



Roj: **STS 2/2022 - ECLI:ES:TS:2022:2**

Id Cendoj: **28079120012022100002**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Penal**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **12/01/2022**

Nº de Recurso: **372/2020**

Nº de Resolución: **11/2022**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **JAVIER HERNANDEZ GARCIA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 11/2022

Fecha de sentencia: 12/01/2022

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION

Número del procedimiento: 372/2020

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 11/01/2022

Ponente: Excmo. Sr. D. Javier Hernández García

Procedencia: Audiencia Provincial Málaga. Sección Segunda

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María del Carmen Calvo Velasco

Transcrito por: IGC

Nota:

RECURSO CASACION núm.: 372/2020

Ponente: Excmo. Sr. D. Javier Hernández García

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María del Carmen Calvo Velasco

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 11/2022

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Julián Sánchez Melgar

D. Antonio del Moral García

D^a. Carmen Lamela Díaz

D. Leopoldo Puente Segura

D. Javier Hernández García

En Madrid, a 12 de enero de 2022.



Esta Sala ha visto el recurso de casación por infracción de ley número 372/2020, interpuesto por **D. Luciano**, representado por la Procuradora D^a. Paloma González del Yerro Valdés, bajo la dirección letrada de D^a. Carmen Tomás Monteagudo, contra la sentencia número 382/2019 de fecha 4 de noviembre de 2019 dictada por la Audiencia Provincial de Málaga (Sección Segunda) que resuelve el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia num. 193/19 de fecha 31 de mayo de 2019 dictada por el Juzgado de lo Penal num. 8 de Málaga en la causa 162/18.

Interviene el **Ministerio Fiscal**.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Javier Hernández García.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de Instrucción núm. 1 de Ronda instruyó Procedimiento Abreviado núm. 16/2017 por un delito continuado de estafa y un delito continuado en documento mercantil, contra D. Luciano; una vez concluso lo remitió al Juzgado de lo Penal número 8 de Málaga, (P.A. núm. 162/18) quien dictó Sentencia en fecha 31 de mayo de 2019 que contiene los siguientes **hechos probados**:

" Se declaran probados los siguientes hechos:

Que el acusado, Luciano, de común acuerdo con su cuñado Nazario y movidos por un ánimo de lucro, el día 19 de mayo de 2016, sobre las 21:15 horas, fue sorprendido dentro del vehículo Seat Ibiza,-LFS, vehículo a nombre de Estela, pareja de su cuñado Nazario, en calle Virgen de La Paz, junto a la Plaza de Toros, mientras esperaba que su cuñado se dirigiera a la tienda VODAFONE sita en calle Carrera Espinel nº 43 de Ronda, para intentar contratar líneas de telefonía móvil que le permitía obtener terminales móviles para posteriormente venderlos.

Que en el momento de su detención el acusado tenía en su poder un DNI a nombre de Segundo, nº NUM000 -, con su fotografía, si bien los datos de filiación así como la numeración eran los correspondientes a una tercera persona, y una fotocopia de domiciliación de pagos de la entidad La Caixa a nombre de Segundo, con identificación de cuenta NUM001. Dichos documentos, en virtud del correspondiente informe pericial, ha resultado íntegramente falso.

Que no consta debidamente acreditado que en otras ocasiones el citado acusado hiciera suyos otros terminales de telefonía móvil o dispusiera del precio de venta de los mismos."

SEGUNDO.- Juzgado de lo Penal que dictó el siguiente pronunciamiento:

"Condenar a D. Luciano como autor criminalmente responsable de un delito de estafa en grado de tentativa y un delito continuado de falsedad en documento mercantil, ya definidos, en concurso ideal-medial, no concurriendo en el acusado circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal alguna, a la pena de dieciocho (18) meses y un día de prisión y multa (6) meses (atendida la falta de acreditación de su actual capacidad económica) a razón de una cuota diaria de 6 euros (Total: 1.080 euros); multa que habrá de hacer efectiva en la forma y plazo que determinen en ejecución de sentencia, previéndose para el caso de impago una responsabilidad personal subsidiaria de dicho sujeto, consistente, conforme al art. 53 CP, en un día de privación de libertad por cada dos cuotas impagadas.

Así como al pago las costas procesales causadas en el presente procedimiento.

Dedúzcase testimonio de esta resolución, Que será notificada a los interesados con instrucción de sus derechos, y llévase a las actuaciones e incorpórese la presente al legajo de sentencias de este Juzgado."

TERCERO.- Contra la anterior sentencia se interpuso recurso de apelación por la representación procesal de Luciano, ante la Audiencia Provincial de Málaga (Sección Segunda), siendo los hechos probados:

"ÚNICO: No se aceptan los hechos declarados probados por la sentencia, que se sustituyen por los siguientes: "

Que el acusado, Luciano, el día 19 de mayo de 2016, sobre las 21:15 horas, fue sorprendido dentro del vehículo Seat Ibiza, matrícula-LFS, vehículo a nombre de Estela, pareja de su cuñado Nazario, en calle Virgen de La Paz, junto a la Plaza de Toros, mientras esperaba a su cuñado que se había dirigido a la tienda VODAFONE sita en calle Carrera Espinel nº 43 de Ronda, para intentar contratar líneas de telefonía móvil que le permitía obtener terminales móviles para posteriormente venderlos.

Que en el momento de su detención el acusado tenía en su poder un DNI a nombre de Segundo, nº NUM000 -, con su fotografía, si bien los datos de filiación así como la numeración eran los correspondientes a una tercera persona, y una fotocopia de domiciliación de pagos de la entidad La Caixa a nombre de Segundo,



con identificación de cuenta NUM001 . Dichos documentos, en virtud del correspondiente informe pericial, ha resultado íntegramente falso.

No consta debidamente acreditado que el citado acusado hubiere participado en la contratación fraudulenta de terminales de telefonía móvil, los hubiera hecho suyos o dispusiera del precio de venta de los mismos."

CUARTO.- Por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial, se dictó sentencia núm. 382 en fecha 4 de noviembre de 2019, en el Rollo de Apelación P.A. núm. 117/19, cuyo Fallo es el siguiente:

"ESTIMAMOS PARCIALMENTE el recurso de apelación interpuesto por la Luciano contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Penal nº 8 de Malaga, de fecha 31/5/2019, en el procedimiento abreviado nº 162/18; y en REVOCAMOS PARCIALMENTE, CONDENADOLE como autor por cooperación necesaria de un delito de falsedad en documento oficial tipificado en el artículo 392 en relación con el artículo 390.1 del código penal, a la pena de seis meses de prisión y multa de seis meses con una cuota diaria de seis euros. así como en la parte proporcional de las costas de la primera instancia.

Procede la desestimación del recurso interpuesto por el ministerio Fiscal

Declaramos de oficio el pago de las costas procesales causadas en esta segunda instancia."

QUINTO.- Notificada en forma la anterior resolución a las partes personadas, se preparó recurso de casación por la representación procesal de D. Luciano que se tuvo por anunciado, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.

SEXTO.- Formado en este Tribunal el correspondiente rollo, el recurrente formalizó el recurso alegando los siguientes **motivos de casación**:

Motivo Único.- Por vulneración del art. 849.1 de la LECrim. por infracción de la ley, y más concretamente por indebida aplicación del art. 392 C.P. y principio "non bis in ídem".

SÉPTIMO.- Conferido traslado para instrucción el Ministerio Fiscal interesó la inadmisión del recurso.

OCTAVO.- Hecho el señalamiento del fallo prevenido, se celebró la votación y deliberación el día 11 de enero de 2022.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

ÚNICO MOTIVO, POR INFRACCIÓN DE LEY, AL AMPARO DEL ARTÍCULO 849.1 LECRIM : INDEBIDA INAPRECIACIÓN DE LA COSA JUZGADA MATERIAL

1. El recurso interpuesto por la representación del Sr. Luciano se funda en un único motivo por el que se denuncia infracción del principio de prohibición de *bis in idem*. Para el recurrente, el hecho justiciable sobre el que se funda la declaración de condena, en los términos precisados por la Audiencia Provincial, fue objeto de un previo y firme pronunciamiento de condena por sentencia de 29 de marzo de 2017 del Juzgado de Instrucción nº 4 de Jerez de la Frontera. La identidad de hechos, de sujetos e incluso de relevancia normativa entre la previa sentencia y la que ahora se recurre patentiza con toda claridad que esta última, al condenar de nuevo al hoy recurrente, ha desconocido los límites de la cosa juzgada material, vulnerando los principios de seguridad jurídica y de legalidad garantizados en los artículos 9 y 25, ambos, CE.

2. El Ministerio Fiscal, por su parte, se opone, con invocación de nuestro Acuerdo de Pleno No Jurisdiccional de 9 de junio de 2016, a la admisión del recurso pues considera que no satisface las exigencias establecidas para ello. El gravamen no solo no se reveló en la instancia, sino que, además, la parte no ha acreditado en qué medida su pretensión reviste interés casacional en los términos exigidos en el artículo 889.2 LECrim.

3. Delimitado el objeto casacional, cabe ya anunciar que el motivo que lo integra debe prosperar.

En primer término, no hay razón de inadmisión que en esta fase se convertiría en causa de desestimación.

Es cierto que la reforma de 2015, al introducir el recurso de casación por infracción de ley contra sentencias dictadas en grado de apelación por las Audiencias Provinciales, condiciona su admisión a que el gravamen sobre el que se sustenta revista interés casacional. Lo que resulta del todo coherente con la finalidad principal a la que responde dicha modalidad de recurso: el fortalecimiento de la función nomofiláctica del Tribunal Supremo, permitiendo que este pueda pronunciarse sobre toda cuestión que afecte al alcance y a la interpretación de las normas penales sustantivas, con independencia de la naturaleza menos grave o grave del delito del que se trate. Garantizada la segunda instancia penal plenamente devolutiva, en los términos exigidos por la normativa convencional cuando se trate de pronunciamientos condenatorios, el legislador ordinario



"recupera" una amplia libertad configurativa para diseñar el régimen de recursos, pudiendo, por ello, acudir, en particular con relación al recurso de casación, a fórmulas "a certiorari" amplias en la que se primen, como criterios de admisión, objetivos más generales de armonización de la jurisprudencia en la interpretación y aplicación de la norma.

La regulación introducida por la Ley 41/2015 responde a dicho planteamiento general si bien no se determina el alcance de la fórmula "a certiorari" introducida. Lo que explica, precisamente, el Acuerdo de Pleno No Jurisdiccional invocado por el Ministerio Fiscal mediante el que se precisan una serie de supuestos en los que el gravamen por infracción de ley cabe, además, considerarlo en términos materiales, como de interés casacional -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*-. Ahora bien, la anterior selección no comporta una suerte de formulación numerus clausus que cierre la puerta a otros criterios de identificación del interés casacional como puede ser, por ejemplo, que esta propia Sala se plantee un giro interpretativo que modifique la jurisprudencia consolidada sobre una determinada cuestión normativa.

En todo caso, el acento nomofiláctico del interés casacional como criterio de admisión del recurso de casación no comporta, como en el supuesto del "a certiorari" por especial relevancia constitucional previsto para la admisión del recurso de amparo -vid. STC 155/2009-, que no deba tomarse en cuenta el interés subjetivo que sustenta el recurso.

En especial, si se atiende al *fumus* de afectación de derechos fundamentales sustantivos que se deriva de la sentencia recurrida. La corrección de un grave error de subsunción que de no hacerse supondría una pérdida de libertad para la persona condenada debe ser considerada un claro objetivo de interés casacional, aunque no encaje en alguno de los supuestos enunciados en el Acuerdo de Pleno No Jurisdiccional de 9 de junio de 2016.

4. Lo que acontece con claridad en el caso que nos ocupa.

Por un lado, el recurrente invocó en apelación la cosa juzgada material al hilo del desarrollo argumental del segundo motivo, aportando la previa sentencia firme sobre la que se basaba. La ausencia de respuesta por el tribunal de apelación no convierte la alegación en esta instancia casacional en novedosa, como se afirma por el Ministerio Público.

Por otro, la identificación de cosa juzgada resulta evidente. Además de la no cuestionable identidad subjetiva, el "ídem" objetivo se aprecia en términos concluyentes comparando los respectivos relatos fácticos de la sentencia recurrida y de la previa sentencia firme de 29 de marzo de 2017. La conducta falsaria que se describe es la misma, recayendo sobre el mismo objeto, un documento nacional de identidad a nombre de un tal "Adrian" -llámese la atención, además, sobre la proximidad temporal entre los hechos, apenas un día, declarados probados en la sentencia recurrida y en la previa sentencia firme de 29 de marzo de 2017-.

5. A este respecto, debe recordarse que de conformidad a lo previsto en el artículo 4 del protocolo 7º al CEDH, interpretado a la luz de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos -vid. SSTEDH, caso Zolotoukhin c. Rusia, de 10 de febrero de 2009; caso A y B c. Noruega, 15 de noviembre de 2016- para la apreciación del "ídem" debe estarse a una concepción naturalista de la infracción, definida, no por la calificación legal, sino por la conducta o el comportamiento fáctico desarrollado. Lo decisivo es despejar si, en términos descriptivos, son los mismos hechos, producidos en las mismas circunstancias espacio-temporales, no si pueden calificarse como infracciones distintas o calibrarse la participación de los intervinientes de forma diferente.

En el caso, la calificación de la intervención del recurrente como cooperador necesario en la conducta falsaria a la que llegó la Audiencia Provincial en nada compromete la identidad fáctica con los hechos declarados probados en la sentencia de 29 de marzo de 2017, aun cuando en esta la intervención del hoy recurrente se califique de autoría directa.

6. Por lo que se refiere al "bis", tampoco cabe la menor duda, a la luz de los criterios ENGEL del Tribunal Europeo de Derechos Humanos -vid. STEDH de 8 de junio de 1976-, que la sanción previa impuesta en la sentencia de 29 de marzo de 2017, agota la reacción punitiva del Estado ante la infracción y que la segunda sanción, por ser de la misma naturaleza y no poder identificarse una suerte de relación cumulativa entre una y otra, en los términos también precisados por la jurisprudencia del TEDH, desborda el marco sancionatorio constitucionalmente admisible -vid. la STEDH, ya mencionada, caso A y B c. Noruega, en la que se analiza la compatibilidad entre sanciones de *naturaleza penal* [a efectos convencionales] derivadas de infracciones tributarias, siempre que las respuestas jurídicas acumuladas respondan a un vínculo material "y no den lugar a una carga excesiva para el individuo afectado" §121. También la más reciente, STEDH, caso Tsonyo Tsonev c. Bulgaria, de 6 de abril de



2021, en la que se precisa con más detalle el alcance de las condiciones de compatibilidad, en particular el vínculo material entre los procedimientos sancionatorios. En sentido coincidente, vid. sentencia de Gran Sala del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 20 de marzo de 2018, caso Menci; STC 2/2003; SSTS 477/2020, de 28 de septiembre y 434/2021, de 20 de mayo-.

7. La consecuencia que se deriva de la identificación de los presupuestos de vulneración del derecho del recurrente a no ser castigado doblemente por unos mismos hechos no puede ser otra que la de dejar sin efecto la segunda sentencia, objeto de este recurso -vid. por todas, STS 675/2021, de 9 de septiembre-, absolviendo al recurrente.

CLÁUSULA DE COSTAS

8. Tal como previene el artículo 901 LECrim, las costas de este recurso se declaran de oficio.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido

Haber lugar, parcialmente, al recurso de casación interpuesto por la representación del Sr. Luciano contra la sentencia de 4 de noviembre de 2019 de la Audiencia Provincial de Málaga, Sección Segunda, que casamos y anulamos en los términos que se precisarán en la segunda sentencia que a continuación se dicte, declarando de oficio las costas de este recurso.

Notifíquese esta resolución a las partes haciéndolas saber que contra la presente no cabe recurso e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

RECURSO CASACION núm.: 372/2020

Ponente: Excmo. Sr. D. Javier Hernández García

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María del Carmen Calvo Velasco

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Segunda Sentencia

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Julián Sánchez Melgar

D. Antonio del Moral García

D^a. Carmen Lamela Díaz

D. Leopoldo Puente Segura

D. Javier Hernández García

En Madrid, a 12 de enero de 2022.

Esta Sala ha visto el recurso de casación por infracción de ley número 372/2020, interpuesto por **D. Luciano** contra la sentencia núm. 382/2019 de fecha 4 de noviembre de 2019 dictada por la Audiencia Provincial de Málaga (Sección Segunda), sentencia que ha sido casada y anulada por la dictada en el día de la fecha por esta sala integrada como se expresa.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Javier Hernández García.

ANTECEDENTES DE HECHO

ÚNICO.- Se aceptan y se dan por reproducidos los Antecedentes de Hecho de la sentencia de instancia, que no resulten incompatibles con los de la sentencia rescindente y con esta segunda.

FUNDAMENTOS DE DERECHO



ÚNICO.- De conformidad con lo argumentado en la sentencia de casación procede modificar el pronunciamiento condenatorio del recurrente, dejándolo sin efecto al concurrir cosa juzgada con relación a los hechos sobre los se funda la sentencia dictada por el tribunal de apelación.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido Absolvemos al Sr. Luciano del delito de falsedad por el que había resultado condenado.

Notifíquese esta resolución a las partes haciéndolas saber que contra la presente no cabe recurso e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ