supremo publica estos Acuerdos, desde el año 2005, aunque con carácter retroactivo al año 2.000.

Finalmente, las bases de datos de Jurisprudencia vienen recogiendo habitualmente estos Acuerdos.

IV.- EL TS Y LA UNIFICACIÓN DE DOCTRINA

1. CARACTERÍSTICAS BÁSICAS.

Tres características destacan en el TS, según ELENA IÑIGO CORROZA Y EDUARDO RUIZ DE ERENCHUN ARTECHE³:

-Su carácter de órgano jurisdiccional superior en todos los órdenes, salvo en materia de garantías constitucionales (Art 123 CE).

-Su división en cinco órdenes jurisdiccionales.

-Y la atribución común a las cinco Salas del conocimiento del recurso de casación, aunque sin carácter excluyente, puesto que, por ejemplo en el orden civil, los TTSJ conocen de determinados recursos de casación.

La regulación es, de cualquier forma, sumamente parca. La LOPJ regula determinados aspectos del TS en sus arts 53 a 61 sexies, que se refieren a jurisdicción, composición, salas, y competencias.

2. ÁMBITO DE LA UNIFICACIÓN.

Podría hablarse de los siguientes aspectos:

- a) Unificación *vertical*. Se refiere a la función de aunar los criterios interpretativos que ofrecen los tribunales inferiores: TTSJ y AAP.

Esta posibilidad no ha existido en penal, a diferencia de las

³ Iñigo Corroza, Elena y Ruiz de Erenchun Arreche, Eduardo. Ob cit. Pag.24.

jurisdicciones contencioso-administrativa, social y civil (en menor medida en esta última), hasta época bien reciente.

La solución -se ha dicho- la aportaría el recurso de casación para la unificación de doctrina o el acceso al recurso de casación ordinario, a través de un motivo de interés casacional.

Hay quien defiende⁴-que debiera permitirse el acceso al TS del conocimiento de todos y cada uno de los delitos, durante un determinado periodo de tiempo desde la entrada en vigor de su reforma o en los primeros casos de su aplicación.

b) Unificación *interna*. Se refiere a la unidad dentro de las propias Salas del TS, o entre las diferentes Secciones de las Audiencias.

Los sistemas para la unificación, se han venido considerando esencialmente dos:

a)---Posibilidad de interposición de un recurso para la unificación de doctrina cuando dos resoluciones del mismo órgano, fueran contradictorias.

b)---El cauce del art 264 LOPJ, que proporciona base legal a los acuerdos de los Plenos no jurisdiccionales:

1. Los Magistrados de las diversas Secciones de una misma Sala se reunirán para la unificación de criterios y la coordinación de prácticas procesales. Las reuniones se convocarán por el Presidente de la Sala, por sí, a petición mayoritaria de los Magistrados, así como en los demás casos que establezca la ley. Serán presididos por el Presidente de la Sala.

⁴ Iñigo Corroza y Ruiz de Erenchun. Ob cit. Pag 25 y ss.

2. En todo caso quedará a salvo la independencia de las Secciones para el enjuiciamiento y resolución de los distintos procesos de que conozcan.

e) Unificación *horizontal*. Afecta a las interpretaciones que pueden darse entre las diferentes Salas, al manejar unos mismos conceptos.

En el ámbito constitucional, no cabe duda que el TC realiza esta labor. También en el ámbito penal y militar (Salas 2ª y 5ª TS), dadas las concretas remisiones que realiza el CP Militar.

Sin embargo, en otros ámbitos no ocurre igual, especialmente en tales como: *Prescripción*, ámbito de *insolvencia* etc. Igualmente cuando hay que establecer una relación entre una determinada conducta y un resultado.

Así,⁵ en Derecho Civil y en Derecho Penal, en los ámbitos de la *responsabilidad extracontractual* del art 1902 CC y de los delitos de resultado, donde se acude a la teoría de la *imputación objetiva*. En cambio, la misma relación en el ámbito de la jurisdicción Contencioso-admini, con la responsabilidad patrimonial de la Admón. por el normal o anormal funcionamiento de los servicios públicos, aquí se aplica la teoría de la *causalidad eficiente*.

Y en materia de accidentes de trabajo, en la Jurisdicción Social, lo mismo sucede.

Por su parte, muy recientemente MARTIN QUERALT ⁶, recordaba que hace mucho tiempo que en los tribunales civiles y contencioso-administrativos viene suscitándose un debate

⁵ Iñigo Corroza y Ruiz de Erenchun Arreche, Ob. Cit. Pag. 27.

⁶ Martín Queralt, Juan. "El pago de impuestos y la difícil labor del juzgador". Las Provincias. 24-12-2017.

acerca del *obligado al pago del Impuesto sobre Actos Jurídicos Documentados* que grava la constitución de un préstamo hipotecario. El Tribunal Supremo, por medio de su Sala de lo Contencioso Advo. ha entendido reiteradamente que, de acuerdo con la legislación fiscal, el sujeto pasivo es el prestatario, de acuerdo con el art. 29 de la Ley del Impuesto. Sin embargo, la Sala de lo Civil del mismo Tribunal, en sentencia de 23 de diciembre de 2015, conforme a la Ley General de Defensa de Consumidores y Usuarios, calificó como abusiva una cláusula que imputaba el pago del impuesto al prestatario.

Ante la contradicción existente, el Auto 9805/2017, de 27 de septiembre de la Sección de Admisión de la Sala Tercera del TS considera que se encuentra así abierto un debate doctrinal que requiere una nueva respuesta por parte del alto tribunal. Lo que ocurre es que a la espera de lo que diga el Supremo el problema está dando lugar a respuestas muy plurales por parte de los tribunales españoles, en lógico detrimento de la confianza que el ciudadano debe tener en el mundo judicial. El principio de seguridad jurídica se hace añicos y todos sufrimos sus embates.

Y –el mismo autor- concluye que las dificultades para el juzgador y los abogados son evidentes. Ello es consecuencia de la globalización operada en el mundo del Derecho. Las tradicionales especialidades van cediendo el paso a una visión global, lo que en el fondo pone de manifiesto algo que todos conocemos -y añoramos-: la unidad del Derecho. El juzgador no sólo tiene que ver qué es lo que tradicionalmente ha dicho su orden jurisdiccional –el civil, el penal, el laboral, el contencioso-advo.-, sino lo que han dicho también los Jueces de otro orden y los tribunales de la Unión Europea.

3. SISTEMAS DE UNIFICACIÓN DISTINTOS DEL PENAL.

-Lo primero que hay que destacar es la *modernidad* -entre 1989 y 2000- de las leyes procesales de los ámbitos civil, contencioso-advo, social y militar.

Por el contrario, la LECr, pese a sus reformas (como la de 2002, 2009, ó L. 37/2011,), ha mantenido su base de 1882, al menos hasta la modificación producida por el art. único.12, de la **Ley 41/2015, de 5 de octubre**. Ref. BOE-A-2015-10726.

-En segundo lugar, hay que señalar la *diversidad* de los recursos de casación existentes, de modo que sólo en la jurisdicción contencioso-adva y social ha estado plenamente establecido el recurso de casación para la unificación de doctrina.

-En tercer lugar, no hay uniformidad en cuanto al acceso a la casación tras un número determinado de *instancias*. Hasta la última reforma, en los procesos penal, militar y contencioso-advo, sólo se accedía a la casación tras una primera instancia, de tal forma que ésta se constituye como una segunda instancia, con todos los problemas que, por ejemplo, se han planteado en el ámbito penal, a partir del dictamen del Comité de Derechos Humanos de la ONU denunciando la vulneración en España del derecho a la segunda instancia.

-En cuarto lugar, puede concluirse que *se logra* la unificación de doctrina, de una manera más o menos eficaz, en los siguientes órdenes jurisdiccionales:

--En el contencioso-advo y en el social, mediante los recursos de casación para la unificación de doctrina(arts 102.1.b LJCA de 1956,y 102 a)LJCA, tras su modificación por L.10/92 de 30 de abril y 96 a 98 LJCA; y 218 a 228 LJS).

--En el civil, mediante el motivo por interés casacional, en el recurso de *casación ordinario*, por infracción de ley y por quebrantamiento de forma, atribuido al TS; mediante el recurso extraordinario por *infracción procesal* encomendado a cada uno de los diecisiete TTSJ; y finalmente cerrando el sistema, mediante el recurso *en interés de ley*, encomendado al TS⁷.

--Y en el militar, *de facto*, ya que todas las sentencias condenatorias de los Tribunales Militares (Territoriales y Central) pueden tener acceso al recurso de casación del art 42 LORPM.

4. PROCEDIMIENTO PENAL.

Nuestro sistema penal *ha carecido*, pues, de la unificación de doctrina, como **regla general.**, hasta la modificación producida por el art. único.12 de la **Ley 41/2015, de 5 de octubre.** Ref. BOE-A-2015-10726.

Veamos cual era nuestro régimen de recursos, hasta la última reforma:

-En el proceso de *juicio de faltas*, las sentencias dictadas en primera instancia por el Juzgado de Instrucción, podían ser recurridas en apelación ante la Audiencia Provincial (constituida unipersonalmente), que resolvería, por tanto, en segunda instancia, y contra cuya resolución no cabía posibilidad alguna de unificación de doctrina ante TSJ, ni ante TS (arts 976-977 LECr).

-En el proceso para el *enjuiciamiento rápido* de delitos, frente a las sentencias dictadas por el Juzgado de lo

⁷ Pérez Cruz Martín, Agustín J., "El recurso en interés de ley" Derecho Procesal Civil. Tomo 2. pag.204. Andavira 2014.

Penal(primer instancia) procedía recurso de apelación (segunda instancia) ante la Audiencia provincial. Tampoco cabía unificación ante TS, ni TSJ. (art. 803 LECr).

-En el *procedimiento abreviado* por delitos menos graves, donde conoce en primera instancia el Juzgado de lo penal, o el Juzgado Central de lo penal, y en segunda, la Audiencia provincial, o la Sala de lo penal de la AN, sucedía lo mismo.

-En el *proceso ordinario* y en *procedimiento abreviado para delitos graves*, frente a las sentencias dictadas por la Audiencia provincial, en única instancia, sólo cabía recurso de casación (recurso extraordinario) ante el TS (art. 847 LECr).

-En el proceso del Tribunal del *Jurado*, frente a las sentencias dictadas por el Magistrado–Presidente del Tribunal del Jurado, en el ámbito de la Audiencia provincial, en primera instancia, cabía y cabe recurso de apelación (segunda instancia) ante la sala de lo Civil y Penal del TSJ, contra la que cabe recurso de casación ante el TS.(arts 846 bis a) y 847 LECr.).

-En el proceso de *Menores*, frente a las sentencias dictadas en primera instancia por este Juzgado especializado, cabe recurso de apelación (segunda instancia)ante la Audiencia provincial, que puede tener por objeto la *unificación de doctrina* (art. 32 de la Ley Orgánica de Responsabilidad Penal del Menor-LORPM).

El *Pleno* no jurisdiccional de la Sala II,de 13-3-2013, se dedicó a esta materia.

-En materia *Penitenciaria*, la LO.5/2003, de 27 de mayo, a través de la Disposición Adicional 5ª.8 LOPJ, introdujo un recurso de casación para *unificación de doctrina* que cabe interponer frente a los Autos de las Audiencias Provinciales (o Na-

cional) conociendo del recurso de apelación frente a las resoluciones de los Juzgados de Vigilancia Penitenciaria, siempre que no quepa recurso de casación ordinario.

El acuerdo *plenario* nº102, de 22-7-2004, trata de este precepto, y fue aplicado por primera vez por la STS de 30-9-2004.

Pues bien, a partir de la reforma citada, efectuada por la **Ley 41/2015, de 5 de octubre**, dice la LECr:

Artículo 847

1. Procede recurso de casación:

a) Por infracción de ley y por quebrantamiento de forma contra:

1.º Las sentencias dictadas en única instancia o en apelación por la Sala de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia.

2.º Las sentencias dictadas por la Sala de Apelación de la Audiencia Nacional.

b) Por infracción de ley del motivo previsto en el número 1.º del artículo 849, contra las sentencias dictadas en apelación por las Audiencias Provinciales y la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional.

2. Quedan exceptuadas aquellas que se limiten a declarar la nulidad de las sentencias recaídas en primera instancia.

Tal régimen jurídico se complementa con el **Artículo 888⁸**:

La resolución en que se deniegue la admisión del recurso adoptará la forma de auto y se publicará en la «Colección Legislativa», expresando el nombre del ponente. La resolución en que se admita no se publicará.

Los antecedentes de hecho y los fundamentos de derecho

⁸ Se modifica por el art. 2.138 de la Ley 13/2009, de 3 de noviembre. Ref. BOE-A-2009-17493.

de las decisiones se limitarán a los puntos pertinentes a la cuestión resuelta.

Cuando en una misma resolución se deniegue la admisión del recurso por alguno de sus fundamentos y se admita en cuanto a otros, o cuando se admita el recurso interpuesto por un interesado y se deniegue respecto de otro, deberá fundarse aquélla en cuanto a la parte denegatoria y publicarse en la «Colección Legislativa».

Y el art Artículo 889 ⁹, tras su última reforma, concluye que:

Para denegar la admisión del recurso será necesario que el acuerdo se adopte por unanimidad.

La inadmisión a trámite del recurso de casación en el supuesto previsto en el artículo 847.1.b) podrá acordarse por providencia sucintamente motivada, siempre que haya unanimidad, por carencia de interés casacional.

5. CONCLUSIONES RESPECTO DEL SISTEMA TRADICIONALMENTE VIGENTE.

Cabe concluir, en primer lugar, que hasta la citada reforma, salvo en dos materias parciales (Menores y Vigilancia Penitenciaria) no existía en el proceso penal un recurso para la unificación de doctrina.

En segundo lugar, que sólo tenían acceso a la casación, y, por tanto al TS, un número muy limitado de delitos, como son los que tenían señalada una pena superior a cinco años de prisión o superior a diez años de

⁹ Añadido el segundo párrafo por el art. único.14 de la Ley 41/2015, de 5 de octubre. Ref. BOE-A-2015-10726):

inhabilitación, quedando fuera del conocimiento del TS muchos delitos de frecuente comisión y de difícil interpretación, tal como ocurre con los delitos imprudentes.

En tercer lugar, cabía señalar que, ante la limitación legal para el TS de ejercer su función unificadora de doctrina, tal labor venía siendo desempeñada **por** la institución de **los Acuerdos plenarios no jurisdiccionales** de la Sala II.

Así, en el *Pleno* no jurisdiccional de 8-5-1997(*Acuerdo n° 30*)¹⁰ se examinó la mecánica a seguir por la Sala para la necesaria unificación de doctrina, siendo parecer coincidente de los Magistrados concurrentes a la Junta, que las reuniones que autoriza el art 264 LOPJ, constituye “*un buen procedimiento para alcanzar la unificación en la aplicación del ordenamiento jurídico*”.

GRANADOS PEREZ¹¹ así lo sostiene, añadiendo que :“Se dijo en esa reunión que en las indicadas Juntas podrán suscitarse las cuestiones penales-sustantivas o procesales que surjan como consecuencia de cambios legislativos o que no hayan sido resueltas de una forma consolidada por la Sala, o respecto a las cuales hayan surgido criterios distintos a los hasta ahora existentes. Tales cuestiones podrán plantearse con motivo de la deliberación de un determinado asunto, debiendo en tal caso decidir la Sala o Sección deliberante la procedencia de suspender el fallo hasta el debate por el Pleno de la doctrina que deba adoptarse.

¹⁰ Granados Pérez, Carlos.”Acuerdos del Pleno de la Sala Penal del Tribunal Supremo para Unificación de Jurisprudencia” Tirant lo Blanch. Tratados.Valencia 2009.Prólogo.

¹¹ Granados Pérez, Carlos.”Acuerdos del Pleno de la Sala Penal del Tribunal Supremo para unificación de la Jurisprudencia.Actualizados hasta julio de 2016”.Tirant lo Blanch. Valencia 2017, Segunda edición. Introducción.

Y en cuanto a la vinculación de los Magistrados de la Sala a los acuerdos adoptados sobre unificación de doctrina en los plenos del art. 264 de la LOPJ, se llega a la conclusión de que *aún no siendo jurídicamente vinculantes*, los acuerdos *deben ser respetados* en aras del bien que debe prevalecer que es el de la estabilidad y uniformidad de la doctrina jurisprudencial.”

SAAVEDRA RUIZ¹², partiendo del texto de los arts 264 LOPJ, 197 LOPJ y, reconociendo que el art 12 de la misma LOPJ establece que “*los jueces y magistrados son independientes respecto a todos los órganos judiciales y de gobierno del Poder Judicial*”, precisa que “*el Tribunal Supremo tiene indudablemente, ex art. 123 CE, como órgano jurisdiccional superior en todos los órdenes, y con jurisdicción en toda España, la función de unificar la interpretación y aplicación de la legislación ordinaria. Ello viene también contemplado en el Título preliminar del C.C., cuyo art. 1.6, en materia de fuentes del derecho, señala que la jurisprudencia complementará el ordenamiento jurídico con la doctrina que, de modo reiterado, establezca el Tribunal Supremo al interpretar y aplicar la Ley, la costumbre y los principios generales del derecho. A su vez el art 53 LOPJ ratifica lo anterior en los términos empleados por el art. 123 CE.*

Para SAAVEDRA RUIZ, correspondiéndole al TS. la unificación de los criterios interpretativos y aplicativos del ordenamiento, debe llegarse a la conclusión de que el art. 264 LOPJ, no es plenamente aplicable en cuanto establece que “no son jurídicamente vinculantes los acuerdos adoptados en la misma”. Realmente, está *internamente* justificada la naturaleza vinculante de dichos acuerdos (Acuerdo de 18/7/06), pues dicha sala desempeña funcionalmente el papel que co-

¹² Saavedra Ruiz, Juan, “Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de la Sala II del Tribunal Supremo.” Estudios de Derecho Judicial. 120 CGPJ. Madrid 2007.

rresponde a los Plenos jurisdiccionales, cuya convocatoria reiterada no sería operativa, aún cuando el precedente estará constituido por las sentencias que aplican la doctrina contenida en los Acuerdos.

El entendimiento de lo anterior –sigue diciendo el mismo autor– es consecuencia de la naturaleza de la casación que no sólo es un recurso procesal, sino esencialmente una *institución política* del Estado que tiene su fundamento en el *principio de igualdad*. Su exigencia estriba en el derecho a que la ley se interprete y aplique con el mismo contenido en todo el territorio donde está vigente. Dirigiéndose el mandato de la igualdad tanto al legislador (igualdad de la ley) como a los Tribunales (igualdad en la aplicación).

Así, es ocioso afirmar que demasiadas veces falta la necesaria certidumbre acerca del contenido de la ley, lo que es incompatible con el principio de igualdad. Para corregir lo anterior, será precisa una instancia unificadora que garantice la aplicación de la ley de forma que se respete el derecho a la igualdad, a la seguridad jurídica y al principio de legalidad, siendo esta instancia el Tribunal Supremo cuando se pronuncia a través del recurso de casación, lo que tiene expresión constitucional en el art. 123 CE ya citado.

No es posible que el Tribunal Supremo conozca de todos los casos : por ello debe ser un Tribunal de unificación de la interpretación de la ley. El problema es que la actuación de los principios constitucionales no será posible si se desconoce la Jurisprudencia del Tribunal de Casación, lo que suscita la necesidad del efecto vinculante de la Jurisprudencia del Tribunal Supremo. Se ha opuesto a ello el art. 117.1 CE que establece que “*los Jueces estarán sometidos únicamente al imperio de la ley*”. Sin embargo, el imperio de la ley es indisociable a la in-

interpretación de la misma y el Tribunal Supremo *no “crea”* normas jurídicas.

Hoy el Tribunal Supremo resuelve “*cada caso*”; hay multitud de sentencias iguales y repetitivas; se dictan demasiadas conforme a lo deseado y ello dificulta la unidad de la Jurisprudencia; por todo ello es preciso un sistema en virtud del cual resolviendo un caso se resuelvan muchos casos iguales; y para ello la vinculación debe ser indiscutible.

Para SAAVEDRA RUIZ-los Acuerdos de la Sala General, siguiendo esta línea, a la espera de la reforma de las leyes orgánicas y procesales ya anunciada, cumplen hoy por hoy la función de unificar la interpretación y aplicación de la ley, tanto desde el punto de vista *interno* evitando contradicciones en el propio Tribunal Supremo, como *externo*, en relación con el resto de los Tribunales penales que integran nuestra organización judicial, mediante su aplicación en la sentencias que forman Jurisprudencia.

Para PÉREZ CRUZ MARTIN y para RODRIGUEZ PIÑEIRO ROYO¹³, “el caldo de cultivo de la consideración de la unificación de la jurisprudencia como un problema necesitado de solución se encuentra en la propia CE en la que encontramos, por un lado, las líneas generales de la estructura del Poder Judicial constitucional del nuevo Estado que venía a establecer, asentado por el principio de descentralización de la estructura judicial, con el eventual temor a la dispersión jurisprudencial; de otro el reconocimiento de los principios de igualdad, seguridad jurídica y unidad jurisdiccional, relevantes en la calificación y valoración de la unificación de doctrina.”

¹³ Pérez Cruz Martín, Agustín. “El recurso en interés de ley. Derecho procesal civil”. Tomo 2. pag. 202. Andavira 2014.

6. POSICIONES DOCTRINALES DISCREPANTES.

No obstante ello, sector importante de la Doctrina, en cambio, no ha dejado de manifestar su preocupación, -si no su abierta discrepancia-, con la interpretación y aplicación efectuada por la Sala II del precepto últimamente citado.

Antonio GARCIA-PABLOS DE MOLINA ¹⁴, ya advirtió en 2006, que “de hecho esta fórmula- la de los plenos no jurisdiccionales de la Sala II-se orienta a un modelo dirigista, piramidal y abreviado de creación de doctrina *consolidada*, en detrimento de la evolución natural y espontánea y el dinamismo de la jurisprudencia. La praxis cotidiana se encargará de que la sola cita de un Pleno no jurisdiccional yugule el debate procesal. No sería de extrañar que en un futuro próximo ni los jueces ni las partes traten de investigar la doctrina jurisprudencial aplicable al caso (doctrina, a menudo cambiante), sino la contenida en un Pleno no jurisdiccional que resuelva definitivamente la controversia. Temo además-sigue diciendo-que por extensión se aplique idéntico criterio en el trámite de admisión del recurso de casación (art. 885.2º) LECr)lo que evidenciará las consecuencias no deseables del objeto prioritario de unificar la jurisprudencia:

-la vulneración del principio *pro actione* o acceso del ciudadano a los tribunales, garantía del justiciable de someter el fallo recaído, con el que no está conforme, a un *Tribunal Superior* (art 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 19 de diciembre de 1966)”.

¹⁴ Garcia-Pablos de Molina, Antonio.Catedrático de Derecho penal de la Universidad Complutense de Madrid.”Relevancia de los cambios de criterio de la doctrina jurisprudencial y los plenos no jurisdiccionales del Tribunal Supremo”. Cuadernos de Derecho Judicial. VII. Consejo General del Poder Judicial.Madrid. Pag. 17.

Por su parte, MUÑOZ CLARES¹⁵, en rotundos términos, critica, en primer lugar, el desdibujamiento de su naturaleza jurídica, habiéndoseles llamado, desde “*Acuerdos de Pleno no jurisdiccional*”, pasando por “*Acuerdos de la Sala Segunda adoptados en Sala General*”, hasta “*Acuerdos adoptados en reunión plenaria para unificación de doctrina*”.

En segundo lugar, insiste en su carácter ilegal, diciendo que : “No existe en la ley, desde la Constitución hasta la última disposición que ostente rango normativo en España, previsión alguna que regule o, ni siquiera tolere el dictado de tales acuerdos; no cuentan más que con una irregular y parcial aparición en el apartado <<Jurisprudencia>> de la página web del CGPJ, lo que produce la apariencia de la labor jurisprudencial encomendada a jueces y tribunales”.

En tercer lugar, señala que, “tampoco consta que esté documentado su proceso de creación, carecen de motivación y, desde luego, más allá de lo intentado por el propio órgano que los puso en marcha (Sala II TS), que es su imposición al resto de la estructura judicial española del orden penal y por ende, al ciudadano, se trata de una pretendida fuente del Derecho cuya existencia se ha impuesto *de facto* en virtud de la voluntad de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, apoyada por la actitud omisiva y activa de las autoridades llamadas a imponer vigencia de la Ley como fuente exclusiva del Derecho en el sector público y, especialmente, en Derecho Penal...Sólo la Sala Segunda sigue hoy dictando tales acuerdos, no lo han hecho nunca las Salas de lo Social, Contencioso-Advo y Militar.La Sala

¹⁵ Muñoz Clares, José.”Los llamados acuerdos del pleno no jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo”.Revista General del Derecho Penal 16(2011). Pags 1 a 16.Y en el mismo sentido, del mismo autor, “El robo con violencia o intimidación”.Tirat lo Blanch. Valencia 2003, pags. 361-362.

Primera que los dictó en su día dejó de hacerlo en fecha 18-12-2007. Se trata de un cese de actividad significativo. Exige plantearse por qué las demás Salas no recurren a tal expediente y por qué la Sala Primera, que sí los empezó a dictar, ha dejado de hacerlo hace años ya. El hecho de que sea sólo la Sala Segunda la que insista en dictarlos subraya su carácter excepcional y cuestionable”.

Y el mismo autor, descartado opiniones menos radicales, como la del profesor QUERALT¹⁶, según la que *toca convivir con esta anomalía, que de persistir, deberá ser erradicada por la ley*”, concluye que la ley no puede remediar este asunto, pues la ley ya es clara al respecto (prohibiendo su dictado el art. 12.3 LOPJ), y que a tal violación del sistema jurídico no cabe sino oponer el sistema jurídico en su conjunto, incluidas las advertencias de persecución penal (por prevaricación) para los infractores.

En la línea ya iniciada por el profesor GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, su alumna NIEVES MARTÍNEZ FRANCISCO¹⁷ dedica su tesis doctoral al estudio de “los Plenos no jurisdiccionales del Tribunal Supremo”. Así, para la autora como destaca el profesor GARCÍA PABLOS¹⁸ es insólita la Sentencia de la Sala 2ª del TS de 11-12-2001, que condena a título de prevaricación judicial a un Magistrado que se aparta de la doctrina jurisprudencial del TS en el particular del cómputo de la prescripción; unida al acuerdo plenario no jurisdiccional de la Sala de 18-7-2006, que proclama la naturaleza vinculante de la doctrina sentada en dichas Asambleas Generales, para todos los jueces y tribunales de lo penal inferiores en el orden jerárquico,

¹⁶ Queralt, J.J. “El Derecho a la legalidad penal y los acuerdos no jurisdiccionales” Estudios Penales en homenaje a Enrique Gimbernat. Edisofer. Madrid. 2008. Pag. 622.

¹⁷ Martínez Francisco, Nieves. “Los Plenos no Jurisdiccionales del Tribunal Supremo”. Tirant lo Blanch. Valencia 2013.

¹⁸ García-Pablos de Molina, Antonio. “Prólogo” a la obra de Nieves Martínez Francisco.

a pesar del tenor literal en sentido contrario del mandato del art. 264 de la LOPJ; y la proliferación de tales acuerdos.

Y parte, la misma autora, del distinto rol y funciones de la Jurisprudencia en los dos modelos básicos de fuentes del Derecho: el angloamericano del “case law” (*estare decisis*) y el continental (del *res iudicata*), sistema este último al que se adscribe el ordenamiento español. En el primero, el precedente judicial tiene carácter vinculante *erga omnes*. Por el contrario y como consecuencia del proceso codificador y particular sistema de fuentes, en el modelo continental, carece de tradición. Dicho de otro modo, en el modelo continental la jurisprudencia no es fuente (directa o creadora) de Derecho. No puede fundamentar por sí sola una incriminación penal. Los tribunales de lo criminal se limitan a interpretar y aplicar la ley penal pero carecen de potestad normativa autónoma, propia (*nullum crimen sine lege*). La unificación u homogeneización de la jurisprudencia se lleva a cabo en nuestro Derecho por la vía de los recursos jurisdiccionales, no otorgando fuerza vinculante al precedente judicial. El sistema de fuentes continental, parte de una interpretación estricta del principio clásico de la división de poderes y la consiguiente primacía de la ley. La capacidad de crear normas corresponde exclusivamente al poder legislativo, que representa la voluntad popular de modo que el juez se encuentra sometido de forma exclusiva al imperio de la ley, sin ninguna otra mediación. La jurisprudencia carece de capacidad normativa propia y autónoma porque se limita a la interpretación y aplicación de las leyes. No es fuente del Derecho a tenor de lo dispuesto en el art. 1.6º del CC, que sólo cita como fuentes a la ley, la costumbre y los principios generales del derecho. La jurisprudencia, según el mencionado precepto “*complementa*”- no “*completa*”-el Ordenamiento Jurídico.

El principio de independencia judicial ha de interpretarse, no sólo como blindaje frente a posibles injerencias de otros poderes del Estado, sino incluso como autonomía respecto al criterio y doctrina de los propios tribunales, a los que el juez se halle jerárquicamente subordinado, que sólo podrán imponer su decisión al resolver los recursos jurisdiccionales. Ello resulta del art 12.1 de la LOPJ, del 5.1 del a Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (que solo establece la vinculación de los Jueces y Tribunales a la doctrina del Tribunal Constitucional),y de reiteradísima jurisprudencia de este último en torno al principio superior de la independencia judicial.

Para la autora, si la jurisprudencia en nuestro modelo de fuentes del derecho, no puede fundamentar por sí sola una incriminación penal, menos aún pueden hacerlo los llamados acuerdos no jurisdiccionales. Estos llevan a cabo una valiosa labor interpretativa del ordenamiento penal, pero sin fuerza vinculante, por tratarse de acuerdos “internos”, domésticos con mera relevancia “*ad intra*”. No obligan a los órganos jurisdiccionales jerárquicamente subordinados, ni siquiera a los magistrados que votaron, en su caso, a favor de la adopción del acuerdo, porque dejan a salvo el principio constitucional de la independencia judicial y la labor interpretativa del Juez o Tribunal. Los acuerdos carecen de naturaleza “jurisdiccional”; se adoptan en su caso por un órgano administrativo que es el juez natural; y no resuelven, por tanto, un caso sometido al Tribunal que ejerce la función jurisdiccional, sino que marcan pautas interpretativas de futuro sobre casos hipotéticos.

Y se advierte sobre la poderosa “*vis expansiva*” de estos acuerdos por la apariencia cuasinormativa de los mismos; y sobre todo por el riesgo de que la desmedida adopción de ellos pueda representar para nuestro modelo de fuentes, en detrimen-

to incluso de la importante función que corresponde a la jurisprudencia.

Por su parte, MUERZA ESPARZA¹⁹, comenta el Acuerdo de 20-7-2010, según el que “*Los acuerdos adoptados en los Plenos no jurisdiccionales de la Sala, que tengan como objeto cuestiones de índole procesal, no se aplicarán a los actos procesales ya tramitados en la fecha del acuerdo. Se exceptúan aquéllos actos que hubieran incurrido en vulneración de un derecho fundamental que fuera determinante de su nulidad*”, y expone que la simple lectura del Acuerdo pone de manifiesto que, en realidad, lo que establece es el carácter irretroactivo de los acuerdos, nota que siempre aparece en la teoría general del derecho, en relación con el alcance de las normas jurídicas. O dicho de otra manera, parece que se quiera dotar de una naturaleza normativa a algo que, simplemente por razón del órgano de quien emana, no la puede tener.

Y advierte que, ese carácter cuasinormativo parece que va penetrando en el propio seno del Tribunal, como lo demuestra el Acuerdo de 20-7-2010 en relación con el alcance del art. 456 de la LOPJ, según el que:”*Las resoluciones que dicte la Sala resolviendo los recursos contra los decretos del secretario serán resueltas mediante auto firmado por tres magistrados. En el supuesto que, de forma extraordinaria o anómala, se interpusiera un recurso contra una diligencia de ordenación se resolverá por un solo magistrado*”.

Y, finalmente, apostillando que, hasta ahora –que se sepa-la composición de los órganos judiciales venía prescrita por la Ley, -se pregunta-¿O es que dentro de un tiempo, por cambio de *criterio* del propio Tribunal, tales autos de la Sala podrán ser firmados por un solo magistrado?

¹⁹ Muerza Esparza, Julio J.”Sobre los acuerdos del Pleno no jurisdiccional del Tribunal Supremo”.Actualidad Jurídica Aranzadi nº 808/2010.BIB.2010/3788.

7. POSICIÓN DE LA FISCALÍA.

Luis BARDAJÍ²⁰ pone de manifiesto que, en virtud de Decreto de 12-1-2004, el Fiscal General del Estado creó una Comisión dentro de la Sección Penal de la Fiscalía del TS, para estudiar de manera sistemática todos los Acuerdos adoptados por el Pleno no Jurisdiccional de la Sala II del Tribunal Supremo. El estudio había de extenderse al análisis de la jurisprudencia posterior y la eventual incidencia de reformas legislativas.

La Comisión, en una primera aproximación a esos acuerdos²¹, manifestó que suponían una orientación insoslayable para todos los operadores de la jurisdicción penal y de forma muy singular para los miembros del Ministerio Fiscal, que no pueden hacer caso omiso de la función de unificación que corresponde a la jurisprudencia. No obstante esa premisa general, también cree la Comisión que las misiones que la Constitución asigna al Ministerio Fiscal y su papel como promotor de la actuación de los Tribunales le exigen algo más que un simple seguidismo acrítico y mimético de las orientaciones jurisprudenciales. El Fiscal no puede abdicar de su capacidad de impulsar nuevas líneas jurisprudenciales; o criticar las ya existentes postulando su modulación o su modificación. Combinar ambas perspectivas exige ponderar las cuestiones y distinguir casos y casos, para sopesar cuando el principio de seguridad jurídica y el sistema de fuentes del ordenamiento jurídico-en el que desempeña un papel no desdeñable la jurisprudencia-invita no solo a plegarse, sino también a adherirse a esos criterios marcados..., sin desechar la posibilidad de discrepar en algunos puntos de las tesis manejadas en algunos de esos Acuerdos, proponiendo en algún caso el mantenimiento por la Fiscalía de posiciones que, sin perjuicio de la responsabilidad institucional

²⁰ Bardají, Luis. Artículo en Curso de Formación del Centro de Estudios Jurídicos. Madrid.

²¹ Informe de Antonio García del Moral.

y de las estrategias procesales que pueden ser aconsejables, impliquen subrayar el desacuerdo con la postura jurisprudencial y postular su modificación, rectificación o modulación.

Por su parte, MORENO VERDEJO²², partiendo de los Acuerdos de 8-5-1997 y 18-7-2006, en relación con el apartado 2 del art. 264 LOPJ, dice que “el estado de la cuestión podría resumirse, en que los acuerdos, aunque no vinculantes, sí deben ser respetados por los Jueces y Tribunales”.

8. SEGUIMIENTO DE LOS ACUERDOS.

Puede distinguirse un doble aspecto: El seguimiento que el TS hace de sus propios Acuerdos, y el de los Jueces y Tribunales de instancias inferiores.

Los estudiosos del tema ²³destacan el importante incremento de las *citas* de los Acuerdos de los Plenos no jurisdiccionales del TS, tanto por el propio Tribunal como por los inferiores.

Así, se señala que hay una progresiva infiltración de los Acuerdos en las resoluciones de todos los tribunales.

En los años 1991 a 1997, apenas se acudía en las sentencias a esta institución.

Entre 1998 y 2000 comienza su implantación (225 del TS y 61 de las Audiencias Provinciales).

Entre 2001 y 2003 se multiplican las cifras de forma significativa(893 TS y 848 AAPP).

Y se confirma la tendencia en años sucesivos.

22 Moreno Verdejo, Jaime, “Acuerdos del Pleno de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, en materia de delincuencia económica”Curso celebrado en el Centro de Estudios Jurídicos. Madrid. 2007.

23 Iñigo Corroza, Elena y Ruiz de Erenchun, Eduardo. Ob. Cit. Pag. 71.

9. MATERIAS SOBRE LA QUE VERSAN LOS ACUERDOS DE LOS PLENOS NO JURISDICCIONALES DE LA SALA II.

A) Clasificación.

GRANADOS PÉREZ ²⁴ clasifica la materia en:

-Cuestiones Constitucionales :

- 1º)Derecho a la intimidad.
- 2º)Vulneración de derechos constitucionales. Necesidad de previa alegación ante el tribunal sentenciador.
- 3º)Tutela judicial efectiva.
- 4º)Derecho de defensa.
- 5º)Presunción de inocencia.
- 6º)Principio acusatorio.
- 7º)Derecho a someter el fallo a un tribunal superior. Dictamen del Comité de derechos humanos de las Naciones Unidas.
- 8º)Jurisdicción universal.
- 9º)Proceso sin dilaciones indebidas.
- 10º)Cauce procesal para la efectividad para las resoluciones del TEDH. Recurso de Revisión.
- 11º)Necesidad de sentencia tras fallo del Tribunal Constitucional dando lugar a amparo.

-Cuestiones de Derecho Penal:

I.- Parte General.

II.-Parte Especial.

III-Cuestiones Procesales o de procedimiento.

24 Granados Pérez, Carlos. Ob. Cit. Pag 24 y ss.

OTROS autores ²⁵ prescinden de la primer categoría, entendiendo que las cuestiones constitucionales afectan ordinariamente a las normas, tanto sustantivas como procesales.

B) Materias con más frecuente tratamiento.

-Relacionadas con la *Parte General*, destacan los Acuerdos sobre:

- Reglas de determinación de la pena.
- Responsabilidad civil.

-Relacionadas con la *Parte Especial*:

--Delitos patrimoniales. Continuidad. Pleno de 18-7-2007(Cfr. STS 540/2013, de 10 de junio)

--Delitos contra la Salud pública. Destacando el Pleno de 19-10-2001,sobre modificación de la dosis para apreciar la agravante de notoria importancia.

-En materia *procesal* :

- Cuestiones de competencia.
- Régimen de recursos.
- Problemas de prueba.

-*Comunicados*, consejos, pautas :

Este primer carácter parece tener el Acuerdo de 12-5-2005 que dice así: “*La Sala Penal del TS ha examinado la sentencia del TC 63/2005 y considera que la misma insiste en la extensión de la jurisdicción constitucional basándose en una inter-*

²⁵ Iñigo Corroza, Elena; y Ruiz de Erenchun Arteche, Eduardo. Ob cit. Pag. 43 y ss.

pretación de la tutela judicial efectiva que, prácticamente, vacía de contenido el art 123 de la CE, que establece que el TS es el órgano jurisdiccional superior en todos los órdenes, salvo lo dispuesto en materia de garantías constitucionales, por lo que, consiguientemente, le incumbe la interpretación en última instancia”.

Una pauta interpretativa parece marcar el Acuerdo de 14-11-2003, donde se resolvió la cuestión planteada : ¿El Servicio de Vigilancia Aduanera es Policía Judicial?

El Acuerdo fue del siguiente tenor: “Primero, el art 283 de la LECr no se encuentra derogado, si bien debe ser actualizado en su interpretación. Segundo, el Servicio de Vigilancia Aduanera no constituye Policía Judicial en sentido estricto, pero sí en sentido genérico del art 283.1 LECr, que sigue vigente, conforme establece la disposición adicional primera de la LO.12/95, de 12 de diciembre sobre represión del contrabando, en el ámbito de los delitos contemplados en el mismo tiene encomendadas funciones propias de Policía Judicial, que debe ejercer en coordinación con otros cuerpos policiales y bajo la dependencia de los Jueces de instrucción y del Ministerio Fiscal. Tercero, las actuaciones realizadas por el SVA en el referido ámbito de competencia son procesalmente válidas”

-Reiteración de anteriores Acuerdos:

--Vulneración del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas.

--Formas imperfectas del delito de contrabando.

--Derecho a la doble instancia(Acuerdos nº 75, de 13-9-2000;y nº 88, de 28-9-2001).

C) Materias no abordadas.

a) Desde luego existen, y las razones de ello pueden ser variadas:

-Porque el delito de referencia no haya sido nunca analizado por el TS, teniendo en cuenta los que a él tienen acceso a través de la casación.

-Porque siendo la línea jurisprudencial mantenida, firme, no se haya planteado discusión al respecto.

-Porque, a pesar de la existencia de discusión, y de su planteamiento en algún Pleno, la propuesta no alcanzó los votos necesarios para su aprobación. (Así, Acuerdo nº 60, de 26-2-1999, sobre falsedad ideológica).

b) Hay casos en que se suscita *duda* sobre adopción o no de Acuerdo, por lo que afirme alguna sentencia. Hay así casos en que una STS, aunque venga a decir que hay acuerdo, en realidad, esté citando las consecuencias de la falta del mismo, habida cuenta de la propuesta que no fue aprobada en la reunión plenaria.

Así, la STS de 14-10-2005, con relación al Pleno de 26-2-1999, al decir que: “hay que partir como referente necesario de que el Pleno no jurisdiccional de la Sala citado, acordó por una mayoría, exigua si se quiere, pero en definitiva mayoría de la sala que no se había producido en el nuevo código la pretendida despenalización de la falsedad ideológica, es decir aquella en que todo lo que se narra, fecha, intervinientes es cierto, pero la operación narrada no corresponde a operación comercial alguna...”

D) Causa de los acuerdos.

1. ¿Qué es lo que lleva a debatir una cuestión en el Pleno y a adoptar el Acuerdo?

GRANADOS ²⁶ dice –como ya vimos– que en el Pleno de 8-5-1997 se indicó que “las indicadas Juntas constituyen un buen procedimiento para alcanzar la unificación en la aplicación del ordenamiento jurídico...pudiendo suscitarse las cuestiones penales sustantivas o procesales que surjan como consecuencia de cambios legislativos o que no hayan sido resueltas de una forma consolidada por la Sala, o respecto a las cuales hayan surgido criterios distintos a los hasta ahora existentes”.

2. Siguiendo a IÑIGO CORROZA Y A RUIZ DE ERENCHUN, podemos distinguir:

a)-Acuerdos adoptados con ocasión de una *reforma legal* o novedad legislativa, sin que sea posible esperar a que se consolide la oportuna doctrina jurisprudencial.

Así el Acuerdo de 3-5-1994, en relación con la reforma introducida por la L.10/92, de 30 de abril, que establecía que el registro se practicaría siempre a presencia del Secretario, o si así lo autorizara el Juez, de un funcionario de Policía Judicial o de otro funcionario público que hiciera sus veces. En concreto se planteó la cuestión de si hecha la delegación a funcionario de Policía, adquiriría éste o no la facultad de otorgar fe pública judicial, convirtiéndose en prueba preconstituida. El Acuerdo fue que: “*No constituye prueba constituida y la diligencia y su contenido deberá ser ratificado por los funcionarios policiales en el acto del juicio oral*”.

²⁶ Ob. Cit. Preámbulo.

b)- Acuerdos para *salir al paso* de decisiones ajenas.

Se puede citar el Acuerdo de 13-9-2000 sobre el Dictamen del Comité de Derechos Humanos de la ONU, en relación con el art 14-5 del PIDCP de Nueva York, sobre la doble instancia.

Igualmente, los Acuerdos sobre la doctrina mantenida en STC 63/2005, sobre la prescripción, de 12-5-2005(en el sentido que ya vimos) y 25-4-2006, decidiendo “*mantener la actual jurisprudencia sobre la interrupción de la prescripción pese a la sentencia del TC 63/2005*”.

c)- Acuerdos para *ratificar* la doctrina mantenida en otros anteriores. Ejemplos claros son los acabados de citar, sobre prescripción.

Además, el Acuerdo de 13-3-2013 contempló la propuesta de variar la doctrina existente-recogida en dos precedentes- sobre la eficacia de la eventual estimación de un recurso del Fiscal para unificación de doctrina, según la cual la estimación del recurso solo debería afectar a la situación concreta cuando fuera favorable *al menor*, pero no cuando empeorara su situación.

Se resolvió que: “*Sin perjuicio del valor de la doctrina plasmada para supuestos futuros, la estimación de un recurso de casación para unificación de doctrina en materia de menores (art. 42 LORPM) solo incidirá en la situación concreta decidida por la sentencia recurrida si es favorable al menor.*”

d)-Acuerdos para dar *respuesta* a nuevas *realidades sociales*.

El Acuerdo de 7-6-1994 examinó si la droga conocida como *éxtasis* se podía incluir entre las que causan grave daño a la salud, decidiendo lógicamente que sí.

El Acuerdo de 13-12-2004 estableció que “la sustancia GHB(gammahidroxitirato y ácido gammahidroxitirico) *causa grave daño a la salud*, como también la sustancia BBL(gammabutiro lactona); y que la cantidad de *notoria importancia debe fijarse en 10.500 gramos* de dicha sustancia en estado puro”.

e)- Acuerdos para *salvar lagunas legales*.

El Acuerdo de 25-2-2000 regula con detalle la competencia y la tramitación de los *recursos de anulación*, contra sentencias condenatorias dictadas *en ausencia*, según previsión del art 797.2º (hoy 792.3 y 793. 1 y 2 LECr).

El Acuerdo de 25-7-2004 regula los requisitos del recurso de casación para unificación de doctrina en *materia penitenciaria*.

El Acuerdo de 22-7-2008 aclaró que : “La referencia que el art 847 LECr hace al recurso de casación *por infracción de ley* contra las sentencias dictadas por las Salas Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia, *incluye* los motivos previstos en los números *1 y 2 del art 849* de la LECr”

f)-Acuerdos para realizar *propuestas de modificación legal*.

El Acuerdo de 25-5-2005, en relación con la penalidad de algunos supuestos de los arts 368 y 369 CP (Tráfico de drogas), resolvió que: “La Sala debe proponer el texto al Gobierno, y en dicha propuesta debe incluirse una penalidad

máxima que determine que estos casos sean susceptibles de casación ante el Tribunal Supremo”.

El Acuerdo de 25-10-2005 propone la modificación de la redacción del art 368 CP, del siguiente modo:

“Cuando se trate de cantidades módicas las penas deberían ser de *seis meses a dos años* de prisión, cuando se trate de penas que no causen grave daño a la salud, y de *dos a cinco años* si se trata de sustancias que sí causan grave daño a la salud”.

Y como propuesta alternativa a la anterior se propone: “Añadir un *segundo párrafo* al actual 368 CP con el siguiente texto <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>.”

Hay que decir que, en este caso, la reforma introducida por la LO 5/2010, de 22 de junio, atendió la reforma interesada, rebajando el máximo de la pena(6 años, en vez de 9) en el caso de grave daño para la salud, e introduciendo el segundo párrafo mencionado, “en atención a la *escasa entidad del hecho y a las circunstancias personales del culpable*”.

g)-Acuerdos *para resolver dudas* o para salvar posiciones antagónicas surgidas en el curso de una *deliberación*, o cuando hay constancia en su curso de un criterio mayoritario distinto al que se ha venido manteniendo en otras sentencias de la Sala.

--El Acuerdo de 24-4-2013 fue tomado a partir de la conciencia de que se habían tomado resoluciones contradictorias en diferentes sentencias de la Sala, y en diferentes Juzgados de

Violencia contra la Mujer, según expuso en su momento la Presidencia de la Audiencia provincial de Madrid.

Así se planteó si la dispensa del deber de declarar establecida en el art 416.1 LECr, alcanza a cónyuges y personas ligadas por análoga relación de afectividad sólo mientras subsiste el matrimonio o vínculo afectivo asimilable, o si por el contrario, se extiende a los casos en que ha cesado definitivamente la vinculación.

Y, se acordó que: *“La exención de la obligación de declarar previstas en el art 416.1 LECr alcanza a las personas que están o han estado unidas por alguno de los vínculos a que se refiere el precepto, exceptuándose:*

A) La declaración por hechos acaecidos con posterioridad a la disolución del matrimonio o cese definitivo de la situación análoga de afecto.

B) Los supuestos en que el testigo esté personado como acusación en el proceso”.

--En sesión de 13-3-2013 se debatió el criterio de interpretación del art. 59.1 de la L. O. del Tribunal del Jurado, en asuntos en que no se alcanza una mayoría de cinco jurados favorables a la absolución ni de siete favorables a la condena. En el marco de las deliberaciones del asunto concreto del que surgió la cuestión, los integrantes de la Sala eran partidarios todos de la procedencia de devolver el veredicto al Jurado en esos supuestos. Entendiendo no ser correcto legalmente proceder directamente a la absolución, como se interpretó en tal supuestos, con la base de unos pronunciamientos anteriores de esta Sala Segunda. Dado que plasmar esa solución en la sentencia suponía apartarse de esas sentencias previas, se optó por sugerir el

debate en el Pleno para propiciar una opinión uniforme y una respuesta de futuro homogénea. Y entendió el ponente que, con arreglo a la ley en esos casos la única solución viable es la devolución del veredicto al jurado; y, eventualmente, tras un nuevo fracaso del jurado para obtener las mayorías exigidas, la disolución del jurado y la convocatoria de un nuevo juicio conforme a lo prevenido en el art. 65 LOTJ.

Buscando un punto intermedio se propuso una interpretación, a tenor de la cual la aprobación de todo aspecto favorable (en cuyo ámbito hay que integrar tantos los hechos calificados como tales, como el rechazo como probado del hecho desfavorable) requerirá la mayoría de cinco votos (mayoría absoluta). La mayoría cualificada (siete votos) solo se exige para declarar probados los hechos desfavorables (pero no para no considerarlos probados).

Esa tesis supone que el jurado no alcanzará veredicto solo cuando existan unas mayorías de cinco/cuatro o seis/tres favorables a considerar probados los hechos objeto de acusación. Solo en esos supuestos entrarán en juego los mecanismos previstos en los arts. 63 y 65 LOTJ (devolución del acta por no alcanzarse mayorías necesarias y, tras tres devoluciones, disolución para nuevo juicio en el que ya la no obtención de mayorías abocará a una sentencia absolutoria).

Como resultado de ello se tomó el siguiente Acuerdo:

“MAYORÍAS NECESARIAS PARA ALCANZAR UN VEREDICTO EN EL PROCESO DEL JURADO:

a) PARA DECLARAR PROBADO UN HECHO DESFAVORABLE SERÁ NECESARIO EL VOTO DE, AL MENOS, SIETE JURADOS.

b) PARA DECLARAR NO PROBADO EL HE-

CHO DESFAVORABLE SON NECESARIOS AL MENOS, CINCO VOTOS.

c) SI NO SE ALCANZA ALGUNA DE ESAS MAYORÍAS, NO HABRÁ VEREDICTO VÁLIDO Y HABRÁ QUE OPERAR EN LA FORMA PREVISTA EN LOS ARTS. 63 Y 65 LOTJ (SUPUESTOS DE SEIS O CINCO VOTOS A FAVOR DE DECLARAR PROBADO EL HECHO DESFAVORABLE).

d) PARA DECLARAR PROBADO EL HECHO FAVORABLE ES NECESARIO EL VOTO DE CINCO JURADOS. EL HECHO FAVORABLE SE CONSIDERARÁ NO PROBADO POR EL VOTO DE CINCO JURADOS.”

Y por citar un supuesto más moderno, en el curso de la deliberación del RC 10322/17 cuyo supuesto fáctico consistió en que el acusado y condenado en la instancia, utilizando las redes sociales Tuenti y Watshapp contactó con varias jóvenes menores de edad, manteniendo con ellas *conversaciones de contenido sexual*, y enviaba ficheros con *fotos y vídeos* de sus órganos sexuales, solicitando siempre fotografías de los órganos sexuales de las personas con las que conversaba por mensajería y lográndolas en alguna ocasión, en reciprocidad a las que él enviaba. Todo ello con intención de satisfacer su apetito sexual.

Las discrepancias suscitadas entre los miembros de la Sección en la deliberación de 4-11-2017, fueron resueltas tras interrumpirse aquélla, por el **Pleno** no jurisdiccional de **8-11-2017**, que entendió que el delito el art. 183 ter y los delitos de los arts 183 y 189 CP eran

plenamente compatibles al **añadir** a las conductas de *agresión, abuso sexual, o creación de pornografía infantil*, un indudable grado de desvalor, precisamente por servirse de ese medio comisivo(*child grooming*).

Ello hace que la relación entre el art. 183 ter, considerando acto preparatorio, se halle, en conexión a los delitos fin allí descritos (art 183 y 189) en una relación de concurso de delitos, que deberán merecer cada uno de ellos las condenas procedentes (*concurso real* de delitos).

En aplicación del criterio establecido, se volvió a reunir la Sección, resolviendo jurisdiccionalmente su asunto mediante Sentencia 777/2017, que desestimó el recurso, aunque hubo dos votos particulares discrepantes de la mayoría, sosteniendo que los actos comprendidos en el art. 183 ter son considerados doctrinalmente como actos preparatorios de los delitos fin, como una progresión delictiva, lo que conduciría a considerar absorbido el tipo del art 183 bis(ahora 183 ter; en el 183(delitos de abuso) en aplicación del principio hermeneútico de consunción(art. 8.3CP).

E) Distribución Temporal.

Veamos la siguiente tabla ilustrativa:

· Año 1991	5 Acuerdos
· " 1992	2
· " 1993	2
· " 1994	8
· " 1995	2
· " 1996	3
· " 1997	15

- . " 1998 18
 - . " 1999 11
 - . " 2000 6 Plenos, con 10 acuerdos.
 - . " 2001 6 Plenos, con 8 acuerdos.
 - . " 2002 5 Plenos, con 7 acuerdos.
 - . " 2003 5 Plenos, con 5 acuerdos.
 - . " 2004 2 Plenos, con 2 acuerdos.
 - . " 2005 10 Plenos, con 26 acuerdos.
 - . " 2006 7 Plenos, con 13 acuerdos.²⁷
 - . " 2007 6 Plenos, con 9 acuerdos.
 - . " 2008 6 Plenos, con 13 acuerdos.
 - . " 2009 6 Plenos, con 9 acuerdos.
 - . " 2010 3 Plenos, con 5 acuerdos.²⁸
 - . " 2011 1 Pleno, con 1 acuerdo.²⁹
 - . " 2012 2 Plenos, con 3 acuerdos.
 - . " 2013 4 (13 de marzo, 24 de abril, 12 de noviembre, 19 de diciembre)³⁰. Con 6 acuerdos.
-
- . " 2014 3 (24 de septiembre, 21 de octubre, 2 de diciembre) Con 3 acuerdos.
 - . " 2015 5 (20 de enero, 4 de marzo, 27 de mayo, 3 de junio, 8 de julio). Con 5 acuerdos.
 - . " 2016 5 (3 de febrero, 31 de mayo, 9 de junio, 24 de noviembre, 15 de diciembre). Con 6 acuerdos.
 - . " 2017 6 (9 de marzo, 23, 24 y 25 de mayo, 8 de noviembre y 12 de diciembre). Con 7 acuerdos.

27 Datos procedentes de Iñigo Corroza, Elena; y Ruiz de Erenchun Arreche, Eduardo. Ob. Cit. Pag. 52; y Y Gabinete Técnico de la Sala de lo Penal del TS.

28 Fuente: Gabinete Técnico Sala de lo Penal del TS. Actualización Junio 2011.

29 Fuente: Gabinete Técnico Sala de lo Penal del TS. Actualización Marzo 2013

30 Fuente : Gabinete Técnico Sala de lo Penal TS. Actualización julio 2017

Hay que advertir, por tanto, que en una sola sesión se pueden tomar varios Acuerdos. Así, por ejemplo, si en el Pleno de 12 de noviembre de 2013, se trató sólo de las repercusiones sobre la Doctrina Parot de la Sentencia de la Gran Sala del TEDH de 21 de octubre de 2013; en cambio, en el Pleno de 19 de diciembre, se trataron dos temas: En primer lugar, la abonabilidad de la obligación de comparecencia ante el Juzgado o Tribunal para el cumplimiento de la pena impuesta; y en segundo lugar, la declinatoria de jurisdicción como artículo de previo pronunciamiento. Y los mismo en otros muchos plenos, como el todavía reciente de 24 de mayo 2017, donde se abordó un primer asunto sobre “*las dificultades de audición de grabación el juicio oral y derecho de defensa*”, adoptándose como acuerdo que:

“1. El actual sistema de documentación de los juicios orales es altamente insatisfactorio y debería ser complementado por un sistema de estenotipia.

Dada la naturaleza de las deficiencias observadas en numerosos casos, habrán de garantizarse, en relación con lo dispuesto en el art.743 de la LECr, la autenticidad, integridad y accesibilidad del contenido del soporte que se entregue a las partes y del que se remita a los Tribunales competentes para la resolución del recurso.

2. 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.

Y en tal sesión se estudió también “*la cuestión relativa al valor de la droga cuando no consta tasación pericial*”, acordándose que:

“El valor de la droga es un elemento indispensable para la fijación de la consecuencia jurídica del delito contra la salud pública y, por lo tanto, debe declararse en el relato fáctico de la sentencia.

Para su acreditación deberán valorarse los informes periciales o cualesquiera otros medios que reflejen el valor de la droga o el beneficio que con las mismas se ha obtenido o se pretendía obtener”.

También hay que añadir, que en la misma sesión pueden tomarse acuerdos de carácter no jurisdiccional y jurisdiccional, como ha ocurrido en 8 de noviembre y 12 de diciembre últimos.

En la primera fecha, el pleno no jurisdiccional tuvo por objeto el tratamiento concursal del delito de *child grooming* (art 183 bis CP), cuando el contacto con el menor va seguido de una lesión efectiva de su identidad sexual. Frente a la *absorción*, o consunción como un supuesto de progresión delictiva, prevaleció su consideración como *concurso* de delitos.

Y en el pleno jurisdiccional –como veremos– se trató sobre el concepto de *conducción* del art. 379 CP en los casos en que el vehículo es encontrado detenido en la vía. Estando su conductor dentro, bebido y dormido, se consideró al mismo incurso en el delito de conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas

Y en la segunda fecha, el pleno no jurisdiccional trató sobre la nueva redacción del art. 77.3 CP y la determinación de la *competencia* entre los Juzgados de lo Penal y las Audiencias Provinciales, con motivo de la nueva penalidad atribuida al *concurso medial*. Y el pleno jurisdiccional tuvo por objeto el es-

tudio del concepto de *resistencia* del art. 556 CP, tras la reforma por la LO.1/2015.

F) Razonamiento de los acuerdos.

a) Necesidad de motivar.

Tanto el TC como el propio TS, refiriéndose al derecho a obtener una resolución jurídicamente fundada, como manifestación del derecho a la tutela judicial efectiva, han venido exigiendo una serie de requisitos para satisfacer el deber de motivación de todas las resoluciones judiciales (Cfr SSTC 18-5-1993;10-6-1994;16-12-97; y SSTS 23-4-2002 y 16-4-2003).

Y motivar es “*hacer conocer las razones que sirvieron de apoyatura a la decisión adoptada, quedando así de manifiesto que no se ha actuado con arbitrariedad*”.(Cfr. STS 22-4-2005).

Ciertamente que los Acuerdos no son resoluciones convencionales como las comprendidas en el art 141 LECr. (Otra cosa sería una decisión tomada en un pleno jurisdiccional), pero no dejan de ser una plasmación de una *decisión judicial*:

-que emana “del órgano jurisdiccional penal superior en todos los órdenes”,

- y que, para el propio TS. “son vinculantes”.

b) Efectiva motivación.

Sobre ello hay que distinguir :

a) Los propios Acuerdos. Aunque sorprenda, pese a su complejidad y trascendencia, no suelen tener razonamiento al-

guno. Vienen a contener una *mera declaración de voluntad* en determinada materia.

Como ejemplo, además de los que ya hemos visto, podríamos citar: - El de 25-5-2005, que señala que “*es equivalente acceder carnalmente a hacerse acceder*”.

b) Las sentencias, que son dictadas resolviendo la cuestión que ha dado lugar a la convocatoria del Pleno y a la toma del Acuerdo, o aplicando la decisión del Pleno, aunque no haya quedado pendiente de ella asunto alguno. Como tales sentencias, contienen la fundamentación exigida y habitual.

Es el caso, por poner un ejemplo reciente, del Pleno no jurisdiccional de 22-5-2017.

G) Naturaleza y posibles conclusiones.

A) Progresiva institucionalización.

Desde sus comienzos, con la adopción en 1991 de los primeros Acuerdos, hasta ahora, el propio TS ha venido concediendo cada vez más importancia a los mismos, consciente de su función de unificador de doctrina y de proporcionar seguridad jurídica.

Y ello de dos modos:

---Por su mayor frecuencia periódica.

---Porque se ha oficializado su divulgación.

B) Qué no son los Acuerdos.

a) No son ley.

Evidentemente, porque no provienen del Poder legislativo.

Así pues, lo que hacen los Jueces es actuar como intérpretes de la Ley para que esta sea aplicable, bajo los principios de *igualdad y de seguridad jurídica*.

Cuando los magistrados del TS. deciden cuál es la interpretación correcta para un determinado grupo de casos, de entre las varias que son posibles con las reglas tradicionales de interpretación, lo que están haciendo es desarrollar el Derecho, no creando Derecho nuevo y distinto.

b) No suponen un criterio interpretativo nuevo.

Los Acuerdos se han de ajustar a los criterios interpretativos existentes. Pues, según el art 3.1 CC “Las normas se interpretarán:

- a. en el sentido propio de sus palabras,
- b. en relación con el contexto,
- c. los antecedentes históricos y legislativos
- d. y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas,
- e. atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquéllas.

c) No son jurisprudencia.

No son ni providencias, ni autos, ni sentencias.

No son “precedente cualificado”, que sí lo serán las sentencias que recojan el contenido fijado en los Acuerdos, en el sentido de que la jurisprudencia reiterada del TS. es precedente que efectivamente complementa las Fuentes del Derecho (art. 1.6º CC.).

d) No son propiamente normas jurídicas. No pertenecen al sistema jurídico, pero influyen en él. Suponen la concreción de una de las soluciones que ha previsto el Tribunal Supremo para hacer frente a la expectativa social de demanda de seguridad jurídica.

C) Los Acuerdos, podemos decir que son instrumentos de actuación del Tribunal para publicitar su opinión doctrinal sobre asuntos de discutida y discutible interpretación³¹.

Los Acuerdos ponen de manifiesto la tensión latente entre el principio orgánico de independencia judicial y el constitucional de seguridad jurídica (9.3 CE).

D) Nivel de vinculación.

Como los Acuerdos no son leyes y tampoco son jurisprudencia, no pueden vincular legalmente. Aunque sí vinculan de manera normativa a los magistrados de la Sala Segunda, aunque no suponga que apartarse del Acuerdo conlleve sanción.

Los jueces y magistrados de instancias inferiores estarán vinculados jurídicamente a partir del momento en que los acuerdos se plasmen en jurisprudencia, y solo en la medida en que vincule la jurisprudencia.

Por eso cuando un tribunal inferior se aparte en su resolución de la jurisprudencia del TS recogida en los Acuerdos, la consecuencia será que la sentencia podrá ser casada, pero sin sanción o consecuencia alguna para el juez o magistrado.

³¹ Ver STS nº 397/2011, de 24 de mayo (Ponente J.M. Berdugo Gómez de la Torre)

V. PLENOS JURISDICCIONALES.

1. INTRODUCCIÓN.

Como sabemos, nuestro sistema penal *ha carecido*, de la unificación de doctrina, como **regla general**, hasta la modificación producida por el art. único.12 de la **Ley 41/2015, de 5 de octubre**. Ref. BOE-A-2015-10726.

La Ley 41/2015, de 5 de octubre, de modificación de la LECr, para la agilización de la justicia penal y el fortalecimiento de las garantías procesales incluye una reforma especialmente relevante en materia de recursos en el procedimiento penal, por tres razones:

- 1) Incluye la instauración de la segunda instancia.
- 2) Amplía el recurso de casación.
- 3) Reforma el recurso extraordinario de revisión

2. GENERALIZACIÓN DE LA SEGUNDA INSTANCIA.

La Ley 41/2015, de 5 de octubre, ha previsto un recurso de apelación con carácter general en nuestro ordenamiento, de la siguiente manera:

1) Se mantiene el recurso de apelación contra las sentencias dictadas por el Juzgado de lo Penal en primera instancia. De tal recurso conoce la Audiencia Provincial correspondiente.

2) Introduce en la norma procesal el recurso de apelación contra las sentencias dictadas por las Audiencias Provinciales o la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional en primera instancia (la previsión competencial ya se recogía en la LOPJ desde la reforma por la LO 19/2003, de 23 de diciembre). De tal recurso de apelación conoce la Sala de lo Civil y Penal del

Tribunal Superior de Justicia correspondiente o la Sala de Apelación de la Audiencia Nacional, respectivamente.

Para ello se introduce un nuevo art. **846 ter** de la LECr, con el siguiente contenido... *1. Los autos que supongan la finalización del proceso por falta de jurisdicción o sobreseimiento libre y las sentencias dictadas por las Audiencias Provinciales o la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional en primera instancia son recurribles en apelación ante las Salas de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia de su territorio y ante la Sala de Apelación de la Audiencia Nacional, respectivamente, que resolverán las apelaciones en sentencia.*

2. La Sala de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia y la Sala de Apelación de la Audiencia Nacional se constituirán con tres magistrados para el conocimiento de los recursos de apelación previstos en el apartado anterior.

3. Los recursos de apelación contra las resoluciones previstas en el apartado 1 de este artículo se registrarán por lo dispuesto en los artículos 790, 791 y 792 de esta ley, si bien las referencias efectuadas a los Juzgados de lo Penal se entenderán realizadas al órgano que haya dictado la resolución recurrida y las referencias a las Audiencias al que sea competente para el conocimiento del recurso.

3. LA AMPLIACIÓN DEL RECURSO DE CASACIÓN.

Por otra parte, la Ley 41/2015, de 5 de octubre, ha ampliado el ámbito del recurso de casación, de manera que extiende, como regla general el recurso de casación a todos los procedimientos seguidos por delito, con independencia de su gravedad y de cuál sea el órgano que dicta la sentencia de instancia. La casación se amplía a todos los delitos(con alguna

excepción) ya provenga la sentencia de primera instancia de un órgano colegiado (Audiencia Provincial o Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional) o unipersonal (Juzgado de lo Penal).

El mismo Preámbulo de la Ley indicada, señala que :

“Junto con la reforma de la segunda instancia es necesario remodelar la casación para conseguir que cumpla de forma eficaz su función unificadora de la doctrina penal. Actualmente un porcentaje limitado de delitos tiene acceso al recurso de casación y, por consiguiente, su interpretación unificadora se lleva a cabo por las Audiencias Provinciales lo que no garantiza un tratamiento homogéneo para toda España. A esta realidad se unen las sucesivas reformas del Código Penal, a impulsos de exigencias sociales, transposición de directivas europeas o con motivo del cumplimiento de normativas internacionales, la última de las cuales en virtud de la LO 1/2015, de 30 de marzo, ha supuesto cambios profundos en la ley sustantiva. Ante esta situación se hacía imprescindible una reforma del ámbito material del recurso de casación para permitir que el Tribunal Supremo aportara la exigible uniformidad en tales materias.”

Para ello se da nueva redacción al **artículo 847** la LECr, que dice así:

“1. Procede recurso de casación:

a) Por infracción de ley y por quebrantamiento de forma contra:

1.º Las sentencias dictadas en única instancia o en apelación por la Sala de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia.

2.º Las sentencias dictadas por la Sala de Apelación de la Audiencia Nacional.

b) Por infracción de ley del motivo previsto en el número 1.º del artículo 849 contra las sentencias dictadas en apelación por las Audiencias Provinciales y la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional.

2. Quedan exceptuadas aquellas que se limiten a declarar la nulidad de las sentencias recaídas en primera instancia.

Tal régimen jurídico se complementa con el **Artículo 888**³²:

La resolución en que se deniegue la admisión del recurso adoptará la forma de auto y se publicará en la «Colección Legislativa», expresando el nombre del ponente. La resolución en que se admita no se publicará.

Los antecedentes de hecho y los fundamentos de derecho de las decisiones se limitarán a los puntos pertinentes a la cuestión resuelta.

Quando en una misma resolución se deniegue la admisión del recurso por alguno de sus fundamentos y se admita en cuanto a otros, o cuando se admita el recurso interpuesto por un interesado y se deniegue respecto de otro, deberá fundarse aquélla en cuanto a la parte denegatoria y publicarse en la «Colección Legislativa».

Y el art Artículo **889**³³, tras su última reforma, concluye que:

Para denegar la admisión del recurso será necesario que el acuerdo se adopte por unanimidad.

La inadmisión a trámite del recurso de casación en el supuesto previsto en el artículo 847.1.b) podrá acordarse por providencia sucintamente motivada siempre que haya unanimidad por carencia de interés casacional.

32 Se modifica por el art. 2.138 de la Ley 13/2009, de 3 de noviembre. [Ref. BOE-A-2009-17493.](#)

33 Añadido el segundo párrafo por el art. único.14 de la Ley 41/2015, de 5 de octubre. [Ref. BOE-A-2015-10726](#)):

4. SISTEMA ACTUAL DE RECURSOS.

De acuerdo con la reforma indicada y teniendo en cuenta que el régimen de recursos previsto para el procedimiento ante el Tribunal del Jurado no ha experimentado modificación, el sistema de recursos actual es el siguiente:

1) Sentencia dictada en primera instancia por un Juzgado de lo Penal:

-Recurso de apelación ante la Audiencia Provincial.

-Contra la sentencia dictada en apelación, cabe recurso de casación (art. 847.1, letra b) de la LECR).

2) Sentencia dictada en primera instancia por un Juzgado Central de lo Penal:

-Recurso de apelación ante Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional. Contra la sentencia dictada en apelación, cabe recurso de casación (art. 847.1, letra b) de la LECR).

3) Sentencia dictada en primera instancia por una Audiencia Provincial:

-Recurso de apelación ante la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia (art 73.3. letra c) LOPJ).

-Contra la sentencia dictada en apelación, cabe recurso de **casación** (art. 847.1, letra a) n° 1° LECr).

4) Sentencia dictada en primera instancia por la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional:

-Recurso de apelación ante la Sala de Apelación de la Audiencia Nacional (art. 65 bis LOPJ).

-Contra la sentencia dictada en apelación, cabe recurso de **casación** (art. 847.1, letra a), n° 2° LECr).

5) Sentencia dictada en primera instancia por un Tribunal del Jurado:

-Recurso de apelación ante la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia.

-Contra la sentencia dictada en apelación, cabe recurso de **casación**(art. 847.1, letra a), nº 1º LECR).

6) Sentencia dictada en única instancia por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia (aforados).

-Contra ellas solo cabe recurso de **casación**(art 847.1, letra a), nº 1º LECr).

5. INCIDENCIA DE LA REFORMA DE 2015 EN EL ÁMBITO DEL RECURSO DE CASACIÓN.

5.1) Características del recurso de casación tras la reforma de 2015.

--Cabe apuntar dos notas genéricas:

1º)Es un recurso contra sentencias dictadas en apelación(y no en única instancia como sucedía antes de la reforma).

2º)Se amplía a todas las sentencias y a todos los procedimientos por delito. Pero, tal regla general tiene excepciones:

2º.1) No cabe recurso de casación si la sentencia de apelación se limita a declarar la nulidad de la sentencia recaída en primera instancia(art. 847.2 LECr). Esta exclusión se justifica por el Preámbulo de la Ley 41/2015, de 5 de octubre, así:

En segundo lugar, se excluyen del recurso de casación las sentencias que no sean definitivas, esto es, aquellas que se limiten a declarar la nulidad de las resoluciones recaídas en primera instancia, por considerarse que en estas situaciones la casación se convertiría en un trámite superfluo y dilatorio, sin

que suponga sustraer la causa al conocimiento del Tribunal Supremo, toda vez que esta vía impugnativa permanecerá abierta una vez resueltas las causas de nulidad”.

2º.2) No cabe recurso de casación contra sentencias dictadas por un Juzgado de lo Penal en relación con delitos leves. Así lo dispone el art. 977 de la LECr, al indicar que sólo cabe apelación, y que contra la sentencia que se dicte en segunda instancia no habrá lugar a recurso alguno.

Pues bien, siendo así, es previsible que estas características del recurso incidan en el número de procedimientos de los que debe de conocer la Sala de lo Penal. El legislador es consciente del previsible impacto que esta circunstancia puede tener sobre la carga de trabajo del órgano de casación, y por ello, el Preámbulo de la Ley 41/2015, de 5 de octubre, señala que la reforma contempla distintas medidas que “*actuarán como contrapesos para equilibrar el modelo y hacerlo plenamente viable* “.Esas medidas son las siguientes:

1º) Se generaliza el recurso de casación por infracción de ley, si bien acotado al motivo primero del art. 849 LECr, y reservando el resto de los motivos para los delitos de mayor gravedad.

2º) Se excluyen del recurso de casación las sentencias que no sean definitivas, esto es, aquellas que se limiten a declarar la nulidad de las resoluciones recaídas en primera instancia, como ya se ha indicado anteriormente.

3º) Se instituye la posibilidad de que el recurso pueda ser inadmitido a trámite mediante providencia, “*sucintamente motivada*”, por unanimidad de los componentes de la Sala “*cuando carezca de interés casacional*”. Si bien ello procede exclusivamente, cuando se trate de recursos interpuestos contra

sentencias dictadas en apelación por las Audiencias Provinciales o la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional.

A efectos de **determinar la existencia de ese “interés casacional”**, el Preámbulo de la Ley reformadora señala que deberán tomarse en consideración diversos aspectos; entre otros, los siguientes:

- a) Si la sentencia recurrida se opone abiertamente a la doctrina jurisprudencial emanada del Tribunal Supremo.
- b) Si resuelve cuestiones sobre las que exista jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales
- c) O si aplica normas que no lleven más de cinco años en vigor, siempre que, en este último caso, no existiese una doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo ya consolidada relativa a normas anteriores de igual o similar contenido.

5.2. Posible limitación del recurso.

De todo lo anterior parece resultar que la redacción legal **limita** los motivos del recurso, al error de Derecho del art. 849.1 LECr, cuando la sentencia se haya dictado en primera instancia por un Juzgado de lo Penal, con posterior recurso de apelación ante la Audiencia Provincial.

Ello no obstante, se han barajado argumentos a favor y en contra de una limitación de los motivos del recurso de casación.

5.3. Argumentos en contra de una limitación de los motivos del recurso de casación.

1) La dicción del art. 847.1, letra b) de la LECr no puede obviar la pervivencia del art. 852 de la LECr, que señala: *“En todo caso, el recurso de casación podrá interponerse fundándose en la infracción de precepto constitucional”*; como tampoco la del art. 5.4 LOPJ, según el que *“En todos los casos en que, según la ley, proceda recurso de casación, será suficiente para fundamentarlo la infracción de precepto constitucional”*. Precepto este último que se recoge en ley orgánica, que es el instrumento normativo para el desarrollo de los derechos fundamentales (art. 81.1 CE), por lo que seguiría prevaleciendo sobre la restricción del art. 847.1 LECr.

2) El art. 847 de la LECr se remite al *“motivo previsto en el n° 1° del art. 849”* y el mismo se refiere a la infracción de *“--un precepto penal de carácter sustantivo; --u otra norma jurídica del mismo carácter que deba ser observada en la aplicación de la Ley penal”*.

Y en este ámbito la jurisprudencia constitucional³⁴ ha venido entendiendo que por medio de este motivo es factible alegar la norma penal sustantiva y también las normas que conforman el proceso debido y los derechos fundamentales de las personas en el proceso penal, así como las reglas procesales que configuran el régimen probatorio.

Conforme con esta interpretación, el motivo del art. 849.1 LECr, al que se remite el art. 847.1, letra b)

³⁴ Ver, entre otras, SSTC 21/94, de 27 de enero y 45/2011, de 11 de febrero.

LECr, permitiría que en el caso de sentencias dictadas en primera instancia por los Juzgados de lo Penal también se alegaran las vulneraciones de preceptos constitucionales y de normas procesales.

3) Si el recurso de casación contra sentencias dictadas en apelación por las Audiencias Provinciales se limita a la infracción de precepto penal sustantivo, sería factible el recurso de *amparo* ante el Tribunal Constitucional, sin haber obtenido antes una posible solución a la cuestión por parte del Tribunal Supremo.

Ello conllevaría, a su vez, dos efectos negativos:

---Se mitiga el carácter directamente aplicable de los derechos fundamentales ante cualquier órgano jurisdiccional, que deriva del art. 5.4 LOPJ- ya citado -, sino también del art. 7.1 LOPJ, según el que *“Los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo Segundo del Título I de la Constitución vinculan, en su integridad, a todos los Jueces y Tribunales y están garantizados bajo la tutela efectiva de los mismos”*.

---Se podría desnaturalizar el carácter de órgano supremo y superior de la organización del poder judicial que el art. 123 de la CE atribuye al T.S., ya que supondría no culminar dentro del Poder Judicial la resolución de una cuestión que es objeto del proceso penal. En tal sentido, incluso sería factible un recurso de *amparo per saltum* y una vez dictada la sentencia de apelación, sin esperar a la resolución de la apelación.

5.4. Argumentos a favor de una limitación de los motivos del recurso de casación.

La vía que autoriza el nuevo art. 847.1 letra b) de la LECr puede interpretarse como la única vía de recurso, y además de manera restrictiva- en el sentido de limitarse al motivo por infracción de precepto penal sustantivo, única y exclusivamente-conforme a los argumentos siguientes:

1) Los términos de la norma son claros, en cuanto que literalmente dicen : “*Procede recurso de casación: (...) b) Por infracción de ley del motivo previsto en el número 1º del art. 849(...)*” La propia norma no recoge otra posibilidad respecto a los motivos de casación, cuando sí lo hace en el caso de la letra a) del precepto, que indica que :”*Procede recurso de casación: a) Por infracción de ley y por quebrantamiento de forma (...)*”.

2) La voluntad del legislador es limitar los motivos del recurso y así lo expresa en el Preámbulo de la reforma, al señalar que:”*Para hacer posible el acceso de los nuevos delitos al recurso de casación la reforma contempla distintas medidas que actuarán como contrapesos para equilibrar el modelo y hacerlo plenamente viable. En primer lugar, se generaliza el recurso de casación por infracción de ley, si bien acotado al motivo primero del art. 849, y reservando el resto de los motivos para los delitos de mayor gravedad.*”

El legislador ha decidido “acotar” los motivos en este caso sólo a uno: el error de Derecho; y, a la vez, ha entendido que el resto de motivos se *reservan* para los

delitos de mayor gravedad(que son los delitos enjuiciados en primera instancia por las Audiencias Provinciales, con posterior recurso de apelación ante la Sala de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia).

3)La tramitación legislativa abona esta interpretación, por la razón siguiente: el art. 792.4 de la LECr, en la redacción dada por el Senado, aludía a que contra la sentencia dictada en apelación(se está refiriendo a la sentencia de apelación contra la sentencia dictada en primera instancia por los Juzgados de lo Penal)*sólo cabrá recurso de casación por interpretación de ley y quebrantamiento de forma en los supuestos previstos en el art. 847*”; sin embargo esta redacción se desechó posteriormente y la redacción definitiva del precepto volvió a la original del Congreso, que es la que se refleja finalmente en el texto legal:” contra la sentencia dictada en apelación sólo cabrá recurso de casación en los supuestos previstos en el art. 847:*contra la sentencia dictada en apelación sólo cabrá recurso de casación en los supuestos previstos en el art. 847*”.Precisamente son tales supuestos, los predefinidos legalmente, no otros, los que permiten discernir qué tipo de impugnación casacional es viable.

4) La nueva redacción del art. 847.1 de la LECr prevalece sobre el art. 852 de la LECr, que señala: “*En todo caso, el recurso de casación podrá interponerse fundándose en la infracción de precepto constitucional*”. Se trata de normas de igual rango,que deben relacionarse conforme al principio de especialidad: el art. 847.1 LECr es ley especial(y, además, posterior en el tiempo).

5) La interpretación flexible, que ensanchaba los límites históricos del error de derecho hasta el punto de incluir en la misma vía las alegaciones sobre vulneración de derechos fundamentales, tiene su origen en una jurisprudencia anterior a la reforma del art. 852 de la LECr (por la Disposición Final 12ª de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil). Pero ahora ya existe una vía concreta para hacer valer la infracción de derechos fundamentales (arts. 5.4 de la LOPJ y 852 de la LECR) y a la misma no se refiere el legislador en la reforma de 2015.

5.5. Posición intermedia.

Sin perjuicio de lo ya expuesto, aún aparece la posibilidad de combinar la aplicación del art. 5.4 LOPJ con el reformado art. 847, letra b) de la LECr, partiendo de la base de que ya existen dos instancias anteriores. Es este un elemento adicional que no estaba presente (salvo en el caso de procedimientos ante el Tribunal del Jurado) antes de la reforma de 2015.

Conforme a ello, sería factible, siempre que la parte lo alegara expresamente, la estimación del motivo de casación por infracción de precepto constitucional, con carácter absolutamente excepcional y concurriendo en todo caso la existencia de interés casacional, cuando la cuestión planteada suponga una vinculación indisoluble entre norma ordinaria y norma constitucional, de manera que la decisión sobre la posible vulneración de ésta sea absolutamente necesaria para decidir sobre la aplicación del Derecho, teniendo relevancia, por ejemplo, para la subsunción. (Por ejemplo, se alegue violación de la tutela judicial efectiva, por haberse

denegado una prueba (testifical o pericial, determinante para la estimación de la autoría o de una causa de exención).

5.6. Ante las diferentes opiniones surgidas el **Ple- no no jurisdiccional** de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, con objeto de aunar criterios, tuvo que abordar el alcance de la reforma en el ámbito del recurso de casación, en su sesión de **9 de junio de 2016**, siendo adoptados los siguientes **acuerdos**:

-Primero. Interpretación del art. 847.1, letra b) LECR:

“**a).** El art. 847.1, letra b) de la la LECr debe ser interpretado en sus propios términos. Las sentencias dictadas en apelación por las Audiencias Provinciales y la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, sólo podrán ser recurridas en casación por el motivo de infracción de ley, previsto en el número primero del art 849 de la LECr, debiendo ser inadmitidos los recursos de casación que se formulen por los arts 849.2º, 850,851 y 852.

a) Los recursos articulados por el art. 849.1º deberán fundarse necesariamente en la infracción de un precepto penal de carácter sustantivo u otra norma jurídica del mismo carácter (sustantivo) que deba ser observada en la aplicación de la Ley Penal (normas determinantes de subsunción),debiendo ser inadmitidos los recursos de casación que aleguen infracciones procesales o constitucionales para reforzar la alegación de infracción de una norma penal sustantiva.

b) Los recursos deberán respetar los hechos probados, debiendo ser inadmitidos los que no los respeten, o efectúen alegaciones en notoria contradicción con ellos, pretendiendo reproducir el debate probatorio(art. 884 LECr).

c) Los recursos deben tener interés casacional. Deberán ser inadmitidos los que carezcan de dicho interés (art. 889.2º), entendiéndose que el recurso tiene interés casacional, conforme a la exposición de motivos:

a. Si la sentencia recurrida se opone abiertamente a la doctrina jurisprudencial emanada del Tribunal Supremo.

b. Si resuelve cuestiones sobre las que exista jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales.

c. Si aplica normas que no lleven más de cinco años en vigor, siempre que, en este último caso, no existiese una doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo ya consolidada relativa a normas anteriores de igual o similar contenido.

e) La providencia de inadmisión es irrecurrible(art. 892 LECr)”.

-Segundo. Posibilidad de recurso de casación contra sentencias recaídas en procesos de delitos leves.

“El art. 847 b) LECr debe ser interpretado en relación con los arts 792.4º y 977, que establecen respectivamente los recursos prevenidos para las sentencias dictadas en apelación respecto de delitos menos graves y respecto de los delitos leves(antiguas faltas). Mien-

tras el art. 792 establece que contra la sentencia de apelación corresponde el recurso de casación previsto en el art. 847, en el art. 977 se establece taxativamente que contra la sentencia de segunda instancia no procede recurso alguno.

En consecuencia, el recurso de casación no se extiende a las sentencias de apelación dictadas en el procedimiento por delitos leves”.

6. SENTENCIAS RECAÍDAS TRAS LA CELEBRACIÓN DE PLENOS JURISDICCIONALES:

Finalmente, hemos de decir que con todos estos antecedentes legislativos, doctrinales y “jurisprudenciales “la Sala, en Plenos celebrados en 23 de febrero, 25 y 26 y 27 de abril, 23, y 25 y 27 de mayo, 8 de noviembre, y 12 de diciembre de 2017, ha resuelto jurisdiccionalmente once asuntos, que, por la cuestión principalmente planteada, podríamos clasificar del siguiente modo:

6.1. Interpretación del concepto de delito leve.

Sentencia 392/2017, de 31 de mayo. (Deliberada en el Pleno de 25-4-17).

Fue recurrida en casación la sentencia dictada por la Audiencia provincial de Valladolid que, partiendo de los hechos fijados en la sentencia de primera instancia fijados por el Juzgado de Violencia sobre la Mujer nº 1 de Valladolid, según el que << el marido, desde su teléfono móvil, envió al de su esposa, un mensaje que decía: *”ten cuidado lo que ablas(sic) con... que os puedo hundir la vida y la vamos a hacer... te boi a undir en la miseria ...lo vas a pasar mal. Tebas a ver en la calle del trabajo no tardando cuando te beauf...”*>>, y que le había

condenado por delito de amenazas leves en el ámbito familiar, aún desestimando –el órgano de apelación– la pretensión absolutoria formulada como pretensión principal, estimó procedente la aplicación del subtipo atenuado del art. 171.6 CP (atendiendo a que las expresiones intimidatorias se produjeron de manera puntual sin que se hubieran vuelto a repetir, y como una reacción colérica propiciada por las varias denuncias que la esposa había interpuesto contra el recurrente, que habían terminado sobreesídas), revocó la pena de 6 meses de prisión impuesta y condenó al acusado a la de 20 días de trabajos en beneficio de la comunidad, así como a las penas de privación del derecho a la tenencia y porte de armas por tiempo de 7 meses y prohibición de aproximarse al lugar de trabajo y residencia de la víctima, en una distancia inferior a 100 mts, además de la prohibición de comunicar con ella por cualquier medio, por tiempo de 1 año y 4 meses.

El mismo recurrente en casación vino a alegar que el art. 13 del CP dispone que son delitos leves las infracciones que castiga con pena leve y que los trabajos en beneficio de la comunidad entre 1 y 30 días, tienen la consideración de pena leve, conforme con el art. 33.4 CP. Y en tal sentido sostiene que las prohibiciones accesorias de acercamiento y de comunicación con la víctima no podrían imponérsele con una duración superior a los seis meses, con arreglo al art. 57.1 CP.

Pues bien, el recurso fue desestimado, sentando la Sala, resumidamente, la siguiente doctrina : *“Las infracciones penales, castigadas con penas alternativas menos graves y leves, serán consideradas como delitos menos graves, con independencia de que la pena finalmente impuesta sea leve. Asimismo, la imposición de las prohibiciones accesorias de aproximación y comunicación con la víctima dependerá, igualmente, de la naturaleza de la infracción”*.

6.2. Delito de hurto.

1) **Sentencia 327/2017, de 9 de mayo** (Deliberada en el Pleno de 27-4-17).

La Audiencia Provincial de Madrid, Sección Segunda, dictó sentencia en 30-9-2016, condenatoria por delito de Hurto, sin concurrencia de circunstancias, a la pena de seis meses de prisión y accesorias, haciendo constar como hechos que: “A hora no determinada del día 26-3-2016, la acusada en el centro comercial Factory Outlet, sito en las Rozas, dentro de la tienda máximo Dutti, *se apoderó de tres chaquetas, cuyo precio es en total 427 euros*, siendo sorprendida por un vigilante de seguridad cuando salía del centro comercial y se dirigía al aparcamiento.

La Sala Segunda desestimó el recurso de casación interpuesto por la condenada y declaró que: *“Para la estimación del valor de la cosa objeto del delito, en los términos del art. 365 LECr; cuando se trate de sustracciones en establecimientos abiertos al público, el IVA formará parte del >>valor de la cosa>> y deberá ser incluido. En consecuencia el valor de lo sustraído en establecimientos comerciales, es el precio de venta al público, que debe interpretarse como la cantidad que debe abonarse para su adquisición”*.

2) **Sentencia 481/2017, de 28 de junio** (Deliberada en el Pleno de 27-4-17, prolongándose la deliberación hasta el 15 de junio).

Se interpuso recurso de casación por el Ministerio Fiscal, contra la sentencia dictada en 11-10-16 por la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Barcelona, que modificó en apelación la de la primera instancia, dictada en 20-5-16 por el Juzgado de lo Penal

nº 16 de Barcelona, que condenó como autor de un delito leve de hurto, en grado de tentativa, pero en la modalidad agravada del art.235.1,7º, a la pena de 8 meses de prisión y accesorias, a quien *había sustraído en las Ramblas de Barcelona a un turista danés, un teléfono móvil, con valor no superior a 400 euros, que fue recuperado y devuelto a su propietario*. La sentencia de la Audiencia condenó al autor a la pena de tres meses de prisión, aplicando el tipo básico del art 234.1 CP, y no el agravado que tomaba en cuenta *haber sido ejecutoriamente condenado el autor al menos por tres delitos comprendidos en este Título*(XIII, Delitos contra el Patrimonio y el Orden Socioeconómico).

El tribunal de casación, desestimó el recurso, entendiendo que:

“Procede una interpretación restrictiva del art. 235.1.7º. CP: Cuando el texto legal se refiere a tres condenas anteriores, éstas han de ser por delitos menos graves o graves, y no por delitos leves(antiguas faltas)”.

Y la Sala sostiene que de este modo, se respeta el concepto de reincidencia que se prevé en la parte general del C.P.(arts 22,8ª y 66.2),y que no resulta excluido de forma específica y singularizada en los arts. 234 y 235 CP. Tal opción no excluye tampoco la aplicación de la multirreincidencia del art 235.1.7ª CP en los supuestos en que los antecedentes penales sean por delitos menos graves de hurto, resultando así una interpretación de la norma que resulta más restringida y acorde con los principios constitucionales relacionados con el elemento de la culpabilidad, especialmente proporcionalidad y *non bis in idem*.

6.3. Delito de *stalking*.

Sentencia 324/2017, de 8 de mayo.(Deliberada en Pleno de 25-4-17).

Se resolvió que “*para que el hostigamiento, previsto en el art. 172.ter.2, CP sea tal, será necesaria una cierta reiteración de las conductas, que dejen patente una voluntad de perseverar en las acciones intrusivas y una cierta prolongación en el tiempo. Es necesario poder acreditar que la víctima se haya visto obligada a cambiar su forma de vida, como consecuencia de un acoso sistemático sin visos de cesar”.*

6.4. Concepto de resistencia del art. 556 CP.

Sentencia 817/2017, de 20 de diciembre. RC. 561/2017.
(Deliberada en Pleno de 12-12-2017).

La cuestión se suscitó, tras la reforma efectuada por la LO.1/2015, que dio lugar a diversas interpretaciones por distintas Audiencias. En el caso, el sancionado en Benidorm por estar *mal estacionado*, inició una *actitud agresiva contra los agentes de Policía local*, lanzando puñetazos, patadas y forcejeando con los cinco agentes que se necesitó para reducirle. El Juzgado de lo penal lo condenó por delito de resistencia grave del art 556.1 CP. tal fallo fue confirmado por la Audiencia de Alicante como tribunal de apelación.

Se resolvió en la correspondiente sentencia de casación que:

1º) La resistencia activa grave sigue constituyendo un delito de *atentado* del art. 550 CP. En la nueva redacción del precepto se incluye como modalidad de atentado la resistencia grave, entendida como aquella que se realiza con intimidación grave o violencia.

2º) La resistencia activa no grave(o simple) y la resistencia pasiva grave siguen siendo subsumibles en el delito de *resistencia* del art. 556.1 CP. Aunque la resistencia del art. 556 CP es de carácter pasivo, puede concurrir alguna manifestación de

violencia o intimidación, de tono moderado y características más bien defensivas y neutralizadoras, cual sucede, por ejemplo, en el supuesto del *forcejeo* del sujeto con los agentes de la autoridad.

3º) La resistencia pasiva no grave (o leve) contra la autoridad supone un delito leve de resistencia del art. 556.2.

4º) La resistencia pasiva no grave (o leve) contra agentes de la autoridad ha quedado despenalizada (y puede ser aplicable la LO.4/2015, de 30 de marzo, de Protección de la Seguridad Ciudadana).

6.5. Delitos contra la seguridad vial.

6.5.1. Sentencia 210/2017, de 28 de marzo (Deliberada en pleno de 23-2-2017).

La negativa a someterse a una segunda prueba de detección de alcohol en aire espirado es, en todo caso, un comportamiento constitutivo del delito recogido en el art. 383 CP.

6.5.2. Sentencia 369/2017, de 22 de mayo (Deliberada en pleno de 26-4-2017).

La conducción de vehículos de motor o de ciclomotor, sin haber obtenido nunca licencia o permiso para ello, es constitutiva del delito comprendido en el art. 384.2 CP, con independencia de que se infrinja alguna norma de tráfico o de que se genere un riesgo abstracto o concreto. El delito se consume por la mera realización de la conducta referida³⁵.

³⁵ En aplicación de este criterio, han ido recayendo sentencias no plenas de la Sala, entre las que cabe citar, las que resuelven sobre todo asuntos de la Audiencia de Toledo, como las siguientes:
SSTS 612/2017, de 13 de septiembre; 699/2017, de 25 de octubre; 715/2017, de 30 de octubre; 838/2017, de 20 de diciembre.-

6.5.3. Sentencia 390/2017, de 30 de mayo.(Deliberada en pleno de de 26-4-17).

Los daños y perjuicios ocasionados, como consecuencia de la comisión de los hechos recogidos en el art. 379 CP(conducción a velocidad superior a la permitida), darán lugar a la responsabilidad civil que podrá exigirse en el mismo procedimiento penal en que se dirima la responsabilidad penal.

6.5.4. Sentencia 419/2017, de 8 de junio. (Deliberada en pleno de 23-5-2017)

Los bienes jurídicos protegidos en los delitos tipificados en los arts. 379.2 (Conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas o drogas tóxicas) y 383 CP(Negativa a someterse a pruebas para la comprobación de las tasas de alcoholemia o drogadicción),no son coincidentes; pero aunque se considerara que el único bien jurídico protegido es la seguridad vial en ambos casos, la imposición de pena por ambos tipos no supondría un *bis in idem*.La relación entre ambos delitos es de concurso real.

6.5.5. Sentencia 436/2017, de 15 de junio. (Deliberada en pleno de 25-5-2017).

Constituye delito de conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas, la conducción de un vehículo de motor, con tasa superior a la contemplada en el art. 379.3 CP, desplazándolo dos metros en marcha interrumpida por la presencia judicial.

6.5.6. La STS 794/2017, de 11 de diciembre, RC.725/17,(Deliberada en el Pleno de 8 de noviembre de 2017), trató sobre el concepto de *conducción* del art. 379 CP en los casos en que el vehículo es encontrado detenido en la vía,

ante un semáforo, con el motor arrancado, y las luces, aparato de radio, aire acondicionado encendidos. Estando su conductor dentro, bebido y dormido, se consideró al mismo incurso en el delito de conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas. Pues, aún cuando el acusado al ser sorprendido se encontrara *parado*, en el momento anterior a quedarse *dormido*, tras detener el vehículo *en medio del carril* de circulación, circuló al volante del vehículo con su capacidad para la conducción mermada por el efecto del alcohol previamente ingerido. Comportamiento que indudablemente encaja de pleno en la tipicidad del art. 379.2 CP.

La misma sentencia **STS 794/2017, de 11 de diciembre**, basándose en la doctrina ya unificada en la STS 419/2017, de 8 de junio, desestima, el segundo motivo del recurso planteado por el condenado. La resolución, recuerda que desde una perspectiva criminológica, no es lo mismo ser condenado por un delito específico contra la seguridad del tráfico, como el del art 379.2 CP, que por un delito de desobediencia a un agente de la autoridad; pues aún cuando ambos tutelan el bien jurídico de la seguridad del tráfico, no lo hacen con las mismas connotaciones y el mismo alcance, habida cuenta de la naturaleza cuando menos mixta. que presenta desde el perfil del bien jurídico el delito del art. 383 CP, sin olvidar su tutela más indirecta o mediata de la seguridad vial y de los bienes personales primarios que se protegen a su amparo.

VI.-BIBLIOGRAFÍA.

-Bardají, Luis. “El Acuerdo del Pleno no Jurisdiccional de 13-9-00 y el Proyecto de reforma del recurso de Casación Penal”.Fiscalía del Tribunal Supremo.

-Iñigo Corroza, Elena, y Ruiz de Erenchun Arteche, Eduardo.”Los Acuerdos de la Sala Penal del Tribunal Supremo. Naturaleza Jurídica y Contenido(1991 a 2007)”. Atelier Libros Jurídicos. Barcelona 2007.

-Gabinete Técnico de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo.. “Acuerdos del Pleno Sala Segunda Tribunal Supremo. Años 200-2012. Actualización Marzo 2013, y actualización julio 2017.”

-Garcia-Pablos de Molina. “Relevancia de los cambios de criterio de la doctrina jurisprudencial y los plenos no jurisdiccionales del Tribunal Supremo”.Cuadernos de Derecho Judicial VII/2006.Consejo General del Poder Judicial.

-Gómez-Jara Díez.”El pleno jurisdiccional del Tribunal Supremo sobre responsabilidad penal de las personas jurídicas: fundamentos, voces discrepantes y propuesta reconciliadora.”Diario La Ley. Nº 8724,Sección Documento on line. 17-3-2016.

-Granados Pérez, Carlos. “Acuerdos del Pleno de la Sala Penal del TS para unificación de jurisprudencia. Años 1991-2002.Tirant Lo Blanch. Tratados.Valencia 2003.

--Granados Pérez, Carlos. “Acuerdos del Pleno de la Sala Penal del TS para unificación de jurisprudencia. Años 1991-2008.Tirant Lo Blanch. Tratados.Valencia 2009.

- Granados Pérez, Carlos. “Acuerdos del Pleno de la Sala Penal del TS para unificación de jurisprudencia. Años 1991-2016.Tirant Lo Blanch. Tratados.Valencia 2017.

-Martín Queralt, Juan.”El pago de impuestos y la difícil labor del juzgador”.Las Provincias.24-12-2017.

-Martínez Francisco, Nieves.”Los Plenos no Jurisdiccionales de la Sala 2ª del Tribunal Supremo: Problemática sustantiva y constitucional”.Servicio Publicaciones Facultad de Derecho Universidad Complutense de Madrid.2012.

- Martínez Francisco, Nieves.”Los Plenos no Jurisdiccionales del Tribunal Supremo”.Tirant lo Blanch.Valencia 2013.

-Moreno Verdejo, Jaime. “Acuerdos del Pleno de la Sala Segunda del TS en materia de delincuencia económica”.Estudios Jurídicos 2007.Ministerio de Justicia. Centro de Estudios Jurídicos 2009.

-Muerza Esparza, Julio J.”Sobre los Acuerdos del Pleno no jurisdiccional del Tribunal Supremo”.Actualidad Jurídica Aranzadi INSIGNIS.BIB 2010/3788.

-Muñoz Clares, José.”Los llamados Acuerdos de Pleno no jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo”.Revista General de Derecho Penal 16(2011).

-Pastor Santiago, Ignacio y otros.”Dispensa ex art. 416 LECr y acuerdo del pleno no jurisdiccional de la sala 2ª del Tribunal Supremo de 24/04/13: incidencia en procedimientos por violencia de género”.Revista Aranzadi Doctrinal nº 6/2004. Editorial Aranzadi SAU.

-Pérez Cruz, Agustín J, y Seoane Spiegelberg, José L. “Derecho Procesal Civil.Tomo 2”. Andavira Editora.4ª Edición. 2014.

-Rodríguez Alvarez, Ana.”¿Hacia dónde camina la dispensa del deber de declarar? Un breve comentario a propósito del Acuerdo de 24 de abril de 2013, del Pleno no jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo”Derecho y Proceso Penal. Santiago de Compostela 2013.

-Saavedra Ruiz. Juan.”Acuerdos del Pleno no jurisdiccional de la Sala II del Tribunal Supremo. Jurisprudencia Penal (2005-2007) Análisis crítico. CGPJ. Estudios de Derecho Judicial 120. Madrid. 2007.

-Saavedra Ruiz. Juan.”Ultimos Acuerdos del Pleno no jurisdiccional de la Sala II del Tribunal Supremo. Periodo 2010-2011” CGPJ. Estudios de Derecho Judicial. 2011. Madrid.

CONTESTACIÓN AL DISCURSO DE INGRESO DEL
EXCMO. SR. D. FRANCISCO MONTERDE FERRER
COMO ACADÉMICO DE NÚMERO DE LA REAL
ACADEMIA VALENCIANA DE JURISPRUDENCIA
Y LEGISLACIÓN POR EL ACADÉMICO DE LA
MISMA EXCMO. SR D. JAVIER BOIX REIG

Excmo. Sr. Presidente de la Academia Valenciana de Jurisprudencia y Legislación.

Excmos. Sres. Académicos y Excmas. Sras. Académicas.

Excmas. e Ilustrísimas autoridades.

Señoras y Señores.

INTRODUCCIÓN

Me ha correspondido el honor de contestar al discurso de entrada en la Real Academia Valenciana de Jurisprudencia y Legislación del Excmo. Sr. D. Francisco Monterde Ferrer. Honor y preocupación cuando interesó que hiciera esta contestación, por cuanto es sin duda difícil estar a la altura jurídica del nuevo académico, lo que ni siquiera puede pretenderse con las palabras que siguen.

Ante los tiempos difíciles por los que transita el Derecho penal, en ocasiones con quiebra de principios básicos, hoy constitucionales, que deben regirlo en un Estado de Derecho que sea tenido como tal, cuyo centro es siempre la persona y los derechos humanos, aporta frescura y esperanza la incorporación a la Academia de un Jurista que ha hecho de su vida dedicación al Derecho con gran honestidad y rigor, como es unánimemente reconocido.

Por ello, la Academia se siente reconfortada por esta incorporación y, permítame Sr. Presidente, que, en nombre de la misma, haga público agradecimiento al nuevo Académico por haber aceptado el nombramiento.

EL DISCURSO

El discurso de entrada del Excmo. Sr. D. Francisco Monterde tiene una altura jurídica indudable, tratando un tema ciertamente espinoso, que se mueve entre la necesidad de aportar seguridad jurídica, haciendo estables y seguras las resoluciones judiciales, con el necesario respeto al principio de igualdad, y el imprescindible apego al principio de legalidad, a cuyo tenor sólo la Ley, entendida a mi criterio como Ley Orgánica, puede determinar los delitos y penas, y la necesaria libertad e independencia de jueces y tribunales al resolver los conflictos jurídicos que se someten a su consideración (art. 117 de la Constitución Española).

El discurso se adapta plenamente al método técnico-jurídico, plantea honestamente las distintas posiciones doctrinales sobre la naturaleza y alcance de los llamados “Acuerdos plenarios no jurisdiccionales de la Sala II del Tribunal Supremo”, probablemente el aspecto más controvertido del tema, y aborda con la sencillez y claridad del que sabe el alcance de los diferentes acuerdos adoptados, muchos y variados, que desde luego no “cierran”, por decir así, la cuestión acordada en algunos casos (p. ej. las falsedades ideológicas cometidas por particulares).

La segunda parte del trabajo, trae a colación los acuerdos de plenos jurisdiccionales y el análisis de la reforma de 2015 de la ley procesal penal, una más, pendiente que se

aborde una regulación nueva del procedimiento penal que no abandone, con la excusa de ser modernos, la figura central del Juez como director y garante de los derechos durante todo el proceso, de principio a fin. El Juez sigue siendo quien mejor puede instruir un procedimiento, sin que exista problema alguno, en relación con posibles contaminaciones objetivas en resoluciones que comprometan garantías fundamentales, creando jueces específicos de garantías. El Juez sigue siendo quien mejor puede dirigir, con su sometimiento a la ley y al buen fin de la administración de justicia, a la policía judicial, pues es judicial al depender del Juez, estando pendiente una reforma en profundidad que garantice la inexistencia de problemas que puedan derivarse de la doble dependencia, orgánica y funcional. El Juez, en nuestro sistema, es y debe ser el eje mismo del proceso, en cuanto su dirección y resolución, siempre en función de los derechos de las personas incurso en él, contra quienes se dirige el ius puniendi del Estado con las debidas garantías que preserven el derecho a un proceso justo.

Es ciertamente digno del máximo elogio el estudio que realiza de la reforma de 2015 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en concreto del sistema de recursos, que analiza de un modo ciertamente brillante, como cuando acomete la nueva redacción dada a los arts. 847, 888 y 889 de dicha ley de ritos, y las dificultades para hacer viable en sede casacional, por el cauce del art. 847, la alegación de la vulneración habida de derechos fundamentales, hoy susceptible sin problema alguno por la vía del art. 852 de la ley procesal penal y desde luego por el ya antiguo cauce del art. 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial,. El nuevo académico adelanta una postura propia que califica de intermedia. Me parece de gran interés y le animo a desarrollarla. En todo caso si preocupante es la paulatina limitación que se ha venido dando al acceso ante el Tribunal

Constitucional para la efectiva tutela de derechos fundamentales, con una utilización no debida de la llamada “trascendencia constitucional”, no lo es menos que la reforma procesal habida cierre otra vía de planteamiento de dicha tutela ante el Tribunal Supremo. El artículo 852 de la Ley ritualaria penal y el art. 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial siguen vigentes, y el principio de vigencia exige formulaciones que no contemplen derogaciones tácitas, totalmente inexistentes, de dichos preceptos y hagan viables los mismos, mas allá de reformas poco atentas, al menos en este extremo, a dichos derechos. Por ello la interpretación propuesta en el discurso del Académico es de gran interés, y propongo que la “estire”, por decir así, al máximo para intentar que en momentos de retroceso en la atención procesal a los derechos fundamentales, estos sigan constituyendo el centro mismo del sistema, pues estamos hablando del Estado de Derecho. Que el requisito del “interés casacional” no constituya el epitafio de los derechos fundamentales en sede casacional.

También por lo que se refiere a los acuerdos jurisdiccionales, al término del discurso, se traen a colación supuestos concretos tratados, con gran actualidad, hasta el punto de analizar hasta la Sentencia 817/17, de 20 de diciembre. Quiero destacar la 324/2017, de 8 de mayo, relativa a la conducta tipificada en el art. 172.ter. del CP, llamada “stalking”, y que tan necesitada estaba de una clara interpretación, estricta, conforme exigencias del principio de legalidad.

No otra es la labor del Tribunal Supremo. Respetando el principio de legalidad, con absoluta independencia y garantía de inamovilidad (art. 117 de la Constitución Española), ejercer en definitiva el “ius dicendi” y el “ius docendi”, como decía un clásico, pues qué duda cabe que la jurisprudencia que emana de nuestro Alto Tribunal en materia criminal sirve a una función

de enseñanza, que también le es propia, con interpretaciones de las normas penales, ceñidas al principio de legalidad, ofreciendo seguridad jurídica y la aplicación de la norma penal por igual a todos los ciudadanos. El título del discurso del Académico es fiel reflejo de esta.

Y es por ello, volviendo a los “Acuerdos no jurisdiccionales”, que la preocupación existente sobre su naturaleza y alcance no es baladí. Pues qué duda cabe que la jurisprudencia en el ámbito penal por sí misma no es fuente del derecho, sólo lo es la ley, que no pueden admitirse acuerdos creadores del derecho, pues no cabe en nuestro derecho penal una jurisprudencia creativa sino interpretativa, como no puede, por la vía de estos acuerdos, suplirse lagunas legales que comporten el uso de la analogía, prohibida en nuestro derecho (art. 4 CP), por la vigencia del tan repetido y sagrado Principio de Legalidad.

Los citados “Acuerdos no jurisdiccionales” cumplen, en definitiva, como destaca nuestro Académico, que afortunadamente ya lo es de nuestra Academia, una necesaria función de seguridad jurídica y de igualdad en la aplicación de la ley penal, como ya he indicado antes. Función que debe contemplarse en el ámbito de su labor interpretativa. Y en este sentido deben señalarse, desde mi punto de vista, ciertas notas esenciales:

- 1.- Sólo interpretan, no crean normas.
- 2.- No vinculan normativamente, pues queda a salvo la independencia de Jueces y Magistrados en su función de juzgar y resolver (art. 264.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial).
- 3.- Desde la perspectiva de la evolución del derecho, en todos los sentidos, no establecen criterios definitivos, sino la in-

interpretación, en ocasiones no unánime sino mayoritaria, del momento.

Creo que lo dicho en los apartados 1 y 2 es, por demás, claro, pues no cabe reiterar otra vez la vigencia del principio de legalidad y la independencia judicial. Entiendo algo eufemístico decir que los acuerdos no vinculan pero deben ser respetados. Es claro que los órganos judiciales inferiores seguirán el criterio establecido por el Tribunal Supremo, pues constituye, por decir así, la superior doctrina en el ámbito procesal que, no sólo los jueces y magistrados, todos los operadores jurídicos siguen con especial atención. Pero cuestión distinta es que en el caso concreto esté un Juez o Tribunal vinculado normativamente por un acuerdo en concreto, pues a la hora de resolver debe hacerlo contemplando la peculiaridad del caso y conforme a criterios correctos de interpretación aplicar la ley, pudiendo disentir, de forma motivada, del contenido de un acuerdo en relación con dicho caso, sin que por ello pueda ser corregido disciplinariamente, por más que corra riesgo importante de ver revocada o casada la resolución que dicte. De ahí la lógica del valor real de los reiterados acuerdos. Por lo dicho no me parece atinada la referencia (que no realiza el Académico) a la función de la Sala Casacional como de “policía jurídica” (vid. STS nº 2338/2001, de 11 de diciembre, al referirse a la posición de la Sala en el tema de la prescripción, precisamente tan controvertida en la propia Sala y frente al Tribunal Constitucional).

Pero debe tenerse en cuenta que incluso, como ya he señalado, dichos Acuerdos son lógicamente modificables por los propios Magistrados, por lo que la ausencia de motivación que les suele adornar no es su mejor virtud, tanto para que puedan seguirse por el resto de tribunales como para su posterior revisión. Dicha exigencia de motivación es igualmente necesaria

por la función que desempeñan los citados acuerdos no jurisdiccionales: deciden y enseñan, y para ello hay que explicarse, esto es motivar, labor tan esencial en toda función jurisdiccional.

Piénsese en que algunas cuestiones, ciertamente vidriosas, que son objeto de los acuerdos dichos, pueden variar en su interpretación con el tiempo, son “abiertas”, mas aún si se han aprobado por mayoría. Desde luego la propia composición de la Sala Segunda, variable con el tiempo, puede incidir en la modificación de su postura en estos temas, como por ejemplo le sucedió al Tribunal Constitucional al tratar el principio non bis in idem en la cuestión relativa a si procedía una sentencia condenatoria tras haber sido sancionado administrativamente un ciudadano por los mismos hechos (Sentencias de 1999, 2001 y 2003).

A título de ejemplo traigo a consideración el tema de las falsedades ideológicas del particular (art. 392 en relación con el 390, ambos del CP), reconducido en algunos supuestos por Acuerdo no jurisdiccional de 26 de febrero de 1999 a la falsedad del art. 390.1.2^a del Código Penal. Se resolvió por mayoría, y entiendo que es uno de esos temas que siguen abiertos, por cuanto si bien era necesario que el propio Tribunal Supremo unificara su doctrina sobre qué falsedades ideológicas del particular habían quedado despenalizadas, ante la jurisprudencia contradictoria de su Sala de lo Penal en pocos meses, lo que era sumamente alarmante, incluso para miembros de dicha Sala, visto lo manifestado en alguna sentencia de la Sala especialmente dura con dicha postura (antes del acuerdo) desde la perspectiva del respeto al principio de legalidad, a lo planteado a tal efecto por el legislador de 1995 y añadiría a la clara y secular distinción entre falsedades ideológicas y materiales.

Concluyo en relación con el discurso. Es sin duda relevante, una reflexión sustancial y bien elaborada de una cuestión controvertida, que incide en un pilar básico y estructural del Estado de Derecho, la seguridad jurídica y la independencia judicial, y que refleja el pensamiento y método de un gran jurista. Por ello la única cita en esta contestación es la de Francisco Monterde Ferrer.

EL ACADÉMICO

El discurso antes glosado es, como he señalado, fiel reflejo de la personalidad, como jurista, del nuevo Académico.

Su amplio curriculum empieza de un modo sencillo, pero ciertamente claro y lo dice todo: Miembro de la Carrera Judicial. Para Francisco Monterde esto es lo esencial y a él sólo se le concibe por todos desde esa perspectiva. El recientemente editado Diccionario Panhispánico del Español Jurídico (2017. Real Academia Española, Cumbre Judicial Iberoamericana y Consejo General del Poder Judicial), entiende el lema “magistrado del Tribunal Supremo ” como “categoría superior de la carrera judicial” y “magistrado miembro del Tribunal Supremo”.

Para él creo que es lo esencial, pues valga la expresión es un juez/magistrado de “tomo y lomo” que según la Real Academia de la Lengua significa “de consideración e importancia”. No sólo se encuentra en el mas alto nivel de la magistratura, es que él a título personal es un Magistrado, en el profundo sentido del término, digno de ser tomado como referente en la carrera judicial. Siendo su profesión central en un Estado de Derecho, pues administra justicia, valor que emana del pueblo (art. 117.1 Constitución Española) mediante el contrato que los ciudadanos configuran para hacer posible su propia libertad en tér-

minos de igualdad, su personalidad la ennoblece y garantiza para mayor seguridad de todos.

Ha desarrollado su actividad jurisdiccional con discreción, bonhomía y rigor jurídico (demostrado también en su discurso), entendiendo que su alta función constitucional sólo es posible en dichos términos, desde la consideración humilde y compasiva que la misma debe tener, pues en realidad dicha función se tiene por delegación de los ciudadanos y para administrar la mejor resolución de sus conflictos.

Valenciano, estudió en nuestra Universitat de València (Promoción 1964-1969), enseguida ingresó por oposición a la Escuela Judicial (1973. XXI Promoción) y ha recorrido, como procede, todos los eslabones necesarios en la formación de un gran Magistrado. Desde el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción en Molina de Aragón, pasando por los de Segorbe y Sueca (en este caso con prórrogas de jurisdicción en Alzira y Gandía), accediendo a la categoría de Magistrado en 1981, con destinos en la Audiencia Provincial de Gerona, Juzgado de Instrucción nº 9 de Valencia y Audiencia Territorial de Valencia. En esta presidió la Sección Segunda de la Audiencia Provincial en dos fases (1987 a 1996 y 2001 a 2003). Fue miembro por elección de la Sala de Gobierno del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana y de su Comisión Permanente desde 1994 a julio de 1996. Como se observa su función jurisdiccional la ha desempeñado fundamentalmente en el ámbito de la Comunidad Valenciana, por lo que todos los operadores jurídicos que durante años han conocido su labor seria y discreta, de auténtico Magistrado, pueden dar fe de ello.

También ha realizado labores de gobierno y gestión del Poder Judicial, siendo Vocal del Consejo General del Poder Judicial (1996 -2001), presidiendo o interviniendo en diversas co-

misiones del mismo, siendo Vocal Delegado Territorial para la Comunidad Valenciana.

En esta estrecha selección de su curriculum permítanme que destaque que ha llevado a cabo actividades ciertamente dispares por su naturaleza, pero que requieren el buen tino de Jurista, como lo tiene el nuevo Académico; desde el Tribunal Arbitral de Censos en la Provincia de Gerona (1981 a 1983), hasta su participación en Juntas Electorales, presidiendo la de la Provincia de Valencia o siendo vocal de la Central (2008 a 2012), sin olvidar su reiterada presencia en tribunales de oposiciones a ingreso en las carreras judicial y fiscal (2014 a 2017), siendo íntegramente del Consejo Rector de la Escuela Judicial desde el 6 de septiembre de 2016.

Posee diversos reconocimientos, entre los que destaco la Gran Cruz de la Orden de San Raimundo de Peñafort (RD. 28/2002, de 11 de enero) o los dos premios Justicia de la Generalitat Valenciana (2006 y 2012).

Ha tenido interés por una complementaria labor docente, mediante su contratación como profesor tutor en la Uned (Gerona 1982/83), encargado de curso de derecho civil en nuestra Facultad de Derecho (cursos 84/85 y 85/86), y como profesor del Área Jurídica del Curso de Práctica Jurídica de la Fundación Estema (Paterna-Valencia- hasta junio 1996). La enorme actividad de cursos y conferencias impartidas en distintos foros y países dan cuenta de su vocación de enseñante, tan unida a la del buen Magistrado, habiendo tratado gran variedad de temas, naturalmente en su mayoría de índole penal, si bien quiero destacar sus reiteradas intervenciones en materia de derechos humanos y por lo que se refiere a nuevas tecnologías. Subrayo que precisamente el 27 de junio de 2013 impartió en esta sede una conferencia sobre “Los Plenos no jurisdiccionales de la

Sala de lo Penal del Tribunal Supremo”, claro antecedente de la gran lección magistral que hoy nos ha ofrecido. No ya como Magistrado, que también, sino como ejercicio de auténtico magisterio.

Menciona Francisco Monterde, al inicio de su discurso, a los integrantes de su saga familiar de juristas, desde su bisabuelo Silverio hasta sus hijos. De la carrera judicial o de la Fiscal, como su padre Francisco, de inmejorable recuerdo. Y hace dicho recuerdo también de las mujeres no juristas de la familia, propio de un hombre de bien.

Ha elegido el sitio de Francesc Eiximenis (1330-1409), franciscano de origen catalán, que desarrolló vida y obra desde 1383 en Valencia, y en cuya obra, conservada espléndidamente en la Universitat de València, se refiere al debido y diligente comportamiento de los personajes públicos (Regiment de la cosa pública, realizada en 1383 y publicada en Valencia en 1499; obra dirigida a los jurats; edición de la Academia Valenciana de la Lengua. 2009, o ed. Bromera. Valencia 2009), con una posición que entiende que “todo gobierno legítimo dimana de un pacto político concertado por componentes de la comunidad, constituida por hombres libres que de mutuo acuerdo eligen a su “señor” y establecen con él pactos en beneficio mútuo” (Antoni Riera i Melis: “consideracions preliminars” en Franesc Eiximenis: el context i la obra d’un gran pensador catalá medieval. Ed. per Institut d’Estudis Catalans. Barcelona 2015, p. 21 trad. propia), posición que se ha calificado como adelantada del contractualismo, reflejo de una “filosofía política republicana y como teoría republicana de la libertad civil” (Salvador Giner “Els orígens del republicanisme. Lo regiment de la cosa pública” ob.cit. p. 234, trad. propia).

Creo que la elección del sitio es muy acertada, por cuanto el nuevo académico refleja como nadie un comportamiento ejemplar, decente y diligente, como persona y como Magistrado. De la carrera judicial.

Nada más.

JAVIER BOIX REIG
Académico de la RAVJL.
Catedrático de Derecho Penal
de la Universitat de València

