

diario

# DIARIO LA LEY

Año XXXII • Número 7666 • Martes, 5 de julio de 2011

[www.diariolaley.es](http://www.diariolaley.es)

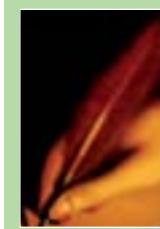
WOLTERS KLUWER ESPAÑA, S.A. no se identifica necesariamente con las opiniones y criterios vertidos en los trabajos publicados.



## Columna

*El nuevo subtipo atenuado en el delito de narcotráfico*

5



## Doctrina

*Confidencialidad e intimidad en el ámbito de los delitos informáticos*

9

## sumario

### ■ Tribuna

El caso *Troitiño* y la doctrina Parot  
**Rafael DE MENDÍZÁBAL ALLENDE**

1

### ■ Columna

El nuevo subtipo atenuado en el delito de narcotráfico  
**Julián SÁNCHEZ MELGAR**

5

### ■ Doctrina

Confidencialidad, secreto de las comunicaciones e intimidad en el ámbito de los delitos informáticos  
**José DÍAZ CAPPA**

9

### ■ Jurisprudencia

Cuando se condiciona el aval de un título cambiario a que este sea protestado el protesto debe levantarse por medio de notario

14

Los clubes de fútbol no deberán pagar IVA por las cantidades ingresadas por las quinielas

15

Apreciación del «desistimiento» por la llamada de emergencia que realiza el acusado al 112

15

Simulación total de certificación de hallarse al corriente de pago

16

## ■ TRIBUNA

# El caso *Troitiño* y la doctrina Parot

**Rafael DE MENDÍZÁBAL ALLENDE**

*Magistrado Emérito del Tribunal Constitucional*

*Académico numerario de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación y Presidente de su Sección de Derecho Constitucional*

*El Tribunal Constitucional parece haber comprendido al fin, y esto es muy positivo, que la interpretación jurisprudencial conocida como doctrina Parot, ratificada por el legislador, es una bocanada de justicia y satisface la necesidad social de ver cómo se da a cada uno lo suyo, suum quique tribuere. Desactivarla significaría no solo extravasar su propia jurisdicción una vez más, invadiendo el terreno de la ordinaria, sino subvertir simultáneamente la configuración constitucional y el ordenamiento jurídico por consideraciones coyunturales ajenas a él, léase por motivos políticos partidarios.*

### I. LA DOCTRINA PAROT

**L**a STS 197/2006, de 20 de febrero, que la Sala de lo Penal en Pleno, quince magistrados, aprobó con el voto discrepante de tres (1), en un recurso interpuesto por el asesino múltiple Henri Parot, dejó claro que el límite máximo de cumplimiento —veinticinco, treinta o cuarenta años, según las circunstancias— no constituye una pena distinta de las impuestas a cada uno de los delitos por los que haya recaído condena y, en consecuencia, los beneficios penitenciarios obtenidos por un preso habrán de aplicarse sobre cada una de las que vayan cumpliéndose hasta alcanzar el indicado tope máximo (2). Este razonable criterio que respeta el principio de proporcionalidad, bautizado luego como «doctrina Parot» en honor del etarra que la suscitó



## Da un salto en tu carrera profesional

- Titulaciones oficiales en horarios compatibles con la actividad profesional.
- Titulaciones que se pueden cursar con el porcentaje de asignaturas presenciales y on-line que mejor se adapten a tus necesidades.
- Una docencia centrada en el estudiante y dirigida a capacitarlo profesionalmente a través de la progresiva adquisición de competencias.

### Grado en Derecho

Y si ya eres Licenciado en Derecho, en 2 años\* podrás ser:

- Criminólogo (Grado en Criminología / Licenciatura en Criminología - 2º ciclo)
- Economista (Grado en Dirección y Creación de Empresas)

\* Período formativo sujeto al estudio personalizado de validaciones.

Campus La Moraleja

**Infórmate**  
902 23 23 50 [uem.es](http://uem.es)



Universidad  
Europea de Madrid  
LAUROLETA INT'L BUSINESS & UNIVERSITY

Pensada para el mundo real

**Tribunal Supremo**  
**la sentencia del día**

*Indebida suspensión de pensión de jubilación ya reconocida a trabajador autónomo, que incumplió los pagos aplazados de las cuotas*

*Ponente: Desdentado Bonete, Aurelio.*

7





con su recurso, es muy anterior a la STC 57/2008, de 28 de abril, dictada por la Sala Segunda del Tribunal Constitucional bajo la presidencia de Guillermo Jiménez Sánchez y de la cual formaban parte Vicente Conde Martín de Hijas (ponente), Elisa Pérez Vera, Eugenio Gay Montalvo y Pascual Sala Sánchez donde se estableció el abono múltiple de la prisión provisional sufrida por un penado que esté cumpliendo simultáneamente varias condenas. El caso no guardaba relación alguna con el terrorismo y no se formuló voto discrepante alguno respecto de la decisión. Contra la STS 197/2006 se interpuso recurso de amparo que no fue admitido en el ATC 179/2010 por no haber intentado la nulidad de actuaciones ante el Tribunal Supremo para agotar la vía judicial previa que como presupuesto procesal inexcusable exige el art. 44.a) LOTC y, por tanto, sin entrar en el fondo. Una larga cambiada muy hábil.

Pero no termina aquí el cuento. El Pleno de la Sala de lo Penal constituido por el conjunto de las cuatro Secciones de que se compone, había adoptado el 2 de febrero de 2010 un acuerdo donde se establecía el método para aplicar la doctrina del cómputo múltiple de la prisión provisional o preventiva establecida por el Tribunal Constitucional. Allí y entonces los magistrados llegaron a la conclusión (sin un solo voto discrepante) de que cuando el condenado lo hubiera sido a varias penas, éstas se hubieran acumulado y se hubiera fijado un límite máximo de cumplimiento, solo se restaría de la suma de cada una de las condenas y no de ese tope (de cumplimiento) la primera prisión preventiva decretada tras su detención, criterio que las cuatro Secciones de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional han venido siguiendo.

Por otra parte, el miércoles 23 de junio de 2010 se publicó en el Boletín Oficial

del Estado núm. 152 la LO 5/2010, de 22 de junio, donde se modificaban numerosos preceptos del Código Penal, calificado ampulosamente como el de la democracia, pero muy vapuleado desde entonces como consecuencia de su elaboración poco meditada, a marchas forzadas, obra del biministro Juan Alberto Belloch con más vocación política que mochila jurídica, a pesar de ser magistrado de carrera. Pues bien, el párrafo VI de su exposición de motivos explica «a todos los que la presente vieran y entendieren» (que no parecen ser muchos).

*«Para solucionar los problemas interpretativos surgidos acerca de cuál es el procedimiento penal donde debe abonarse el tiempo de prisión provisional sufrido por un imputado que al mismo tiempo está cumpliendo una pena de privación de libertad impuesta en otra causa, se procede a la modificación del artículo 58 para dejar claro que en esos supuestos solamente será de abono el tiempo de prisión realmente sufrido en la liquidación de condena referente a la pena que se está cumpliendo».*

Consecuente con el preámbulo, el texto normativo, en el párrafo decimo séptimo del artículo único, modifica el apartado 1 del artículo 58 que queda redactado como sigue:

*«1. El tiempo de privación de libertad sufrido provisionalmente será abonado en su totalidad por el Juez o Tribunal sentenciador para el cumplimiento de la pena o penas impuestas en las causas en que dicha privación fue acordada, salvo en cuanto haya coincidido con cualquier privación de libertad impuesta al penado en otra causa, que le haya sido abonada o sea abonable en ella. En ningún caso un mismo período de privación de libertad podrá ser abonado en más de una causa».*

La versión definitiva de la Ley conservó en el primer párrafo el que contenía el proyecto, pero remachándolo con las tres últimas líneas para que no hubiera confusión, siempre posible dada la experiencia, porque «cabezas oscuras oscurecen textos claros», en frase de don Federico de Castro, que todos sus alumnos recordamos. La interpretación extravagante y arbitraria de la STC 57/2008 que conduce a una solución absurda, incomprensible no ya para el ciudadano lego en Derecho, sino también para cualquier jurista avezado sin prejuicios, es un claro ejemplo de tan lúcida y contundente afirmación. Por otra parte, conviene advertir que el precepto trascrito sigue siendo el que era en lo sustancial, modificándose tan solo su expresión literaria con la finalidad de corregir la interpretación errónea del Tribunal Constitucional y así «solucionar los problemas interpretativos surgidos» al respecto. En consecuencia, no entra aquí en juego la proscripción de los efectos desfavorables para el reo de una Ley penal más dura, ya que el precepto es el mismo y su redacción posterior tan solo aclara su sentido y alcance. Por lo tanto, ese criterio hermenéutico de un precepto inalterado puede y debe ser aplicado no solo de aquí en adelante, sino a las condenas producidas con anterioridad.

## II. LA EXCARCELACIÓN INESPERADA

Ahora bien, cuando todo parecía solucionado en este ámbito, salta la sorpresa. El Presidente de la Sección 3.<sup>a</sup> de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, Félix Alfonso Guevara Marcos, que había concurrido a la sesión no jurisdiccional del 2 de febrero de 2010, dictó el 13 de abril de este año 2011 una mera providencia sin oír al Fiscal, en la que accediendo a lo pedido por Antonio Troitiño Arranz, condenado a dos mil setecientos cuarenta y seis años por veintidós asesinatos decretaba su inmediata excarcelación. La escueta resolución judicial, carente de motivación, no explicaba la razón en cuya virtud la Sección 3.<sup>a</sup> se separaba del criterio que sentara en su día el Pleno de la Sala, acatado pacíficamente por todos. La Sección, compuesta además por los magistrados Guillermo Ruiz Polanco y María de los Ángeles Barreiro, restó seis años que el etarra había sufrido de prisión provisional del tope máximo de treinta que debía permanecer entre rejas en lugar de imputarla a las condenas acumuladas, permitiendo así su salida anticipada y totalmente inesperada para el beneficiado que reunió rápidamente sus bártulos y en un taxi marchó al País Vasco para esfumarse a continuación.

Conviene recordar que tan sanguinario sujeto, miembro del «Comando Madrid», había participado en 1986 en los atentados perpetrados en la plaza de la República Dominicana que costó la vida a doce guardias civiles, y en otro posterior en la calle Juan Bravo, así como en el asesinato del comandante Sáenz de Ynestillas y dos militares más, sin olvidar el intento de atentar contra el Fiscal General del Estado, Luis Antonio Burón Barba, que se salvó gracias a las conversaciones telefónicas de un abogado, también etarra, interceptadas por orden judicial. Troitiño, alias «Miguel Ángel», fue detenido el 16 de enero de 1987 en el asalto de los GEOS a un piso de la calle Río Ulla, junto con Cristina Arrizabalaga, María Teresa Rojo, Estela Esteban Nieto, Inmaculada Noble y José Ignacio de Juana Chaos, que luego sería esperpético protagonista del fracasado «proceso de paz» emprendido por Rodríguez Zapatero al principio del septenio sin encomendarse a Dios dado su activo laicismo. Troitiño resultó ser un convicto y confeso etarra sin la menor posibilidad de rehabilitación y por su peligrosidad llegó a estar recluido en la prisión del Salto del Negro en Las Palmas de Gran Canaria. Uno de los más salvajes sicarios del hacha y la serpiente, su liberación intempestiva e inexplicable explica el clamor de la opinión pública.

Cinco días después, el lunes 18 de abril, y por pura coincidencia, se conoció la sentencia 208/2011 que la Sala Segunda del Tribunal Supremo, formada por Adolfo Prego, Julián Sánchez Melgar, José Manuel Maza (ponente), Luciano Varela y Siro García Pérez, había dictado el 28 de marzo en el recurso de casación interpuesto por dos miembros del «comando Arala», Ignacio Fernández de Larrinoa y Miren Gotzone López de Luzuriaga, condenados por el asesinato del general del Ejército del Aire Luis Azcárraga en marzo de 1988. La Sala respeta el cómputo múltiple de la prisión provisional impuesto por la interpretación del Tribunal Constitucional en la tantas veces mencionada STC 57/2008, pero lo hace en función de la «doctrina Parot» contenida en la STS 197/2006.

*«.... Las prisiones provisionales coincidentes con la situación de penado en otra causa han de computarse independientemente del límite máximo de cumplimiento efectivo previsto en el art. 76 del Código Penal, lo que quiere decir que la reducción del tiempo del cumplimiento no resultará de aplicación sobre ese máximo de cumplimiento sino para cada una de las penas inicialmente impuestas de modo que, si a pesar de ello, siguieran éstas excediendo del referido límite legal éste continuará operando».*

Es decir, los períodos de prisión preventiva se restarán de cada una de las penas impuestas sucesivamente, como las cuatro Secciones de la Sala de lo Penal habían hecho en el caso de otros tres etarras, compañeros de Troitiño en el «comando Madrid», Luis del Río, Juan Carlos Arruti y Roberto Lebrero Panizo condenados a penas similares.

Como consecuencia del escándalo mayúsculo suscitado por tan inesperada providencia, notificada después de cumplida al Ministerio Fiscal, sin haberle oído previamente, éste formuló recurso de súplica cuya deliberación pudo celebrarse el martes 19 a última hora de la tarde gracias a que la defensa de Troitiño había presentado su escrito de alegaciones ese día. La misma Sección 3.<sup>a</sup>, con un ligero cambio en su composición (la magistrado Clara Bayarri García sustituyó a su compañera) dictó un auto revocando la resolución precedente con fundamento en la STS, Sala 2.<sup>a</sup>, 208/2011, de 28 de marzo, «dada a conocer el día de ayer», donde se ordenaba la busca y captura «nacional e internacional» de la fiera a la que inadvertidamente se había abierto la jaula. No deja de resultar sorprendente que en la «euro orden» se cometiera, por personal especializado de Juzgados especializados otro error formal, omi-

tiendo determinados datos que retrasó su cumplimiento por las autoridades policiales francesas.

Pues bien, el asesino en serie Troitiño, en paradero desconocido, ha recurrido ante el Tribunal Supremo la decisión de la Audiencia Nacional de revocar su excarcelación y ordenar su detención. El miércoles 11 de mayo de 2011, la Sección 3.<sup>a</sup> de la Sala de lo Penal dictó un auto admitiendo el recurso de casación interpuesto por el abogado del etarra y se emplazaba por quince días a los interesados, a las partes legitimadas para personarse ante la Sala 2.<sup>a</sup> del Tribunal Supremo. Auto que lleva las firmas de los mismos que dictaron el impugnado. En el recurso se alega, con invocación del art. 852 LECrim., la «infracción de precepto constitucional», en este caso el derecho fundamental a la libertad.

### III. UNA MIRADA INDISCRETA AL MÁS ALLÁ

El Tribunal Constitucional ha admitido a trámite veintiocho recursos de amparo en los cuales aparece cuestionada la *doctrina Parot*, de los que veinticuatro son de etarras y otros de narcotraficantes, quedando pendientes de admisión once y ha rechazado medio centenar por

motivos formales. En algunos de ellos el Fiscal se haya mostrado partidario de su estimación (3). Hasta aquí el pasado, lo que ha sucedido, a través de su narración escueta. El futuro no está escrito y nadie hay más arriesgado que la profecía, salvo la Historia en nuestros días. Sin embargo, puede atisbarse levantando una esquina del telón que del más allá en el tiempo nos separa, gracias a dos fenómenos convergentes. Uno, la libertad de expresión y el derecho a suministrar y recibir información veraz, que proclama como derechos fundamentales el art. 20 de la Constitución, pilares de la democracia con la independencia judicial. Otro, las filtraciones del Tribunal Constitucional, un mal endémico que al principio solo tenían un destinatario pero que ahora, aprendido el truco, disfrutan muchos otros periódicos (4). Creo legítimo y elogiable que los periodistas hagan público, como los pregoneros de antaño, cuanto les digan «gargantas profundas». Es lamentable en cambio que quienes tienen un deber de reserva cualificado lo transgredan. Gracias a la indiscreción reprochable de éstos y a la eficacia profesional de aquéllos, los ciudadanos podemos contemplar desde fuera casi en tiempo real los debates y leer los borradores de las decisiones de esta institución tan hermética en algunos aspectos y tan permeable en otros,

porque las indiscreciones no proceden nunca de escalones inferiores. Sabemos los lectores, aunque lo ignoren las partes en el proceso, cuándo un asunto es avocado por el pleno y por qué, podemos degustar proyectos de sentencias como el de Pérez Tremps para el caso *Atutxa* o el preparado en el primero de los recursos de amparo donde se cuestiona la *doctrina Parot*, así que no quedarían completas estas reflexiones más sobre el tema sin aludir a ese futuro previsible.

El caso que iniciará esta serie bastante heterogénea, es el de José Ignacio Gaztañaga Vidaurreta, repartido a la Sala 2.<sup>a</sup>, pero avocado al Pleno el 11 de febrero. Ahora bien, el proyecto de sentencia que ha presentado la magistrado Elisa Pérez Vera, excelente jurista por lo demás, propone otorgar el amparo —según leo en la prensa (5)— a Gaztañaga, pero solo por el hecho de que la Audiencia modificó años después un auto de 28 de mayo de 1997 que nadie había recurrido y era firme, para prolongar su encarcelamiento hasta 2018 como consecuencia de la *doctrina Parot* no cuestionada sin embargo en el proyecto, vulnerando no solo su derecho a la libertad, sino el derecho a la intangibilidad de las resoluciones firmes que garantiza el art. 24 CE «pues la protección judicial carecería de efectividad



Autores:

Alberto Alegret Burgués  
Esteve Cabré i Puig

**NUEVO**  
**¿A dónde vas, arquitecto?**  
*Guía práctica profesional del arquitecto en la sociedad europea*

Este libro se dirige a toda persona con título de arquitecto, independientemente del tipo de ocupación o de especialidad en la que trabaje, y ha sido escrito con la voluntad de dotar al profesional de una visión global del proceso en el que él creará una parte del valor final.

Presenta los principales conceptos que todo profesional debe conocer, describiendo determinados hábitos personales de especial relevancia para la acción profesional. Pone en común la importancia del análisis creativo, del servicio que generamos, lo que nos cuesta y por lo que el cliente puede estar dispuesto a pagar, e invertir en nosotros, sin renunciar a su responsabilidad social.



Encuadernación: Rústica / Páginas: 408 / ISBN: 978-84-8126-853-9

si se permitiera reabrir el debate sobre lo ya resuelto por una resolución judicial firme en cualquier circunstancia».

Siendo importante esa última línea, el párrafo con el cual se abre el razonamiento jurídico me parece trascendental:

«No es función de este Tribunal la interpretación de la legalidad ordinaria y, en lo que aquí interesa, no nos corresponde pronunciarnos directamente sobre cómo interpretar y aplicar al caso esos preceptos del Código Penal de 1973 y sobre cuál ha de ser el límite de cumplimiento y el modo de computar las redenciones, pues se trata de decisiones de ejecución de lo juzgado que, de acuerdo con el art. 117 de la Constitución, corresponden en exclusiva a los órganos judiciales».

y añade:

«Nuestra función se limita a examinar la suficiencia y razonabilidad de la fundamentación de las resoluciones judiciales desde la perspectiva de los derechos fundamentales en juego, cuyo respeto actúa como límite a las posibilidades interpretativas de los órganos judiciales».

Por otra parte, se rechaza la vulneración del derecho a la legalidad penal ya que:

«De la interpretación sometida a nuestro enjuiciamiento no se deriva ni el cumplimiento de una pena mayor que la prevista en los tipos penales ni la superación del máximo de cumplimiento legalmente previsto».

y se desestima también la imputación de que la doctrina Parot implique una aplicación retroactiva en perjuicio del reo del art. 100 CP 1973, que estableció el beneficio de la redención de penas por el trabajo realizado en prisión.

«Ni las resoluciones de la Audiencia Nacional recurridas ni la doctrina del Tribunal Supremo invocada en ellas aplican retroactivamente el artículo 100, sino la normativa vigente en el momento de comisión de los hechos por los que el recurrente fue condenado, si bien con una nueva interpretación de la misma que, ciertamente, acoge el criterio consa-

grado expresamente en el nuevo Código Penal de 1995, pero argumentando que tal interpretación era posible a la vista del tenor literal de los artículos 70.2 y 100 del Código de 1973».

La Sala 2.<sup>a</sup> del Tribunal Supremo ha salido al paso de la solución ambigua sin pretenderlo. En la S 343/2011, de 3 de mayo (6), dictada para el recurso de casación interpuesto por Pedro Antonio Seco Martínez, convicto de tres asesinatos, cuida de advertir que:

**Resultará aconsejable no perder de vista los casos pendientes Portu, Atutxa y Troitiño, muy ligados al Bildu, todos ellos trozos de un mismo rompecabezas. Las respuestas a los cuatro recompondrán la imagen escondida que lo haga inteligible y dé sentido a cuanto ahora nos puede parecer deslavazado e incoherente**

«Las resoluciones que aprueban las liquidaciones de condena efectuadas al penado tienen, por su propia naturaleza, carácter provisional, pues pueden verse modificadas por las incidencias del cumplimiento, de mayor alcance cuando se trata de penas impuestas conforme al Código Penal derogado de 1973. En consecuencia, la jurisprudencia no les ha reconocido los efectos propios de la cosa juzgada. Es el auto de licenciamiento definitivo el que, tras verificar el tiempo cumplido y pendiente de cumplir y la forma en que se ha cumplido, fija el momento final de la condena».

y recuerda que, como se dijo en la STS 734/2008:

«...El expediente histórico-penal del recluso ha de considerarse vivo en tanto no recaiga Auto de licenciamiento definitivo y éste adquiera firmeza».

Auto de licenciamiento,

«que no es en absoluto baladí, automático o meramente ritual, sino que

Los discrepantes fueron Martín Pallín, Giménez García y Andrés Ibáñez.

(2) Julián SÁNCHEZ MELGAR, «La vigencia de la "doctrina Parot", entrelazada con el caso Troitiño. Algunos aspectos de actualidad en el cumplimiento sucesivo de las penas», Diario LA LEY, núm. 7642, miércoles 1 de junio de 2011, págs. 1-4.

(3) Mario CONDE, «Troitiño, Parot y el Constitucional», La Gaceta, 16 de abril de 2011.

(4) Javier PRADERA, «El juego de las tres esquinas», El País, miércoles 18 de mayo

tiene la importante función de verificar la forma en que se cumplen las penas acumuladas, el cómputo de éstas y la manera de efectuarse ese cómputo». Por lo tanto, los criterios a aplicar en ese momento final son los vigentes en ese tiempo, aun cuando se hubieran realizado cálculos provisionales respecto de un posible licenciamiento definitivo utilizando otros criterios, que pudieran estar vigentes entonces, pero que se han abandonado al considerarlos posteriormente como incorrectos».

Pues ya en la STS 1076/2009 se explicaba al respecto que:

«El proceso de ejecución de las distintas penas impuestas a una persona, en una o en varias sentencias y tenga o no establecido un determinado máximo de cumplimiento, se extiende al tiempo preciso desde que comienza la ejecución hasta que se produce el licenciamiento definitivo, y en ese período temporal pueden aparecer distintas incidencias que son resueltas con aplicación del criterio que, a través de la interpretación de la ley, se establezca como correcto en cada caso».

Ahora bien, la razón profunda del criterio hermenéutico al cual se adhiere esta sentencia hinca su raíz en el principio de proporcionalidad, la correspondencia ponderada de crimen y castigo. «Es posible —se advierte en ella— que así los beneficios penitenciarios no supongan una disminución real del tiempo de cumplimiento efectivo».

«Pero en tal caso ello se debería principalmente a la gravedad de las penas impuestas, cada una proporcional a la gravedad del hecho cometido, de lo cual tampoco es posible prescindir».

«El establecimiento de límites máximos de cumplimiento efectivo, aunque están basados en razones bien conocidas, no suponen un olvido radical por parte del Estado de la culpabilidad y la correspondiente responsabilidad por cada hecho cometido».

Por ello:

«No es necesario parificar legalmente en todo caso la situación de quien ha cometido un solo hecho con la de quien ha delinquido de forma múltiple».

Una primera lectura del proyecto de sentencia preparado por la magistrado Pérez Vera resulta muy estimulante. El Tribunal Constitucional parece haber comprendido al fin, y esto es muy positivo, que la interpretación jurisprudencial conocida como *doctrina Parot*, ratificada por el legislador, es una bocanada de justicia y satisface la necesidad social de ver cómo se da a cada uno lo suyo, *suum quique tribuere* (7). Desactivarla significaría no solo extravasar su propia jurisdicción una vez más, invadiendo el terreno de la ordinaria, sino subvertir simultáneamente la configuración constitucional y el ordenamiento jurídico por consideraciones coyunturales ajenas a él, léase por motivos políticos partidarios. Por otra parte, desde fuera de la sensación de que en Doménico Scarlatti se es hoy más sensible a los rumores de la calle, donde se ha generalizado la opinión, pública y publicada, de que una actitud distinta sería tanto como hacer buenas las «actas» de ETA, aun cuando no estén firmadas, y la restante documentación recuperada del cabecilla de la banda Javier López Peña, Thierry, negociador en el desafortunado «proceso de paz» durante el cual los enviados gubernamentales ofrecieron al parecer como moneda de cambio, entre otras, la derogación de esa doctrina. Sin embargo, y ésta es la cara oculta, una lectura más reposada, a la luz de la experiencia —la STC 136/1999 que excarceló a la mesa nacional de HB— suscita la aprensión de que se pretenda circunvalarla para conseguir el mismo resultado caso a caso, por goteo. En este trance y como reflexión última, y provisional por la fuerza de las circunstancias, resultará aconsejable no perder de vista los casos pendientes Portu, Atutxa y Troitiño muy ligados al ya resuelto, *Bildu*, todos ellos trozos de un mismo rompecabezas. Las respuestas a los cuatro recompondrán la imagen escondida que lo haga inteligible y dé sentido a cuanto ahora nos puede parecer deslavazado e incoherente. ■

## NOTAS

(1) La Sala estaba compuesta por los magistrados siguientes: Juan Saavedra Ruiz, presidente. Enrique Bacigalupo Zapater, Joaquín Delgado García, Siro Francisco García Pérez, José Antonio Martín Pallín, Carlos Granados Pérez, Joaquín Giménez García, Andrés Martínez Arrieta, Julián Sánchez Melgar, Perfecto Andrés Ibáñez, José Ramón Soriano Soriano, José Manuel Maza Martín, Miguel Colmenero Menéndez de Luarca, Francisco Monterde Ferrer y Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre.

de 2011 «La filtración de los debates del Tribunal Constitucional sobre el recurso de amparo interpuesto por el ex presidente del Parlamento vasco Juan María Atutxa...».

(5) María PERAL, «No es función del TC interpretar cuál es el modo de cumplir la pena», El Mundo, miércoles 18 de mayo de 2011.

(6) La Sala quedó integrada para la ocasión por los magistrados siguientes: Carlos Granados Pérez, Julián Sánchez Melgar, Miguel Colmenero Menéndez de Luarca (ponente), Alberto Jorge Barreiro y Siro Francisco García Pérez.

(7) Mario CONDE, «Error jurídico y sinrazón», La Gaceta, 24 de abril de 2011, pág. 2, «es un error la tesis del Supremo extrapolando la técnica Parot a la prisión preventiva». José Luis MANZANARES SAMANIEGO, Reflexiones sobre el caso Troitiño, la «doctrina Parot» y los vaivenes jurisprudenciales en materia de terrorismo, núm. 7654, viernes 17 de junio de 2011, págs. 1-8. En su opinión: «La "doctrina Parot", aparte de ser incorrecta en sí misma, peca de inoportuna por cuanto perjudica al reo —como si se tratara de una nueva Ley— frente a la consolidada y razonable jurisprudencia anterior».



## Columna

### El nuevo subtipo atenuado en el delito de narcotráfico

LA LEY 12754/2011

# El nuevo subtipo atenuado en el delito de narcotráfico

Julián SÁNCHEZ MELGAR

Magistrado de la Sala Segunda del Tribunal Supremo

*La importante reforma llevada a cabo por la LO 5/2010, de 23 de junio, que entró en vigor el pasado 23 de diciembre, ha supuesto ya el dictado de numerosas sentencias por parte de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, y también un gran número de resoluciones judiciales en el ámbito de la jurisdicción penal por parte de todos los órganos jurisdiccionales españoles. En consecuencia, se hace preciso determinar los perfiles de un nuevo subtipo atenuado que se aloja en el párrafo segundo del art. 368 CP.*

**S**abido es que la nueva redacción del párrafo segundo del art. 368 CP disciplina una mayor proporcionalidad en las penas privativas de libertad para la modalidad de drogas que causan grave daño a la salud, pues reduce considerablemente el arco penológico anterior, que estaba situado entre los tres años a los nueve años de prisión, y multa, para reducirlo a un ámbito dosimétrico que se inicia en los propios tres años y alcanza ahora los seis años de prisión, manteniendo idéntica multa, lo que supone una importante reducción punitiva, que también se traduce en un elevado número de revisiones de sentencias firmes por esa vía, o la adaptación a sus preceptos en los recursos en trámite.

Sin embargo, lo que ahora nos ocupa es la interpretación que deba concederse a la introducción de un mecanismo reductor de la penalidad básica en supuestos excepcionales —o mejor, si se quiere, especiales— que se contemplan en tal norma. Como se ha dicho por la jurisprudencia, estos subtipos atenuados responden a la necesidad de facilitar a los Jueces y Tribunales mecanismos que puedan servir para una correcta respuesta, acorde con el principio de culpabilidad, permitiendo la adopción de penas que se consideran más adecuadas y proporcionadas a las circunstancias de los hechos y a las personales del acusado.

Este instrumento penológico fue precisamente demandado por la Sala Segunda del Tribunal Supremo, en reunión plenaria celebrada el día 25 de octubre de 2005, en donde se debatía la propuesta que la Sala de lo Penal elevase al Gobierno, al amparo del art. 4.3 CP, sobre la conveniencia de modificar la redacción del art. 368, en informe elaborado por el magistrado José Antonio Martín Pallín. En tal Pleno, el magistrado Andrés Martínez Arrieta creía preferible establecer un último párrafo en el art. 368, similar a otros tipos penales, como las lesiones, relativo a los casos de pequeño tráfico y menor gravedad en relación con las circunstancias personales del culpable, con posibilidad de rebajar en un grado la pena. Finalmente, el Acuerdo Plenario fue el siguiente: «La conveniencia de modificar la redacción del actual art. 368 CP añadiendo que cuando se trate de cantidades móidas las penas deberían ser de seis meses a dos años de prisión cuando se trate de sustancias 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 de igual forma se aprobó como propuesta alternativa a la anterior el añadir un segundo párrafo al art. 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».

Veremos que el legislador finalmente se decantó por esta segunda propuesta alternativa, de tal modo que introdujo un segundo párrafo en el art. 368 del Código Penal, del tenor literal siguiente: «No obstante lo dispuesto en el párrafo anterior, los Tribunales podrán imponer la pena inferior en grado a las señaladas en atención a la escasa entidad del hecho y a las circunstancias personales del culpable. No se podrá hacer uso de esta facultad si concurriere alguna de las circunstancias a que se hace referencia en los arts. 369 bis y 370».

El Preámbulo de la LO 5/2010 lo justifica así: «Asimismo, se acoge la previsión contenida en el Acuerdo del Pleno No Jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de 25 de octubre de 2005, en relación con la posibilidad de reducir la pena respecto de supuestos de escasa entidad, siempre que no concurra ninguna de las circunstancias recogidas en los arts. 369 bis, 370 y siguientes».

Con respecto a esto último, conviene tener presente que el proyecto debatido en las Cámaras excluía la posibilidad de aplicar tal reducción punitiva cuando concurrieran cualquiera de las circunstancias previstas en los arts. 369, 369 bis y 370, pero una enmienda parlamentaria suprimió la referencia al art. 369, dando a entender que la *mens legislatoris* autorizaba la aplicación de tal moderación de la pena también a los subtipos agravados que se describen en el mismo; ahora bien, no podemos dejar de tomar en consideración que el subtipo atenuado en cuestión comienza señalando lo siguiente: «no obstante lo dispuesto en el párrafo anterior...», sin duda referido al tipo básico y no a los subtipos agravados del precepto siguiente.

De todos modos, esta cuestión ya ha sido resuelta por la STS 413/2011, de 10 de mayo, en el sentido siguiente: «Una interpretación sistemática, ligada también a los antecedentes de la reforma y a su tramitación parlamentaria, autoriza la idea de que el párrafo segundo del art. 368 CP no sería excluible, con carácter general, en todos y cada uno de los supuestos agravados a que se refiere el art. 369 CP. Conviene reparar en que el nuevo apartado establece su propia regla de exclusión. Y de acuerdo con ésta, solo la pertenencia a una organización delictiva —art. 369 bis—, la utilización de menores de 18 años o disminuidos psíquicos, la condición de jefe, administrador o encargado de las organizaciones encaminadas a favorecer la comisión del delito o los supuestos de extrema gravedad —art. 370— determinarían la exclusión del precepto. Sin embargo, la ausencia de obstáculos aplicativos a los supuestos agravados no mencionados en la regla excluyente, no debe hacer perder de

vista la idea de excepcionalidad que ha de presidir la determinación del alcance del art. 368 párrafo segundo. Y es que la escasa entidad a que se refiere el art. 368 párrafo segundo, parece frontalmente incompatible, por ejemplo, con la *notoria importancia* sancionada como tipo agravado en el art. 369.5 CP. Carecería de sentido construir un tipo agravado a partir de la notoria afectación del bien jurídico para autorizar, al mismo tiempo, la degradación de la pena en atención a la escasa entidad del hecho».

En todo caso, lo que ha desaparecido también es la mención en los textos prelegislativos a cualquier referencia a la excepcionalidad de esta medida, si bien la sentencia citada nos dice que «nótese que el art. 368 CP no se refiere a la *menor entidad*, sino a la *escasa entidad* de los hechos ejecutados. Y mientras el primero de los vocablos tiene un significado comparativo, autorizando así un punto de contraste que relativiza la gravedad del hecho en función del elemento de comparación con el que se opere, el calificativo *escaso*, referido a la entidad de los hechos, ya expresa por sí solo la idea de excepcionalidad. Su propio origen etimológico —de la voz latina *excarsus*— evidencia su propia limitación, su escasa relevancia, en fin, su singularidad cuantitativa y cualitativa».

En punto ya a la interpretación de este subtipo atenuado, antes de relacionar la doctrina legal existente hasta este momento, hemos de poner de manifiesto que la técnica con la que opera el texto legal es la de comprender para su aplicación dos elementos: uno, de carácter objetivo, y otro, de neto contenido subjetivo, junto a un límite. Por el primero, el legislador considera ha de ponerse la atención «a la escasa entidad del hecho»; por el segundo, «a las circunstancias personales del culpable». Es decir, parámetros que se relacionan con la antijuridicidad material y con la culpabilidad, y, en todo caso, fija un límite, pues «no se podrá hacer uso de esta facultad si concurriere alguna de las circunstancias a que se hace referencia en los arts. 369 bis y 370», esto es, a los supuestos de organización y de extrema gravedad.

Digamos dos precisiones más: que la pena que permite imponer el precepto que comentamos es la correspondiente al párrafo primero del art. 368 del Código Penal, pero que no ha de reconducirse exclusivamente a la pena privativa de libertad, sino a ésta y a la pena de multa, pues la literalidad del precepto es clara: se alude a la imposición de una «pena inferior en grado a las señaladas» en el párrafo anterior, es decir, en plural, sin duda referenciadas expresamente la

pena de prisión y la de multa. Y con respecto a ésta, habrá que estarse al Acuerdo Plenario de fecha 22 de julio de 2008, conforme al cual: «el grado inferior de la pena de multa proporcional... podrá determinarse mediante una aplicación analógica de la regla prevista en el art. 70 CP. La cifra mínima que se tendrá en cuenta en cada caso será la que resulte una vez aplicados los porcentajes legales». La segunda precisión que hemos de hacer, es que tal ejercicio de discrecionalidad «reglada» por parte de los Tribunales es controlable en casación por la vía de la infracción de Ley, por el cauce que se disciplina en el art. 849.1 LECrim.

La STS 32/2011, de 25 de enero, primera en ocuparse de esta materia, declaró que la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre los subtipos atenuados viene estableciendo una doctrina cuyos aspectos más significativos son los siguientes: necesidad de motivar el uso de esa discrecionalidad reglada (cfr. sentencia 233/2003, de 21 de febrero); las expresiones «circunstancias personales del delincuente» no se limitan a las condenas penales previas, que solo pueden entrar en consideración respecto de la agravante de reincidencia, en todo caso dentro de los límites del principio de culpabilidad por el hecho. Es claro que las circunstancias personales del autor del delito no se limitan a la reincidencia en el sentido del art. 20 CP (cfr. sentencia 233/2003, de 21 de febrero); los Jueces son soberanos, en principio, para imponer las penas en la cuantía que proceda según su arbitrio, facultad eminentemente potestativa, que no es absoluta, precisamente porque ha de supeditarse a determinados condicionamientos, como son la personalidad del acusado y la gravedad del hecho en función de los medios, modos o formas con que lo realizó y también las circunstancias de todo tipo concurrentes; la motivación de la individualización de la pena requiere desde un punto de vista general, que el Tribunal determine, en primer lugar, la gravedad de la culpabilidad del autor expresando las circunstancias que toma en cuenta para determinar una mayor o menor reprochabilidad de los hechos (cfr. sentencias 1426/2005, de 7 de diciembre, y 145/2005, de 7 de febrero); la gravedad del hecho a que se refiere este precepto no es la gravedad del delito, toda vez que esta «gravedad» habrá sido ya contemplada por el legislador para fijar la banda cuantitativa penal que atribuye a tal infracción. Se refiere la Ley a aquellas circunstancias fácticas que el juzgador ha de valorar para determinar la pena y que sean concomitantes del supuesto concreto que está juzgando; estos elementos serán

de todo orden, marcando el concreto reproche penal que se estima adecuado imponer. Las circunstancias personales del delincuente son aquellos rasgos de su personalidad delictiva que configuran igualmente esos elementos diferenciales para efectuar tal individualización penológica. Ni en uno ni en otro caso se trata de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, ya que, en tal caso, su integración penológica se produce no como consecuencia de esta regla sexta (antigua), regla primera del art. 66, sino de las restantes reglas (cfr. sentencia 480/2009, de 22 de mayo); en relación al delito de tráfico de drogas, tiene declarado que se produce esa menor gravedad cuando se trata de la venta de alguna o algunas papelinas de sustancias tóxicas llevada a cabo por un drogodependiente (cfr. sentencia 927/2004, de 14 de julio); cuando se refiere a las circunstancias personales del delincuente, está pensando, como es lógico, en situaciones, datos o elementos que configuran el entorno social y el componente individual de cada sujeto, la edad de la persona, su grado de formación intelectual y cultural, su madurez psicológica, su entorno familiar y social, sus actividades laborales, su comportamiento posterior al hecho delictivo y sus posibilidades de integración en el cuerpo social, son factores que no solo permiten sino que exigen modular la pena ajustándola a las circunstancias personales del autor, sin olvidar la incidencia que, por su cuenta, puedan tener, además, la mayor o menor gravedad del hecho, que debe ser medida no solo con criterios cuantitativos sino también cualitativos (cfr. sentencia 927/2004, de 14 de julio).

Y para el caso enjuiciado, señalaba lo siguiente: «Nos encontramos con un vendedor de papelinas, que constituye el último eslabón en la venta al menudeo, siendo poseedor de escasa cantidad de sustancias estupefacientes y padeciendo drogodependencia por su adicción a tales sustancias, y a supuestos como el presente pretende dar respuesta el subtipo atenuado que examinamos, atendiendo a una menos intensa gravedad en su culpabilidad, que encaja en esa escasa entidad del hecho y en unas circunstancias personales a las que se refiere el párrafo segundo del art. 368 CP, lo que determinará una reducción de pena, considerándose adecuada una pena privativa de libertad de un año y siete meses de prisión, que facilitará la aplicación de los arts. 81, 83 y 87 del mismo texto legal».

Es también interesante reseñar la STS 448/2011, de 19 de mayo, en tanto compila la jurisprudencia existente hasta su dictado, con cita de las siguientes

sentencias, que aplican el subtipo atenuado:

STS 51/2011, de 11 de febrero, en el caso de la ocupación de cinco papelinas de heroína con un peso total de 1,8 gramos, con valor económico no establecido y por persona emigrante que se dedicaba a la venta al menudeo, y por lo tanto situado en el último eslabón de la cadena existiendo duda sobre su condición de consumidor.

STS 168/2011, de 22 de marzo, en este caso se trataba según el *factum* de una mujer que trabajaba en un club de alterne y que facilitaba a los clientes que acudían al mismo y le demandaban cocaína. Según el relato, en el registro de su taquilla se le encontraron 28 papelinas con un peso total de 11,346 gramos de cocaína, con una concentración del 24,8% y un valor en el mercado de 899,93 euros y 10 euros. Dicha sustancia la tenía para su entrega a los clientes.

STS 241/2011, de 11 de abril, caso de vendedor de una sola papelina de cocaína sin ocupársele más sustancias, siendo el sujeto extranjero, en situación irregular en España.

STS 242/2011, de 6 de abril, caso de una vendedora de dos papelinas de cocaína que constituye el último eslabón de venta al menudeo con una invocada —pero no probada— adicción a sustancias estupefacientes.

STS 298/2001, de 19 de abril, caso de venta de una papelina de cocaína de 0,51 gramos y concentración del 49,93%, por importe de 30 euros.

STS 337/2011, de 18 de abril, caso de la venta de una papelina de cocaína con un peso de 0,090 gramos y una concentración del 85,5%, con un valor en el mercado de 13,07 gramos.

La citada STS 448/2011, de 19 de mayo, declara que «es suficiente con la menor antijuridicidad de la acción para aplicar el tipo privilegiado, pues de la propia lectura del tipo se deriva que *no es preciso que concurran de forma conjunta la menor antijuridicidad y la menor culpabilidad*, bastando solo la concurrencia de uno de los elementos y la inoperatividad del otro».

Los supuestos en que no se ha aplicado este mecanismo reductor de la penalidad, están configurados como actos reiterados de tráfico o de voluminosa ocupación de sustancias estupefacientes. Citamos al respecto los dos siguientes, extraídos de la STS 374/2011, de 10 de mayo:

STS 239/2011, de 6 de abril, caso de la venta de 0,074 gramos de anfetamina con concentración al 80,80%, ocupándose al vendedor 40 euros por la venta intervenida. También se le ocuparon otros 20 euros, según el *factum* de ventas anteriores. Se argumentaba lo siguiente: «...Finalmente se insta la aplicación, favorable y, por ello, de retroactividad admisible, de la nueva norma establecida en el art. 368 CP que autoriza al Tribunal a rebajar la pena en un grado atendiendo a la entidad en caso del hecho y a las circunstancias personales del acusado. Ya hemos indicado que el hecho consistió en actos reiterados de tráfico y que personalmente el acusado no está revestido de ninguna específica calidad que aconseje considerarle merecedor de pena inferior en grado a la prevista para los casos generales...». Dicha sentencia cuenta con un voto particular.

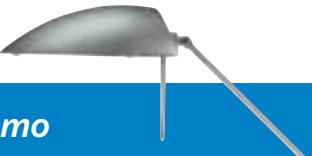
STS 269/2011, de 14 de abril, en el caso se trataba no de un acto de tráfico esporádico u ocasional, toda vez que los funcionarios policiales relataron dos operaciones diferentes —en el *factum* se recogen dos ventas los días 6 de noviembre y 9 de noviembre— y que, además, en el segundo día se le ocuparon dos envoltorios que contenían un total de 0,47 gramos de heroína.

Otros supuestos de no aplicación:

STS 412/2011, de 11 de mayo: el *factum* revela que no estamos en presencia de un supuesto de escasa entidad. Incluso en el caso de [uno de los acusados] en el que fue aprehendida menor cantidad de droga, la sentencia de instancia atribuye a éste la tenencia de instrumentos encaminados a la dosificación de la cocaína que era objeto de distribución, lo que habla de una actividad no esporádica. Tampoco aprecia la Sala la concurrencia de circunstancias personales que, con arreglo a aquel precepto, obligaran a la rebaja de pena. De hecho, la condición de adicto de [otro de ellos] ya ha sido valorada en la apreciación de una atenuante.

STS 464/2011, de 12 de mayo: no constan circunstancias personales del culpable, y la ocupación en su poder de una bolsa con casi 70 gramos de cocaína, obstante a esa menor gravedad del hecho que posibilitaría su aplicación.

Finalmente, otros supuestos de inaplicación lo constituyen situaciones de consorcialidad delictiva, en los que dos o más sujetos se dividen los papeles para realizar actos de difusión o tráfico, o se realizan ventas en plena vía pública, a la vista de todos, por la mayor afectación al bien jurídico protegido. ■


**Tribunal Supremo**

## laSentenciadeldía

TS Sala Cuarta, de lo Social, S 10 Mar. 2011

Ponente: Desdentado Bonete, Aurelio.

LA LEY 38096/2011


  
Consulte los textos integros en  
[www.diariolaley.es](http://www.diariolaley.es)

# Indebida suspensión de pensión de jubilación ya reconocida a trabajador autónomo, que incumplió los pagos aplazados de las cuotas

## RESUMEN DEL FALLO:

El Tribunal Supremo desestima el recurso de casación para la unificación de la doctrina interpuesta contra la sentencia del TSJ Castilla y León, sobre pensión de jubilación, por lo que confirma el derecho del trabajador a percibir la pensión.

## DISPOSICIONES APLICADAS:

Art. 28.2 D 2530/1970 de 20 Ago. (régimen especial de la S.S. de los trabajadores autónomos) (LA LEY 1068/1970); art. 31.3 RD 1415/2004 de 11 Jun. (Regl. General de Recaudación de la Seguridad Social) (LA LEY 954/2004); Disp. adic. 39.º LSS 1994 (LA LEY 2305/1994); art. 57 OM Trabajo 24 Sep. 1970 (normas de aplicación y desarrollo del Régimen Especial de la Seguridad Social de los trabajadores por cuenta propia o autónomos) (LA LEY 1219/1970).

## sumario

### PENSIÓN DE JUBILACIÓN.—RETA.—Cotización.—Ingresos fuera de plazo.—Indebida suspensión de la pensión de jubilación concedida a trabajador que incumplió el abono aplazado de las cuotas debidas.

En el caso de autos, el trabajador solicitó pensión de jubilación del RETA que le fue reconocida, considerando que estaba al corriente del pago de las cuotas porque en ese momento tenía concedido un aplazamiento por falta de ingreso de cuotas en dicho Régimen. No obstante, se le advirtió que cualquier incumplimiento por su parte de los plazos o condiciones del aplazamiento significaría dejar de considerarle al corriente en el pago de las cuotas y, por lo tanto, la suspensión inmediata de la pensión reconocida. Al no abonar en plazo el trabajador los pagos, se le anuló el aplazamiento y se suspendió el pago de la pensión de jubilación reconocida. El INSS lo justifica por el hecho de haber incumplido el aplazamiento de pago de las cuotas pendientes y, por tanto, no lo considera al corriente en sus obligaciones a la Seguridad Social. Sin embargo, la relación entre el efecto del aplazamiento, a través de la condición de hallarse al corriente, y la acción protectora se vincula al momento del hecho causante de las prestaciones, y así la exigencia de hallarse al corriente se cumple si éstas se han causado durante la vigencia de aquél, de forma que ese efecto no alcanzará a las prestaciones causadas antes del aplazamiento, ni las que se causen después de que se haya incumplido, pero sí a las que se hayan causado durante su vigencia. El incumplimiento lo que provocaría es la reanudación del procedimiento de apremio y la ejecución de las garantías, pero no la suspensión o extinción de las prestaciones reconocidas cuando se estaba al corriente de las cuotas. Este sería, además, un efecto desproporcionado, similar a una especie de sanción encubierta, como se advierte en el caso, en el que el trabajador se ha puesto de nuevo al corriente y, sin embargo, habría perdido, según la tesis del INSS, varios meses de prestación, cuando

hasta la propia prestación hubiera podido atender al cumplimiento de las obligaciones de la Seguridad Social.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.**— La sentencia recurrida ha confirmado la de instancia estimatoria de la demanda, en la que el actor solicitaba que los efectos de la pensión de jubilación deben ser de 1 de febrero de 2008, procediendo al abono de la pensión que corresponda de los meses de febrero a septiembre de 2008. El demandante solicitó pensión de jubilación del RETA que le fue reconocida, considerando que estaba al corriente del pago de las cuotas porque en ese momento tenía concedido un aplazamiento por falta de ingreso de cuotas en dicho Régimen. No obstante, se le advirtió que “cualquier incumplimiento por su parte de los plazos o condiciones del aplazamiento significaría dejar de considerarle al corriente en el pago de las cuotas y por lo tanto la suspensión inmediata de la pensión reconocida”. El actor no abonó en plazo los pagos, anulándose el aplazamiento y suspendiéndose el pago de la pensión de jubilación reconocida. La pensión le fue rehabilitada cuando saldó su deuda, siendo precisamente la suspensión de la pensión la cuestión litigiosa que se plantea en las actuaciones, solicitando el actor el abono de los meses de febrero a septiembre de 2008, correspondientes al periodo de suspensión. La sentencia de instancia estimó la demanda; decisión que confirma la sentencia recurrida argumentando, en síntesis que, conforme a la doctrina de esta Sala, ha de estarse a la fecha del hecho causante, de forma que si en esa fecha se consideró que, concurriendo el aplazamiento, el actor cumplía los requisitos de estar al corriente de las cuotas para acceder a la pensión, luego no puede suspenderse ésta por falta de cumplimiento de los plazos concedidos para el abono, pues esta causa no la prevé la ley como suspensiva del derecho.

Contra este pronunciamiento recurre en unificación de doctrina el INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL aportando como sentencia contradictoria la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León con sede en Valladolid de 26 de mayo de 2003 (rec. 778/2003), referida a un trabajador del RETA, que solicitó la pensión de jubilación, comunicando el INSS que reunía todos los requisitos para causar derecho a la jubilación, excepto el estar al corriente en el pago de las cuotas a la Seguridad Social por el periodo de enero de 1994 a diciembre de 1998 y de julio de 1999 a mayo de 2000 respecto al que se le concedió aplazamiento. El demandante dejó de abonar las cuotas y el INSS acordó la suspensión del abono de la pensión de jubilación, suspensión que es declarada conforme a derecho en la sentencia de contraste, razonando que al haberse incumplido el aplazamiento el interesado deja de estar al corriente del pago de las cuotas y, en consecuencia incumple un requisito necesario para el pago de la pensión reconocida.

**SEGUNDO.**— Existe la contradicción que se alega, por lo que hay que examinar la infracción del art. 28.2 del Decreto 2530/1970 que, en relación con el art. 57 de la Orden de 24 de septiembre de 1970, con la disposición adicional 39º de la LGSS y con el art. 31.3 del Reglamento General de Recaudación, aprobado por el Real Decreto 1415/2004, denuncia el Instituto Nacional de la Seguridad Social. Sostiene el organismo recurrente que, al haber incumplido el aplazamiento de pago de las cuotas pendientes, no se le considera al corriente en sus obligaciones a la Seguridad Social y, por consiguiente, no cumple con uno de los requisitos establecidos en el artículo 28 del Decreto 2530/70 de 20 de agosto y 57 de la Orden de 24 de septiembre de 1970, por lo que procede suspender el pago de la pensión de jubilación reconocida.

La infracción denunciada no puede apreciarse. La disposición adicional 39º de la LGSS se limita en este punto a remitirse a lo dispuesto en el art. 28.2 del Decreto 2530/1970, el cual establece que es condición indispensable para tener derecho a determinadas prestaciones, entre las que se encuentra la jubilación, que las personas incluidas en el campo de aplicación de Régimen de los Trabajadores Autónomos se hallen al corriente en el pago de sus cuotas exigibles en la fecha en que se entienda causada la correspondiente prestación”. El precepto citado regula a continuación la invitación al pago de las cuotas en los supuestos de descubierto; técnica de regularización que aquí no se ha aplicado porque al demandante se le consideró al corriente del pago de las cuotas. El problema a decidir consiste en determinar si el posterior incumplimiento de los términos del aplazamiento justifica la medida suspensiva acordada por la gestora. El art. 28.2 del Decreto 2530/1970 no contiene norma específica en esta materia y lo mismo sucede con el art. 57.2 de la Orden de 24 de septiembre de 1970, que reitera la norma citada del Decreto. No hay, por tanto, una regulación en estas normas de los efectos del incumplimiento del aplazamiento sobre la prestación reconocida y tampoco se contiene esa regulación en otras disposiciones del Decreto 2530/1970, ni de la Orden de 24 de septiembre de 1970. La única causa de suspensión de la pensión de jubilación es la que establece el art. 94 de la Orden citada para los supuestos de trabajo del pensionista, lo que coincide con la regulación que en esta materia se contiene en la LGSS (art. 165 de esta Ley en relación con el art. 16 de la Orden de 18 de enero de 1967).

En realidad, la consideración del aplazamiento como un supuesto equiparable a la situación de hallarse al corriente del pago de las cuotas ha surgido, como recuerda con acierto la sentencia recurrida, a partir de la doctrina de la Sala que, en síntesis, establece que si el aplazamiento se ha obtenido antes de causarse la prestación, el solicitante se considerará al corriente del pago de las cuotas, pero si el aplazamiento es posterior el descubierto no queda cubierto y el trabajador no cumplirá el requisito de hallarse al corriente, por lo que, para acceder a la prestación, deberá cumplir la invitación al pago (sentencias de 7 de mayo de 2004 y 22 de septiembre de 2009, así como las que en ellas se citan).

Esta doctrina se relaciona con los efectos que son propios del aplazamiento de acuerdo con las normas recaudatorias. En este sentido el art. 31.3 del Reglamento General de Recaudación, aprobado por el Real Decreto 1415/2004, establece que "la concesión del aplazamiento, siempre y cuando se cumplan las condiciones establecidas en este Reglamento y en la resolución que lo conceda, dará lugar, en relación con las deudas aplazadas, a la suspensión del procedimiento recaudatorio y a que el deudor sea considerado al corriente de sus obligaciones con la Seguridad Social en orden a la obtención de subvenciones y bonificaciones, la exención de responsabilidad por nuevas prestaciones de la Seguridad Social causadas durante aquél, la contratación administrativa y a cualquier otro efecto previsto por ley o en ejecución de ella".

La relación entre el efecto del aplazamiento, a través de la condición de hallarse al corriente, y la acción protectora se vincula al momento del hecho causante de las prestaciones, y así la exigencia de hallarse al corriente se cumple si éstas se han causado durante la vigencia de aquél, de forma que ese efecto no alcanzará a las prestaciones causadas antes del aplazamiento, ni las que se causen después de que se haya incumplido, pero sí a las que se hayan causado durante su vigencia. Con más claridad, si cabe, el art. 17 de la Orden de 25 de mayo de 2005 precisa que "en tanto no se produzca el incumplimiento a que se refiere el artículo 36 del Reglamento General de Recaudación de la Seguridad Social (los sujetos responsables) se considerarán al corriente de sus obligaciones con la Seguridad Social tanto a los efectos indicados en el artículo 31.3 de dicho Reglamento como para el reconocimiento de prestaciones". El incumplimiento de los términos del aplazamiento determina que a partir de ese incumplimiento ya no se esté al corriente, pero no implica que, en un efecto retroactivo que la norma no autoriza, se deje de estar al corriente cuando se causó la prestación y cuando regía el aplazamiento con la consiguiente pérdida de la prestación reconocida, que podría afectar incluso a beneficiarios ajenos al incumplimiento en caso de responsabilidad empresarial en los Regímenes de trabajadores por cuenta ajena. El incumplimiento lo que provoca, según el art. 36 del Reglamento General de Recaudación, es la reanudación del procedimiento de apremio y la ejecución de las garantías, pero no la suspensión o extinción de las prestaciones reconocidas cuando se estaba al corriente de las cuotas. Este sería además un efecto desproporcionado, similar a una especie de sanción encubierta, como se advierte en el presente caso, en el que el trabajador se ha puesto de nuevo al corriente y, sin embargo, habría perdido, según la tesis del INSS; varios meses de prestación, cuando hasta la propia prestación hubiera podido atender al cumplimiento de las obligaciones de la Seguridad Social (art. 40.1b) de la LGSS).

No desconoce la Sala que, conforme se recoge en el hecho probado primero, en el acto administrativo de reconocimiento se advirtió que el reconocimiento de la prestación quedaba condicionado en el sentido de que el incumplimiento del aplazamiento determinaría la suspensión de la pensión reconocida. Pero este condicionamiento no es válido por las razones que se han expuesto con anterioridad en esta fundamentación jurídica.

Procede, por tanto, la desestimación del recurso, sin que haya lugar a la imposición de costas por tener reconocido el organismo recurrente el beneficio de justicia gratuita (...)

#### Voto Particular

#### VOTO PARTICULAR QUE FORMULA LA EXCMA. SRA. Dº María Milagros Calvo Ibarlucea A LA SENTENCIA DICTADA EN EL R.C.U.D. 2656/2010

De conformidad con lo establecido en el artículo 260.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, formulo voto particular a la sentencia dictada en el R.C.U.D. 2656/2010 para sostener la posición que mantuve en la deliberación.

Debatida en el recurso de casación para la unificación de doctrina la infracción del artículo 28.2 párrafo segundo del Decreto 2530/1970 de 20 de Agosto, del artículo 57.2 de la Orden Ministerial de 24 de Septiembre de 1970, de la Disposición Adicional Trigesimonovena del Real Decreto Legislativo 1/1994 de 20 de Junio por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social y del artículo 31.3

del Reglamento General de Recaudación, aprobado por el Real Decreto 1415/2004, de 11 de Junio, la sentencia de esta Sala niega dicha infracción al considerar que el artículo 28.2 del Decreto 2530/1970 de 20 de Agosto no contiene norma específica sobre la posibilidad de un efecto suspensivo debido al posterior incumplimiento de los términos del aplazamiento, ni en el artículo 57.2 de la Orden Ministerial de 24 de Septiembre de 1970, limitándose dicho efecto al artículo 94 de la Orden citada para los supuestos de trabajo del pensionista. Añade la sentencia que la consideración del aplazamiento como supuesto equiparable a la situación de hallarse al corriente en el pago de las cuotas surge de la doctrina de la Sala que distingue entre el aplazamiento anterior o posterior a causarse la prestación.

Asimismo alude al contenido del artículo 31.3 del Reglamento General de Recaudación, aprobado por el Real Decreto 1415/2004, de 11 de Junio llegando a la conclusión de que la relación entre efecto del aplazamiento y acción protectora se vincula al momento del hecho causante. Con ello, el incumplimiento determina que no se esté al corriente, pero sin que implique un efecto retroactivo que la norma no autoriza, dejando de estar al corriente cuando se causó la prestación, de forma que sólo provoca, según el artículo 36 del Reglamento General de Recaudación la reanudación del procedimiento de apremio y ejecución de las garantías, pero no la suspensión, cuando sin la suspensión el percibo de la prestación permite atender las obligaciones de la Seguridad Social.

La discrepancia frente a lo resuelto se dirige a destacar en primer término el título constitutivo del aplazamiento, condicionado en cuanto al efecto de hallarse al corriente de las obligaciones derivadas del mismo, términos que no fueron impugnados por el demandante y a diferenciar lo que constituye materia regulada por el Decreto 2530/1970 de 20 de Agosto, la Orden Ministerial de 24 de Septiembre de 1970 y la Disposición Adicional Trigesimonovena de la Ley General de la Seguridad Social, condiciones para el reconocimiento de la prestación, de lo que configura el régimen recaudatorio de las obligaciones en materia de Seguridad Social. Así, las normas recaudatorias de la prestación imponen, entre otros requisitos, el de hallarse al corriente de las obligaciones en materia de Seguridad Social. Existe una posibilidad, el aplazamiento de las cuotas pendientes en la que, ficticiamente, se tiene por alcanzado dicho requisito, inclusive el de la carencia (STS 12 de julio de 2002, RCUD. 3502/2001).

Al actor, sobre la premisa del aplazamiento y de cumplir la condición de hallarse al corriente, le es reconocida la prestación, también "sub conditione", mantendrá dicho requisito.

Incumplido el aplazamiento, revive la situación previa al incumplimiento de la condición, e incumplido a su vez el plazo concedido en la invitación que se le dirige, el comienzo del pago de la prestación se produce con efectos del día primero del mes siguiente a aquél en que hizo efectivas sus obligaciones. Todo ello es fiel aplicación de las previsiones contenidas en el artículo 28.2, párrafo segundo del Decreto 2530/1970 de 20 de Agosto, del artículo 57.2 de la Orden Ministerial de 24 de Septiembre de 1970 y de la Disposición Adicional Trigesimonovena del Real Decreto Legislativo 1/1994 de 20 de Junio por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social.

El Reglamento de Recaudación, Real Decreto 1415/2004, de 11 de Junio, que no regula el régimen de prestaciones ni en su concesión ni en las sanciones que sobre el beneficiario pudieran recaer, sí establece el régimen del aplazamiento, tanto en sus consecuencias positivas, suspensión del procedimiento recaudatorio y consideración del deudor al corriente en el pago de sus obligaciones, al tiempo que contempla su eficacia condicionada a que se cumplan los términos del Reglamento y los de la Resolución que lo concede, obviamente la única consecuencia que puede regular para el caso de incumplimiento es la contemplada en el artículo 36, proseguir sin más trámite el procedimiento de apremio, pues la finalidad del Real Decreto 1415/2004, de 11 de Junio es regular la recaudación, incluyendo el supuesto excepcional del aplazamiento. La habilitación reglamentaria en cuanto a los requisitos de la prestación tan sólo se extiende a su aspecto positivo, la presunción de hallarse al corriente el interesado en tanto en cuanto se ajuste a las condiciones del Reglamento y del título de concesión. No se extiende al efecto negativo, pues no lo requiere cuando incumplidas las exigencias de su artículo 31.3, la situación vuelve a ser la antecedente a la concesión, a efectos del requisito de hallarse al corriente, es decir la puesta en marcha de los mecanismos previstos en los artículos 28.2 del Decreto 2530/1970 de 20 de Agosto, artículo 57 de la Orden Ministerial de 24 de Septiembre de 1970 y Disposición Adicional Trigesimonovena de la Ley General de la Seguridad Social, con las consecuencias en ellos previstas respecto al comienzo del pago de la prestación en el caso de no atender dentro de plazo la invitación al pago que formula la Entidad Gestora. ■



## Doctrina

**Confidencialidad e intimidad en el ámbito de los delitos informáticos**

# Confidencialidad, secreto de las comunicaciones e intimidad en el ámbito de los delitos informáticos

**José DÍAZ CAPPA**

*Fiscal de la Fiscalía Superior de Illes Balears*

*Delegado de Criminalidad Informática*

*El presente artículo tiene por objeto argumentar, a propósito de la STS núm. 247/2010, Sala 2.ª, de 18 de marzo de 2010, y de la STC núm. 123/2002, de 20 de mayo, entre otras referencias, la posibilidad de no necesidad de previa autorización judicial —que ahora se exige inexcusablemente— para la cesión de los datos generados o tratados conforme a lo dispuesto en el actual art. 1 de la Ley 25/2007, de 18 de octubre, de Conservación de Datos Relativos a las Comunicaciones Electrónicas y a las Redes Públicas de Comunicaciones.*

### I. INTRODUCCIÓN. CONFIDENCIALIDAD. COMUNICACIÓN: CONTENIDO Y DATOS DE TRÁFICO. COMUNICACIÓN: EN PROCESO Y TERMINADA. COMUNICACIÓN: ENVIADA Y RECIBIDA

El aumento, sin duda significativo y en constante progreso, de la denominada ciberdelincuencia —o delincuencia (o criminalidad) informática— (1), arrastra ya, en relativamente poco tiempo, un importante handicap, repercutible sobre todo en el campo procesal, y que, en mi opinión, puede obedecer a un exceso de celo garantista desde el punto de vista legal apoyado en una cierta disparidad de corrientes jurisprudenciales. Me refiero a la interpretación del término «confidencialidad» y, en concreto, a la incidencia de dicho concepto en las posibilidades de investigación criminal de este tipo de delincuencia, que, más allá de la simple relación con el mundo de las comunicaciones electrónicas, con las TIC (2) y la Sociedad de la Información, puede hacer referencia en un momento dado a cualquier modalidad delictiva. En unos casos, porque la propia investigación en

el ámbito informático es necesaria para la resolución de la infracción penal por su propia «naturaleza informática» (pensemos en la estafas a través de la Red, en los tipos penales de descubrimiento y revelación de secretos, en los delitos de daños informáticos, pornografía infantil, *child grooming*, delitos contra la libertad, contra el honor, secretos empresariales, etc.), pero también, porque cualquier tipo de infracción penal puede tener como base o parte de su posible acreditación, un elemento probatorio informático: así, un e-mail enviado, el contenido de un SMS, el estudio de una red social en que el posible delinquente haya dejado indicios de su eventual participación delictiva, una dirección IP comprometedora, o un estudio pormenorizado de cualquier ordenador o hardware..., pueden servir o ser esenciales como prueba, informáticamente obtenida, de la participación en un hecho criminal. Pocos actos investigadores de delitos importantes y con cierta entidad dejan al margen, hoy día, un estudio o repaso, siquiera sea rápido, de las opciones investigadoras que ofrece la Sociedad de la Información.

Además, el abanico de posibilidades de formas de comunicación a través de In-



ternet (e-mails, chats, foros, Messenger, videoconferencias...) y su carácter público o privado, hacen aún más interesante y complicada la empresa investigadora que al efecto se inicie.

Puesto que en esa labor de investigación del delito nos adentramos en el siempre resbaladizo mundo de los **derechos fundamentales**, es necesario ir desgajando algunos aspectos jurídicos para evitar que la eventual necesidad de invadir los mismos en el marco de una investigación criminal, pueda poner en peligro el éxito de la misma de hacerse de forma legal o jurisprudencialmente irregular.

Claro es que desde el punto de vista lingüístico (3) puede aparecer claro el halo de intimidad, privacidad, secreto y seguridad que tras el concepto de **confidencialidad** se deja entrever. Incluso, acercándonos un poco más al significado del término en relación con la denominada *seguridad informática* (4), no deja de perder su significado último: la consideración de secreto, en sentido amplio, de la comunicación entre las personas, y respecto de aquello que no se quiere que se conozca, y no solo del contenido mismo de lo comunicado —lo cual aparece como evidente—, sino incluso también del hecho mismo de que la comunicación ha existido. Esto es, tan importante resulta para el «hecho confidencial» la ignorancia ajena de lo que se ha transmitido en esa comunicación, como de aquello que pueda constatar que esa comunicación se ha producido: cuándo, cómo, dónde y entre quiénes. Por tanto, cualquier dato que permita ese conocimiento, debe participar, en sentido amplio, de la misma protección legal y judicial que la comunicación en sí misma.

Sin embargo, las innumerables y variadas formas de comunicación y la posible transmisión de todo tipo de

elementos, objetos e información a través de Internet (5), hace necesario replantearse el ajuste a Derecho y la legalidad de las diferentes opciones de investigación de los hechos ilícitos cometidos a través de las Nuevas Tecnologías de la Información y de la Comunicación. Y no solo Internet. Y todo ello sin minusvalorar ni poner en riesgo ninguno de los ámbitos propios de los derechos fundamentales y la protección legal de los datos personales, ni, por supuesto, la protección judicial de los mismos.

Ahora bien, cuando, al margen de la pura semántica, nos tenemos que acercar al concepto de confidencialidad desde el punto de vista legal y jurisprudencial, existe, en la actualidad y en mi opinión, una cierta dosis de falta de concreción. Me explico, e intentaré hacerlo en estas breves líneas partiendo del contenido del art. 18 CE (6) en el que se otorga protección constitucional a varios derechos fundamentales. Además de la referencia a la inviolabilidad del domicilio —sin duda también trascendente, y mucho, en materia de delincuencia informática, pero que exige su estudio en otro ámbito diferente al tema que aquí abordamos—, se encuentran recogidos otros dos en concreto: la **intimidad personal (18.1)** y el **secreto de las comunicaciones (18.3)**. Y, además, la referencia protectora constitucional definida en el art. 18.4 como **limitación legal al uso de la informática** para garantizar, entre otras cosas, la intimidad personal y familiar.

Así pues, trataré de argumentar que para la investigación criminal de un hecho delictivo, dentro del abanico de los denominados delitos informáticos (aunque perfectamente extrapolable a otro tipo de delincuencia), no es siempre imprescindible una resolución judicial *ex ante* habilitante de la que dependa la plena validez de la intro-

# OPINIÓN

**L**a ineludible adecuación a la Constitución de las diligencias de investigación e instrucción practicadas en los procesos penales, plantea, en relación con la llamada criminalidad informática, nuevas vías de posible interpretación. La novedad y especial idiosincrasia de este tipo de delincuencia que, en la mayoría de las ocasiones, hace imprescindible para su persecución la afectación de derechos fundamentales, y especialmente los relativos al secreto de las comunicaciones y a la intimidad personal, así como la innegable relación —y no en pocas veces confusión simbiótica— con el ámbito relativo a la protección de los datos personales durante la instrucción de los procesos penales, así como la proliferación de normativa internacional en la materia posteriormente trasladada al ámbito nacional, permiten nuevas reflexiones sobre las formas de acceder a tales derechos fundamentales. En este artículo, el autor se plantea y argumenta, poniendo especialmente el énfasis en la nota común de confidencialidad que a todos los derechos fundamentales citados atañe, y haciéndose eco de normativa nacional e internacional y de jurisprudencia al respecto, la no necesidad de contar siempre con autorización judicial ex ante habilitante para ciertas injerencias en aquellos derechos, y de ponderar las opciones legales de investigación por parte del Ministerio Fiscal y de la Policía Judicial dando mayores dosis de relevancia, en pro también de la seguridad jurídica y sin obviar nunca el necesario control judicial, a los criterios de anulabilidad sobre los de nulidad radical y absoluta.



**misión en un derecho fundamental.** Para ello, hemos de tener en cuenta **varias premisas**, ahora solo apuntadas, y que desarrollaré a lo largo del presente artículo:

a) Lo realmente esencial es la **confidencialidad**. Género de una especie donde estarán comprendidos los derechos a la intimidad, secreto de la comunicación y protección de los datos personales. Cada una de estas especies tiene una fórmula de protección legal y judicial diferente.

b) La comunicación no es solo el contenido de lo comunicado, sino también todos aquellos datos (de tráfico y de localización —los denominados *logs*) que permitan identificar cualquier aspecto relativo a la comunicación en sí y a su existencia misma (lugar, momento, comunicantes, etc.). Sin embargo, estos últimos, los datos, no deberían estar amparados por la rigidez legal de la exigencia previa de aprobación judicial para el acceso a los mismos por los diferentes operadores habilitados para la investigación criminal.

c) La comunicación terminada o ya realizada no es igual a la comunicación en proceso y en progreso, y, al igual que en el caso anterior y en lo que a los datos tangenciales a la comunicación se refiere, no deberían ser tampoco objeto de la rigidez legal de su sometimiento previo a la aprobación judicial.

d) No es lo mismo, tampoco, comunicación enviada que comunicación recibida. A efectos del tema que abordamos, lo primero es lo que marca el proceso de comunicación y sus datos, y la existencia de todo ello. Es lo esencial. Lo segundo, simplemente, supone la efectividad del envío de lo comunicado, y, además, puede suponer, el conocimiento por el receptor del contenido de lo comunicado, si bien esto último puede no haber sucedido (7).

## II. TRATAMIENTO LEGAL DE LA CUESTIÓN. REFERENCIAS INTERNACIONALES. SECRETO DE LAS COMUNICACIONES E INTIMIDAD PERSONAL

Como expuse anteriormente, intimidad, secreto y limitación de uso de la informática respecto de los datos personales son parte, sin duda, del concepto genérico y más amplio de confidencialidad, y lo realmente importante es saber qué derecho fundamental se está realmente protegiendo en cada momento para salvaguardar la confidencialidad que a todos aquellos afecta.

La cuestión se apunta con mayor claridad haciendo un recorrido jurídico por las normas del ordenamiento jurídico nacional e internacional que tienen relación con la cuestión:

En primer lugar, hemos de recordar que la Ley de Enjuiciamiento Criminal solo hace reserva de autorización judicial (8) cuando se trate de respetar el derecho al secreto de las comunicaciones, pero no cuando se trate del derecho a la intimidad, y, por supuesto, tampoco en los casos en que la incidencia de la vulneración puede no ser sino meramente civil o administrativa (9). Lo veremos más adelante como criterio jurisprudencial ya acuñado.

Por otro lado, la Ley 25/2007, de 18 de octubre, de Conservación de Datos Relativos a las Comunicaciones Electrónicas y a las Redes Públicas de Comunicaciones (10) dispone, en su art. 1, lo siguiente: «Esta Ley tiene por objeto la regulación de la obligación de los operadores de conservar los datos generados o tratados en el marco de la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas o de redes públicas de comunicación, así como el deber de cesión de dichos datos a los agentes facultados siempre que les sean requeridos a través de la correspondiente autorización judicial con fines de detección, investigación y enjuiciamiento de delitos graves (11) contemplados en el Código Penal o en las leyes penales especiales».

Por lo tanto, inicialmente, necesaria autorización judicial para disponer de dichos datos. Y, ¿cuáles son esos datos? El mismo precepto nos dice, en el párrafo siguiente, que: «Esta Ley se aplicará a los datos de tráfico y de localización sobre personas físicas y jurídicas y a los datos relacionados necesarios para identificar al abonado o usuario registrado».

Se refiere, pues, a los denominados en el argot informático como *logs* —antes mencionados—, con exclusión expresa del contenido de las comunicaciones electrónicas, como se advierte claramente en el párrafo tercero de este importante precepto.

En todo ello subyace, como veremos, otro de los aspectos de especial trascendencia en el tema que nos ocupa: se trata de **elementos de identificación de una comunicación ya terminada** (con independencia de que el receptor conozca o no su contenido) y **no en curso**. O bien en progreso pero habiendo ya generado todos los datos de tráfico necesarios. Se puede argumentar que a diferencia de las comunicaciones telefónicas, en que el momento preciso de la comunicación hace decaer al mis-

mo tiempo la propia existencia de lo que se está comunicando, las comunicaciones electrónicas, así como los SMS o similares, pueden cursar efectivas con posterioridad al momento propio del envío, con lo que se hace difícil diferenciar de forma concreta el momento exacto de la comunicación *strictu sensu*, pero lo que es evidente es que la Ley de Conservación de Datos citada se refiere precisamente a eso, a datos que son susceptibles de ser conservados, que ya existen físicamente y que han tenido su proceso de producción en un momento pretérito, y, por ende, finalizados en cuanto a su posibilidad real de su obtención actual mediante la correspondiente autorización judicial. Y, no solo eso, sino que han de servir como elementos propios de una investigación delictiva.

Este aspecto, como veremos, supone un elemento esencial en cuanto a la valoración de la necesidad o no de autorización judicial para su obtención. Y es que, desde el momento en que el proceso de identificación del elemento comunicador, no se refiere a la comunicación en sí misma, ni a su contenido, sino a elementos tangenciales que pueden permitir la obtención de datos esenciales para la investigación, el secreto que se ampara no es ya el de la comunicación en sí, sino el de la esfera personal e íntima de los posibles intervenientes. Así, si para la protección constitucional del derecho fundamental a la intimidad no hay reserva expresa de autorización judicial, aparece excesivo que se acometa dicho proceso garantista con posterioridad, frustrándose así las posibilidades investigadoras de la Policía Judicial y del Ministerio Fiscal (12).

Como ya veremos, la posible intervención de estos últimos sobre las vulnerabilidades del derecho a la intimidad, aparecen inicialmente amparadas legal y jurisprudencialmente a través de la salvaguarda judicial *ex post* y en examen del correcto uso de los principios de necesidad, proporcionalidad y oportunidad.

El principal problema de esta nueva regulación legal es que derogó (13) el art. 12 de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y del Comercio Electrónico. El referido precepto, que llevaba como rótulo «Deber de retención de datos de tráfico relativos a las comunicaciones electrónicas», tras hacer referencia a las obligaciones de conservación de los referidos datos por parte de los operadores de redes y servicios de comunicaciones electrónicas, los proveedores de acceso a redes de telecomunicaciones y los prestadores de servicios de alojamiento de datos, disponía, en su

número 3 que: «Los datos se conservarán para su utilización en el marco de una investigación criminal o para la salvaguardia de la seguridad pública y la defensa nacional, poniéndose a disposición de los Jueces y Tribunales o del Ministerio Fiscal que así lo requieran. La comunicación de estos datos a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad se hará con sujeción a lo dispuesto en la normativa sobre protección de datos personales».

Este precepto, creo, recogía con mayor rigor la verdadera esencia de los contenidos afectados por los datos de tráfico relativos a las comunicaciones. Sin dejar de dudar que todos ellos afectan a la confidencialidad, lo que realmente se podría ver afectado con la intromisión en los mismos por agentes como los cuerpos policiales o el Ministerio Fiscal, no es el secreto de la comunicación en sí mismo, sino el derecho a la intimidad, respecto del que —como ya apunta la STC 123/2002 de 20 de mayo, que posteriormente también aludiremos, si bien desde el punto de vista crítico—, «no existe en la Constitución reserva absoluta de previa resolución judicial».

¿Por qué se produce, sin embargo, este cambio legal, que, al mismo tiempo, impide el cambio de criterio jurisprudencial?

Cómo se establece en la Exposición de Motivos de La Ley 25/2007, de 18 de octubre, de Conservación de Datos, tantas veces aludida, la misma tenía como principal objeto la trasposición al ordenamiento jurídico nacional de la Directiva 2006/24/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de marzo de 2006, sobre la conservación de datos generados o tratados en relación con la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas de acceso público o de redes públicas de comunicaciones y por

*la que se modifica la Directiva 2002/58/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de julio.*

En ella se inspiró, pues, la Ley de 2007, y, para ajustar ésta a los pronunciamientos del Tribunal Constitucional respecto al derecho al secreto de las comunicaciones dispuso la necesaria autorización judicial para la cesión de los datos relativos a la misma (14), en los términos mencionados en el art. 1 ya citado.

Sin embargo, un repaso a la referida Directiva, no nos lleva necesariamente a la consideración de los denominados datos de tráfico y de localización como elementos que, aún en el marco de la comunicación, se refieran necesariamente al derecho fundamental a su secreto, en los términos del art. 18.3 CE, sino que, más aún al contrario, durante la mayor parte del texto de la Directiva citada, que, recordemos, conforma el espíritu y letra de la Ley 25/2007, a lo que se está haciendo referencia es al derecho a la intimidad y a la protección de los datos personales derivados de las comunicaciones electrónicas, y no al secreto de las comunicaciones.

Así la Directiva 2002/58/CE (15), de que trae causa la de 2006, se refiere precisamente al tratamiento de los datos personales y a la protección de la intimidad en el sector de las comunicaciones electrónicas, con referencia, asimismo, a la Directiva 95/46/CE, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de esos datos.

Del mismo modo, tampoco la Directiva 2006/24/CE viene exigiendo (quizá por ese motivo) autorización judicial para esa cesión. Así, menciona en su considerando núm. 17 que «es esen-

cial que los Estados miembros adopten medidas legislativas para asegurar que los datos conservados de conformidad con la presente Directiva solamente se faciliten a las autoridades nacionales competentes (16) de conformidad con la legislación nacional, respetando plenamente los derechos fundamentales de las personas».

### III. ANÁLISIS DE LA JURISPRUDENCIA APLICADA Y APPLICABLE

La famosa (pero no reciente, como algunos se empeñen en insistir, quizás para alargar el efecto de su contenido) sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de 2 de agosto de 1984, en el llamado caso *Malone*, fue, entre otras amparada por nuestro Tribunal Constitucional en la STC 123/2002, de 20 de mayo.

En esta última, que, sin duda, refleja los contenidos jurisprudenciales tenidos en cuenta por el legislador, según se cita en la Exposición de Motivos de la Ley 25/2007, se hace referencia, inicialmente, a que «... doctrina ha sido reiterada recientemente en la STC 70/2002, de 3 abril. En su fundamento jurídico noveno precisamos que «el art. 18.3 CE contiene una especial protección de las comunicaciones, cualquiera que sea el sistema empleado para realizarlas, que se declara indemne frente a cualquier interferencia no autorizada judicialmente» y que «la protección del derecho al secreto de las comunicaciones alcanza al proceso de comunicación mismo, pero finalizado el proceso en que la comunicación consiste, la protección constitucional de lo recibido se realiza en su caso a través de las normas que tutelan la intimidad u otros derechos». Remarca pues que la protección de este derecho alcanza a las interferencias habidas o

producidas en un proceso de comunicación». Asimismo, afirma que «...la separación del ámbito de protección de los derechos fundamentales a la intimidad personal (art. 18.1 CE) y al secreto de las comunicaciones (art. 18.3 CE) efectuada en esta sentencia se proyecta sobre el régimen de protección constitucional de ambos derechos. Pues si ex art. 18.3 CE la intervención de las comunicaciones requiere siempre resolución judicial, «no existe en la Constitución reserva absoluta de previa resolución judicial» respecto del derecho a la intimidad personal.

Ahora bien, también respecto del derecho a la intimidad personal hemos dicho que rige como regla general la exigencia constitucional de monopolio jurisdiccional en la limitación de derechos fundamentales, si bien hemos admitido de forma excepcional que en determinados casos y con la suficiente y precisa habilitación legal sea posible que la Policía Judicial realice determinadas prácticas que constituyan una injerencia leve en la intimidad de las personas... La legitimidad constitucional de dichas prácticas, aceptada excepcionalmente, requiere también el respeto de las exigencias dimanantes del principio de proporcionalidad, de modo que mediante la medida adoptada sea posible alcanzar el objetivo pretendido —idoneidad—; que no exista una medida menos gravosa o lesiva para la consecución del objeto propuesto —necesidad—; y que el sacrificio del derecho reporte más beneficios al interés general que desventajas o perjuicios a otros bienes o derechos atendidos la gravedad de la injerencia y las circunstancias personales de quien la sufre —proporcionalidad estricta— (SSTC 207/1996, de 16 de diciembre, FJ 3; y 70/2002, de 3 de abril, FJ 10).

En esta dinámica, la línea argumental seguida parecía dirigida a la constatación no solo de la clara separación de



Autor:

Vicente Magro Servet  
y Esteban Solaz Solaz

Páginas: 524

Encuadernación: Rústica  
ISBN: 978-84-8126-733-4

## Manual práctico sobre la ejecución penal

NUEVO

2.ª EDICIÓN

### Las medidas alternativas a la prisión: suspensión, sustitución y expulsión

El estudio de la obra se concreta en un detallado análisis de las medidas alternativas a la prisión que se contemplan en el Código Penal, desde la perspectiva práctica de sus autores, en virtud de su condición de magistrados pertenecientes a un órgano judicial del orden penal que debe asumir diariamente la función de hacer ejecutar las sentencias dictadas por los órganos judiciales. INCLUYE FORMULARIOS Y ANEXO DE JURISPRUDENCIA ACTUALIZADA.



LA LEY  
grupo Wolters Kluwer

ADQUIERA HOY MISMO SU EJEMPLAR

TEL.: 902 250 500 / INTERNET: <http://tienda.laley.es>



la distinta dinámica de protección entre los dos derechos fundamentales (secreto de las comunicaciones e intimidad), sino que, además, que el *tema decidió* de la referida sentencia (la legalidad de la obtención policial sin autorización judicial motivada (17) de los listados de las compañías telefónicas) debería haber sido en sentido favorable a lo así actuado policialmente, sobre todo, cuando posteriormente se pone de manifiesto en la misma sentencia que «... la vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones telefónicas requiere la **interferencia directa en el proceso de comunicación** (*mutatis mutandi* respecto de las comunicaciones postales STC 70/2002) mediante el empleo de cualquier artificio técnico de captación, sintonización o desvío y recepción de la señal telefónica como forma de acceso a los datos confidenciales de la comunicación: su existencia, contenido y las circunstancias externas del proceso de comunicación antes mencionadas. De modo que la difusión sin consentimiento de los titulares del teléfono o sin autorización judicial de los datos de esta forma captados supone la vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones».

Esto es, se viene a confirmar que, para que el derecho fundamental al secreto de las comunicaciones deba y, por tanto, los datos de tráfico que al mismo afecten deban a su vez ser considerados como tales y sometidos a la exigencia de previo control judicial, ha de tratarse de una comunicación **en proceso** (18).

Es difícil, aunque podría haberlos, encontrar supuestos de petición de autorización judicial de acceso a los datos conservados conforme a la Ley 25/2007, que no formen parte ya del pasado, siquiera sea inmediato, del acto de comunicación. Y, por otro lado, para la obtención de comunicaciones en proceso no es necesario argumentar la necesidad de autorización judicial, la cual, evidentemente, enjuugará también los datos de tráfico y localización consecuentes a la misma, para cuya obtención no será necesaria una habilitación judicial extra.

A partir de ahí, insisto, y conforme a los propios criterios jurisprudenciales que, en principio, llegan a la solución contraria, los referidos datos conservados forman parte del derecho fundamental a la intimidad, y, como antes se apuntó, el propio Tribunal Constitucional admite la posibilidad de su solicitud policial (y creo, de forma más evidente aún, del Ministerio Fiscal) cumplidos los requisitos de idoneidad, proporcionalidad, necesidad y control judicial *ex post* mediante la ponderación del correspondiente juicio de anulabilidad.

Añade esta sentencia (y con ello nos vamos acercando aún más al epicentro de la cuestión) que «...es de señalar aquí que el **fundamento** del carácter autónomo y separado del reconocimiento de este derecho fundamental y de su específica protección constitucional reside en la **especial vulnerabilidad de la confidencialidad** de estas comunicaciones en la medida en que son posibilitadas mediante la intermediación técnica de un tercero ajeno a la comunicación. A través de la protección del proceso de comunicación se garantiza, a su vez, el carácter reservado de lo comunicado sin levantar su secreto, de forma que es **objeto de este derecho la confidencialidad tanto del proceso de comunicación mismo como del contenido de lo comunicado**» y que «proyectando estas consideraciones sobre el derecho al secreto de las comunicaciones telefónicas, este derecho garantiza a los interlocutores o comunicantes la confidencialidad de la comunicación **telefónica** que comprende el secreto de la existencia de la comunicación misma y el contenido de lo comunicado, así como la confidencialidad de las circunstancias o datos externos de la conexión telefónica: su momento, duración y destino; y ello con independencia del carácter público o privado de la red de transmisión de la comunicación y del medio de transmisión —eléctrico, electromagnético u óptico, etc.— de la misma».

#### IV. CONSIDERACIONES FINALES. CONCLUSIONES. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 18 DE MARZO DE 2010

Conforme, pues, a las mismas premisas emanadas del Tribunal Constitucional (y como veremos también, en la reciente jurisprudencia del TS) y que terminaron con la obligación de autorización judicial previa para el acceso a los datos conservados conforme a lo dispuesto en la Ley 25/2007, de 18 de octubre, de Conservación de Datos Relativos a las Comunicaciones Electrónicas y a las Redes Públicas de Comunicaciones, se **puede llegar a la conclusión contraria: la no necesidad de dicha autorización judicial para que el Ministerio Fiscal y la Policía Judicial, en su función legal y constitucional de investigación de los delitos, pueda solicitar a los diferentes operadores, los referidos datos** (19):

Así, y a modo de conclusiones:

1. Es cierto, y en ello hemos insistido, que la clave de todo es el término **confidencialidad**. Dicho término es la base y el género en el que se apoyan

las diferentes especies a modo de derechos fundamentales, y, en concreto, el secreto de las comunicaciones y la intimidad. Ambos tienen, como clave, el carácter reservado y privado de la evitación ajena del conocimiento de lo íntimo, de lo confidencial. Ya hemos visto como el propio TC, en la sentencia mencionada y en las que también menciona en la misma, reconoce la existencia de una «**confidencialidad de la comunicación**» y una «**confidencialidad de las circunstancias o datos externos de la conexión**» cada una de las cuales repercute en un derecho fundamental distinto: el secreto de la comunicación, en el primer caso, y el derecho fundamental a la intimidad personal, en el segundo. Ello debe traducirse en una necesidad de protección procesal y constitucional también diferente.

**Debemos dar un paso más, desde la nulidad radical por falta de habilitación judicial, a la posibilidad de anulabilidad de lo actuado por el Ministerio Fiscal y la Policía Judicial, que permitiría el control judicial del proceso de enjuiciamiento de las infracciones penales y de la validez de los métodos de investigación usados**

propia del proceso comunicativo en marcha lo que está en juego y, junto con su contenido, los datos de tráfico y localización anexos, dependientes e inseparables del mismo. Pero, si el proceso comunicador ya no está en proceso, con independencia del conocimiento efectivo de su contenido por el receptor, lo que está en juego entonces es la confidencialidad propia del derecho a la intimidad, y, por ende, los datos conexos a esa comunicación terminada, esos datos que son susceptibles de ser conservados y que se mencionan en la Ley de 2007, ya existen físicamente y ya han tenido su proceso de producción en un momento pretérito, y, por ende, finalizados en cuanto a su posibilidad real de su obtención actual mediante la correspondiente autorización judicial. **Si su acceso posterior por otros operadores y autoridades legalmente determinados sería posible**, pues, sin necesidad de la autorización judicial recogida con carácter obligatorio en el art. 1 de su texto. Y ello, además, sin necesidad de acudir a jurisprudencia distinta de la que, aparentemente, plantea una única solución, y, además, radicalmente contraria a la que se propugna en este artículo.

5. Por tanto, sin mermar en absoluto la consideración de fundamentales de los derechos a los que venimos refiriéndonos, lo cierto que, como sabemos y hemos comentado, las limitaciones a los derechos contenidos en el art. 18.1 (intimidad) y 18.4 (límites al uso de la informática) no están sujetos a la necesaria habilitación judicial como si lo está el secreto a las comunicaciones del art. 18.3, y ello supone que ciertas partes tangenciales a la comunicación, pero que no formen ya parte real de la misma porque la referida comunicación ya esté finalizada, deberían, sin dejar de ser confidenciales, considerarse como parte de la intimidad de la esfera personal, la cual podría ser objeto de consideración a efectos de investigación e instrucción por parte de la policía y del Ministerio Fiscal con la oportuna habilitación legal y con respeto a los debidos parámetros de proporcionalidad, idoneidad y beneficio para el interés público.

Esto es, debemos dar **un paso más, desde la nulidad radical por falta de habilitación judicial, a la posibilidad de anulabilidad de lo actuado por el Ministerio Fiscal y la Policía Judicial, que permitiría el necesario control judicial del proceso de enjuiciamiento de las infracciones penales y de la validez de los métodos de investigación usados**.

ESQUEMÁTICAMENTE VENDRÍA A SER LO SIGUIENTE:



Me quedo, por tanto, con los **nuevos áires jurisprudenciales** que se apuntan en la STS 18 de marzo de 2010, citada al inicio de este trabajo y que, a modo de colofón quiero reseñar en estas líneas. Nos dice la referida sentencia, cuya lectura completa se antoja necesaria (20), que:

«La correcta interpretación de esta doctrina (se refiere a la contenida en la STDH de 1984 *ut supra* citada) nos debe llevar a la distinción de cuándo unos datos personales pueden afectar al secreto a las comunicaciones y cuándo conser-

vados y tratados por las operadoras, no se están refiriendo a comunicación alguna, es decir, datos estáticamente almacenados, conservados y tratados por operadores que se hallan obligados a la reserva frente a terceros».

Distinguimos, pues, dos conceptos:

a) Datos personales externos o de tráfico que hacen referencia a una comunicación concreta y contribuyen a desvelar todo o parte del secreto que protege el art. 18.3 CE.

b) Datos o circunstancias personales referentes a la intimidad de una persona (art. 18.1 CE), pero autónomos o desconectados de cualquier comunicación, que caerán dentro del derecho a la protección de datos **informáticos o habeas data** del art. 18.4 CE que no pueden comprometer un proceso de comunicación.

Desde esta perspectiva dicotómica la absoluta equiparación de todo tipo de datos de tráfico o externos o la inclusión de todos ellos dentro del derecho al secreto de las comunicaciones comportaría un auténtico desenfoque del problema, pues, incorporaría en el ámbito de la protección constitucional del art. 18.3, circunstancias cuyo tratamiento jurídico no debería separarse del que se dispensa a la protección de datos o al derecho a la autodeterminación informática del art. 18.4 CE.

Esta sentencia, si bien se define en relación con la normativa procesal aplicable al momento que correspondía al enjuiciamiento de los hechos (anteriores a la Ley 25/2007), no deja de contrastar aquéllos con la nueva regulación y, en base a aquélla, deja entrever, entiendo, una cierta actual rigidez legal en la nueva exigencia general de autorización judicial previa para la cesión de los datos, y avala ampliamente la licitud (21) de la actuación llevada a cabo por el Ministerio Fiscal (22) en la investigación al solicitar determinados datos (23) contrastando ello con disposiciones legales, aún actuales, y de mayor rango normativo, como la LO 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos Personales, o «...el

art. 11.2.d) de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, nos dice que el consentimiento del interesado a que se refiere el párrafo anterior no será necesario... d) «Cuando la comunicación que deba efectuarse tenga por destinatario el Defensor del Pueblo, el Ministerio Fiscal, los Jueces o Tribunales o el Tribunal de Cuentas en el ejercicio de las funciones que tienen atribuidas».

Por su parte, la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones, cuyo articulado se remite al art. 12 de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico (ahora derogada por la Ley 25/2007), se establece el deber de retención de datos de tráfico relativos a las comunicaciones electrónicas, en cuyo núm. 3 nos dice que los «datos se conservarán para su utilización en el marco de una investigación criminal o para la salvaguarda de la seguridad pública y la defensa nacional, poniéndola a disposición de los Jueces o Tribunales o del Ministerio Fiscal que así lo requieran». Finalmente, la propia Agencia de Protección de Datos, órgano público de carácter autónomo que, conforme al art. 37.1.a) de la LO 15/1999, tiene por misión «velar por el cumplimiento de la legislación sobre protección de datos y controlar su aplicación, en especial en lo relativo a los derechos de información, acceso, rectificación, oposición y cancelación de datos, ha dicho en sus informes 135/2003 y 297/2005, que en los supuestos a que se refiere el art. 11.2, la cesión de datos personales no está sujeta a reserva jurisdiccional».

Un poco más cerca, quizás, de la realidad práctica... ■

## NOTAS

(1) Sin duda, uno de los campos del Derecho Penal que, a consecuencia de su auge y constante innovación, requerirá cada vez de una mayor especialización.

(2) Definidas en Wikipedia como «las Tecnologías de la Información y la Comunicación (TIC, TICs o bien NTIC para Nuevas Tecnologías de la Información y la Comunicación o IT para «Information Technology») agrupan los elementos y las técnicas utilizadas en el tratamiento y la transmisión de las informaciones, principalmente de informática, Internet, telecomunicaciones (<http://es.wikipedia.org/wiki/Tecnologías-de-la-información-y-comunicación>)».

(3) El Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española define **confidencial** como: «Que se hace o se dice en confianza o con seguridad recíproca entre dos o más personas».

(4) Nos dice la Wikipedia (<http://es.wikipedia.org/wiki/Confidencialidad>) que la **confidencialidad** se entiende en el ámbito de la seguridad informática, como la protección de datos y de información intercambiada entre un emisor y uno o más destinatarios frente a terceros. Esto debe hacerse independientemente de la seguridad del sistema de comunicación utilizado: de hecho, un asunto de gran interés es el

problema de garantizar la confidencialidad de la comunicación utilizada cuando el sistema es *inherentemente insegura* (como Internet).

(5) O como dice la Exposición de Motivos de la Ley 25/2007, de 18 de octubre, de Conservación de Datos Relativos a las Comunicaciones Electrónicas y a las Redes Públicas de Comunicaciones: «La aplicación de las nuevas tecnologías desarrolladas en el marco de la sociedad de la información ha supuesto la superación de las formas tradicionales de comunicación, mediante una expansión de los contenidos transmitidos, que abarcan no solo la voz, sino también datos en soportes y formatos diversos».

(6) Art. 18.1 CE. Se garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen.

2. *El domicilio es inviolable*. Ninguna entrada o registro podrá hacerse sin consentimiento del titular o resolución judicial, salvo en caso de flagrante delito.

3. *Se garantiza el secreto de las comunicaciones y, en especial, de las postales, telegráficas y telefónicas, salvo resolución judicial*.

4. *La Ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos*.

(7) En la Ley 25/2007, 18 de octubre, de Conservación de Datos Relativos a las

Comunicaciones Electrónicas y a las Redes Públicas de Comunicaciones, extiende la obligación de conservación a las llamadas infructuosas, no así a las no conectadas.

En concreto dispone que: «2. La citada obligación de conservación se extiende a los datos relativos a las llamadas infructuosas, en la medida que los datos son generados o tratados y conservados o registrados por los sujetos obligados. Se entenderá por llamada infructuosa aquella comunicación en el transcurso de la cual se ha realizado con éxito una llamada telefónica pero sin contestación, o en la que ha habido una intervención por parte del operador u operadores involucrados en la llamada. 3. Los datos relativos a las llamadas no conectadas están excluidos de las obligaciones de conservación contenidas en esta Ley. Se entenderá por llamada no conectada aquella comunicación en el transcurso de la cual se ha realizado sin éxito una llamada telefónica, sin que haya habido intervención del operador u operadores involucrados».

(8) Art. 579

1. Podrá el Juez acordar la detención de la correspondencia privada, postal y telegráfica que el procesado remitiera o recibiere y su apertura y examen, si hubiere indicios de obtener por estos medios el descubrimiento o la comprobación de algún hecho o circunstancia importante de la causa.

2. Asimismo, el Juez podrá acordar, en resolución motivada, la intervención de las

comunicaciones telefónicas del procesado, si hubiere indicios de obtener por estos medios el descubrimiento o la comprobación de algún hecho o circunstancia importante de la causa.

3. De igual forma, el Juez podrá acordar, en resolución motivada, por un plazo de hasta tres meses, prorrogable por iguales períodos, la observación de las comunicaciones postales, telegráficas o telefónicas de las personas sobre las que existan indicios de responsabilidad criminal, así como de las comunicaciones de las que se sirvan para la realización de sus fines delictivos.

4. En caso de urgencia, cuando las investigaciones se realicen para la averiguación de delitos relacionados con la actuación de bandas armadas o elementos terroristas o rebeldes, la medida prevista en el número 3 de este artículo podrá ordenarla el Ministro del Interior o, en su defecto, el Director de la Seguridad del Estado, comunicándolo inmediatamente por escrito motivado al Juez competente, quien, también de forma motivada, revocará o confirmará tal resolución en un plazo máximo de setenta y dos horas desde que fue ordenada la observación.

(9) Recordemos en este sentido las novedades introducidas por la disposición cuadragésima tercera de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible (modificada a su vez por LO 4/2011, de 11 de marzo), en la Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio

Electrónico, en el Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual y en la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, para la protección de la propiedad intelectual en el ámbito de la sociedad de la información y de comercio electrónico. Todo ello referido a otro tema —el del apoyo judicial a un órgano administrativo para el cumplimiento de sus funciones— (en este caso la identificación del posible responsable del servicio de la sociedad de la información que estuviera realizando la conducta presuntamente vulneradora del derecho de propiedad intelectual), solo tangencialmente relacionado con el que tratamos en el presente artículo.

(10) BOE núm. 251, 19 de octubre de 2007.

(11) No abundaré ahora en el concepto de grave a que hace referencia este precepto, el cual, extrapolado de lo que al respecto se menciona en la Directiva 2006/24/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, no tiene coincidencia con la diferenciación que entre delitos graves y menos graves hace nuestro Código Penal, sino con un concepto real de gravedad en el sentido de relevancia y alarma social evidente desde el punto de vista social. Ello no deja, sin embargo, de ser una nueva marca de indefinición jurídica que, necesariamente, conlleva a una inseguridad de mismo tipo.

(12) La Sala General no jurisdiccional, en Acuerdo de 23 de febrero de 2010, indica que: «Es necesaria la autorización judicial para que los operadores que prestan servicios de comunicaciones electrónicas o de redes públicas de comunicación cedan los datos generados o tratados con tal motivo. Por lo cual, el Ministerio Fiscal precisará de tal autorización para obtener de los operadores los datos conservados que se especifican en el art. 3 de la Ley 25/2007, de 18 de octubre».

(13) Disposición derogatoria única de la Ley 25/2007, de 18 de octubre, de Conservación de Datos Relativos a las Comunicaciones Electrónicas y a las Redes Públicas de Comunicaciones.

(14) Dice la Exposición de Motivos de la referida Ley que: «En este sentido, la Ley es respetuosa con los pronunciamientos que, en relación con el derecho al secreto de las comunicaciones, ha venido emitiendo el Tribunal Constitucional, respeto que, especialmente, se articula a través de dos garantías: en primer lugar, que los datos sobre los que se establece la obligación de conservación son datos exclusivamente vinculados a la comunicación, ya sea telefónica o efectuada a través de Internet, pero en ningún caso reveladores del contenido de ésta; y, en segundo lugar, que la cesión de tales datos que afecten a una comunicación o comunicaciones concretas, exigirá, siempre, la autorización judicial previa».

(15) Modificada parcialmente por la Directiva 2009/136/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de noviembre de 2009. (Diario Oficial de la Unión Europea, 18 diciembre de 2009).

(16) En este sentido, el art. 4 de la citada Directiva establece que: «Los Estados miembros adoptarán medidas para garantizar que los datos conservados de conformidad con la presente Directiva solamente se proporcionen a las autoridades nacionales competentes, en casos específicos y de conformidad con la legislación nacional. Cada Estado definirá en su legislación nacional el procedimiento que deba seguirse y las condiciones que deban cumplirse para tener acceso a los datos conservados de conformidad con los requisitos de necesidad y proporcionalidad, de conformidad con las disposiciones pertinentes del Derecho de la Unión o del Derecho Internacional Público y, en particular, el CEDH en la interpretación del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

(17) Pues en realidad la intervención judicial sí había existido, pero en forma de providencia, y no de auto.

(18) El propio Tribunal Constitucional, en la referida sentencia, y a modo de conclusión, dice que: «La aplicación de la doctrina expuesta conduce a concluir que la entrega de los listados por las compañías telefónicas a la policía sin consentimiento del titular del teléfono requiere resolución judicial, pues la forma de obtención de los datos que figuran en los citados listados supone una interferencia en el proceso de comunicación que está comprendida en el derecho al secreto de las comunicaciones telefónicas del art. 18.3 CE. En efecto, los listados telefónicos incorporan datos relativos al teléfono de destino, el momento en que se efectúa la comunicación y a su duración, para cuyo conocimiento y registro resulta necesario acceder de forma directa al proceso de comunicación mientras está teniendo lugar, con independencia de que estos datos se tomen en consideración una vez finalizado aquel proceso a efectos, bien de la lícita facturación del servicio prestado, bien de su ilícita difusión. Dichos datos configuran el proceso de comunicación en su vertiente externa y son confidenciales, es decir, reservados del conocimiento público y general, además de pertenecientes a la propia esfera privada de los comunicantes. El destino, el momento y la duración de una comunicación telefónica, o de una comunicación a la que se accede mediante las señales telefónicas, constituyen datos que configuran externamente un hecho que, además de carácter privado, puede asimismo poseer un carácter íntimo».

(19) La línea seguida hasta ahora, o, más bien, desde la referida Ley de 2007, pues vimos la existencia de opciones legales anteriores a la misma, entiendo, apunta a un cierto desfase con la realidad actual y, además, complica, innecesariamente, la labor de investigación tanto de la policía como del Ministerio Fiscal (más aún en un período en que la atribución de la instrucción criminal al Ministerio Fiscal va adquiriendo, cada vez, caracteres de mayor realidad).

(20) En especial los fundamentos jurídicos segundo a quinto, ambos inclusive.

(21) Cuestionando incluso la decisión de la Audiencia Provincial correspondiente al decir que: «En atención a lo expuesto parece ser que la Audiencia confunde el derecho al secreto de las comunicaciones (art. 18.3 CE), el derecho a la intimidad (art. 18.1 CE) y la obligación de conservar secretos los datos informáticos personales (art. 18.4 CE) conforme a la Ley Orgánica de Protección de Datos de Carácter Personal, que excepciona la petición del Fiscal en el ejercicio de sus funciones legales de investigación de los delitos» (fundamento jurídico quinto).

(22) Así dispone que: «El Ministerio Fiscal se hallaba en el ejercicio de sus funciones, entre otras, promover la acción de la Justicia (art. 126 CE y art. 3 de su Estatuto Orgánico) y también investigando los hechos delictivos, dentro del marco de unas diligencias preprocesales de naturaleza criminal (art. 773.2 LECrim.)».

Y añade que: «Tal proceder del Ministerio Fiscal no afecta al secreto de las comunicaciones, sino que se desenvuelve en el marco del derecho a la intimidad, más concretamente dada la escasa intensidad en que es efectuada, la cuestión se proyectaría sobre la obligación que establece la Ley Orgánica de Protección de Datos de no publicar los datos personales de los usuarios que un servidor de Internet posee, los cuales no pueden cederse sin el consentimiento del titular, pero la Ley establece diversas excepciones».

(23) En concreto se solicita a la operadora la identificación del usuario de una dirección IP y el número de teléfono de contacto a Internet, en el marco de una investigación penal de carácter preprocesal.

## Tribunal Supremo

TS Sala Primera, de lo Civil, S 24 Mar. 2011

Ponente: Xiol Ríos, Juan Antonio.

LA LEY 44724/2011

# Cuando se condiciona el aval de un título cambiario a que este sea protestado ha de entenderse que el protesto debe levantarse por medio de notario

## RESUMEN DEL FALLO:

Reclamado en juicio cambiario el abono de tres pagarés al avalista, el Juzgado de Primera Instancia desestimó la oposición formulada por dicho avalista fundada en la falta de protesto notarial. La AP Madrid revocó la sentencia del Juzgado y estimó la demanda de oposición. El Tribunal Supremo desestima el recurso de casación.

## DISPOSICIONES APLICADAS:

Arts. 51.2 y 52 LCCh (LA LEY 1837/1985).

## Sumario

**PAGARÉ.—Reclamación de su importe al avalista.—Cláusula que condicionaba el aval a que el título fuese protestado.—Debe entenderse en el sentido de que el protesto debe levantarse por medio de notario.**

En el caso, el aval cambiario prestado por el demandado se otorgó bajo la condición de quedar nulo y sin efecto «si este pagaré no se protestase a su vencimiento». El demandante considera que la declaración de la Cámara de Compensación que consta en el propio título, en la que se deniega el pago —art. 51.2 LCCh— produce todos los efectos cambiarios del protesto. Sin embargo, esta argumentación no puede ser aceptada. El art. 52 LCCh establece que el protesto se hará por el notario, por lo que, si otra cosa no se deduce de la intención del otorgante del título cambiario, por protesto debe entenderse el levantado en las condiciones que exige la LCCh y, por consiguiente, por medio de notario. La identidad de efectos entre el protesto notarial y la declaración equivalente no permite revertir esta interpretación. En efecto, los requisitos de ambos son distintos y el protesto notarial aporta



una mayor garantía que deriva de la aplicación de unos trámites más rigurosos, acreditados mediante la fe pública notarial, consistentes en la comunicación mediante cédula al librado y el otorgamiento a éste en determinado plazo de la facultad de pagar la letra o hacer manifestaciones congruentes con el protesto, las cuales pueden tener interés desde el punto de vista de los derechos del avalista. En suma, la cláusula que condiciona el aval de un título cambiario a que este sea protestado debe entenderse en el sentido de que el protesto debe levantarse con los requisitos establecidos en la LCCh y, por consiguiente, por medio de notario, aun cuando dichos requisitos no se hagan constar expresamente; y no se cumple esta exigencia mediante la declaración prevista en el art. 51.2 LCCh, aunque produzca todos los efectos cambiarios del protesto.



## Tribunal Supremo

TS Sala Tercera, de lo Contencioso-Administrativo, Secc. 2, S 10 Mar. 2011

Ponente: Martínez Micó, Juan Gonzalo.

Consulte los textos íntegros en  
[www.diariolaley.es](http://www.diariolaley.es)

## Los clubes de fútbol no deberán pagar IVA por las cantidades ingresadas por las quinielas

### RESUMEN DEL FALLO:

El Tribunal Supremo desestima el recurso de casación interpuesto contra sentencia de la Audiencia Nacional, sobre liquidación del Impuesto sobre el Valor Añadido, correspondiente al periodo de 1996 a 2000.

### DISPOSICIONES APLICADAS:

Arts. 207 y 209.2 LGT (LA LEY 1914/2003); art. 34 LDGC 1998 (LA LEY 837/1998); arts. 4, 11, 75, 78.3, 98 y 99.4 LIVA (LA LEY 3625/1992); arts. 49.2.j, 60.2.4 y 63.bis RD 939/1986 de 25 Abr. (Reglamento General de la Inspección de los Tributos) (LA LEY 1537/1986); arts. 62.1, 64, 65, 81.6, 87.2 y 105.2 LGT 1963 (LA LEY 63/1963).

## sumario

**IMPUESTO SOBRE EL VALOR AÑADIDO.—No sujeción.—**La cesión al ONLAE del derecho a utilizar el nombre de los clubes en las quinielas no es una prestación de servicios, sino que se trata de una operación no sujeta al IVA.

La cuestión a resolver es la de si las cantidades percibidas por un club de Fútbol del Organismo Nacional de Loterías y Apuestas del Estado, a través de la Liga Nacional de Fútbol Profesional, en concepto de participación en la recaudación obtenida de las apuestas deportivas, tienen la naturaleza jurídica de una subvención o, por el contrario, constituye una contraprestación por los servicios prestados y, en concreto, por la cesión del nombre del Club para su utilización en las quinielas y, en definitiva, si deben tributar, o no, en el IVA. Es innegable que la subvención recibida por los clubes deportivos no se calcula en función de unidad alguna ni del volumen de los servicios prestados por la cesión del nombre al ONLAE —que carece por completo de cuantificación— sino que es el resultado de la recaudación de las quinielas y dentro del mismo del remanente —o tercer tramo— de los tres criterios a los que la LNFP debe destinar el 10% de dicha recaudación que se le asigna, remanente, además, que ha de distribuirse con arreglo a criterios objetivos entre los clubes deportivos y sin obedecer a planteamiento alguno en términos de rentabilidad económica. En consecuencia, la cesión al ONLAE del derecho a utilizar el nombre de los clubes en las quinielas no se puede considerar una prestación de servicios, sino que se trata de una operación no sujeta al IVA.

## Tribunal Supremo

TS Sala Segunda, de lo Penal, S 22 Feb. 2011

Ponente: Giménez García, Joaquín.

LA LEY 6257/2011

Consulte los textos íntegros en  
[www.diariolaley.es](http://www.diariolaley.es)

## Apreciación del «desistimiento» por la llamada de emergencia que realiza el acusado al 112 para atender a su esposa mortalmente herida tras su brutal agresión

### RESUMEN DEL FALLO:

El Tribunal Supremo estima el recurso de casación interpuesto contra la sentencia dictada por la AP Lleida que condenó al acusado como autor de un delito de homicidio intentado concurriendo la agravante de parentesco y la atenuante de disminución de los efectos del delito y la revoca condenando en su lugar por un delito de lesiones agravadas por deformidad al estimar la excusa absolutoria del desistimiento activo del art. 16.2º CP respecto al homicidio intentado, concurriendo la agravante de parentesco.

### DISPOSICIONES APLICADAS:

Art. 16.2 CP 1995 (LA LEY 3996/1995).

## sumario

**DESISTIMIENTO.—**En la acción homicida del agresor, que solicita auxilio al 112 para su esposa, a la que había golpeado brutalmente con un martillo.—«Actus contrarius» y claramente voluntario del acusado, eficaz para cortar el curso normal al que pudieran haber llegado las lesiones producidas.—Condena por las lesiones consumadas.

En el caso el acusado, tras haber golpeado a su esposa en la habitación que ocupaban, dejándola sangrando abundantemente y haberse ido a la calle, llamó, significativamente, al número telefónico de emergencias 112 con la concreta finalidad de solicitar auxilio y ayuda para su esposa, facilitando los datos correspondientes, lo que posibilitó que, en efecto, su esposa fuese atendida médicaamente. Esta actuación del acusado constituye un claro caso de desistimiento activo porque tras haber efectuado los actos de agresión ya citados y con un arma tan significativa como un martillo, cambió su inicial dolo delictivo, por lo que se califica como un «dolo de salvación», es decir solicitó ayuda para que atendieran a su esposa mal herida y lo hizo, precisamente, por el medio adecuado como fue el servicio de emergencias del 112 y todo ello cuando no existía conocimiento de los hechos y por tanto como fruto de su libre voluntad, y al mismo tiempo siendo consciente de que su mujer continuaba mal herida por su acción. Se está ante un actus contrarius del agresor que fue sin duda eficaz para cortar el curso normal al que pudieran haber llegado las lesiones producidas. Dicho acto fue claramente voluntario, y todo ello lleva a la Sala a estimar que se está ante un desistimiento

activo en relación al delito contra la vida inicialmente querido por el acusado. Es incuestionable la aplicación del párrafo 2.º del art. 16 CP 1995 que establece una excusa absolutoria respecto del delito inicialmente emprendido por el agente, debiéndose castigar, exclusivamente, los hechos realmente cometidos, que en el presente caso constituyen un delito de lesiones.

## Audiencia Provincial de Madrid

APM Secc. 1, S 17 Feb. 2011

Ponente: Perdices López, Araceli.

LA LEY 33191/2011

Consulte los textos íntegros en  
[www.diariolaley.es](http://www.diariolaley.es)

## sumario

**FALSIFICACIÓN DE DOCUMENTO PÚBLICO U OFICIAL.**—Documentos privados que se incorporan a expediente público y producen efectos en el orden oficial.—Simulación de certificación de hallarse al corriente de pago en cuotas de comunidad de propietarios, que se incorpora a escritura pública de compraventa.

Con respecto al delito de falsedad en documento oficial o público por incorporación de documento privado, es consolidada doctrina de la Sala que hay que estar a la naturaleza del documento en el momento de la comisión de la maniobra mendaz. Tal doctrina tiene una importante matización en relación a aquellos documentos privados que tienen como única razón de ser el de su posterior incorporación a un expediente público y por tanto la de producirse efectos en el orden oficial, provocando una resolución con incidencia o trascendencia en el tráfico jurídico. Es decir, que el documento ab initio privado que nace o se hace con el inexorable, único y exclusivo destino de producir efectos en un orden oficial, en el seno de la Administración Pública o en cualquiera de sus vertientes o representaciones se equipara al documento oficial, siempre que sea susceptible de provocar una resolución administrativa del ente receptor que incorpore el elemento falso aportado. En el caso, la falsedad viene configurada por la atribución de una declaración de voluntad a un órgano de la Comunidad de Propietarios, como es su administrador, que no había tenido lugar, conteniendo una información contraria a la realidad. La falsa certificación, conforme a la cual el piso propiedad del acusado no adeudaba cantidad alguna a la comunidad de propietarios, fue confeccionada para ser aportada en la Notaría el día del otorgamiento de la escritura pública de compraventa del inmueble y para que su contenido se integrase en ella, como así fue, consiguiéndose de esta manera que en el documento público figurase una información falsa, como era la relativa a que se había emitido una certificación de la comunidad de propietarios sobre el estado de deudas de la finca. La calificación adecuada de los hechos debe ser la de falsedad en documento oficial del art. 392 en relación con el art. 390. 1 y 2 CP 1995. ■

# Simulación total de certificación de hallarse al corriente de pago en cuotas de comunidad de propietarios, que se incorpora a escritura pública de compraventa

### RESUMEN DEL FALLO:

La Audiencia Provincial de Madrid estima parcialmente el recurso contra la sentencia del Juzgado de lo Penal núm. 2 de Móstoles, en el sentido de estimar que la falsedad se comete en documento público y no privado, confirmando la condena por delito de estafa.

### DISPOSICIONES APLICADAS:

Arts. 248, 390.1.2, 392 y 395 CP 1995 (LA LEY 3996/1995).

# laleydigital.es

## DOCTRINA ADMINISTRATIVA

la ciencia jurídica **ADMINISTRATIVA**  
**exactamente** como la necesita

 **LA LEY**  
 grupo Wolters Kluwer

Un paso  
 por delante

Más información en nuestro  
 Servicio de Atención al Cliente:  
 902 250 500 tel • [clientes@laley.es](mailto:clientes@laley.es)

NUEVO



# LA LEY

### PUBLICIDAD

Nerea Bascones Díez

C/ Collado Mediano, 9. Las Rozas (Madrid)  
 Tel.: 91 602 00 08. Ext.: 10233  
 e-mail: [nbascones@laley.wke.es](mailto:nbascones@laley.wke.es)

### SERVICIO DE ATENCIÓN AL CLIENTE

Tel.: 902 250 500 / Fax: 902 250 502  
 e-mail: [clientes@laley.es](mailto:clientes@laley.es)

REDACCIÓN: Collado Mediano, 9. 28230 Las Rozas (Madrid)

Tel.: 91 602 00 00 / e-mail: [diariolaley@laley.es](mailto:diariolaley@laley.es)

JEFE DE PUBLICACIONES: Mercedes Rey García

COORDINADORA: María José Hierro Romero

EQUIPO DE REDACCIÓN: Belén Arranz Fernández, Yolanda Ballesteros García-Asenjo, Gemma Bruno García, Pilar Muñoz Mendo, Sonsoles Navarro Salvador

ANÁLISIS DE LA DOCUMENTACIÓN: Centro de Análisis Documental LA LEY

DISEÑO GRÁFICO: Fran Vizuete González

EQUIPO DE DESARROLLO: Juan José García Lozano, Nieves García Cruz, Fernando González Serrano, Beatriz Pérez-Olleros Arias, Carlos Ruiz-Capillas, Estefanía Medina García, Esther Montero García, Emérita Cerro Durán, Álvaro González Gómez, Olga López Yépes, Javier Docasas, José Medina García, Ramón Zapata Julià

PRODUCCIÓN GRÁFICA: Eva Arroyo Fraiz, M.ª Antonia Castedo Cotrina, Gloria Lozano Serradilla, Diana Moya Rodríguez, Silvia Mulet París, Laura Usera Macías

Impreso por Wolters Kluwer España, S.A.

 **LA LEY**  
 grupo Wolters Kluwer



**laleydigital.es**

exactamente lo que necesita.

© WALTERS KLUWER ESPAÑA, S.A. Todos los derechos reservados. El contenido de esta publicación no podrá utilizarse con fines comerciales sin su expresa autorización, incluyendo reproducción, modificación, o cualquier otra utilización total o parcial en cualquier modo, medio o formato.

El texto de las resoluciones judiciales contenido en esta publicación es suministrado por el Centro de Documentación Judicial del Consejo General del Poder Judicial.

Publicación adherida a la Asociación de Prensa Profesional (APP).