CAPÍTULO II
ÓRGANOS CENTRALES DEL MINISTERIO FISCAL

1. FISCALÍA DEL TRIBUNAL SUPREMO

1.1 **Sección de lo Civil**

El año 2021 y tras la jubilación del Excmo. Sr. D. José María Paz Rubio el año anterior, y la jubilación a lo largo de 2020 de las Ilmas. Sras. Dña. Begoña Polo Catalán y Dña. Concepción Salinas La Casta, se ha producido la incorporación de nuevas y nuevos fiscales de manera que ha concluido la profunda reestructuración de la Sección de lo Civil.

A los nombramientos del año anterior de las Ilmas. Sras. Dña. Lourdes Rodríguez Rey y Dña. Rosa Pérez Martínez para cubrir las vacantes anteriores, se suma la incorporación del Ilmo. Sr. D. Agustín Hidalgo de Morillo Jiménez en fecha 22 de enero de 2021, si bien con un régimen limitado al 25% de trabajo por decisión de la Excma. Fiscal General del Estado, dada su calidad de fiscal responsable de la protección de datos de carácter personal dentro del ámbito del Ministerio Fiscal.

Desde la jubilación de D. José María Paz hasta la incorporación de la nueva Fiscal de Sala Jefe ha ejercido como Fiscal de Sala Jefe en funciones el Excmo. Sr. D. José Miguel de la Rosa Cortina, que se encargó igualmente de la elaboración de la memoria correspondiente al año anterior, a quien se agradece su trabajo y dedicación durante esos meses con tan reducida plantilla.

Por último, en fecha 9 de abril de 2021, tiene lugar la toma de posesión de la nueva Fiscal de Sala Jefe Excma. Sra. Dña. Pilar Martín Nájera y del Ilmo. Sr. D. Adrián Zarzosa Hernández, de manera que en menos de un año se han incorporado 5 nuevos fiscales lo que supone una renovación considerable en una plantilla de 8 personas, debiendo resaltar la importante ayuda y apoyo que hemos recibido las nuevas incorporaciones por parte de los fiscales que ya integraban la plantilla y que ha facilitado sobremanera nuestro trabajo y puesta al día.

El gran número de cuestiones de competencia y la necesidad de mejorar el nivel técnico de los dictámenes en las mismas, a la vez que intentar mantener la unidad de actuación del Ministerio Fiscal, y ayudar a reducir su número que retrasa la tramitación de asuntos, ha dado lugar a la publicación, a instancias de la Sección civil de la Circular FGE 2/2021, de 30 de abril, *sobre el tratamiento de la competencia territorial en el orden jurisdiccional civi*l, que está constituyendo una guía y ayuda para muchas Fiscalías territoriales.

1.1.1 Cifras de actividad de la Sección de lo Civil en el ejercicio de 2021

Estadística Fiscalía Sección Civil año 2021
Estadística anual (diciembre 2020 a noviembre de 2021 inclusive)

	2021	2020
Total	7.361	4.303
Casación:	4.891	2.706
Admisión	22	7
Inadmisión	494	377
Apoyo	11	17
Apoyo parcial	74	54
Dictamen	4.226	1.583
Adhesión	15	631
Impugnación	49	37
Infracción procesal:	1.830	1.213
Admisión	15	2
Inadmisión	241	174
Apoyo	4	8
Apoyo parcial	6	19
Dictamen	1.542	993
Adhesión	–	3
Impugnación	15	14
Exequatur:	–	–
Revisión	123	68
Competencia	426	278
Error judicial	52	26
Recurso de queja	6	1

	2021	2020
Asistencia jurídica gratuita	9	2
Laudo	–	–
Responsabilidad civil jueces y magistrados	–	–
Otros	1	–
Asistencia vistas	9	2
Procedimiento artículo 38 LOPJ	1	1
Procedimiento artículo 42 LOPJ	10	4
Procedimientos artículo 61 LOPJ	2	–
Impugnación asistencia jurídica gratuita	1	–

La tabla anterior recoge las cifras de actividad de la Sección en los diferentes procedimientos en los que tiene intervención.

En relación con el total de informes despachados, en 2021, 7.361, se produjo un notable incremento frente a los 4.303 de 2020, que fue inferior por la paralización judicial derivada de la pandemia de COVID-19, pero el incremento también es constatable comparando con los 6.308 dictámenes de 2019 y los 5.180 de 2018.

De los recursos de casación que se ha informado sobre admisión o estimación, en 122 casos el Ministerio Fiscal ha apoyado, total o parcialmente su admisión o estimación, lo que representa un 2%.

Respecto a los recursos por infracción procesal se ha solicitado la admisión o se ha apoyado la estimación en 25 casos, lo que supone un porcentaje próximo al 1%.

Se han formalizado dos recursos de casación por la Fiscalía. El primero por la Fiscalía de Madrid. La demanda reclamaba la filiación materna por posesión de estado de una mujer que no era la madre biológica y que concertó un contrato de gestación por sustitución sin aportar material genético, de un niño nacido en México, dando lugar al juicio verbal de filiación 174/2018 tramitado por el Juzgado de 1.ª instancia 77 de Madrid que desestimó la demanda. Recurrida en apelación, la Sección 22.ª de la AP dictó sentencia el 1 de diciembre de 2020, estimó el recurso y declaró la filiación materna por posesión de estado, por estimar que la protección del interés del menor justifica el reconocimiento de la maternidad de la persona que atiende adecuadamente a las necesidades afectivas y materiales del menor.

Contra esta sentencia recurre en casación la Fiscalía por vulneración del Art. 131 CC en relación con el Art. 10 de la Ley 14/2006 de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción asistida, e infracción de la doctrina jurisprudencial contenida en la STS de Pleno 835/2013, de 6 de febrero de 2014, siendo admitido a trámite por auto de fecha 15

de septiembre de 2021. A la hora de elaborar esta memoria se nos ha notificado la resolución del recurso por STS del Pleno 277/2022, de 31 de marzo que asume la postura del Ministerio Fiscal. La sentencia se apoya en el Art. 35 de la CDN, el informe del Comité de bioética de España sobre los aspectos éticos y jurídicos de la maternidad subrogada de 2017, el Art. 3 del protocolo facultativo de la CDN y la Convención de la ONU, CEDAW sobre eliminación de todas formas de discriminación sobre la mujer, afirmando que la gestación subrogada supone una vulneración de los derechos y la dignidad tanto de la madre gestante como del hijo al ser tratados como meros objetos, práctica por tanto contraria al orden público y añade que la satisfacción del interés superior del niño en estos casos y la determinación de la filiación es posible a través de la adopción.

Por su parte, la Fiscalía de Pontevedra interpone recurso de casación contra la SAP de fecha 19 de abril de 2021, que estimó el recurso formulado por Autopistas del Atlántico Concesionaria Española SA contra la sentencia del Juzgado de lo Mercantil n.º 1 de Pontevedra y, en consecuencia, desestimó la demanda formulada por el Ministerio Público en relación con la deficiente calidad del servicio prestado en la AP-9 por la Concesionaria, durante la realización de unas obras. En el recurso de casación lo que se discute es el carácter abusivo de las prácticas llevadas a cabo por la concesionaria, así como la naturaleza jurídica de la relación del usuario de la vía sujeta a peaje con la Concesionaria. El recurso se encuentra pendiente de admisión por el TS.

Entre los asuntos despachados por la Sección, los procedimientos de divorcio y regulación de relaciones paternofiliales o modificación de medidas ocupan el primer lugar, donde principalmente se discute la atribución de la guarda y custodia compartida y sus consecuencias en relación a la pensión de alimentos y la atribución de la vivienda familiar.

Esta litigiosidad podría reducirse si se hubiera aprovechado la reforma para regular con más detalle la guarda y custodia compartida y sus efectos, teniendo en cuenta que este sistema que inicialmente era minoritario, se ha ido imponiendo y ya supone el 41,4% del total de las sentencias dictadas en 2020, últimos datos publicados por el INE.

Las reformas introducidas en el régimen de visitas y en la guarda y custodia y patria potestad tanto por la Ley Orgánica 8/21 como por la Ley ordinaria 8/2021, aún no han tenido reflejo en el ámbito casacional ni ha existido pronunciamiento del Tribunal Supremo.

Siguen en volumen de trabajo, los procedimientos de protección de los derechos fundamentales, especialmente el derecho al honor, que han experimentado un notable incremento como consecuencia de

las reclamaciones de morosos por su inclusión en los archivos de insolvencia patrimonial.

Por último, las cuestiones de competencia territorial continúan representando un importante bloque de informes emitidos por la Sección, siendo muy frecuentes los conflictos competenciales en reclamaciones de suspensión o retraso por vuelos o contratos combinados y las demandas en solicitud de nulidad de contrato y nulidad de cláusulas abusivas especialmente derivadas de intereses usurarios.

Se han duplicado prácticamente las demandas de revisión y las de error judicial.

1.1.2 Resoluciones de la Sala de lo Civil

A lo largo de este año se han dictado numerosas resoluciones de interés emanadas de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo. De entre ellas, y en relación con procedimientos en los que intervino el Ministerio Fiscal se destacan las siguientes, que se agrupan por materias.

1.1.2.1 *Discapacidad*

En la memoria del año anterior se comentaban diversas sentencias dictadas por el TS interpretando a la luz de la Convención de Nueva York la línea divisoria entre tutela y curatela y la necesidad de proteger el ámbito de autonomía e independencia individual de las personas con discapacidad y la toma de decisiones.

Este año, tras la profunda reforma producida en la materia por Ley 8/21 de 2 de junio, el Pleno del TS en sentencia n.º 589/21 de 8 de septiembre, abordó el nuevo régimen de provisión de apoyos judiciales a las personas con discapacidad y, en aplicación de la disposición transitoria sexta de la citada ley, acomoda a ella el contenido de la sentencia.

Se trataba de una persona de 66 años, aquejada del síndrome de Diógenes, que, según el médico forense, presenta un nivel de conciencia consciente, pensamiento y lenguaje adecuado, memoria correcta y un límite normal de inteligencia, posiblemente de nivel algo bajo, ello no resulta incompatible con la apreciación del trastorno de la personalidad que presenta, consistente en un trastorno de conducta con acumulo y recogida patológica de basura, que en dicho dictamen se refiere, acumulación obsesiva sin conciencia de afección, limitación ni enfermedad. La sentencia de instancia confirmada por la Audiencia estima la demanda del Ministerio Fiscal y

modificó la capacidad de D. Luis y acordó como medida de apoyo, la asistencia en el orden y (la) limpieza de su domicilio, de modo que se autoriza a la tutora del demandado la entrada en el domicilio (…) con la periodicidad que estime la tutora conveniente, a los efectos de limpiar y ordenar dicho domicilio.

La sentencia comienza recordando que en el enjuiciamiento de esta materia (antes la incapacitación y tutela, ahora la provisión judicial de apoyos) no rigen el principio dispositivo y el de aportación de parte. Son procedimientos flexibles, en los que prima que pueda adoptarse la resolución más acorde con las necesidades de la persona con discapacidad y conforme a los principios de la Convención.

Y entre sus razonamientos cabe destacar:

La reforma suprime la declaración de incapacidad y se centra en la provisión de los apoyos necesarios que una persona con discapacidad pueda precisar «para el adecuado ejercicio de su capacidad jurídica», con la «finalidad (de) permitir el desarrollo pleno de su personalidad y su desenvolvimiento jurídico en condiciones de igualdad» (art. 249 CC). Sin perjuicio de la adopción de las salvaguardas oportunas para asegurar que el ejercicio de las medidas de apoyo se acomoda a los criterios legales, y en particular, que atienda a la voluntad, deseos y preferencias de la persona que las requiera.

De la propia regulación legal, contenida en los arts. 249 y ss. CC, así como del reseñado art. 12 de la Convención, se extraen los elementos caracterizadores del nuevo régimen legal de provisión de apoyos: i) es aplicable a personas mayores de edad o menores emancipadas que precisen una medida de apoyo para el adecuado ejercicio de su capacidad jurídica; ii) la finalidad de estas medidas de apoyo es «permitir el desarrollo pleno de su personalidad y su desenvolvimiento jurídico en condiciones de igualdad» y han de estar «inspiradas en el respeto a la dignidad de la persona y en la tutela de sus derechos fundamentales»; iii) las medidas judiciales de apoyo tienen un carácter subsidiario respecto de las medidas voluntarias de apoyo, por lo que solo se acordaran en defecto o insuficiencia de estas últimas; iv) no se precisa ningún previo pronunciamiento sobre la capacidad de la persona; y v) la provisión judicial de apoyos debe ajustarse a los principios de necesidad y proporcionalidad, ha de respetar la máxima autonomía de la persona con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica y debe atenderse en todo caso a su voluntad, deseos y preferencias.

«A la hora de juzgar sobre la procedencia de las medidas de apoyo y su contenido, el juez necesariamente ha de tener en cuenta las directrices legales previstas en el art. 268 CC: las medidas tomadas por el juez en el procedimiento de provisión de apoyos deben responder a las necesidades de la persona que las precise y ser proporcionadas a esta necesidad, han de respetar la máxima autonomía de esta en el ejercicio de su capacidad jurídica y atender en todo caso a su voluntad, deseos y preferencias».

El párrafo tercero del art. 269 CC, marca el carácter excepcional y la exigencia de precisar el alcance de la representación, esto es, los actos para los que se precise esa representación: «sólo en los casos excepcionales en los que resulte imprescindible por las circunstancias de la persona con discapacidad, la autoridad judicial determinará en resolución motivada los actos concretos en los que el curador habrá de asumir la representación de la persona con discapacidad».

El Alto Tribunal se cuestiona si en un caso como el presente, en que la oposición del interesado a la adopción de las medidas de apoyo es clara y terminante, las mismas pueden acordarse en estas condiciones. Esto es, si en algún caso es posible proveer un apoyo judicial en contra de la voluntad manifestada del interesado.

Y responde argumentando que, si bien, ordinariamente, atender al querer y parecer del interesado supone dar cumplimiento al mismo, en algún caso, como ocurre en el que es objeto de recurso, puede que no sea así, si existe una causa que lo justifique. El empleo del verbo *atender*, seguido de *en todo caso*, subraya que el juzgado no puede dejar de recabar y tener en cuenta (siempre y en la medida que sea posible) la voluntad de la persona con discapacidad destinataria de los apoyos, así como sus deseos y preferencias, pero no determina que haya que seguir siempre el dictado de la voluntad, deseos y preferencias manifestados por el afectado.

En casos como el presente, en que existe una clara necesidad asistencial cuya ausencia está provocando un grave deterioro personal, una degradación que le impide el ejercicio de sus derechos y las necesarias relaciones con las personas de su entorno, principalmente sus vecinos, está justificada la adopción de las medidas asistenciales (proporcionadas a las necesidades y respetando la máxima autonomía de la persona), aun en contra de la voluntad del interesado, porque se entiende que el trastorno que provoca la situación de necesidad impide que esa persona tenga una conciencia clara de su situación. El trastorno no solo le provoca esa situación clara y objetivamente degradante, como persona, sino que además le impide advertir su carácter patológico y la necesidad de ayuda.

Concluye dejando sin efecto la declaración de modificación de capacidad, sustituye la tutela por la curatela, y, confirma las medidas de apoyo si bien conforme con la propuesta del Ministerio Fiscal, establece una revisión cada seis meses del resultado de las medidas y la incidencia práctica que hayan podido tener.

La STS n.º 706/21 de 19 de octubre, declara la nulidad de la sentencia por falta de motivación en base a que no exterioriza las razones, que necesariamente debían concurrir, para prescindir de la persona designada, en primer lugar, por la demandada, para el ejercicio del cargo de tutora (actualmente curadora), es decir a la hija, con la que convive desde hace años y asume de facto el papel de cuidadora principal, sin que baste al respecto la mera remisión, sin valoración crítica alguna, al informe elaborado por los servicios psicosociales, que dan una simple opinión, que debe ser apreciada críticamente. Afirma además que la demandada tiene capacidad procesal para recurrir, ya que venía estando asistida de letrado durante la sustanciación del procedimiento, es indiscutible su interés legítimo para ejercer el derecho de defensa y hacer valer su autotutela, sin que exista un pronunciamiento específico al respecto de limitación de tal derecho.

1.1.2.2 *Determinación de la edad de los menores extranjeros no acompañados*

A lo largo del año se han ido dictando una serie de SSTS: n.º 410/21 de 18 de junio, n.º 357/21 de 24 de mayo, n.º 412/2021 de 21 de junio, n.º 610/21 de 20 de septiembre y n.º 1976/2021 de 22 de noviembre, que configuran ya una doctrina consolidada, en el sentido de entender que debe dispensarse la debida protección al menor extranjero documentado no acompañado.(…) ante la falta de impugnación de una documentación que es coincidente con la declaración del menor por lo que se refiere a su edad, ni es razonable considerarlo como indocumentado ni es razonable que prevalezcan unas dudas que son despejadas por dicha documentación. (...)

«En las circunstancias del caso, las dudas suscitadas en la Fiscalía acerca de la fiabilidad de la edad que consta en una documentación oficial que no ha sido invalidada ni desacreditada por las autoridades que la expidieron, y que tampoco presenta indicios de manipulación, no pueden prevalecer frente a lo que resulta de la propia documentación aportada por el menor para hacer valer su condición de tal a efectos de obtener la protección de menores».

Incluso cuando la impugnación ataca directamente el decreto de Fiscalía por vulneración de derechos fundamentales, el TS considera «que la admisibilidad de la impugnación del decreto es una exigencia del derecho a la tutela judicial efectiva y de la protección del menor puesto que, al declarar su mayoría de edad, el decreto de la Fiscalía excluye al demandante del sistema de protección reforzada constitucionalmente garantizado a los menores y le niega el reconocimiento de los derechos del niño…».

Es de esperar que la reforma prevista en la LO 8/21 de protección integral de la infancia y adolescencia, que regulará un nuevo procedimiento de determinación de la edad en estos casos, clarifique definitivamente la situación.

1.1.2.3 *Discriminación por razones de filiación*

La STS n.º 781/2021 de 15 de noviembre, resuelve una demanda donde se planteaba la vulneración de la prohibición de discriminación por razones de filiación respecto de derechos sucesorios. El supuesto fáctico se refiere a una sucesión que se abrió en 1962, fue aceptada ese mismo año por todos los herederos y legitimarios conforme al derecho vigente entonces, y la partición concluyó en 1965 con la protocolización notarial de la partición y adjudicación de los bienes del caudal relicto. No se ha producido posteriormente un nuevo acto, una nueva partición, un nuevo llamamiento a la herencia del padre en el que el demandante pretenda hacer valer su condición de hijo y que permita valorar si, por aplicación del principio de igualdad, debería beneficiarse ahora. El recurrente que era hijo extramatrimonial y cuya filiación fue reconocida en 2013, pretende que se actúe como si él hubiera sido llamado a la herencia cuando murió el padre.

El recurso de casación se desestima, pues la sentencia recurrida, al aplicar al caso la Disposición Transitoria 8.ª de la Ley 11/1981, de 11 de mayo, no solo es conforme a la doctrina de esta Sala, avalada por el Tribunal Constitucional, sino que además es respetuosa con la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, pues la desestimación de la pretensión del actor de que se reconozcan sus derechos sucesorios, por las circunstancias del caso, es razonablemente proporcional al objetivo legítimo perseguido por la norma de respeto a los derechos adquiridos de los demandados.

1.1.2.4 *Concurso de Acreedores*

La STS n.º 726/21, de 26 de diciembre, aborda la responsabilidad del cómplice y señala: «La condena a la cobertura del déficit del art. 172 bis LC pretende resarcir los perjuicios indirectos derivados de la causación o agravación de la insolvencia, y tiene sus propios requisitos. Objetivos: es necesario que se haya abierto la liquidación, que la concursada sea una persona jurídica y que la conducta que haya merecido la calificación culpable del concurso haya generado o agravado la insolvencia, pues en la medida de esta contribución se determina el alcance de la condena a la cobertura del déficit. Subjetivos: responden las personas declaradas afectadas por la calificación culpable de concurso respecto de la conducta que, habiendo merecido la calificación culpable, se aprecia que generó o agravó la insolvencia». La condena solidaria del cómplice no se acomoda a las exigencias legales en cuanto que no puede ser destinatario de esta responsabilidad ex art. 172 bis LC, al diferenciar esta responsabilidad de la prevista en el art. 172.2.3.º LC, de indemnización de daños y perjuicios. Respecto de los cómplices, la LC prevé una consecuencia general, consistente en la pérdida de cualquier derecho que tuvieran como acreedores en el concurso; y otras consecuencias particulares, en función de la conducta desarrollada, y que pueden consistir en la condena a devolver los bienes o derechos que hubieran obtenido indebidamente del patrimonio del deudor o recibido de la masa activa, o en la condena a indemnizar los daños y perjuicios causados.

La STS n.º 600/21 de 14 de septiembre, también relativa a la complicidad concursal, señala que el cómplice es un tercero, en tanto que cooperador en una conducta ajena del deudor o de quienes actúan por él, que determina la calificación culpable del concurso. Por ello, la persona que de alguna manera interviene en la realización de esa conducta no puede ser declarada al mismo tiempo persona afectada por la calificación, que equivale a autor responsable, y cómplice, que equivale a cooperador. La complicidad requiere dos requisitos: a) que el cómplice haya cooperado de manera relevante con el deudor persona física, o con los administradores o liquidadores del deudor persona jurídica, a la realización de los actos que han servido para fundamentar la calificación del concurso como culpable; b) la cooperación tiene que haberse realizado con dolo o culpa grave. Según su propio sentido gramatical, cooperar significa obrar juntamente con otro u otros para un mismo fin, de donde cabe deducir que cómplice será quien haya obrado juntamente con el concursado, o sus administradores y/o liquidadores, en la realización del acto que haya fundado la calificación

culpable, y tal colaboración resulte relevante a los efectos de dicha calificación. La actuación de los terceros que pueden ser declarados cómplices debe estar directamente relacionada con la conducta o conductas que han motivado la calificación del concurso como culpable. Además, resulta necesario atender no solo a dicha actuación, sino que también ha de constatarse su voluntariedad, esto es, que haya *consilium fraudis* o ánimo de defraudar o, cuando menos, *conscius fraudis* o connivencia con el concursado en la conducta que ha merecido la calificación culpable.

1.1.2.5 *Derecho al honor, intimidad y la propia imagen*

Los registros de morosos siguen generando litigiosidad y doctrina jurisprudencial en la misma línea reflejada en la memoria del año pasado, especialmente rigurosa en la observancia de los requisitos del previo requerimiento, si bien la regla general es que si la valoración de las pruebas practicadas lleva a los tribunales de instancia a concluir que el requerimiento fue practicado y recibido, esa conclusión probatoria no tiene acceso al recurso de casación, y solo de forma excepcional puede ser revisada a través del recurso extraordinario por infracción procesal.

En este sentido se posiciona la STS n.º 832/21, de 1 de diciembre, que desestima el recurso contra la sentencia que desestimó la demanda por considerar que en este caso, tras valorar los elementos de prueba, ha quedado acreditado el requerimiento previo por: 1.º) consta en autos que no han sido devueltas por correos; 2.º) que el domicilio al que se remitieron, aunque no era el que figuraba en la escritura de préstamo, sí era el señalado por el demandante, a efectos de notificaciones, en las comunicaciones que remitió a Experian y al Banco de España, así como el reflejado en su solicitud de justicia gratuita; y 3.º) que la propia Agencia Estatal de Protección de Datos se pronunció al respecto, entendiendo que el requerimiento previo de pago sí se había llevado a cabo.

La STS n.º 854/21, de 10 de diciembre, estima el recurso de casación y considera que existe vulneración del derecho al honor como había apoyado el Ministerio Fiscal, en un supuesto de una empresa de telefonía por impago de dos mensualidades que redondeando ascendía a 75 y 45 euros, al no haberse cumplido todos los requisitos para su inclusión. Destaca especialmente la trascendencia del requerimiento y señala que no es suficiente la remisión en bloque de unas cartas, de las que, una de ellas, es devuelta por destinatario desconocido; y la otra,

en la que no figura el contenido de la carta remitida, para determinar el cumplimiento de las advertencias legalmente exigidas en el mentado precepto, es enviada, además, a la misma dirección, de la otra carta con respecto a la cual constaba que el mismo destinatario era desconocido, lo que cuestiona la garantía de la recepción, que niega el demandante.

La STS n.º 671/21 de 5 de octubre, aborda la diferencia entre el fichero CIRBE del Banco de España y otros ficheros de solvencia patrimonial de titularidad privada, de manera que siendo distinta su finalidad y regulación, el principio de calidad de datos debe modularse. El fichero de la CIRBE, aunque procese datos que tienen relación con la solvencia, no es propiamente un registro de morosos, que son los regulados en el art. 29.2 de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal y, actualmente, en el art. 20 de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales. El fichero CIRBE recoge los riesgos asociados a personas y empresas (préstamos o créditos concedidos, avales prestados, etc.), sin necesidad de que se encuentren en mora. Su finalidad es, fundamentalmente, que las entidades financieras puedan evaluar el endeudamiento de quienes les solicitan financiación, y facilitar la supervisión de los organismos reguladores. La comunicación de estos datos al fichero CIRBE es una obligación legal, con un contenido fijado directamente por la Ley y controlado por el Banco de España, que no puede ser eludida voluntariamente por las entidades de crédito, a diferencia de los ficheros de morosos, en los que no existe obligación legal alguna y los datos se ceden de forma voluntaria por las entidades de crédito o servicios.

Otras resoluciones de interés son: La STS n.º 157/21 de 16 de marzo, Conflicto entre la libertad de información y el derecho a la intimidad de menores acusados de graves hechos delictivos. Información relativa a menores de los que no se facilitan datos que permitan su identificación para el lector medio del periódico. La Fiscalía presentó demanda de protección del derecho a la intimidad de los menores que fue desestimada en primera instancia, si bien la Audiencia Provincial estimó el recurso de apelación del Ministerio Fiscal y condenó al diario por vulneración del derecho a la intimidad. En el recurso de casación, el TS estima el recurso y considera que no hubo tal vulneración ya que existía un evidente interés público en la noticia publicada en el periódico, predicable no solo respecto del hecho en sí, sino también respecto de la autoría, causas y circunstancias del hecho delictivo. Los datos publicados en el artículo periodístico, cuestiona-

dos en la demanda y considerados como un «exceso» por la Audiencia Provincial, contextualizan y tratan de explicar las circunstancias en las que los menores llegaron a cometer hechos de relevancia penal tan graves, con fuerte impacto en la opinión pública, y son pertinentes no solo en lo que respecta a la información sobre el crimen del que estaban acusados, sino también en el debate público sobre la delincuencia juvenil que existía en esos momentos en la ciudad de Bilbao.

Aunque algunos de los datos publicados afectan a la intimidad de los menores (consumo de tóxicos, comportamientos conflictivos, ambientes familiares desestructurados), concluye que la afectación de la intimidad de los menores ha sido muy liviana, cuando no inexistente, pues el artículo periodístico cuestionado no permitía la identificación de los mismos. Las personas que ya conocían la implicación de los menores en los hechos (su entorno más próximo) eran las únicas que podían atribuir los datos publicados a esos menores.

La STS n.º 626/21 de 27 de septiembre, sobre el derecho a la propia imagen por publicar en un libro una foto de la ficha policial de una de las personas detenidas en el curso de la investigación. Caso Gurtel. Se estima el recurso y considera que la sentencia recurrida no ha ponderado, adecuada y razonablemente, las circunstancias concurrentes. La intromisión en el derecho a la propia imagen del demandante estuvo justificada por el derecho de información, dado su indudable interés periodístico, el artículo no era excesivo ni tendencioso, existía una clara relación entre la imagen publicada y el contenido de la información escrita.

La STS 278/21 de 10 de mayo, sobre el derecho a la intimidad, por la colocación inconsentida por un detective de un dispositivo de localización GPS en el vehículo del demandante.

La STS n.º 707/2021, de 19 de octubre, respecto de las afirmaciones hechas por un abogado en un escrito de queja ante el Consejo General del Poder Judicial con el fin de denunciar retrasos en la tramitación de asuntos que le afectaban y obtener una respuesta disciplinaria e incluso penal, concluye: «[E]l alcance limitadamente ofensivo de las afirmaciones realizadas en un escrito dirigido a exigir responsabilidades disciplinarias, el contenido específicamente resistente de la libertad de expresión del abogado en el ejercicio del derecho de defensa, el hecho de que las afirmaciones se efectuaran en un escrito de queja que se presentó por el cauce y ante el órgano competente para conocer de tal queja, buscando una respuesta disciplinaria, sin que el denunciante le diera publicidad, son elementos importantes en la ponderación que ha de realizarse entre el derecho al honor de los

demandantes y la libertad de expresión en el ejercicio del derecho de defensa del abogado demandado».

La STS n.º 777/21 de 11 de noviembre, analiza la intromisión ilegítima en el derecho a la propia imagen de un niño, con el consentimiento de los padres. Falta de perjuicio o vulneración del interés del menor.

1.1.2.6 *Derecho de asociación, libertad religiosa y no discriminación por razón de sexo*

La STS n.º 925/2021, de 23 de diciembre, dictada en un procedimiento por derechos fundamentales contra una asociación religiosa domiciliada en España donde, en esencia, se cuestiona la vulneración del principio de igualdad por discriminación por razones de sexo, dado que el art. 1 de los Estatutos de *La Pontifica Real y Venerable Esclavitud Del Santísimo Cristo De La Laguna* excluye a las mujeres como aspirantes a ser socio. La sentencia de instancia estimó la demanda por entender que aunque se trata de una asociación privada, su autonomía organizativa debe ser limitada en cuanto ostenta una posición de dominio y vulnera el principio de igualdad del art. 14 CE, sentencia confirmada en apelación. La sentencia del TS estima el recurso y aborda diversas cuestiones de sumo interés. En primer lugar, determinar cuál es el orden jurisdiccional civil o eclesiástico competente para conocer de este litigio, considerando competente el orden civil. En segundo lugar, los límites e interferencias entre la autonomía organizativa de la asociación conforme al art. 22 CE, el principio de no discriminación del art. 14 CC y el principio de libertad religiosa del art. 16 CE., ya que ninguno es absoluto. Recuerda la doctrina del TC sobre la aplicación matizada del principio de igualdad a las relaciones entre particulares, pues ha de hacerse compatible con otros valores o parámetros que tienen su último origen en el principio de la autonomía de la voluntad. Diferencia entre asociaciones privadas y aquellas también privadas que ostentan una posición dominante y considera que la asociación demandada no ostenta tal posición, por lo que no existe vulneración del principio de igualdad.

1.1.2.7 *Relaciones paternofiliales*

En primer lugar el TS ha reforzado la necesidad de la audiencia del menor, o su denegación motivada, cuyo incumplimiento provoca la nulidad de la sentencia y su devolución a la audiencia para que pro-

ceda a su exploración en las SSTS n.º 548/21 de 19 de julio y STS n.º 577/21 de 27 de julio, y resaltan que la audiencia o exploración del menor tiene por objeto indagar sobre el interés de este, para su debida y mejor protección y, en su caso, debe ser acordada de oficio por el tribunal; y, aunque no se puede decir que los tribunales están obligados a oír siempre al menor, pues eso dependerá de las circunstancias particulares de cada caso, atendiendo siempre a la edad, madurez e interés de aquel, por lo que es posible, precisamente en atención a la falta de madurez o de ponerse en riesgo dicho interés, y siempre que el menor tenga menos de 12 años, que se prescinda de su audición o que se considere más adecuado que se lleve a cabo su exploración a través de un experto o estar a la ya llevada a cabo por este medio, para que el tribunal pueda decidir no practicarla o llevarla a cabo del modo indicado, será necesario que lo resuelva de forma motivada.

Varias sentencias recuerdan la incompatibilidad del régimen de guarda y custodia compartida con la violencia de género, conforme establece el art. 92.7 CC. Así la STS n.º 175/21, de 29 de marzo, rechaza otorgar la custodia compartida a un hombre un año y medio después de haber sido condenado por maltratar durante años a su exmujer y que le fue concedida poco antes de la condena en vía penal. Reitera el Alto Tribunal que un condenado por violencia machista no puede tener este régimen de custodia, ya que «existe una dinámica de imposición y desconsideración hacia la madre, que además proyecta sobre la hija común», lo cual no genera un clima proclive a su establecimiento, pues requiere una intensa colaboración entre los progenitores y un modelo de respeto recíproco que además sirva de ejemplo o pauta de actuación para la menor, lo que en este caso no concurre por el comportamiento del padre (FJ 3). En la misma línea de incompatibilidad se pronuncia la STS n.º 729/21, de 27 de octubre, al haber sido condenado el progenitor por un delito de violencia de género. La STS n.º 372/21 de 31 de mayo, deja sin efecto la guarda y custodia compartida porque, aunque aún no había condena, no se trata de un mero denunciado por violencia de género, sino que se encuentra, en términos del mentado precepto, incurso en un proceso penal en condición de investigado y con respecto al cual el juez de Violencia de Género aprecia indicios de criminalidad, por haber agredido a la que entonces era su mujer, habiendo formulado escrito de acusación tanto la demandante como el Ministerio Fiscal.

Sobre la atribución de la vivienda familiar en los casos de custodia compartida, la STS n.º 438/21 de 22 de junio, señala el vacío normativo existente no siendo aplicable lo dispuesto en el art. 96.1.º CC, por lo que acude al párrafo 3.º del citado precepto como pauta interpreta-

tiva para la atribución valorando el interés más necesitado de protección, si la vivienda es privativa o ganancial o pertenece a un tercero, pero con un límite temporal.

Sobre el reparto de tiempos se pronuncia la STS n.º 656/2021, de 4 de octubre, y señala que cuando el tiempo de estancia con cada progenitor es similar, se trata de facto de una guarda y custodia compartida. Igualmente recuerda que la estancia paritaria no exime del pago de alimentos cuando exista desproporción en los ingresos de ambos progenitores.

1.1.2.8 *Nacionalidad*

La STS n.º 681/21 de 7 de octubre, reitera la doctrina fijada por la sentencia de pleno n.º 207/2020, de 29 de mayo, sobre si procede o no declarar la nacionalidad española de origen de la demandante al amparo del art. 17.1c) CC, en relación con una persona de origen saharaui. El TS considera que el Sahara Occidental no formaba parte de España a los efectos de dicha norma. Para el TS «cualquiera que sea la opinión sobre la actuación de España como potencia colonizadora a lo largo de toda su presencia en el Sahara Occidental, lo indiscutible es que se reconoce la condición colonial del Sahara –algo por demás difícilmente cuestionable incluso durante la etapa de provincialización y que, por tanto, el Sahara no puede ser considerado España a los efectos de la nacionalidad de origen contemplada en el art. 17.1c) CC. En otras palabras, no son nacidos en España quienes nacieron en un territorio durante la etapa en que fue colonia española».

1.1.2.9 *Otras resoluciones de interés*

En este apartado cabe hacer referencia al ATS de fecha 10 de noviembre de 2021 dictado en el caso de la Talidomida. El TS admite a trámite el recurso de casación presentado por la Asociación de Víctimas de la Talidomida en España (AVITE), contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, que declaró prescritos los hechos sobre la talidomida, con el apoyo del Ministerio Fiscal que se basa en la aparición de un nuevo documento en un archivo de acceso público en Alemania que permitiría reabrir el caso de la demanda presentada en su día por AVITE contra las compañías GRÜNENTHAL GMBH y GRÜNENTHAL PHARMA SA, en la que se ejercitaba una acción de responsabilidad extracontractual por los daños personales causados por los efectos teratogénicos de la talidomida.

1.2 **Sección de lo Penal**

Al margen de la expansión creciente de funciones del Ministerio Fiscal –legitimadas por su condición de defensor de la legalidad–, su función permanente y campo específico de actuación se sitúa en el área del Derecho penal ejercitando la pretensión punitiva dimanante de los delitos, como determina el artículo tercero, número 4 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal.

En la memoria correspondiente al pasado año, ya se hizo notar que la situación sanitaria vivida durante el año 2020, su carácter excepcional, y las dificultades operativas consecuencia de los medios técnicos disponibles, iban a dificultar, cuando no impedir, que pudiera desarrollarse de manera efectiva el trabajo a distancia, todo lo cual se haría patente cuando se produjera la reanudación, siquiera fuera de forma paulatina, del trabajo presencial, como así ha ocurrido.

Al finalizar el año 2020, en la Secretaría de la Sección de lo Penal, se habían acumulado un elevado número de asuntos, que se encontraban pendientes de reparto a los Fiscales del Tribunal Supremo, 523 correspondientes a recursos de casación contra sentencias dictadas en apelación por las Audiencias Provinciales conforme a la nueva ley; 223 correspondientes a recursos de casación contra sentencias dictadas en apelación por los Tribunales Superiores de Justicia, tramitados conforme a la nueva ley y/o recursos de casación correspondientes a asuntos tramitados con arreglo a la regulación procesal anterior; 39 que corresponden a varios temas (acumulaciones, quejas, etc.…) y 2 Causas Especiales competencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo. Un total de 787 asuntos.

Durante el año 2021, la entrada de asuntos ha continuado aumentando, de forma que ingresaron durante el año un total de 5.188 recursos correspondientes a recursos de casación contra sentencias dictadas en apelación por las Audiencias Provinciales conforme a la nueva ley; 2.120 recursos de casación contra sentencias dictadas en apelación por los Tribunales Superiores de Justicia, tramitados conforme a la nueva ley, y/o recursos de casación correspondientes a asuntos tramitados con arreglo a la regulación procesal anterior; 980 asuntos que corresponden a varios temas (acumulaciones, quejas, etc.) y 29 Causas Especiales, lo que supone un total de 8.317 asuntos, a los que se suman los 787 pendientes a 31 de diciembre, con un total anual de 9.317 asuntos.

También se registraron 96 recursos preparados por el Ministerio Fiscal, 82 expedientes gubernativos y 35 diligencias de investigación penal.

Para la gestión administrativa del trabajo de la Sección de lo Penal, la plantilla de funcionarios (Gestión, Tramitación y Auxilio) asignados a la secretaría, se componía de 5 funcionarios de Tramitación y 2 de Auxilio correspondientes a la Unidad sita en Fortuny y de 2 funcionarios de Gestión, 6 de Tramitación y 2 de Auxilio correspondientes a la Unidad sita en el Tribunal Supremo.

En atención a la acumulación señalada y el aumento de asuntos registrados hasta el mes de marzo de 2021, se solicitó la designación de personal de refuerzo, petición que fue atendida por la Unidad de Apoyo y gestionada ante el Ministerio de Justicia que aprobó el refuerzo de 2 funcionarios de Gestión procesal, refuerzo que hubo de reiterarse en el mes de septiembre y que fue prorrogado en el mes de octubre de 2021, ante la permanencia de las circunstancias que justificaron su designación, lo que ha posibilitado que la Sección haya podido gestionar los asuntos que han tenido entrada a lo largo del año.

La Sección de lo Penal durante el año ha estado compuesta por 4 Fiscales de Sala Jefes y 23 fiscales del Tribunal Supremo, encontrándose, además, adscritos a la misma 5 Fiscales de Sala.

Como se ha dicho, el volumen de asuntos a los que ha tenido que hacer frente la Sección de lo Penal ha sido muy elevado y ha requerido un esfuerzo especial que es necesario reconocer, tanto a los funcionarios de los cuerpos de gestión, tramitación y auxilio que con su dedicación y buen hacer han posibilitado que los Fiscales del Tribunal Supremo hayan podido abarcar tan elevado número de asuntos, como a estos últimos a quienes fue preciso requerir un esfuerzo añadido, que se prolongó durante gran parte del año, incluso teniendo que duplicar el número de asuntos semanales asignados a cada fiscal, lo que ha permitido que no solo no haya aumentado el número de asuntos pendientes en la Fiscalía, sino que haya disminuido de forma notable.

Tal dedicación y esfuerzo merece el reconocimiento expreso para todos ellos.

Como se ha venido destacando en los últimos años, y puesto que el recurso de casación se desarrolla en dos fases diferentes, una fase de preparación, que se lleva a cabo ante el órgano que dictó la resolución que se pretende recurrir, y otra fase de interposición, que se materializa ante la Sala Segunda del Tribunal Supremo, es imprescindible una buena coordinación que posibilite la eficacia de las pretensiones que el Fiscal quiera hacer valer ante la Sala Segunda del Tribunal Supremo.

A la Fiscalía de Tribunal Supremo le compete en exclusiva la formalización del recurso, supeditado a los términos del previo escrito de preparación que, lógicamente, debe ceñirse a los motivos anunciados.

Es necesario recordar algunas pautas que, no por sabidas, se cumplen siempre, con las indeseables consecuencias que de ello se pueden derivar.

Es preciso partir de una premisa esencial: el escrito de preparación debe abrir todas las vías posibles aplicables, lógica y jurídicamente, al caso concreto. Siempre será obligado anunciar el recurso por infracción de ley del n.º 1 del art. 849 LECr., y por vulneración del precepto constitucional, art. 852 de la LECr., sin que sea preciso ni aconsejable indicar los preceptos infringidos, siendo, por el contrario, imprescindible que, en caso de tratarse de varios condenados o absueltos, se señale de manera concreta e individual, la persona o personas afectadas por el recurso anunciado.

Por otra parte, en ocasiones se pone de relieve la problemática sobre los tiempos en que la Fiscalía del Tribunal Supremo tiene conocimiento del anuncio de un recurso de casación, lo que deja muchas veces muy cortos periodos de tiempo para su interposición. Esta cuestión ha sido abordada en diversas ocasiones en las diferentes Memorias, y también ha dado lugar a la remisión de comunicaciones, no solo a la respectiva Fiscalía en los casos concretos detectados, sino también, de modo general, a la totalidad de las Fiscalías territoriales, la última en el mes de Julio de 2021 cuando los Fiscales de Sala Jefes de la Sección de lo Penal de la Fiscalía del Tribunal Supremo se dirigieron a los Fiscales Jefes Superiores, Provinciales y de Área, indicando las concretas pautas a seguir para evitar tal disfunción.

Por ello, es importante reiterar lo señalado en las mismas, y destacar que con el emplazamiento debe remitirse a la Fiscalía del Tribunal Supremo el informe que justifica la interposición del recurso. Se vuelve a insistir en ello y se recuerda una pauta de actuación que se ve facilitada si se hace uso de los medios tecnológicos y telemáticos de los que se dispone en la actualidad, sin perjuicio de que sea remitida la documentación e informe posteriormente por correo ordinario en su caso, anticipando el anuncio y el informe, pues con ello se logra que el recurso así preparado pueda ser turnado de forma inmediata al/a fiscal del Tribunal Supremo que corresponda y que este/a, pueda llevar a cabo el estudio de la cuestión que necesariamente ha de ser sometida a deliberación en la Junta correspondiente.

Para tener cabal conocimiento de la actuación de la Sección de lo Penal, no es suficiente una exposición numérica de asuntos, sino que es necesario, avanzar en el análisis de tales datos también con el fin de

visualizar la evolución de los recursos que acceden a la Sala en virtud de la reforma de la Ley procesal que incorpora la nueva modalidad de casación.

En este punto, de nuevo ha de hacerse notar qué aunque la ampliación de la casación a las infracciones de menor gravedad competencia de los Juzgados de lo Penal es un medio eficaz puesto a disposición de los fiscales, sin embargo, siguen siendo pocos los recursos anunciados por las fiscalías, cuando es lo cierto que este nuevo recurso es el adecuado para abordar los supuestos errores jurídicos y la dispersión de criterios seguidos por las distintas secciones de una misma Audiencia Provincial o de Audiencias Provinciales del mismo o diferente Tribunal Superior de Justicia.

Como se ha indicado, al ser el recurso de casación un recurso escindido en dos fases íntimamente vinculadas, pero correspondientes a distintos órganos del Ministerio Fiscal, para lograr la mayor efectividad por parte de la Fiscalía del Tribunal Supremo, es indispensable que la fase desarrollada ante los tribunales de instancia y apelación, cuente con mecanismos que permitan detectar los errores jurídicos y la dispersión de criterios referida. Para ello, se insiste en la necesidad de establecer los mecanismos internos adecuados para establecer el sistema que cada Fiscalía estime más oportuno, partiendo de la referencia positiva que aportan los sistemas de que se han dotado algunas Fiscalías y que vienen funcionando adecuadamente, acomodándolos a su respectivo volumen, bajo la supervisión del Fiscal Jefe, que concentre las notificaciones de las sentencias dictadas en apelación y posibilite, a través de la especialización en la materia, la preparación de los recursos de casación a través de esta nueva vía casacional. Con ello se evitaría la incorporación de pretensiones para que se interpongan recursos de casación en razón de motivos que no fueron oportunamente preparados o cuya preparación no fue admitida, así como el planteamiento de cuestiones *per saltum* no suscitadas en el previo recurso de apelación, en su caso.

Volver a insistir en el inexistente alcance del recurso de casación para la Unificación de doctrina en materia de menores, debido a su configuración por la Ley Orgánica de Responsabilidad Penal de los Menores, que no permite el planteamiento ante el Tribunal Supremo de cuestiones relevantes que afectarían de manera directa y notable a la especialidad y que no tienen su encaje en la muy restringida vía casacional prevista en el artículo 42 LORPM, lo que se traduce en que no se haya registrado ningún recurso en materia de menores.

Con relación al recurso de casación para la Unificación de doctrina en materia de vigilancia penitenciaria, se registraron un total de 24 recursos.

1.2.1 Datos estadísticos relativos a la actividad de las Secciones de lo Penal de la Fiscalía del Tribunal Supremo

Resumen de los asuntos despachados por la Fiscalía de la Sala Penal del Tribunal Supremo, del 1 de enero al 31 de diciembre de 2021

NATURALEZA DE LOS ASUNTOS REGISTRADOS EN 2021	
TRIBUNAL SUPREMO	
Conflictos jurisdiccionales	
– del art. 38 LOPJ	0
– del art. 39 LOPJ	3
– del art. 42 LOPJ	0
– del art. 61 LOPJ	4
SALA II DEL TRIBUNAL SUPREMO	
Casación	
Preparados por el Fiscal:	
– Interpuestos	63
– Desistidos	33
De parte:	
– Apoyados	61
– Parcialmente	36
– Inadmisión	6.738
– Impugnación	415
Quejas:	
– Estimando	29
– Desestimando	146
Unificación de doctrina	
Vigilancia Penitenciaria:	
– Apoyo	2
– Impugnación	22
Menores:	
– Apoyo	0
– Impugnación	12

NATURALEZA DE LOS ASUNTOS REGISTRADOS EN 2021	
Revisión:	
– Solicitudes de autorización e interpuestos por parte	174
– Interpuestos por el Fiscal	6
– Solicitudes procedentes del Ministerio de Justicia	0
Cuestiones de competencia	557
Indultos:	
– Favorables	5
– Desfavorables	95
Varios	
– Error judicial	7
– Insostenibles (A. J. Gratuita)	36
– Dictámenes en ejecución	0
– Nulidades	0
– Varios	0
Señalamientos	
– Sin Vista	1.017
– Con Vista	21
Resoluciones	
– Providencias	4.042
– Autos	1.023
– Sentencias	1.345
Causas especiales competencia de la Sala II del Tribunal Supremo	
– Denuncias	19
– Exposición razonada	2
– Querellas	36
– Incoadas	57
– Escritos de Acusación	0
– Sentencias	0
Fiscalía del Tribunal Supremo	
– Expedientes Gubernativos	82
– Diligencias de Investigación	35

1.2.2 Análisis de la actividad de la Sección de lo Penal del Tribunal Supremo

Los datos que se acaban de exponer proceden de la aplicación MINERVA FISCALIA, que se nutre de los datos inicialmente incorporados en la aplicación MINERVA del Tribunal Supremo, a los que se añaden los datos propios que origina la actividad de la Sección de lo Penal en la tramitación de los diferentes recursos y procedimientos.

Durante el año 2021, se han recibido en la Sección numerosos escritos y comunicaciones remitidas por ciudadanos, asociaciones, grupos, partidos políticos etc. Para determinar el alcance de la puesta en conocimiento de la Sección de los extremos relatados y su relevancia penal, en el ámbito competencial propio de la Fiscalía del Tribunal Supremo, ha sido necesario incoar un total de 82 expedientes gubernativos, culminando la gran mayoría de ellos en Decretos de archivo, bien por tratarse de hechos imputados a personas que no son aforadas ante la Sala Segunda del Tribunal Supremo, bien por no referir hechos constitutivos de infracción penal, o por hacerlo respecto de personas no aforadas pero señalando el lugar de su presunta comisión, lo que ha dado lugar a su remisión a las fiscalías territoriales correspondientes.

También se han incoado un total de 35 Diligencias Investigación por revestir inicialmente los hechos puestos en conocimiento de la Sección de lo Penal caracteres de infracción penal, 16 de ellas con referencia a conductas vinculadas con las actuaciones llevadas a cabo por diversas autoridades durante la pandemia causada por el virus SARS-COV. 19, concluyendo todas ellas mediante Decreto de Archivo por no resultar indicios suficientes para atribuir responsabilidad penal a las personas aforadas ante la Sala Segunda, o no constatarse indicios suficientes de la comisión de los hechos inicialmente denunciados ante la Fiscalía.

Junto a lo anterior, tiene especial interés analizar los recursos interpuestos por el Ministerio Fiscal ante la Sala Segunda del Tribunal Supremo durante el año 2021.

Por las diversas Fiscalías se anunciaron un total de 96 recursos de casación, de los que, tras la oportuna deliberación en la Junta de las respectivas unidades organizativas que integran la Sección de lo Penal, se desistió de su formalización en 34 casos. Se han interpuesto un total de 63 recursos de casación:

– Contra sentencias dictadas por las Salas de Apelación de los Tribunales Superiores de Justicia, se han formalizado 10 recursos, en los que se suscitan temas relativos a delitos contra la ordenación del

territorio, autoadiestramiento y autoadoctrinamiento terrorista, contra la salud publica en su modalidad de tráfico de drogas, estafa, daños, agresión sexual, y trata de seres humanos.

Recurso 23/2021. Dio lugar al recurso 2-10215-21 en el que se suscita la imposición de la pena de prisión permanente revisable en un supuesto en el que se enjuician tres asesinatos juzgados simultáneamente, solicitada para el tercero de los asesinatos por estimar que la pena correspondiente al asesinato de la tercera víctima ha de ser la de prisión permanente revisable por cuanto ya es incardinable en la previsión legal de que el reo de asesinato «hubiere sido condenado por la muerte de más de dos personas».

– Contra sentencias dictadas por las Audiencias Provinciales resolviendo recursos de apelación interpuestos contra sentencias dictadas por los Juzgados de lo Penal, se han formalizado 26 recursos que han abordado diversos temas por concurrir interés casacional en materia de seguridad vial, prescripción, lesiones, robo, revelación de secretos, falsedad, lesiones, etc. Deben destacarse en este grupo de recursos los siguientes:

Recursos 14/2021, 45/2021 y 46/2021, todos ellos: por infracción de ley al amparo del n.º 1 del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por indebida inaplicación del artículo 89.1 del Código Penal, en un supuesto en el que la sentencia de la Audiencia Provincial estima parcialmente el recurso de apelación interpuesto por la Defensa del penado contra sentencia de Juzgado de lo penal, en el sentido de suprimir la sustitución de la pena de 1 año y 9 meses de prisión por la expulsión del territorio español, al considerar que dicha sustitución se acordó por el Juez de lo penal sin haber existido en este caso un trámite de audiencia «en condiciones de efectividad» (*sic*) «que pueda colmar las exigencias del art. 89 del CP» (*sic*), por cuanto el juicio se celebró en ausencia del acusado. El Ministerio Fiscal argumenta que, cuando la sustitución se acuerda en sentencia (no en ejecución) el trámite de audiencia lo constituye el propio juicio oral, donde sin limitación el acusado podrá alegar lo que estime oportuno sobre su expulsión, para lo cual la solicitud de expulsión debe hacerse por la Fiscalía o Acusación Particular en conclusiones provisionales, a fin de que pueda defenderse de la misma el acusado, no siendo necesario una audiencia personal y directa del acusado como presupuesto indispensable para entrar a resolver la solicitud del/de la fiscal en conclusiones provisionales de sustitución de la pena de prisión por la expulsión del extranjero. Se entiende cumplido dicho trámite de audiencia mediante la formulación de la solicitud de expulsión en el

escrito de conclusiones provisionales y la apertura desde ese momento de un trámite que posibilita al acusado y a su defensa, en su escrito de defensa y en cuestiones previas del juicio oral, proponer prueba que contradiga la pretensión y oponer hasta la finalización del acto de juicio oral las razones contrarias a la sustitución solicitada, especialmente la existencia de arraigo en España. Se añade por el Ministerio Público que el trámite de audiencia exigido jurisprudencialmente como presupuesto previo de la decisión de expulsión no es un trámite desarticulado del proceso ni enmarcado en un procedimiento independiente y singular fuera del propio juicio, y puede hacerse sin duda alguna en el desarrollo del propio Juicio Oral.

Recurso 92/2021, por infracción de los artículos 248, 249, 130 y 131 del Código Penal en relación con el artículo 324 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y el artículo 852 del mismo texto legal, por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva y a un proceso con todas las garantías, y en el que se analizan los pronunciamiento de la Sala Segunda sobre las consecuencias del transcurso de los plazos procesales (con cita de la STS 455/2021, de 27 de mayo, que sostiene la nulidad de las diligencias intempestivas y las SSTS 368/2018, de 18 de julio, 657/2020, de 3 de diciembre, 261/2021, de 22 de marzo, 687/2021, de 15 de septiembre y 836/2021, de 11 de noviembre, que sostienen que se trata de una simple irregularidad procedimental sin efectos preclusivos para la continuación del procedimiento). Se rechaza el criterio de la Audiencia Provincial por cuanto el art. 324 LECr. no establece un nuevo motivo de sobreseimiento por el mero transcurso de los plazos máximos de instrucción, ni abarca la posibilidad de acordar efectos de la radicalidad extrema pretendida en la resolución recurrida que no se desprenden de la literalidad de la norma y carecen de cobertura legal y postula un pronunciamiento sobre los efectos de las diligencias intempestivas, entre las que se incluye la declaración del investigado, sobre la continuación del procedimiento que unifique los diferentes criterios existentes.

Recurso 51/2021, por infracción de ley, al amparo del art. 849.1 de la LECr, por inaplicación indebida del artículo 270.1 y 270.4, párrafo primero CP., cuestionando el criterio sostenido en la sentencia recurrida según el cual el artículo 270.1 del Código Penal no era aplicable al caso de autos por entender que incluir en «obra o prestación literaria, científica o artística» las retransmisiones televisivas de partidos de fútbol suponía una interpretación extensiva y contraria al reo del tipo penal y por ende rechazable. A través del recurso por infracción de ley se pretende no solo la aplicación del artículo 270.1 CP al comportamiento examinado, sino también la aplicación del artículo 286.4 CP,

por considerarse que la relación entre ambos preceptos es la propia del concurso ideal de delitos al ser distintos los bienes jurídicos protegidos: la propiedad intelectual en el primero, la competencia en el segundo, argumentándose que el recurso servirá para ilustrar sobre la controvertida relación entre ambos injustos que también divide a la doctrina.

Recurso 89/21, que dio lugar al Recurso n.º 1-6981-21. Se interpuso recurso de casación frente a la sentencia de 21 de octubre de 2021, dictada por la tercera sección (penal) de la Audiencia Provincial de Barcelona, que absolvió al acusado del delito de lesiones por imprudencia grave cometido utilizando vehículo de motor, de los artículos 152.1. 1.º y 147.1 CP. Se trataba de un recurso por interés casacional, al contradecir la doctrina del Tribunal Supremo, e interpretar inadecuadamente la reforma de la imprudencia, llevada a cabo por LO 2/19, que modificó el tenor del artículo 142 del código penal.

El acusado conducía por Barcelona una motocicleta, portando como pasajero a su hijo de 14 años. Al llegar a un cruce, el encausado, que circulaba a velocidad superior a la adecuada a las circunstancias de la vía, y sin la más mínima precaución, rebasó en fase roja el semáforo que le afectaba e invadió el cruce, colisionando la parte delantera de su motocicleta contra el lateral izquierdo de otro vehículo, que había accedido correctamente al cruce teniendo en verde el semáforo. El acusado y su hijo salieron proyectados cayendo a la calzada, sufriendo ambos, graves lesiones, ante lo que la madre del menor hizo expresa reserva de acciones civiles.

La resolución absolvió al acusado, argumentando que la reforma del artículo 142 operada por la LO 2/2019 ha incorporado una calificación de lo que debe considerarse como imprudencia grave y menos grave con la intención de devolver al texto la seguridad jurídica sustraída en la anterior reforma de 2015 al introducir el concepto de «menos grave» como calificación intermedia de los dos conceptos utilizados hasta ese momento para calificar la conducta imprudente desde el punto de vista penal, que de alguna manera puede considerarse atentatorio contra el principio de tipicidad estricta. De tal forma que, en el ámbito de la circulación se calificará como grave la conducción en que la concurrencia de alguna de las circunstancias previstas en el artículo 379 CP determinara la producción del hecho, esto es, la conducción a velocidades mayores a las allí indicadas o bajo la influencia del alcohol u otras sustancias. En el apartado segundo se ofrece a su vez una calificación de lo que se considera «imprudencia menos grave» y que se identifica con la infracción grave de las normas sobre tráfico, circulación de vehículos a motor y seguridad vial.

Afirma que del relato de hechos probados no se desprende elemento que permita calificar la conducta como constitutiva de imprudencia grave, pudiendo ser calificada, como mucho, como constitutiva de imprudencia menos grave que causó lesiones al menor, de las descritas en el artículo 147.1 del CP, siendo exigible en tal caso, incluso después de la reforma de 2019, como requisito de procedibilidad, la denuncia de la persona agraviada o de su representante legal. La ausencia de denuncia debió provocar el archivo de las actuaciones, por lo que, siendo la denuncia requisito de perseguibilidad, procede dictar sentencia absolutoria.

El Ministerio Fiscal entiende que la sentencia interpreta de modo inadecuado el artículo 142 del CP, recordando la STS 421/2020, de 22 de julio. Los supuestos de imprudencia grave no son solo los dos mencionados. Esos lo serán siempre, lo cual no significa ni que no puedan existir otros casos de imprudencia menos grave, ni que siempre que se dé una infracción grave de tráfico la imprudencia haya de ser calificada de menos grave. Son concebibles supuestos en que se constate la presencia de una infracción grave, y no estemos ante una imprudencia menos grave:

1. Bien porque el Juez o Tribunal considere que la imprudencia alcanza magnitud suficiente para colmar el concepto penal de imprudencia grave;
2. O bien, en el otro extremo, por entenderse que, aunque concurra una infracción grave viaria, la imprudencia no desborda los linderos de la imprudencia leve en sentido jurídico penal. El juez o tribunal no queda convertido en esclavo de la catalogación administrativa.

La presencia de una infracción grave supone una presunción de imprudencia menos grave. Emplaza, en principio, a incoar diligencias para esclarecer los hechos y delimitar la magnitud de la negligencia. Pero el Juez podría llegar a excluirla por factores varios no susceptibles de ser reducidos a un listado. Solo caben orientaciones o criterios que habrán de ir pensándose casuísticamente (v. gr., si la infracción administrativa grave es intencional o fruto de una negligencia). Un absoluto automatismo es rechazable. Así se deriva inequívocamente de ese inciso final; y, así, por otra parte, se constata si examinamos el listado de infracciones graves de la legislación viaria.

Teniendo en cuenta dicha doctrina, la Fiscalía del Tribunal Supremo consideró que los hechos constituían imprudencia grave. El resultado lesivo para el hijo del acusado se debió a su manera de conducir: el recurrido conducía a una velocidad inadecuada; no respetó la

fase de un semáforo en rojo, y el vehículo contra el que colisionó conducía por su vía y teniendo el semáforo en verde.

Como dice la citada STS 421/2020, existen una serie de nociones que nos guían en el esfuerzo interpretativo para delimitar los conceptos de imprudencia grave y menos grave y proyectarlos sobre la realidad social diaria. Añadiendo que «estas nociones, naturalmente, constituyen generalmente conceptos jurídicos indeterminados, que necesitan del diseño, en el caso concreto, para operar en la realidad que ha de ser juzgada en el supuesto de autos. La imprudencia grave es, pues, la omisión de la diligencia más intolerable, mediante la conducta activa u omisiva, que causa un resultado dañoso y que se encuentra causalmente conectada normativamente con el resultado, mediante la teoría de la imputación objetiva, que, partiendo de un previo lazo naturalístico, contribuye a su tipificación mediante un juicio basado en la creación de un riesgo no permitido que es el que opera como conexión en la relación de causalidad...»

Todo lo anterior permite considerar la conducta del acusado como constitutiva de una imprudencia grave. Se incumplió una prohibición expresa que no admite excepciones ni cálculos. Se violaron los principios básicos que regulan el tráfico rodado, puesto que cuando un conductor que tiene el semáforo en verde supera un cruce lo hace en la confianza de que el que tiene el semáforo en rojo va a detenerse, porque hay orden expresa de ello.

Han considerado imprudencia grave no respetar la fase roja de un semáforo las sentencias del Tribunal Supremo 421/2020, así como STS 95/1997 de 27 de enero, 27 de marzo de 1990, 11 de marzo de 1985, 14 de octubre de 1976, 9 de diciembre de 1982, 15 de marzo de 1982, entre otras.

Siendo que, como resulta evidenciado, la conducta de autos es constitutiva de una imprudencia grave, vienen en aplicación los artículos 152.1. 1.º y 147.1 del CP, de cuya conjunta virtualidad normativa resulta que los hechos son constitutivos de un delito de lesiones por imprudencia grave cometido utilizando vehículo de motor.

Aun suponiendo que la imprudencia fuera menos grave, concurriendo una infracción grave administrativa contra la seguridad del tráfico, el requisito de procedibilidad se encuentra cubierto por la actuación del Ministerio Fiscal, al ejercer la acción penal contra el recurrido, manteniendo dicha acción asimismo en el proceso de apelación. Además, el proceso se tramitó como presunto delito de lesiones por imprudencia grave, con lo que la resolución jurisdiccional de segunda instancia, que degradó dicha conducta a la consideración de menos grave imprudente, no puede provocar la sobrevenida ausencia

del requisito formal de procedibilidad, debiendo entenderse concurrente el cumplimiento de dicha exigencia procesal, por evidentes razones de seguridad jurídica (artículo 9.3 CP), ordenación regular del procedimiento (artículo 118 CE), y tutela judicial del perjudicado (artículo 24.1 CE), en cuyo interés y protección actuó el Ministerio Fiscal en el proceso (artículo 124.1 CE).

La STS 19 de abril de 2000 ha considerado que la denuncia es un requisito formal, que puede suplirse si el representante legal del menor actúa en el proceso. La madre del menor perjudicado actuó en el proceso en interés del menor, al reservar *expressis verbis* las acciones civiles correspondientes a este, siendo dicha reserva tenida por válida por el juzgado, el cual lo hizo constar en el *factum* por su relevancia jurídica procesal y sustantiva. Sostiene la referida sentencia, que en caso de menores o incapaces, la imposibilidad de realizar por ellos mismos la ponderación de los bienes en conflicto, determina que el inicio de la reprensión deba ser realizado por el representante legal o el Ministerio Fiscal. En exigencia de este requisito la Jurisprudencia ha declarado que basta la presencia en la causa de su representante legal para tenerlo por cumplido, esto es, de la persona que puede activar el proceso penal, lo cual supone la voluntad de perseguir un hecho delictivo que afecta a su representado. La STS de 25 de octubre de 1994 señala que, el requisito de procedibilidad afecta realmente a los denominados delitos semipúblicos, pero solo en cuanto presupuesto subsanable durante el proceso (SS 13 noviembre 1987, 24 noviembre 1983 y 20 de noviembre 1982, entre otras muchas). Se trata de un vicio procesal de simple anulabilidad susceptible de convalidación mediante la posterior actuación de la parte o partes perjudicadas. Esa actitud convalidadora se da cuando la parte perjudicada comparece en el curso del procedimiento ya iniciado, colaborando a la investigación judicial, sin mostrar reparo alguno a la continuación del proceso en respuesta al ofrecimiento de acciones que se le hace en la causa.

Por ello, en todo caso los hechos constituirían delito de lesiones por imprudencia menos grave, de los artículos 152.2 y 147.1, ambos del código penal, cometido mediante la utilización de vehículo de motor, en relación con lo prevenido en el artículo 76 a) y k) del Real Decreto Legislativo 6/2015.

En la STS n.º 316/2021, citada, se razonaba de la forma siguiente, alcanzando una conclusión que resultará aplicable al caso presente, como propugna el Ministerio Fiscal:

Se plantean tres posibles alternativas. La que mantiene la resolución recurrida, es decir, que debe entenderse consumado el hurto por

el importe total de todos los efectos, de los que dispusieron y de los que no, aunque la adicción de estos últimos provoque un salto agravatorio en la calificación. La de entender que solo se ha cometido un delito por el importe de los efectos de los que efectivamente se dispuso, en este caso un delito leve del artículo 234.2 CP. Otra tercera, afrontarlo como una relación concursal entre el tipo previsto en el artículo 234.1 CP en tentativa, y la modalidad que como delito leve tipifica el artículo 234.2 CP, en este caso consumada. Y dentro de esta, habremos de decantarnos entre el concurso de delitos o el de normas.

1. La primera opción debe ser descartada en cuanto opera sobre una ficción, la disponibilidad de unos efectos que no se ha conseguido, luego faltaría, de cara a la aplicación de la modalidad agravada, tanto acción como resultado. Incurriríamos en un exceso difícilmente compatible con el principio de culpabilidad y el de proporcionalidad proyectados sobre el desvalor de la acción y el resultado.

2. Tampoco la que hemos anunciado como segunda opción proporciona una solución satisfactoria. Entender que nos encontramos ante un delito leve de hurto consumado del artículo 234.2 CP tomando en consideración exclusivamente el valor de aquello de lo que se llegó a disponer, resultaría igualmente desproporcionado, esta vez por defecto. Supondría despreciar la entidad del proyecto criminal, y que, además de lo dispuesto, hubo un intento de apoderamiento de otras prendas que superaban el límite cuantitativo de los 400 euros, en el que se ha colocado la frontera entre el delito leve de hurto y el menos grave.

3. Centrándonos en la tercera opción, ante la disyuntiva entre el concurso de delitos, que en todo caso sería ideal, o el de normas, nos decantamos por este último. Nos encontramos ante tipos de idéntica factura y significado jurídico, y ante un comportamiento también unitario en la vertiente natural y en la jurídica, de manera que el más grave los delitos concernidos absorbe de manera suficiente el desvalor.

Reiteradamente ha señalado esta Sala que, cuando el hecho puede ser encuadrado en varias disposiciones, siendo aparentemente todas aplicables, pero en realidad una de ellas capta por completo, o de manera suficiente, el contenido del desvalor del hecho y desplaza a las demás, se apreciará un concurso de normas o de leyes. Y para conocer cuál es la norma prevalente o preferente que desplaza a las demás se utilizarán los criterios propios de la teoría de la interpretación y solución de las antinomias legales, con el fin de identificar la que se ajusta lo más exactamente posible al hecho cometido, agotándolo y excluyendo así a las demás disposiciones. A tales efectos se utilizan los

principios de especialidad, subsidiariedad, consunción y alternatividad contenidos en el artículo 8 CP (por todas SSTS 97/2015 de 24 de febrero o 481/2018, de 18 de octubre, y las que en ellas se citan).

En palabras que tomamos de la STS 342/2013, de 17 de abril, el concurso de normas implica, por definición, una unidad valorativa frente al hecho cometido, de suerte que la aplicación de uno solo de los tipos que convergen en la definición del concurso, es más que suficiente para agotar todo el desvalor jurídico-penal que puede predicarse de la infracción. Forma, pues, parte de su fundamento la suficiencia de uno de los preceptos para la correcta y plena valoración jurídico-penal de la conducta. De no acoger las normas concebidas por el legislador para la solución de esos casos de colisión de preceptos penales, se correría el riesgo de incurrir en una doble incriminación del hecho, con la consiguiente quiebra del principio de proporcionalidad.

En definitiva, como dijimos en la STS 481/2017, de 28 de junio «dentro del marco punitivo que establece el legislador, los tribunales, atendiendo a la redacción de la norma y a los principios constitucionales que han de guiar de forma primordial el significado de los preceptos penales, han de acudir cuando concurren interpretaciones en conflicto a seleccionar la que concilie en mayor medida los principios y valores constitucionales con las descripciones y connotaciones que se desprenden del texto legal, tanto desde una dimensión de cada precepto como del conjunto sistemático del Código. Especialmente cuando afloran contradicciones internas tanto de índole textual como sobre todo axiológicas».

En este caso entendemos que el criterio que se acomoda en mayor medida al desvalor de la acción y la culpabilidad de los acusados, es el contemplado en el artículo 8.4 CP, que prima la mayor gravedad de la pena, lo que nos proyecta en este caso hacia el delito intentado del artículo 234.1 y 3 CP, que, al tener prevista pena privativa de libertad, frente a la de multa que lleva aparejado el delito leve del artículo 234.2 y 3, emerge como más grave. Tal opción no afecta a las responsabilidades civiles derivadas de todo el conjunto, ni impide, en la determinación de la pena, tomar en consideración como factor de relevancia, el que se produjera una disponibilidad parcial.

Con arreglo a la construcción por la que nos decantamos, refrendamos en su vigencia la tradicional jurisprudencia de esta Sala según la cual, tanto en los supuestos de autoría individual como plural, la acción delictiva alcanza la perfección, aunque no se logre la disponibilidad de la totalidad de los efectos sustraídos. Doctrina que solo modulamos en el sentido de interpretar que, en casos de consumación

parcial de un delito de hurto, también aplicable a los de estafa y apropiación indebida, no cabrá entender consumado el delito con arreglo a una calificación más grave, cuando la cuantía de los efectos respecto de los que se ha obtenido la disponibilidad parcial no alcanza la que la misma requiere. Tales supuestos se resolverán a través de las reglas del concurso de normas, entre la infracción más grave en atención al valor conjunto de todos los efectos, en grado de tentativa, y la consumada a tenor de la disponibilidad efectiva, a resolver de conformidad con la regla del artículo 8.4 CP. En este caso, entre el tipo previsto en el artículo 234. 1 y 3 CP intentado, y el delito leve del artículo 234.2 y 3 CP consumado».

En este caso se trata de dos acciones distintas, ejecutadas en momentos diferentes. Pero su integración en la figura autónoma del delito continuado hace posible valorar el supuesto como análogo a una consumación parcial, acudiendo a la misma solución acogida en la sentencia del Pleno de esta Sala tantas veces aludida.

Los hechos, pues, aplicando la regulación del concurso de normas, deben ser calificados como constitutivos de un delito continuado menos grave de hurto, intentado, de los artículos 234.1, 74 y 62 del CP, con la agravante de reincidencia. Ello supone la imposición de una pena inferior en un grado, al no apreciar razones para hacerlo en dos.

– Contra sentencias dictadas por las Audiencias Provinciales y por la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional se han formalizado 27 recursos, suscitándose diversas cuestiones relativas a delitos contra la ordenación del territorio y medio ambiente, terrorismo, contrabando, contra la salud publica en su modalidad de tráfico de drogas, malversación de caudales públicos, delito fiscal, agresiones sexuales, prevaricación, etc. Pueden destacarse los siguientes recursos:

Recurso 24/2021, por infracción de ley por aplicación indebida de los artículos 16 y 62 del Código Penal en relación con los artículos 74 del mismo texto legal y 2.1.a), 2.2.b), 2.3.b) y 3.1 y 2 de la LO 12/1995, de 12 de diciembre, de Represión de Contrabando, en la redacción introducida por la LO 6/2011, de 30 de junio, en un supuesto en el que se enjuiciaban dos conductas, entendiendo el Ministerio Fiscal que, si bien es acertada la consideración del delito de contrabando como intentado con relación a la primera de las operaciones que se describen en el *factum*, la segunda de las operaciones integra un delito de contrabando consumado con la consiguiente repercusión penológica, tanto para los acusados que solamente intervinieron en esta segunda operación, como para aquellos que por su intervención en ambas ope-

raciones han sido condenados como autores de un delito continuado de contrabando, por cuanto según el art. 2.1 a) de la Ley de contrabando, cometen este delito los que importen o exporten mercancías de lícito comercio sin presentarlas para su despacho en las oficinas de aduanas o en los lugares habilitados por la Administración aduanera y que la ocultación o sustracción de cualquier clase de mercancías a la acción de la Administración aduanera dentro de los recintos o lugares habilitados equivaldrá a la no presentación, conducta aplicable a las labores de tabaco de conformidad con lo dispuesto en el art. 2. 3 de la Ley, de forma que no es posible, como hace la sentencia recurrida, condicionar la consumación a la disponibilidad real del material que se pretendía comercializar, cuando es suficiente la entrada en territorio nacional sin la declaración fiscal correspondiente para que la acción típica se agote, conforme a la interpretación jurisprudencial.

Recurso 25/2021, por infracción de ley del art. 849.1.º de la LECr., por indebida inaplicación del art. 225 bis. 1 y 2 del Código Penal, con relación al auto dictado por la Audiencia Provincial que consideró que los hechos objeto de la causa eran atípicos basándose esencialmente en que la investigada no podía ser considerada autora del delito en cuestión por su condición de progenitora custodia o conviviente con el menor. Se formula el recurso al amparo del art. 848 LECr., en cuanto se trata de un auto definitivo de sobreseimiento libre, dictado en apelación por la Audiencia Provincial, contra un encausado sobre el que recaía resolución judicial fundada de imputación, manteniéndose en el recurso que la normativa internacional ampara la inclusión de cualesquiera progenitores, custodios o no custodios, con custodia separada o conjunta, como posibles autores de los traslados ilícitos (inconsentidos en la terminología del Código penal) que determinan la aplicación del tipo penal de la sustracción de menores, reiterando que lo verdaderamente importante, es la protección de los derechos del menor en sus relaciones paternofiliales, y el castigo de aquellas conductas que gravemente quebranten el bien jurídico que se protege siempre que tales conductas tengan encaje legal en el tipo penal aplicado por el cumplimiento de todos los elementos típicos (objetivos, subjetivos y normativos) que el precepto penal en cuestión exige, como ocurre en el presente caso.

Avanzando algo más, no basta con conocer los recursos preparados por el Ministerio Fiscal que, correspondiendo al año 2021 ha trabajado la Sección de lo Penal, sino que conviene analizar los extremos que aportan las notificaciones a la Fiscalía de las distintas resoluciones adoptadas por la Sala Segunda del Tribunal Supremo durante el

año 2021 que, en gran parte, no se refieren a asuntos correspondientes al año 2021 sino a años anteriores.

1.2.2.1 *Análisis de las resoluciones dictadas por la Sala Segunda del Tribunal Supremo durante el año 2021*

Tomando en consideración las resoluciones dictadas de la Sala Segunda durante el año 2021, se ponen de manifiesto los siguientes extremos:

a. Sentencias:

Se han dictado un total de 1026, en Recursos de Casación y Revisión fechadas entre el 1 de enero y el 31 de diciembre de 2021, periodo durante el que también se han dictado 58 Autos de aclaración, rectificación y/o complemento de sentencia.

SENTENCIAS	
Dictadas en Recursos formalizados por el MF	60
Recursos de Revisión	7
– Estimados	7
– Desestimados	0
Recursos de Casación	53
– Estimados total y/o parcialmente	40
– Desestimados	13
Dictadas en Recursos formalizados por las restantes partes	966
Con apoyo de algún/os de los motivos	151
– Recursos de Revisión	18
– Estimados	17
– Desestimados	1
– Recursos de Casación	133
– Acumulación de Condenas	48
– Estimados	47
– Desestimados	1
– Restantes recursos	85
– Estimados	68
– Desestimados	17
Solicitada por MF la inadmisión o desestimación	815
– Inadmitidos o desestimados	531
– Estimados:	284
– Recursos de Revisión	3
– Recursos de Casación:	281

SENTENCIAS	
– Acumulaciones de Condenas	14
– Restantes recursos	267
Sentencias dictadas en Causa Especiales	2
– Condenatorias	2
– Absolutorias	0.
Sentencias en razón del año del recurso:	
– Anteriores al año 2018	12
– Correspondientes al año 2019	619
– Correspondientes al año 2020	253
– Correspondientes al año 2021	163

b. Otras resoluciones:

La Sala ha dictado también: un total de 6803 resoluciones cuyo análisis permite destacar los siguientes extremos:

Autos	2.525
– En razón del año del recurso:	
– Correspondientes a causas del año 2019 y anteriores	191
– Correspondientes a causas del año 2020	1.163
– Correspondientes a causas del año 2021	1.171
– En razón de la naturaleza de la decisión:	
– Inadmisión	1.309
– Queja	171
– Nulidad	53
– Error judicial	6
– Aclaración	38
– Contra Decretos LAJ	39
– En materia Vigilancia Penitenciaria	19
– Cuestiones de Competencia	447
– Cuestión Prejudicial	1
– Revisión	209
– Causas Especiales	173
– Inadmisión Querella	52
– Inadmisión Denuncia	22
– Varios	60
Providencias Inadmisión	4.272
– Correspondientes a causas del año 2019	42
– Correspondientes a causas del año 2020	2.467
– Correspondientes a causas del año 2021	1.763

El mayor número de resoluciones dictadas por la Sala se han adoptado en procedimientos registrados en los años 2020 y anteriores, un 55%, frente a los correspondientes al año 2021, un 45%.

Los datos reflejan como más del 78% de los recursos formalizados por la Fiscalía son estimados total o parcialmente, frente a un 22% que son desestimados.

Del total de recursos resueltos por sentencia por la Sala durante el año 2021 formalizados por las demás partes, el Ministerio Fiscal apoyó alguno de sus motivos en un 14%, y de estos fueron estimados el 99% frente al 1% que fue desestimado.

De los recursos resueltos por sentencia por la Sala durante el año 2021 formalizados por las partes en los que el Ministerio Público había solicitado la inadmisión y/o desestimación fueron inadmitidos o desestimados un 65% frente a un 35% que fueron estimados.

Las sentencias de la Sala II, con carácter general, adolecen del defecto de omitir el contenido del informe del Ministerio Fiscal. Tal y como ocurre, en las sentencias del TC, la plasmación íntegra de su contenido contribuiría a mejorar la calidad de las resoluciones. No es el Ministerio Público una parte procesal al uso y menos en el recurso de casación. Representa la legalidad y la imparcialidad en su calidad de Magistratura postulante. Ni siquiera está condicionada su actuación ante la Sala II por la posición mantenida en la instancia o en apelación, tras la generalización del sistema de doble instancia en el ámbito penal, sino que solo la representación de la Ley y la exigencia de la Justicia mueven sus actuaciones casacionales.

Por tal motivo, no parece adecuado que las sentencias del Tribunal Supremo, abundantes en la cita repetida de doctrina consolidada, no dejen espacio para conocer la posición casacional de la Fiscalía. Se considera que, la integración en la sentencia de la elaboración doctrinal y jurídica del Ministerio Público completaría la resolución.

Naturalmente que el Tribunal podría apartarse de sus criterios, pero la calidad del informe postulante exigiría extremar los motivos para separase de su posición casacional o confirmar con criterio más firme y consolidado la bondad de sus juicios.

En un tiempo en el que el recurso de interés casacional ha devuelto a la Sala II la razón de su nombre, Sala de lo Penal, parecería el momento de recuperar la brillantez de la elaboración dogmático-penal del Tribunal Supremo, y con ello la recuperación del mejor derecho penal, con análisis de la tipicidad, la antijuridicidad, la culpabilidad y la punibilidad, lo que pasa por prestar un merecido interés a los discursos elaborados por la otra Magistratura.

1.2.3 Asuntos de mayor trascendencia suscitados ante las Juntas de la Sección de lo Penal

Gran cantidad de asuntos con relevancia jurídica y práctica se han debatido en las Juntas que celebran las dos unidades que componen la Sección, de los que no puede hacerse referencia pormenorizada.

No obstante, pueden destacarse algunos de los recursos objeto de análisis en las mismas, tanto por su trascendencia pública, como por el interés jurídico de las cuestiones debatidas.

Recurso 1/601/2020. Es el conocido como Caso de los ERE de Andalucía. Se llevó a la Junta de la Sección por los dos fiscales encargados del despacho de este asunto, que dada su gran complejidad y extensión, precisaron para ello de un periodo prolongado de tiempo para su despacho, dando cuenta de la impugnación de la totalidad de los motivos de los recursos presentados por los condenados.

El dictamen, para dar respuesta a la gran cantidad de cuestiones fácticas y jurídicas suscitadas se estructuró en diversos apartados. En el primero, bajo la denominación de cuestiones comunes, se abordaron temas suscitados por la mayoría de los recurrentes, en concreto las cuestiones relativas al Juez ordinario predeterminado por la Ley y al principio acusatorio; las relativas a la infracción de los ordinales 1.º y 2.º del art. 849 LECr.; y las relativas a aspectos generales sobre el derecho a la presunción de inocencia. Así, se estudia el procedimiento de concesión de subvenciones, describiendo el mecanismo empleado, y que se considera sencillo pero eficaz para la finalidad perseguida. Primero, mediante modificaciones presupuestarias y, posteriormente, mediante su inclusión en el presupuesto, se utilizó la partida «transferencias de financiación al IFA», y las ayudas se materializaban mediante convenios particulares suscritos entre la Consejería de Empleo y el Instituto de Fomento de Andalucía (IFA), convenios que a partir de julio de 2001 se amparaban en el Convenio Marco suscrito entre el centro directivo y el IFA. De esta forma se conseguía, por una parte, eludir los requisitos del procedimiento de subvenciones para el reparto de las ayudas respetando los principios de publicidad, libre concurrencia y objetividad y, por otra parte, evitar la fiscalización del gasto. En efecto, la intervención del IFA se limitaba, según se refleja en el Convenio Marco, a la materialización de las ayudas que concedía la Consejería de Empleo, de manera que el expediente de gasto no podía ser objeto de fiscalización previa en la Consejería porque los fondos habían sido transferidos a la empresa pública, y en esta, sujeta a control financiero permanente, solamente podía fiscalizarse el pago, puesto que el expediente se tramitaba en el centro directivo.

Se analizan las pruebas de cargo sobre el procedimiento ilegal, además de la prueba testifical y pericial, entre las que destacan los informes elaborados por los peritos de la Intervención General de la Administración del Estado (IGAE), y la numerosísima prueba documental.

Se realizan las oportunas consideraciones jurídico penales comenzando por el análisis de la noción de resolución administrativa cuestionada por todos los recurrentes, como elemento configurador del delito de prevaricación, descartando, por constituir actos reglados sometidos a la normativa administrativa, que las distintas decisiones pudieran ser consideradas como mera actuación política no sujeta al control jurisdiccional.

Finalmente, en las respuestas individualizadas a cada uno de los recursos presentados se concretan, las pruebas en que han basado las respectivas condenas.

En un apartado segundo se abordaron de manera individualizada los recursos interpuestos con especial énfasis en el tratamiento de las pruebas de cargo tenidas en cuenta por la Sentencia como base de su pronunciamiento condenatorio y aquellas otras materias no tratadas en las cuestiones comunes.

Recurso 1/5112/2021. El recurso se refiere a la absolución de un conocido jugador de futbol del delito contra la Hacienda Pública del artículo 305.1 del Código penal del que había sido acusado junto a sus asesores fiscales.

La Junta analizó, consecuencia del recurso interpuesto por la representación procesal de la acusación particular de la Agencia Estatal de Administración Tributaria, la sentencia dictada en apelación en torno a la insuficiencia y falta de racionalidad en la motivación fáctica, como en el apartamiento manifiesto de las máximas de experiencia y en la omisión de todo razonamiento sobre algunas de las pruebas practicadas. Se impugnaba la exclusión de la concurrencia del elemento subjetivo del delito del artículo 305 del Código Penal, y entender que no existía una simulación penalmente relevante, y que se actuó en la creencia de que el artículo 92 de la Ley 35/2006, de 28 de diciembre, amparaba la falta de imputación a la base imponible del IRPF de los rendimientos percibidos de la explotación de derechos de imagen que eran objeto de la acusación, cuando la propia sentencia impugnada reconoce expresamente que los acusados actuaron en fraude de ley al acoger una actividad de negocio real con contratos reales de explotación de derechos de imagen del jugador y canalizar su imputación tributaria a través de una norma determinada que en parte no corresponde aplicar, para eludir otra norma imperativa, cual

es la que consagra el deber de imputarse en su declaración del IRPF esos rendimientos no procedentes del empleador como del capital mobiliario.

Se decidió el apoyo al motivo articulado por vulneración del artículo 24 CE que consagra la tutela judicial efectiva, al haberse efectuado una valoración irracional de la prueba, ya que la sentencia recurrida confirma el fallo absolutorio de la Sentencia de instancia por la sola circunstancia de que la simulación es una realidad tolerada al amparo del artículo 92 de la Ley 35/2006, de 28 de noviembre –para el caso de rendimientos provenientes del Club de Futbol empleador del jugador– o que, no siéndolo –para el supuesto de rendimientos provenientes de terceros–, el acusado actuó en la creencia de que cumplía con la legislación vigente. Y este razonamiento consistente en amparar la conducta denunciada en el ámbito objetivo del artículo 92 de la Ley 35/2006 de continua referencia, le basta a la Sala para confirmar el fallo absolutorio, evitando así entrar en el análisis de las razones expuestas por las acusaciones en sus escritos de interposición de recurso de apelación.

Igualmente se apoyó el motivo por infracción de ley también formalizado, por cuanto la sentencia impugnada realiza una interpretación equivocada del artículo 92 de la Ley 35/2006 cuando sostiene que el citado precepto ampara una opacidad dentro de ciertos límites, apartándose de la función teleológica del tipo, así como de la interpretación que del mismo hace la Sala Tercera del Tribunal Supremo, ya que la interpretación del referido precepto no lleva a la conclusión alcanzada por el Tribunal de Apelación cuando parece configurar dicho precepto como una norma de suavización de la tributación en cuyo seno se ampararían simulaciones penalmente no relevantes.

La realidad es precisamente la contraria: el artículo 92 es un precepto de endurecimiento de la tributación que permite anticipar la tributación en sede del socio –esto es, porque declara antes de cobrar la renta, siempre que se den las circunstancias que en dicho precepto se indican–, sin necesidad de que la AEAT tenga la carga de probar las características de la sociedad y ello sin perjuicio de que, si la AEAT efectuase una labor de inspección en el perfil de la sociedad y probara la existencia de simulación –como sucede en el caso que nos ocupa–, se llegaría a la conclusión de que la cesión no fue real y que, evidentemente, no resultaría de aplicación el artículo 92 –esto es, el régimen de tributación por imputación– al ser nulo el contrato de cesión y, consiguientemente, faltar la relación jurídico-tributaria, siendo en su lugar aplicable un régimen de tributación por rendimientos, que es el que se aplica en el caso que nos ocupa.

Recurso 1/4912/20. El recurso se refiere a un supuesto en el que se enjuicia el acuerdo entre directivos de un club de futbol con los jugadores de otro club de futbol, para el pago de una determinada cantidad de dinero para influir en los resultados de la competición, acuerdo que presentaba un doble aspecto económico, ya que por una parte se contemplaba el ganar al equipo con el que jugaban la jornada 37, y por otro, que dejaran ganar en el partido que se celebraría en la jornada 38 contra el equipo al que pertenecían los directivos citados. De esta forma, con tales resultados, aunque no aseguraban la permanencia del equipo en la categoría sí aumentaban considerablemente sus posibilidades.

La Junta de la Sección abordó la cuestión suscitada por varios recurrentes acerca de la exclusión de las «primas por ganar» del tipo penal del art. 286 bis. 4 CP. Al respecto, se concluyó tras la deliberación sobre el asunto, que había de mantenerse el criterio de la sentencia recurrida, en cuanto destacaba que tales maniobras lo que pretenden es alterar de manera deliberada y fraudulenta el resultado de una competición deportiva profesional como lo es la Liga de Futbol Profesional, pretendiendo evitar el descenso de un Club a segunda división en perjuicio de otros equipos que se encontraban en la misma situación. Dicha pretensión de alterar los resultados, y su efectividad en la práctica, es lo que justifica su existencia que, en caso contrario, las convertiría en absurdas, nada tienen que ver con las «primas» pagadas por cada club a sus propios jugadores, asimilables a los «plus de productividad» en el ámbito de la función pública, y mucho menos con la existencia de «patrocinadores» cuya intervención se encuentra relacionada con la publicidad y la imagen del propio patrocinador, que quiere vincular su marca con los valores que el club patrocinado trasmite al público y, en definitiva, a los consumidores.

Recurso 1/5765/20. Se trata del denominado caso Pescanova. La sentencia analiza los hechos concluyendo que se detecta una primera fase, que se integra por la ideación de las formas ilegales de financiación y la creación ficticia de una serie de operaciones comerciales de compraventa; operaciones que traducidas legalmente serían constitutivas de un delito de falsedad en documento mercantil. Una segunda fase, consistente en que una vez puesto en marcha por el departamento de administración de la Sociedad el organigrama de qué sociedades vendían y cuales compraban evitando que se entremezclaran, se inició la propia fase de financiación bancaria a través de líneas de factoring o de pólizas de descuento bancario; lo que dio lugar al surgimiento del segundo delito del que el primero era el medio; es decir, un delito de estafa en el que los engañados por la Sociedad eran los

bancos y el mecanismo del engaño fueron esas facturas, transformadas en remesas de facturas, supuestamente vinculadas a unos inexistentes contratos de compraventa de pescado. Y, la tercera fase, trasladando a las cuentas anuales y otros documentos que debían reflejar la situación jurídica o económica de la Sociedad, una imagen con beneficios y con poca deuda financiera, muy distinta a la real, que se transmitió perfectamente al público en general y a los inversores en particular; y una vez conseguida esa buena imagen irreal, se trataba de captar inversores que les permitiera una situación financiera más relajada que la propia de la financiación bancaria, lo que efectivamente se consiguió.

La Junta analizó las cuestiones suscitadas por los recurrentes y se procedió a apoyar varios de los motivos relacionados con la responsabilidad civil que declara la Sala de instancia. El tribunal entendió que los cuatro delitos cometidos por el núcleo de acusados, presididos por su presidente como máximo responsable de la entidad, coincidían en su quehacer con la finalidad de disimular su mala situación económica para atraer inversores, lo que da lugar a la existencia de un múltiple concurso medial de delitos que se inicia con la falsedad en documento mercantil cometida por particulares del art. 392, en relación con el 390, de forma continuada; continúa con la estafa agravada de los arts. 248 y 250.1.5.ª, igualmente continuada, llega a la falsedad de cuentas anuales y otros documentos, también continuada y, concluye con la denominada estafa de inversores. Pese a lo anterior, ni Bankia –única entidad bancaria personada, que no formuló acusación contra los recurrentes– ni el Ministerio Fiscal, solicitaron su condena al pago de la responsabilidad civil declarada en favor de las demás entidades bancarias, como refleja la sentencia en sus antecedentes; por lo que, en virtud del principio de rogación el Tribunal no debió condenar al pago de la responsabilidad civil, en favor de las mismas.

De igual manera y respecto de los perjuicios causados a los inversores por el falseamiento de información económica y financiera, el Ministerio Público no solicitó su condena al pago de tales responsabilidades civiles, toda vez que existían acusaciones personadas, concurriendo alguna de ellas se limitaron a adherirse a la calificación del Ministerio Fiscal, sin formular petición expresa de condena, con otras que sí lo solicitaron de forma expresa en representación de otros inversores, por lo que al tratarse de la acción civil, ejercitada conjuntamente con la penal (art. 109 CP), que mantiene sus principios rectores de disposición y rogación, no cabe la condena al pago de indemnizaciones a los inversores que no lo pidieron expresamente.

1.2.4 Resoluciones del Tribunal Supremo de interés

1.2.4.1 *Sentencias del Pleno de la Sala Segunda*

La Sala ha dictado un total de 9 sentencias de Pleno:

Sentencia núm. 314/2021 de 15 de abril de 2021, rec. Núm. 1883/2020. Se condena a un padre como cooperador necesario ex art. 28 b) CP por delito del art. 384.2 CP al coadyuvar en la conducta del hijo de ocho años de conducir, éste, un vehículo de motor mientras le grababa. Concurrencia de la cooperación necesaria en el tipo penal del art. 384.2 CP en la conducción sin permiso de conducir. El art. 384 CP tipifica un delito de peligro abstracto, en el que se considera que la mera actividad de conducir sin la autorización administrativa acreditativa de los conocimientos y habilidades para ello supone un riesgo o peligro grave para los bienes jurídicos protegidos (vida e integridad física de las personas y seguridad vial), por lo que dicha conducta, aun cuando no se produzca un resultado lesivo concreto es merecedora de sanción penal. Y los colaboradores necesarios en esta conducción serán responsables penalmente.

La circunstancia de que el menor esté exento de responsabilidad penal no impide que el garante, que debió evitar que sucediera el hecho probado, sea el que permite y ayude a que se perpetre, grabando, además, su comisión conduciendo el vehículo de motor, es decir, habiéndole permitido y ayudado el padre a que conduzca como lo hizo.

Cooperación necesaria del que colabora en que un tercero que no tiene permiso de conducir circule con vehículo de motor concurriendo el elemento subjetivo y objetivo.

Sentencia núm. 315/2021, de: 15 de abril de 2021, rec. Núm. 2014/2020. Aborda la imposibilidad de aplicar la rebaja en el tercio de la pena previsto en el art. 801.2 LECr. a la cuota diaria de la multa del art. 50.4 CP.

Cuando la LECr. fija esta opción del acusado en el juicio rápido, la rebaja en el tercio de la pena se aplica solo a las penas, sin que pueda aplicarse a la cuota de la multa, porque la pena es la multa y no su cuota diaria, que no es más que la manifestación de la ejecución de la pena.

La cuota diaria de la multa tiene como criterio de referencia la capacidad económica del penado ex art. 50.5 CP.

Sentencia núm. 317/2021, de 15 de abril de 2021, rec. Núm. 2195/2020. Relativo a un delito de incendio forestal. La propagación excluye la aplicación del tipo previsto en el artículo 354 CP para pro-

yectarse hacia el tipo básico del 352 CP. Lo que no significa que no existan casos límite en los que no resulte fácil determinar si esa propagación o dispersión del incendio ha llegado o no a producirse. Entre el momento en que el objeto incendiado combustiona autónomamente y aquel en el que puede claramente apreciarse su propagación, pueden surgir una serie de zonas difusas o fases intermedias. La pauta metodológica en esos casos, de cara a descartar la propagación que desplazaría la tipicidad hacia el artículo 352 CP no puede ser otra que la escasa significación del incendio producido.

Sentencia núm. 333/2021, de 22 de abril de 2021, rec. Núm. 1247/2019. Referida a un delito de daños y otro de obstrucción a la justicia. La cuestión versa en dilucidar «si los hechos pueden incardinarse en la acción de dañar que contempla el artículo 263 del Código Penal, o se trata de un mero deslucimiento del bien, actualmente despenalizada tras la reforma de la LO 1/2015, que derogó las faltas y, en concreto, la del artículo 626 que no se puede reubicar en otro precepto del texto punitivo tal y como sostiene la Audiencia Provincial, postulándose por el Ministerio Fiscal la interpretación de considerar el hecho probado típico del delito de daños.

La interpretación según la cual la conducta que en 1995 fue subsumida en la falta del art. 626 CP, no nos lleva, sin más, a la despenalización de la conducta por la desaparición de la figura típica. El deslucimiento de un bien que implique una pérdida de su valor o suponga una necesidad de reparación evaluable económicamente, ha de ser reconducido al delito de daños. La desaparición de la falta no implica la despenalización de la conducta, y así lo expresa la Exposición de Motivos de la reforma de 2015. Estamos en presencia de dos conductas homogéneas, de manera que despenalizada la conducta del art. 626 CP, que constituía un precepto penal especial, al contemplar supuestos en los que el resultado básico solo requería de labores de limpieza, la conducta puede encuadrarse en el delito de daños si resultan perjuicios patrimoniales y será en función de su cuantía la que llevará a la aplicación del delito o del delito leve.

Si cuando estaba vigente el art. 626 CP, la discusión se producía entre el delito de daños y la falta de deslucimiento, ahora la discusión se produce entre el delito y el delito leve y la infracción administrativa del art. 34 de la Ley de Seguridad Ciudadana, que ha de solucionarse de acuerdo a los criterios clásicos de diferenciación de las infracciones penal y administrativa en función de la gravedad de la conducta y del resultado, siendo preciso actuar, en cada caso, criterios de proporcionalidad.

El daño que se declara probado es el resultado de una acción dirigida a su producción. El daño se produce por la destrucción, por el menoscabo y por el deterioro de la cosa cuando la conducta desplegada afecta a la sustancia del bien con tal intensidad que su reparación –pues todo es susceptible de ser reparado–, comporta una lesión al patrimonio ajeno, consistente en el empobrecimiento de un patrimonio ajeno causado por el mal producido. La fachada ha sido objeto de un daño pues el bien afectado ha sufrido un menoscabo de su sustancia en la cantidad en la que se ha tasado la recuperación del bien.

Sentencia núm. 335/2021, de 22 de abril de 2021, rec. Núm. 2191/2020. Se refiere a un delito contra la propiedad intelectual. El cuestionamiento del tipo que se realiza no se refiere a la redacción vigente, y la interpretación de la tipicidad no entra en colisión con precedentes jurisprudenciales de esta Sala, ni existe contradicción con sentencias de otras Audiencias y, aunque el precepto lleva en vigor menos de cinco años, el criterio de interpretación seguido por la sentencia impugnada, el que resulta de su literalidad, no plantea dificultad en su entendimiento. La recurrente explota económicamente unos ordenadores y sus programas informáticos sin la licencia de utilización que permite su explotación comercial. Se trata de una actividad negocial, un locutorio, que posibilita el acceso a Internet a partir de ordenadores que albergan programas informáticos, hardware y software, que requieren de licencias que permitan su utilización, al tratarse de obras documentadas que son creación del espíritu con un contenido original y protegido por el ordenamiento.

El derecho penal no contiene la posibilidad de excluir por razones de oportunidad los hechos de poca significación lo que, en este caso, ni siquiera se podría plantear dada la entidad y trascendencia del bien jurídico tutelado.

Sentencia núm. 340/2021, de 23 de abril de 2021, rec. Núm. 2987/2020. Aborda el delito de sustracción de menores. Sobre la posibilidad de que el progenitor custodio sea sujeto activo del delito, si el otro progenitor también detenta la custodia: … desde la consideración del tenor literal de la propia norma cuando describe la modalidad alternativa de traslado –art. 225.bis.2.1.º, como de su configuración modelada por el Convenio de la Haya de 1980; como en sistemática interpretación dado el bien jurídico tutelado; como en congruencia con los dos precedentes de esta Sala, el Auto de 2 de febrero de 2012 recaído en la cuestión de competencia 20540/2011 (donde se proseguía procedimiento por el traslado del menor contra uno de los progenitores que tenía su custodia por atribución legal) y la STS 870/2015, de 19 de enero de 2016 (donde recaía condena sobre progenitor que

tenía a su favor la custodia compartida del menor), ciertamente, el progenitor custodio, puede resultar sujeto activo del delito. No si la tiene en exclusiva, porque entonces no se quebrantó el derecho de custodia de ningún progenitor.

En el caso concreto, el pronunciamiento es absolutorio, pues en el período que abarcan los hechos, en un primer momento, encauzada judicialmente la crisis familiar (y no acreditado que impidiera visitas del otro progenitor con la menor) y estando a la resolución judicial, no se quebranta el bien jurídico que tutela esta tipicidad; y en el segundo período, cuando se decide judicialmente sobre la custodia del menor es otorgada en exclusiva a la denunciada.

Sentencia núm. 364/2021, de 29 de abril de 2021, rec. Núm. 1015/2020. Condena al abono de las pensiones adeudadas en el delito de abandono de familia del art. 227 CP. Naturaleza de tal pronunciamiento. Prescripción. La responsabilidad civil nacida de delito, aunque se ejercite en un proceso civil (v. gr., porque el perjudicado se la reservó), no pierde su específico régimen, lo que significa, entre otras cosas, que su plazo de prescripción no será de un año, sino de cinco (según la reforma de 2015). En principio, las acciones son lo que son, con independencia del escenario procesal en el que se hagan valer.

El art. 227.3 CP afirma rotundamente, que «*la reparación del daño procedente del delito comportará siempre el pago de las cuantías adeudadas*». El hecho de que la ley se sienta obligada a proclamarlo explícitamente sugiere que, sin tal previsión, la conclusión debería ser otra. Eso no impide que puedan identificarse en ocasiones y acreditarse otros, perjuicios económicos ligados al impago que eventualmente podrían generar una obligación de indemnizar por conceptos diferentes a las pensiones adeudadas.

Esa obligación civil –pago pensiones– impuesta en sentencia (que en rigor puede reclamarse en el mismo proceso de ejecución en familia, aunque exista un proceso penal en trámite) no es responsabilidad civil que nazca de un delito. Se generó antes. Es una obligación nacida de la ley. No se transforma por el hecho de que su incumplimiento haya podido dar lugar a un proceso penal en el que viene a ser exigida. Sigue siendo la misma obligación, con idéntico régimen, y con idéntico obligado, aunque pueda convertirse en objeto accesorio del proceso penal.

Las pensiones que nacieron con una antelación superior a tres años a la fecha de interposición de la denuncia estaban y están civilmente prescritas. La condena al abono de las pensiones solo debe abarcar las posteriores –que son las únicas adeudadas– tal y como había declarado el Juzgado de lo Penal. Habiéndose afirmado la natu-

raleza estrictamente civil de la deuda y su condición de obligación *ex lege* –que no *ex delicto*– no suscita duda la aplicabilidad de la legislación autonómica específica (Ley 29/2002, de 30 de diciembre por la que se aprobó la primera Ley del Código Civil de Cataluña).

Sentencia núm. 355/2021, de 29 de abril de 2021, rec. Núm. 4118/2018. Condena por un delito de Estafa por venta de vivienda. Recurso del Ministerio Fiscal. Concurrencia en algunos casos del artículo 251 con el 250.1 y 2 CP. No se aprecia la existencia de razones consistentes que avalen que la agravación de las estafas que se contempla en el artículo 250.1 y 250.2 CP cedan ante la agravación de los tipos básicos contenida en el artículo 251, en los casos en que sea aplicable, dadas las características de la conducta. Todos los supuestos previstos en el artículo 251 presentan caracteres especiales respecto de los previstos con carácter muy general en el artículo 248. Y lo mismo ocurre con las previsiones del artículo 250, apartados 1 y 2. Puede tenerse en cuenta, como supuesto bien significativo, la atribución de facultades inexistentes sobre inmuebles, por valor defraudatorio superior a 50.000 euros, que están destinados a vivienda habitual del comprador, frente a cualquier otro engaño respecto a los mismos. En este segundo caso, la pena quedaría comprendida entre 4 y 8 años, mientras que en el primero lo sería entre 1 y 4 años.

Por lo tanto, y aunque ello conduzca a la aplicación más restrictiva del tipo básico (artículo 248 y 249) y a la de un primer subtipo agravado respecto del mismo (artículo 251), la correcta protección de los bienes jurídicos afectados por conductas que la norma considera más graves, aconseja considerar que, por aplicación del principio de especialidad, será aplicable en primer lugar el artículo 250.1 y 2 (pena de 4 a 8 años de prisión y multa de 12 a 24 meses), cuando concurran las circunstancias previstas en él, es decir, la 1.ª del artículo 250.1 junto con las previstas en los apartados 4.º, 5.º, 6.º o 7.º del mismo artículo.

En segundo lugar, se aplicará el artículo 250.1 (pena de 1 a 6 años de prisión y multa de 6 a 12 meses) en caso de no concurrir de la forma expuesta las circunstancias antes referidas, pero apreciando la concurrencia de cualquiera de las circunstancias de este artículo 250.1.

En tercer lugar, se aplicará el artículo 251 (pena de 1 a 4 años de prisión) cuando, no siendo aplicables los anteriores preceptos, concurran las circunstancias previstas en el mismo. De la misma forma será aplicable en los casos en que por las características de los hechos no sea aplicable el tipo general de la estafa, por no apreciarse la concurrencia del engaño.

Y, finalmente, en cuarto lugar, serán aplicables los artículos 248 y 249 (pena de 6 meses a 3 años de prisión), cuando no sean aplicables los anteriores preceptos.

De tal manera que la regulación de la estafa vendría constituida por un tipo básico y tres subtipos progresivamente agravados en atención a la gravedad de la conducta y a las necesidades de protección de los bienes jurídicos, de manera que, para resolver el concurso aparente de normas, es aplicable el principio de especialidad. En todo caso, si se reconocieran distintas especialidades sin posibilidad de optar por alguna de ellas de modo preferente, la aplicación del principio de alternatividad conduciría a la misma solución.

En el caso, al tratarse de una operación de compraventa de un inmueble destinado a vivienda habitual del comprador en la que la decisión de la compradora vino determinada por un engaño consistente en la ocultación de una carga por importe de más de 50.000 euros, puede apreciarse la concurrencia aparente del artículo 251.2.º, inciso primero, con el artículo 248, 250.1, 1.ª y 5.ª, según la redacción actualmente vigente, y 250.2, todos del CP, por lo que la pena estaría comprendida entre 4 y 8 años de prisión, además de la multa de 12 a 24 meses, resultando aplicable este último precepto como consecuencia del principio de especialidad (artículo 8.1.º CP), y, subsidiariamente, por aplicación del principio de alternatividad (artículo 8.4.º CP).

Sentencia núm. 396/2021, de 06 de mayo de 2021, rec. Núm. 275/2019. Autos dictados por la Audiencia Provincial en asuntos cuyo enjuiciamiento corresponde al Juzgado de lo Penal: cabe casación solo por infracción de ley si se trata de un auto de sobreseimiento libre (art. 637.2.º y 3.º LECrim) y el procedimiento se ha dirigido contra persona determinada mediante resolución judicial que suponga una imputación fundada (art. 848 LECrim). El recurso de casación es admisible, en cuanto: a) Se dirige contra un auto de sobreseimiento libre del art. 637.2.º LECrim. b) Ha sido adoptado por una Audiencia Provincial conociendo de un recurso de apelación. c) Se canaliza a través del art. 849.1.º LECrim. d) Existe un auto judicial (prosecución) que afirma la existencia de fundamento suficiente para imputar a una persona determinada los hechos objeto de procedimiento (auto de transformación).

Aun cuando no es exigible, pues estamos ante un auto, se aborda materia en que aparece concernido un relevante interés casacional: es un tema controvertido por la fuerza de las razones que acompañan a las posiciones enfrentadas: Uso por la persona que no es titular de una tarjeta que habilita para estacionar a personas con discapacidad.

El Ministerio Público se basa en que quien, simulando estar habilitado para ello, usa una tarjeta auténtica para estacionar un vehículo de motor en una zona de la vía pública reservada, asume la eventualidad de perjudicar a personas discapaces autorizadas para valerse de ese espacio. Al comprobar la ocupación del estacionamiento destinado a ellas, verán comprometida y muchas veces imposibilitada su necesidad de aparcar el vehículo en el que circulan, sufriendo así un incuestionable perjuicio.

Estaremos normalmente ante un peligro hipotético, no real. Cubierto posiblemente por el dolo eventual (salvo que se actúe en la confianza de que eso no sucederá *in casu* porque es muy poco probable dadas las circunstancias temporales y espaciales concretas), pero sin que se perciba como real el perjuicio, como efectivo (y no meramente hipotético), salvo supuestos insólitos (se estaciona adelantándose a otro vehículo que también tiene visible la tarjeta y que avanzaba hacia el hueco que finalmente ocupa la persona no legitimada). No basta el perjuicio hipotético. El perjuicio en que está pensando el art. 393 es un perjuicio real; efectivo. Esa interpretación restrictiva viene exigida por el principio de intervención mínima que invita a no extender desmesuradamente el ámbito de la norma penal o provocar la equiparación de conductas de gravedad muy distinta con afectación del principio de proporcionalidad.

1.2.4.2 *Otras Sentencias dictadas por la totalidad de los Magistrados de la Sala Segunda que no figuran como sentencias del Pleno*

STS núm. 316/2021, de sentencia 15 de abril. Recurso núm. 4643/2019. Señala la Sala que el recurso presenta interés casacional, porque plantea una cuestión sobre la que, aunque no es de nueva incorporación en el Código, no ha sido objeto de tratamiento por la jurisprudencia de esta Sala. Si se han detectado, sin embargo, algunos pronunciamientos contradictorios entre Audiencias Provinciales, lo que reclama pautas unificadoras.

El supuesto se refiere a unos hechos en los que lo que se afirma en el relato probado, es que lo que se intentó sustraer fueron cuatro prendas por valor total de 676 euros, si bien solo se logró la disponibilidad de una de ellas valorada en 149 euros, por lo que, se plantea que no cabe estimar consumado un delito de hurto de más de 400 euros. El recurso fue apoyado por Fiscal a través de una argumentación más precisa, que es a la que atiende la Sala.

Con arreglo a la construcción por la que nos decantamos, refrendamos en su vigencia la tradicional jurisprudencia de esta Sala según la cual, tanto en los supuestos de autoría individual como plural, la acción delictiva alcanza la perfección, aunque no se logre la disponibilidad de la totalidad de los efectos sustraídos. Doctrina que solo modulamos en el sentido de interpretar que, en casos de consumación parcial de un delito de hurto, también aplicable a los de estafa y apropiación indebida, no cabrá entender consumado el delito con arreglo a una calificación más grave, cuando la cuantía de los efectos respecto de los que se ha obtenido la disponibilidad parcial no alcanza la que la misma requiere. Tales supuestos se resolverán a través de las reglas del concurso de normas, entre la infracción más grave en atención al valor conjunto de todos los efectos que se pretendieron sustraer, incluidos los que llegaron a serlo, en grado de tentativa, y la consumada a tenor de la disponibilidad efectiva, a resolver de conformidad con la regla del artículo 8.4 CP. En este caso, entre el tipo previsto en el artículo 234 1 y 3 CP intentado, y el delito leve del artículo 234 2 y 3 CP consumado.

STS núm. 323/2021, de 21 de abril. Recurso núm. 10529/2020 P. Aborda la aplicación de la agravante de disfraz en un supuesto de robo con violencia e intimidación ejecutado en un establecimiento público ocultando el rostro con una mascarilla sanitaria y un gorro.

Con carácter general, la aplicación de la agravante de disfraz, una vez impuesto el uso obligatorio de mascarillas sanitarias para prevenir la difusión y el contagio del COVID-19, exigiría algo más que la simple constatación objetiva de que el autor del hecho se ocultaba el rostro con una mascarilla sanitaria. De lo contrario, estaríamos alentando la idea de que el acatamiento del deber ciudadano de no contribuir al contagio de terceros impondría, siempre y en todo caso, la agravación del hecho ejecutado. Cobra, por tanto, pleno sentido la exigencia histórica de nuestra jurisprudencia –anotada supra que requiere una dimensión subjetiva en la aplicación de la agravante, vinculada al propósito preordenado de hacer imposible o dificultar la identificación del autor.

En el presente caso, la invocación por la defensa del carácter obligatorio del empleo de mascarilla, de suerte que la entrada en un establecimiento público sin hacer uso de ella expusiera a una sanción al recurrente, es tan legítima desde el punto de vista estratégico como rechazable para argumentar la incorrecta aplicación de la agravante de disfraz. Se da la circunstancia de que la dificultad de identificación del acusado se obtuvo mediante el uso combinado de una mascarilla sani-

taria –de uso no obligatorio en aquellas fechas– y un gorro, que provocaron el efecto de ocultar el rostro del recurrente.

El uso obligatorio de la mascarilla se impuso con posterioridad a la fecha de ejecución del hecho (8 de abril de 2020). La Orden SND/422/2020, de 19 de mayo, por la que se regulan las condiciones para el uso obligatorio de mascarilla durante la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, publicada en el BOE de 20 de mayo de 2020, obligó a la utilización de mascarillas. Esa norma reglamentaria entró en vigor el 21 de mayo de 2020 y tuvo una vigencia temporal en los términos indicados en su Disposición Final Segunda. Como derecho de excepción perdió vigencia desde las 00:00 horas del 21 de junio de 2020, al haberse dejado sin efecto la primera declaración de estado de alarma. Con posterioridad se han sucedido distintas regulaciones que, pese a su incuestionable interés jurídico, carecen de proyección práctica para dar respuesta al motivo formalizado por la defensa.

STS núm. 328/2021, de 22 de abril. Recurso núm. 715/2020. Descubrimiento y revelación de secretos, art. 197.1 CP. Empresario que accede al correo electrónico privado del trabajador. Se confirma la condena. El juicio histórico no ofrece dato alguno que respalde la idea de que el trabajador renunció anticipadamente a la inviolabilidad de sus comunicaciones privadas. No concurre legítima defensa ni error de prohibición.

La defensa es consciente de esas dificultades derivadas de la especial naturaleza del recurso de casación como recurso extraordinario que, activado por la vía del art. 849.1 de la LECrim –única admisible en el presente caso–, no tolera un razonamiento en el que el error jurídico de subsunción quiera demostrarse, no a partir de lo que refleja el hecho probado, sino a partir de lo que, a juicio del recurrente, debería haber reflejado. De hecho, no deja de ser llamativo el último intento de la representación legal del recurrente de aportar de forma extemporánea un escrito de alegaciones y un informe pericial que –según se alega– servirían para demostrar la concurrencia de la legítima defensa a que se refiere el art. 20.4 del CP. El rechazo de este complemento probatorio es obligado, en la medida en que el marco casacional repele la valoración de una prueba que, por si fuera poco, se aporta cuando ya ha sido formalizado el recurso.

STS núm. 339/2021, de 23 de abril. Recurso núm. 1665/2019. Se trata de la sentencia del conocido caso como Juana Rivas, en el que se estudia el delito de sustracción de menores del art. 225 bis CP.

Se plantean cuestiones procesales, en concreto, la aplicación del art. 271.2 LEC al proceso penal. Se refiere a un supuesto de presenta-

ción por la acusación particular e incorporada a las actuaciones de una resolución judicial de archivo del Tribunal de Cagliari, de 17 de febrero de 2020, en relación con varias querellas-denuncias interpuestas por la recurrente Juana Rivas contra F. Arcuri, ahora acusación particular. El Ministerio Fiscal, se opuso a su admisión señalando que en la actual regulación del recurso de casación penal solo se admite la aportación de sentencias o relación circunstanciada de las mismas con el escrito de preparación, en los siguientes supuestos:

a) En los recursos de casación para la unificación de doctrina en materia de menores y vigilancia penitenciaria con la finalidad de constatar la contradicción en la interpretación y aplicación de la correspondiente norma jurídica (artículo 42 de la LO 5/2000, reguladora de la responsabilidad penal de los menores introducido por la LO 8/2006, de 4 de diciembre, Disposición Adicional 5.ª de la Ley Orgánica del Poder Judicial introducida por la LO 5/2003, de 27 de mayo y Acuerdo Plenario de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 22 de julio de 2004).

b) En el recurso de casación por infracción de ley del n.º 1.º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal contra las sentencias dictadas en apelación por las Audiencias Provinciales y la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional previsto en el artículo 847 1.º b) de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, introducido por la reforma procesal operada por la Ley 41/2015, de 5 de octubre, a los efectos de acreditar el interés casacional cuando la sentencia recurrida se oponga abiertamente a la doctrina jurisprudencial emanada del Tribunal Supremo o resuelva cuestiones sobre las que exista jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales conforme a la interpretación del acuerdo plenario de la Sala Segunda de 9 de junio de 2016, acorde con los criterios de la Exposición de Motivos de la reforma procesal.

Así como que, si en el escrito de preparación solo se permite solicitar un testimonio de la resolución definitiva y manifestar la clase de recurso que se pretende utilizar (artículo 855 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal), al escrito de interposición del recurso solo se puede acompañar el testimonio de dicha resolución (artículo 874 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal) y es causa de inadmisión del recurso que el documento o documentos designados en el caso del n.º 2.º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal no hubieran figurado en el proceso (artículo 884.6.º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal).

La Sala añade que se ha de precisar que ello no impide que en algún supuesto la norma citada –271.2 LEC– derivada de su estricta

especificidad, pueda tener operatividad, como sería el caso de la existencia de una sentencia de condena que tenga relevancia de cosa juzgada material, que incorporada por esta vía, evite un innecesario recurso de revisión o como podría suceder con el acaecimiento de alguna sentencia del Tribunal Constitucional –cuya publicación no es siempre inmediata–, o alguna sentencia dictada por el TJUE o del TEDH que condicionen la interpretación de la norma aplicable; o incluso al menos en la modalidad casacional clásica cuando la resolución implique un supuesto patente de prejudicialidad que efectivamente condicione el resultado de la casación. Y que la resolución sobre la admisión y alcance en estos supuestos de aportación de las sentencias o resoluciones judiciales o de autoridad administrativa, que por su fecha no pudieron tenerse antes en consideración, indica la norma, que se decidirá, no en el momento de presentación del documento sino, en la misma sentencia. Finalmente indica la Sala que la resolución judicial italiana no deviene potencialmente condicionante o decisiva de ninguna forma, para la interpretación de la norma española, en este concreto caso el art. 225 bis CP, por lo que debe concluirse su inadmisión.

Aborda a continuación la Sala diversas cuestiones sustantivas.

El Ministerio Fiscal apoyó el motivo interesando la revocación de la sentencia de instancia y que se dictase otra por la que se condene a la acusada como autora de un delito de sustracción de menores del artículo 225 bis del Código Penal, a la pena impuesta en la instancia correspondiente a uno sólo de los delitos por los que fue condenada.

La Sala analiza el origen y la configuración del art. 225 bis, a partir del Convenio de La Haya de 1980, la Integración de la Exposición de Motivos de la Ley 9/2002, con los trabajos de su tramitación parlamentaria, y la ubicación sistemática del precepto, llevando a cabo el análisis del bien jurídico tutelado. Y concluye con la inexistencia de concurso cuando en una misma acción los menores objetos de sustracción, son más de uno, destacando que, en definitiva, el art. 225 bis, atiende al interés superior del menor, a través de la sanción del quebranto del derecho de custodia, en aras de disuadir esta conducta con penas severas y lograr en todo caso su retorno con el custodio; pero como informa el Ministerio Fiscal, no atiende a bienes personales del menor, que restan por resolver, sino a que sea encauzada su determinación a través de las vías legales establecidas; protección formal del derecho de custodia por quien efectivamente lo ejerce con un título aparentemente válido, sin exigencia de afectación a bienes personales de los menores, que determina que resulte más convincente cuando de

varios menores afectados por una misma sustracción se trata, su punición como un único delito.

1.2.4.3 *Otras sentencias de interés*

STS 858/2021, de 11 de noviembre. La Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Granada dictó sentencia el 30 de septiembre de 2019 por la que absolvía libremente al acusado de los delitos contra la salud pública cualificado por la especial gravedad, arts. 368, 369 y 370, y de cohecho, delitos de los era acusado por el Ministerio Fiscal.

El Ministerio Fiscal formalizó recurso de casación, articulado por tres motivos, por la vía de los artículos 849. 1.º y 852 LECrim., relacionando este último con el artículo 5. 4.º LOPJ. La Sentencia 858/2021, estimó el recurso, anulando la sentencia, retrotrayendo las actuaciones al momento de la deliberación y redacción.

Sintetizando al máximo los hechos, el Ministerio Fiscal acusaba porque el acusado había convenido con personas, que al celebrarse en juicio se encontraban en paradero desconocido, un plan que constaba de tres desembarcos de droga en la costa granadina. El acusado se encargaría de facilitar que los dos primeros llegasen a buen fin, mientras que el tercer desembarco sería aprehendido por la guardia civil, a fin de justificar las dos anteriores entradas. Se produjeron los dos primeros y «una tercera operación en la que se intervino un total de 3.986 kilogramos de hachís, todos producto de este último desembarco, sin que se produjeran detenciones, ni figurara en el atestado, los nombres de los participantes en el desembarco».

La absolución se justificaba por la ausencia de pesaje de la droga de los dos primeros desembarcos, ausencia que impedía la aplicación del tipo de la especial gravedad, lo que, supondría declarar prescrito el delito no agravado. Por otra parte, se motivaba que la tercera operación de desembarco no sería típica porque su destino no era el tráfico, sino el de ser interceptada por la Guardia Civil. Respecto del delito de cohecho, la convicción absolutoria radica en la falta de credibilidad de las personas que declararon haber realizado las entregas del dinero, 120.000 euros y un coche.

En su dimensión estrictamente jurídica, la sentencia aborda la vulneración de la tutela judicial efectiva. Entre sus consideraciones, destacamos:

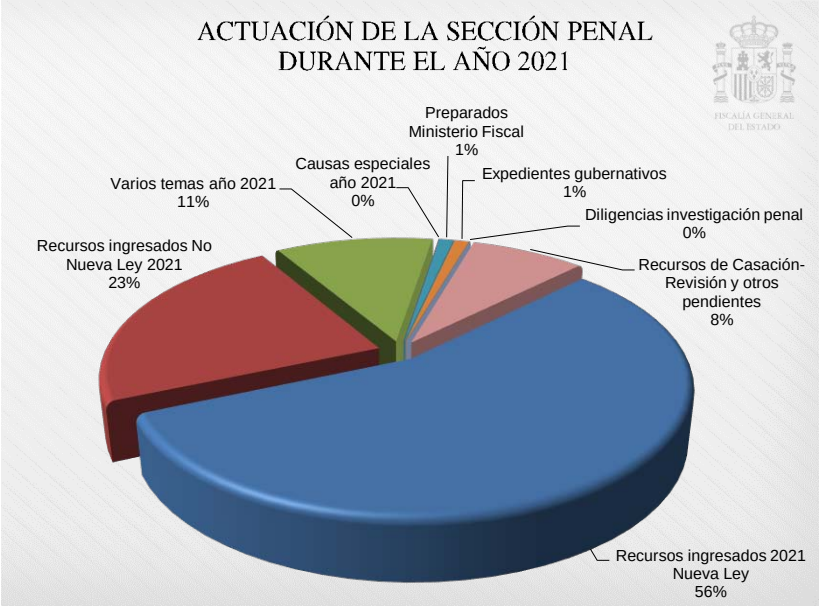
Sin embargo, como denuncian los recurrentes, esa argumentación no resulta lógica. En primer lugar, porque una construcción lógica de

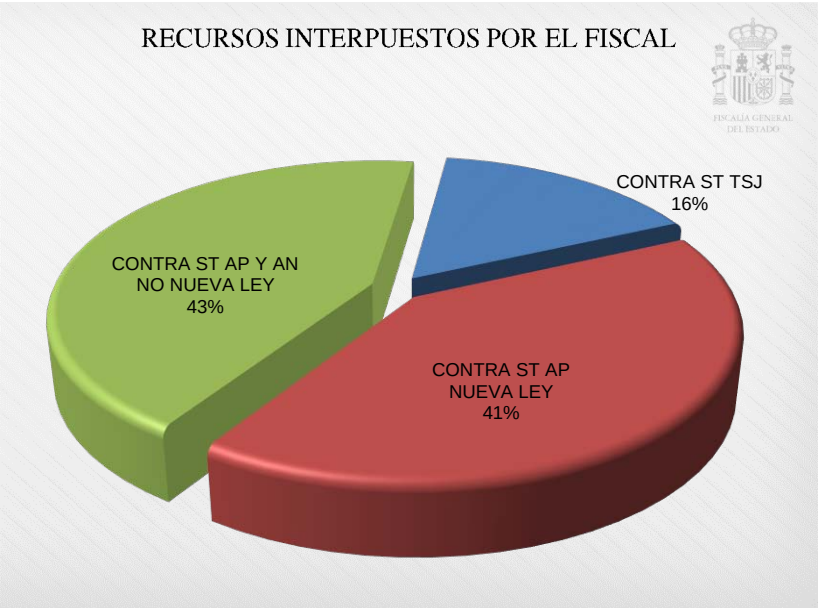
la argumentación nos llevaría a la conclusión de un peso extraordinariamente importante si, como se afirma en la sentencia, la tercera operación, la que es realizada para ser «regalada al Estado», es de 4.000 kilogramos, lo que hace racionalmente suponer que las otras dos, con las que el acusado se concierta dejándoles actuar realizando el transporte, deberían ser de una cantidad sensiblemente superior. Además, esa intervención, enmarcada en un tráfico integrado en tres fases, bien podría ser considerada como acto de favorecimiento de la sustancia no intervenida. Por otra parte, el tipo agravado de la especial gravedad no sólo resulta del peso extremo del objeto del tráfico, también cabe en los supuestos de utilización de embarcaciones, y el relato fáctico refiere el empleo de una embarcación de la que desembarcan y dos «gomas», según relatan los testigos y, además, el acusado era autoridad en la lucha contra el tráfico de drogas y la cantidad era notoriamente importante, sin que sobre esas cualificaciones agravatorias se diga absolutamente nada. Por otra parte, causa cierto sonrojo declarar probado que la tercera entrega de droga, la de los 4.000 kilogramos, era un «regalo» al Estado, del que nunca podría obtener ningún beneficio, tratándose, como antes se dijo, de una conducta enmarcada en una operación de tráfico, por lo tanto, favorecedora de este.

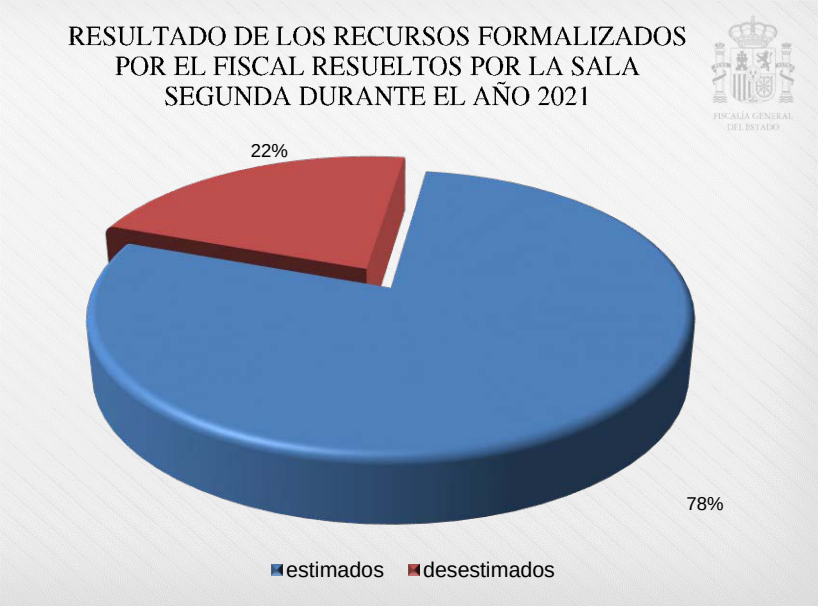
Añade:

Con relación al delito de cohecho, el tribunal de instancia no da respuesta a la concreta acusación de los 120.000 euros que se afirma en el escrito de acusación fueron recibidos por el acusado como pago de la prestación por el segundo de los alijos realizados, que efectivamente se realizó, como afirma el acusado que ocurrió. La sentencia motiva sobre el desembolso de 120.000 de la primera operación, expresando la escasa credibilidad que le merece quien afirmó habérselo entregado, al igual que respecto de un vehículo entregado, pero nada dice de la segunda operación de desembarco que fue objeto de acusación, sin que el tribunal dé respuesta a la pretensión de condena articulada desde la acusación. Tampoco es lógica la conclusión del tribunal sobre la realización de una conducta, inequívoca de colaboración en el tráfico realizada por un funcionario, con una prestación concreta consistente en anular el mecanismo represivo, sin una contraprestación para ese funcionario. Al menos requiere un esfuerzo argumentativo superior al de la falta de credibilidad de quien asume realiza la entrega.

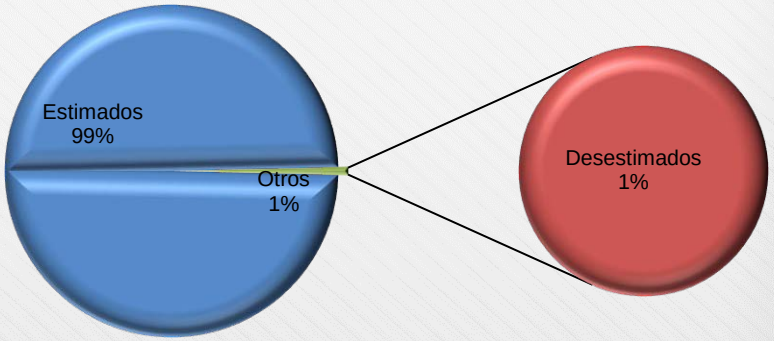
ANEXO GRÁFICO




RECURSOS INTERPUESTOS POR EL FISCAL
CONTRA ST TSJ
16%
CONTRA ST AP NUEVA LEY
41%
CONTRA ST AP Y AN
NO NUEVA LEY
43%


RESULTADO DE LOS RECURSOS FORMALIZADOS
POR EL FISCAL RESUELTOS POR LA SALA
SEGUNDA DURANTE EL AÑO 2021
22%
78%
estimados
desestimados

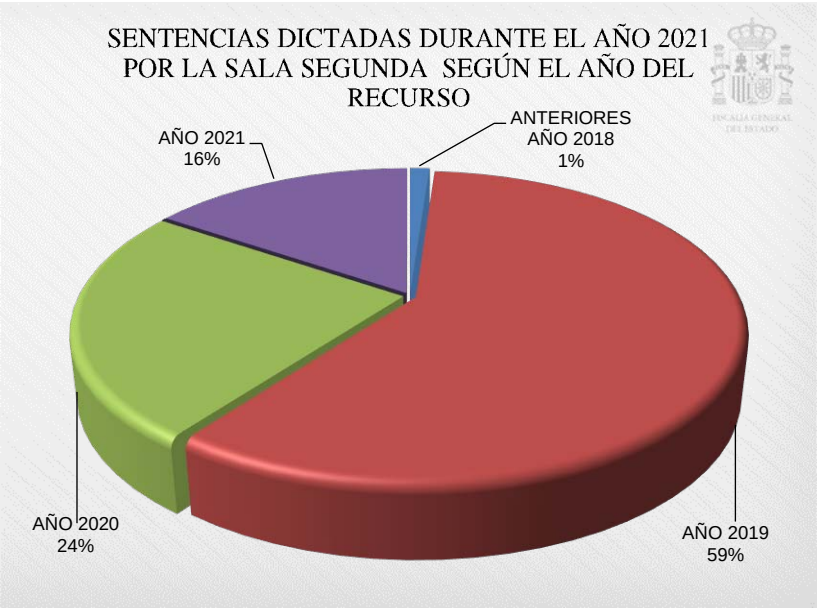
RESULTADOS DE LOS RECURSOS FORMALIZADOS POR LAS PARTES CON APOYO DEL FISCAL RESUELTOS POR LA SALA SEGUNDA DURANTE EL AÑO 2021

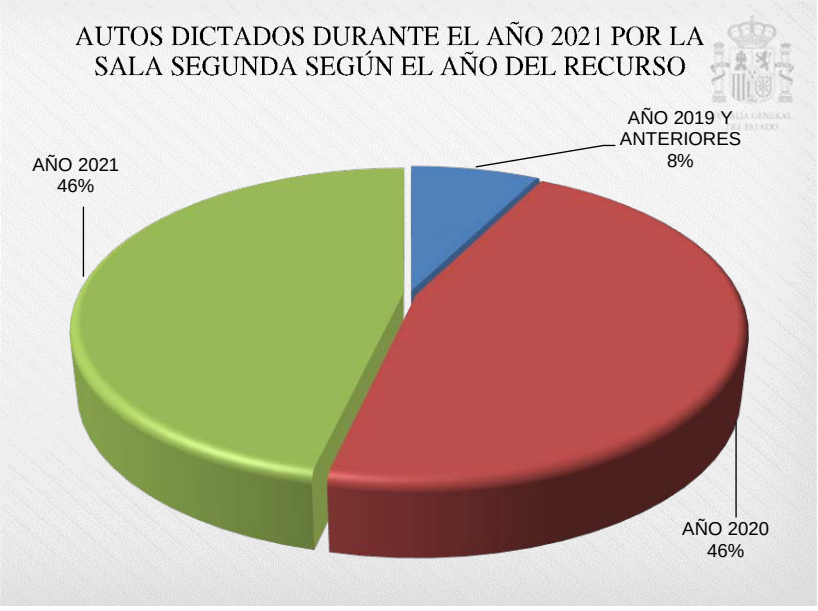


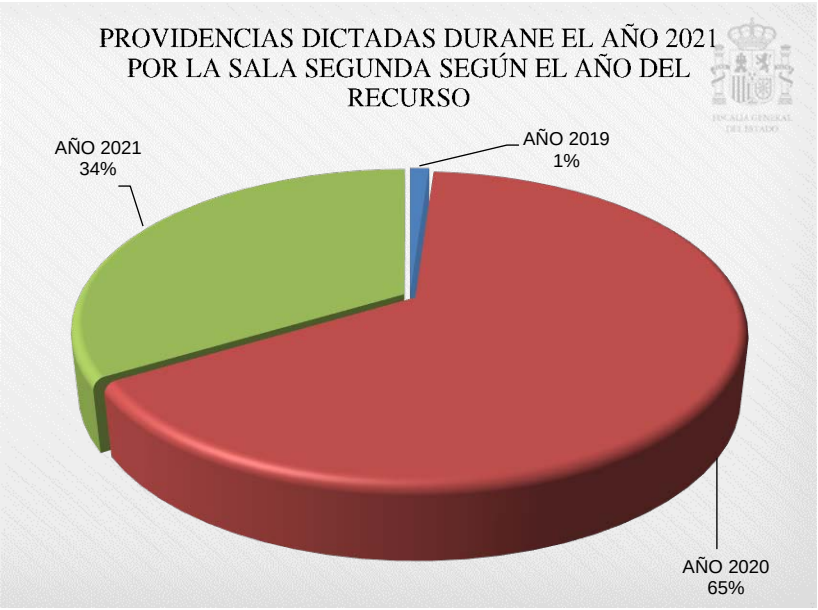
RESULTADO DE LOS RECURSOS INTERPUESTOS POR LAS DEMAS PARTES CON SOLICITUD DE INADMISIÓN Y/O IMPUGNACIÓN DEL FISCAL RESUELTOS POR LA SALA SEGUNDA DURANTE EL AÑO 2021

RESOLUCIONES DICTADAS EN EL AÑO 2021 POR LA SALA SEGUNDA -SENTENCIAS, AUTOS Y PROVIDENCIAS-, AÑOS 2021 Y ANTERIORES
año 2021
45%
anteriores a 2020
55%

RESOLUCIONES DICTADAS POR LA SALA SEGUNDA DURANTE EL AÑO 2021 -SENTENCIAS, AUTOS Y PROVIDENCIAS-, SEGÚN EL AÑO DEL RECURSO
año 2019 y anteriores
11%
año 2021
39%
año 2020
50%


SENTENCIAS DICTADAS DURANTE EL AÑO 2021 POR LA SALA SEGUNDA SEGÚN EL AÑO DEL RECURSO
ANTERIORES AÑO 2018 1%
AÑO 2021 16%
AÑO 2020 24%
AÑO 2019 59%


AUTOS DICTADOS DURANTE EL AÑO 2021 POR LA SALA SEGUNDA SEGÚN EL AÑO DEL RECURSO
AÑO 2019 Y ANTERIORES 8%
AÑO 2021 46%
AÑO 2020 46%


PROVIDENCIAS DICTADAS DURANE EL AÑO 2021 POR LA SALA SEGUNDA SEGÚN EL AÑO DEL RECURSO
AÑO 2021
34%
AÑO 2019
1%
AÑO 2020
65%

1.3 **Sección de lo Contencioso-Administrativo**

1.3.1 Organización y funcionamiento

La Sección de lo Contencioso Administrativo de la Fiscalía del Tribunal Supremo, pese a las misiones de alto relieve que desarrolla, es una unidad de reducidas dimensiones. Su plantilla está integrada por cuatro fiscales, incluido el Fiscal Jefe, y entre el personal de soporte y apoyo a las funciones fiscales se encuentran con destino en la misma, además, una secretaria particular de la jefatura, dos funcionarias del Cuerpo de Gestión Procesal y Administrativa, dos funcionarias del Cuerpo de Tramitación Procesal y Administrativa y un miembro de personal laboral con funciones propias del Cuerpo de Auxilio Judicial. Si en las Memorias anteriores quedaba constancia de la estabilidad de los efectivos personales que integraban la Sección, el año 2021 ha traído cambios tanto en la plantilla de fiscales como en la del personal de soporte y apoyo a la función fiscal.

El anterior Fiscal Jefe de la Sección, el Excmo. Sr. D. Pedro Crespo Barquero fue nombrado Fiscal Jefe de la Fiscalía ante el Tribunal Constitucional mediante Real Decreto 345/2021, de 18 de mayo. Su efectivo relevo no se produjo hasta el 13 de septiembre de 2021 cuando tomó posesión del cargo el Excmo. Sr. D. Jesús José Tirado Estrada, promovido y nombrado al efecto por Real Decreto 719/2021, de 3 de agosto. Por consiguiente, durante un periodo de casi cuatro meses la Sección desarrolló su trabajo dirigida en funciones por el fiscal con más antigüedad en la misma, el Ilmo. Sr. D. Pedro Campoy y Rebollo, quien, junto con los Ilmos. Sres. D. Ricardo Francisco González Cerrón y D. Manuel Campos Sánchez asumieron la ejecución de un intenso trabajo, especialmente exigido a raíz de las modificaciones legales introducidas en la Ley 29/1998, de 13 de julio, *reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa* por la Ley 3/2020, de 18 de septiembre, *de medidas procesales y organizativas para hacer frente al COVID-19 en el ámbito de la Administración de Justicia*, y el Real Decreto-ley 8/2021, de 4 de mayo, *por el que se adoptan medidas urgentes en el orden sanitario, social y jurisdiccional, a aplicar tras la finalización de la vigencia del estado de alarma declarado por el Real Decreto 926/2020, de 25 de octubre, por el que se declara el estado de alarma para contener la propagación de infecciones causadas por el SARS-CoV-2*. Sin perjuicio de una ampliación posterior sobre la incidencia de tales reformas en el incremento cuantitativo y cualitativo de la actividad de la Sección a lo largo de todo el año 2021, debe subrayarse en este ejercicio la dedicación y entrega de

dichos Ilmos. Sres. Fiscales, quienes, a su gran experiencia, dominio y larga trayectoria en la materia, suman vocación e ilusión en la cumplimentación de sus cometidos, concretando un desempeño cotidiano caracterizado por el compromiso, el rigor, el interés, el esfuerzo y el estudio técnico.

En lo que se refiere al personal que ha prestado soporte y apoyo a la función fiscal, en el mes de noviembre, tras varios periodos de baja desde el 16 de junio al 10 de septiembre de 2021, se produjo la jubilación anticipada de D.ª Begoña Valbuena Rodríguez, funcionaria del Cuerpo de Tramitación Procesal y Administrativa, lo que generó que en diciembre su vacante fuera objeto de provisión por parte de D.ª Nuria Enseñat García, funcionaria del mismo cuerpo. La vacante producida en mayo por la marcha de la secretaria particular del anterior fiscal jefe, no fue cubierta hasta el 28 de diciembre de 2021 con la llegada de D.ª Aurora Gago Gómez, funcionaria del Cuerpo de Tramitación Procesal y Administrativa.

En cuanto al actual funcionamiento de la Sección es claramente tributario de la magnífica y sobresaliente gestión a su frente llevada a cabo desde 2013 por parte del Excmo. Sr. D. Pedro Crespo Barquero, cuya calidad jurídica, profesional e institucional son sobradamente conocidas. Es destacable la pormenorizada normativización interna de la actividad a desplegar a través de detalladas notas de servicio, instrucciones y comunicaciones dirigidas a los fiscales y al personal de gestión, tramitación y auxilio de la propia Sección. En especial, las Notas de Servicio vigentes –emitidas al amparo de lo dispuesto en el art. 22.5.a) del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal– permiten advertir la seguridad y excelencia brindadas mediante el establecimiento de reglas claras y precisas en distribución y reparto de trabajo, tramitación, emisión de dictámenes, celebración de juntas, turnos de permanencia y hasta estandarización, racionalización y optimización de tareas, métodos y procesos de trabajo. Especial consideración merece, a efectos de funcionamiento interno de la Sección, la Nota de Servicio 2/2017, que en su momento derogó las previas Notas de Servicio 1/2014, 1/2015, 3/2015, 1/2016, 2/2016, y 1/2017, y solo ha necesitado de revisión posterior por Notas de Servicio 1/2018 y 1/2019 en algunos aspectos parciales. Los frutos obtenidos de dicha normativización es buena muestra el que durante el último cuatrimestre de 2021, únicamente hayan sido necesarios leves y puntuales ajustes de adaptación a las nuevas circunstancias y necesidades que han venido surgiendo como consecuencia natural de las exigencias derivadas de la evolución de la Sección ante los diferentes retos planteados por los cambios normativos y las novedosas operativas que será necesario aso-

ciar al inminente manejo de nuevos aportes tecnológicos en clave de justicia digital. Ya se han iniciado los trabajos preparatorios con el Tribunal Supremo y el Ministerio de Justicia, con la indispensable ayuda de la Unidad de Apoyo, para lograr el más adecuado, moderno y eficiente proceder operacional en materia de comunicaciones, así como de recepción y presentación de escritos y documentación mediante el empleo de sistemas, recursos e instrumentos telemáticos, lo que requiere de una certera acomodación de aplicaciones informáticas y un intenso trabajo de formación de los fiscales miembros de la plantilla y del personal de asistencia a la función fiscal.

1.3.2 Actividad de la sección

La Sección de lo Contencioso-Administrativo de la Fiscalía del Tribunal Supremo emitió a lo largo de 2021 el siguiente número de dictámenes clasificados por su naturaleza:

1. Recursos de casación	443
1.1 Derechos fundamentales	410
1.1.1 Personaciones	256
1.1.2 Admisión-Inadmisión	52
1.1.3 Oposición	52
1.1.4 Asistencia a vista	–
1.1.5 Interposición	4
1.1.6 Dictamen	10
1.1.7 Tasación de costas	8
1.1.8 Recurso de reposición	3
1.1.9 Otros	25
1.2. Procedimiento Ordinario	33
1.2.1 Personación	16
1.2.2 Admisión – Inadmisión	–
1.2.3 Oposición	–
1.2.4 Alegaciones	6
1.2.5 Queja	–
1.2.6 Interposición	1
1.2.7 Otros	10
1.3 Tribunal de Cuentas	9
1.3.1 Personación	5
1.3.2 Admisión-inadmisión	–

1.3.3 Nulidad	1
1.3.4 Otros	3
2. Recurso contencioso-administrativo	124
2.1 Derechos fundamentales	54
2.1.1 Alegaciones	29
2.1.2 Conclusiones	7
2.1.3 Nulidad	2
2.1.4 Recursos de reposición	6
2.1.5 Otros	10
2.2 Procedimiento ordinario	70
2.2.1 Personación	3
2.2.2 Alegaciones	29
2.2.3 Conclusiones	9
2.2.4 Interposición	1
2.2.5 Otros	28
3. Cuestión de inconstitucionalidad	4
4. Cuestiones prejudiciales TJUE	1
5. Nulidad de actuaciones	7
6. Jurisdicción y Competencia	70
6.1 Dictamen exposición razonada	33
6.2 Conflicto de competencia	5
6.3 Cuestión de competencia	31
6.4 Conflictos de Jurisdicción	1
7. Asistencia jurídica gratuita	29
8. Recusaciones	2
9. Errores judiciales	38
9.1 Alegaciones	25
9.2 Nulidad	3
9.3 Otros	10
10. Recursos de revisión	33
10.1 Dictámenes	22
10.2 Nulidad	2
10.3 Otros	9
11. Diligencias preprocesales	–
12. Varios	19
– Totales	766
– Proc. Derechos fundamentales	464
– Resto de intervenciones en procesos judiciales	283

– Diligencias preprocesales	–
– Varios	19

La anterior relación permite apreciar un exponencial crecimiento de las intervenciones respecto de ejercicios anteriores. Sólo en recursos de casación, los dictámenes emitidos por la Sección han pasado de ser 143 en 2020 a 443 en 2021, esto es, se han incrementado en un 209,79%, destacando especialmente las cifras en los Procedimientos Especiales de Derechos Fundamentales que de 119 en 2020 han llegado a ser de 410 en el año 2021, lo que supone un aumento secuencial del 244,54%. También han subido significativamente las actuaciones fiscales en los Procedimientos Ordinarios en un 106,25%, así como en procedimientos de reclamación de errores judiciales (80,95%), recursos de revisión de sentencia firme (50%), jurisdicción y competencia (48,93%) y expedientes de asistencia jurídica gratuita (93,33%). Por el contrario, el único descenso relevante se ha producido –y en términos mucho más moderados– en los recursos contencioso administrativos directos, es decir, aquellos que la Sala Tercera del Tribunal Supremo tramita y enjuicia en única instancia, que han pasado de ser 152 en 2020 a 124 en 2021 (18,42%), permaneciendo cifras muy similares en nulidad de actuaciones.

En términos globales el incremento medio del volumen de la actividad de la Sección, en lo que a sus estrictos cometidos se refiere, ha supuesto un global del 69,84%, con una especial dedicación a los procedimientos que versan sobre derechos fundamentales que suman un total de 464, incluyendo los dictámenes emitidos tanto en sede de recursos de casación como directos, lo que comporta un aumento del 128,57%, mientras que en el resto de los procedimientos a cargo de la Sección las intervenciones han subido en un 26,90%.

La aproximación diacrónica al volumen de la actividad desarrollada durante los últimos cinco años refleja claramente el espectacular aumento de los dictámenes emitidos:

	2016	2017	2018	2019	2020	2021	Incremento solo 2020-2021
Total	495	461	479	406	451	766	+ 69,84%
Derechos fundamentales	145	199	220	189	203	464	+ 128,57%
Resto proced. Judiciales	348	252	247	198	223	283	+ 26,90%
Diligencias preprocesales	2	4	1	2	–	–	–
Varios	–	6	11	17	25	19	–24%

Si se toma en consideración que ya en el año anterior se registraron aumentos significativos, la suma adicional conduce a la necesidad de reforzar la actual plantilla con nuevos recursos personales, dado que se ha venido asumiendo el incremento de la carga laboral sin haberse ampliado la actual plantilla de Fiscales.

1.3.3 Incidencia de la pandemia COVID-19 y jurisprudencia relacionada de la Sala Tercera del Tribunal Supremo

Aunque el aumento del volumen de la actividad de la Sección no ha venido solo determinado por la problemática jurídica conflictual surgida de la gestión normativa y judicial de la pandemia por COVID-19, no cabe duda que la incidencia de la misma ha tenido una relevancia notable en el ejercicio 2021 y así es de esperar que se mantenga en los próximos años.

La fuerte litigiosidad relacionada con la pandemia COVID-19 y las modificaciones legales introducidas en la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa por la *Ley 3/2020, de 18 de septiembre, de medidas procesales y organizativas para hacer frente al COVID-19 en el ámbito de la Administración de Justicia*, y el *Real Decreto-ley 8/2021, de 4 de mayo, por el que se adoptan medidas urgentes en el orden sanitario, social y jurisdiccional, a aplicar tras la finalización de la vigencia del estado de alarma declarado por el Real Decreto 926/2020, de 25 de octubre, por el que se declara el estado de alarma para contener la propagación de infecciones causadas por el SARS-CoV-2*, han generado un impacto sin precedentes en la actividad del orden contencioso administrativo. Por un lado, el muy notable incremento de trabajo y una particular exigencia de dedicación urgente a tenor de los breves plazos concedidos para cumplimentar traslados apremiantes y perentorios, y por otro, por el planteamiento de cuestiones inéditas de complejidad constitucional y técnico-jurídica de hondo calado.

De especial interés resulta subrayar que en 2021 la Sala Tercera del Tribunal Supremo ha elaborado, a partir de la iniciativa e intervención de la Sección de lo Contencioso-Administrativo de la Fiscalía, una consolidada jurisprudencia en relación con la autorización judicial de medidas sanitarias que inciden o limitan derechos fundamentales estimadas como urgentes y necesarias por las Administraciones que las proponían. Doce han sido las sentencias dictadas a lo largo de este ejercicio y, de ellas, ocho denegaron las medidas sanitarias restrictivas de derechos fundamentales postuladas y solo cuatro (tres de

ellas referidas al llamado pasaporte COVID, autorizaron su entrada en vigor). Por su trascendencia en cuanto a la adopción de medidas sanitarias con destinatarios no identificados individualmente conviene reflejar sintéticamente sus pronunciamientos más significativos.

La STS 719/2021, de 24 de mayo, ya estableció unos primeros parámetros sobre la exigencia de previa autorización/ratificación judicial como *conditio sine qua non* previa de la eficacia de las medidas, la peculiaridad del procedimiento y el alcance de la ratificación, el cometido del Tribunal Supremo en los recursos de casación del art. 87 ter LJCA, el marco constitucional y legislativo aplicable, así como el contenido del control judicial a verificar sobre las medidas proyectadas por la Administración.

No obstante, especial relevancia presentó la STS 788/2021, de 3 de junio, dictada en un recurso de casación interpuesto por el Ministerio Fiscal en relación con medidas de limitación de libertad de circulación en horario nocturno (art.19 CE) y de un número máximo de personas en las reuniones familiares y sociales (art. 21 CE). En el recurso de casación, la Fiscalía suscitó dos cuestiones de interés casacional objetivo. La primera fue si la restricción de derechos fundamentales impuesta por medidas sanitarias en la lucha contra la pandemia solo podía hacerse al amparo del estado de alarma; y la segunda, para el caso de que la respuesta a la anterior fuese negativa, si la legislación ordinaria –incluido el art. 3 de la Ley Orgánica 3/1986– daba cobertura o fundamento normativo suficiente para imponer restricciones de derechos fundamentales de personas distintas de los enfermos y de su entorno inmediato, de manera que puedan afectar a toda la colectividad. En el FD 6 de la Sentencia, respondiendo a la primera cuestión, se señaló que de la STS n.º 719/2021 ya se desprendía que la restricción de derechos fundamentales en el marco de la lucha contra la pandemia del COVID-19 no exige siempre y necesariamente la cobertura del estado de alarma, puesto que, al menos en ciertos supuestos, la legislación sanitaria proporciona fundamento normativo suficiente. La restricción o limitación de derechos fundamentales, por necesidades sanitarias o por cualquier otra causa, está prevista y regulada en la Constitución Española con alcance general. La restricción de derechos fundamentales –y más aún su suspensión– en los estados previstos en los arts. 55 y 116 de la Constitución no deja de ser, afortunadamente, algo excepcional. El medio normal para aprobar normas que impliquen la restricción o limitación de un derecho fundamental se encuentra en los arts. 53 y 81 del texto constitucional: dicho medio es la previsión por ley que, en todo caso, debe respetar el contenido esencial del derecho fundamental restringido y, por ello mismo, superar el jui-

cio de proporcionalidad; y es la ley orgánica cuando la restricción prevista suponga desarrollo de alguno de los derechos proclamados en la Sección 1.ª del Capítulo II del Título I. En el FD 7.º, contestando a la segunda cuestión (idoneidad de la vigente legislación sanitaria para dar cobertura o fundamento normativo a tales restricciones), se declaró que el carácter escueto y genérico del art. 3 LO 3/1986, relativo a medidas extraordinarias por alerta sanitaria, no priva de idoneidad para dar cobertura a medidas restrictivas de derechos fundamentales tan intensas como las aquí consideradas (toque de queda y limitación de número máximo de personas en reuniones), pudiéndose utilizar como fundamento normativo siempre que la justificación sustantiva de las medidas sanitarias, a la vista de las circunstancias específicas del caso, esté a la altura de la intensidad y la extensión de la restricción de derechos fundamentales de que se trate y, ni que decir tiene que, cuando se está en presencia de restricciones tan severas y extensas por generalizadas como la prohibición de salir del propio domicilio durante determinadas horas del día o de reunirse con más de seis personas, la justificación pasa por acreditar que tales medidas son indispensables para salvaguardar la salud pública. No bastan meras consideraciones de conveniencia, prudencia o precaución.

La STS 792/2021, de 3 de junio, relativa al confinamiento perimetral de un municipio, reiteró sobre el art. 3 LO 3/1986 que este precepto, que no permite adoptar medidas en cualquier circunstancia, sí lo autoriza en aquellas situaciones de enfermedades de carácter transmisible de la gravedad y necesidad que se desprende del enunciado del precepto. Se trata, dice la sentencia, de una precisión objetiva que identifica el contexto en el que ha de situarse el «control de los enfermos», el de las «personas que estén o hayan estado en contacto con los mismos» y el «del medio ambiente inmediato» a que alude ese artículo. Por eso, «*según se cuenten los enfermos y quienes han tenido contacto con ellos en unidades, decenas, centenas o millares y el lugar o lugares en que se encuentren, el ámbito subjetivo y espacial de aplicación del precepto se irá extendiendo correlativamente, pero sin que pueda llegar más allá del mismo y convertirse en general*». Sin embargo, también se precisó que la clave está en la justificación ofrecida por la Administración para considerar necesaria la medida, cuya suficiencia debía ser examinada por la Sala a la que se pide ratificación y que ni el art. 3 LO 3/1986, ni el art. 26 Ley 14/1986, ni el art. 54 Ley 33/2011 son cláusulas en blanco que apoderen a la autoridad sanitaria para cualquier cosa en cualquier momento.

La STS 794/2021, de 3 de junio, reafirmó la falta de competencia de la Sala 3.ª del Tribunal Supremo para conocer de las impugnacio-

nes contra los Reales Decretos de declaración y prórroga del Estado de Alarma (ya descartada en los AATS de 5-11-20; 4 y 19-5-2020) y la legitimación exclusiva en este tipo de procedimientos –como ya indicó la STS 719/2021– del MF, la Administración autora del acto y en su caso el Abogado del Estado (si las medidas proceden de declaración de actuaciones coordinadas en materia de salud, aprobada por el Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud), una vez que nada había establecido la LJCA sobre la hipotética legitimación de ciudadanos afectados individualmente por la restricción colectiva que implican los artículos 10.8 y 11.1.i) LJCA, a diferencia de lo que sucede con el recurso de apelación ex art. 80.d) LJCA, contra los autos del art. 8.6. LJCA en que las restricciones están individualizadas.

La STS 875/2021, de 17 de junio, resume en su FD 4.º la jurisprudencia anterior en una serie de puntos que se repetirán en sentencias posteriores (entre otras, la STS 1104/2021, de 19 de agosto), y en contra del criterio de la Sala del Tribunal Superior de Justicia interviniente, que había considerado que fuera del estado de alarma no cabe una limitación de derechos fundamentales como el confinamiento, señaló que si, como consecuencia de la evolución favorable de la crisis sanitaria, ya no es preciso adoptar las medidas extraordinarias propias del estado de alarma, las autoridades sanitarias autonómicas retoman el ejercicio de las potestades en la materia que le son propias, si bien es carga de la Administración justificar y razonar también la necesidad del confinamiento, su idoneidad y proporcionalidad respecto del fin perseguido así como la inexistencia de otras medidas alternativas.

La STS 920/2021, de 24 de junio, únicamente se pronunció en favor de la aplicación de las reglas generales sobre representación y actuación procesal de las Administraciones en lo referente a la presentación de las solicitudes de ratificación de medidas restrictivas de derechos fundamentales a adoptar con arreglo a la legislación sanitaria y consideradas urgentes y necesarias para la salud pública.

La STS 1079/2021, de 21 de julio, autorizó el confinamiento perimetral de un municipio que la Sala del Tribunal Superior de Justicia interviniente había denegado al apreciar una palmaria falta de motivación en relación con la intensidad de la medida pretendida a la vista del «brevísimo informe» presentado por la Administración. A su juicio no había cumplido con la carga que le correspondía, ni había explicado la necesidad del confinamiento ni indicado si cabían otras formas de reducir los contagios menos agresivas. Además se entendió que la orden pretendida era contraria al Derecho de la Unión Europea, concretamente al Reglamento (UE) 2021/953, del Parlamento Euro-

peo y del Consejo, de 14 de junio de 2021, en la medida en que hacía tabla rasa de todos los ciudadanos sin tener en cuenta a aquellos que ya están inmunizados, siendo que los considerandos del Reglamento recogen que las personas vacunadas «parecen tener un riesgo reducido de infectar a otras» y que las restricciones que sean necesarias «podrían no aplicarse, en particular, a las personas vacunadas». Frente a ello, el Tribunal Supremo expresó (i) que la carga que pesa sobre la Administración no le obliga a presentar informes prolijos, ni se traduce en la exigencia de que se extiendan a lo largo de un número determinado de páginas y podían responder al mismo patrón; y (ii) que el Reglamento no impide la ratificación de la orden y no determina su suerte (no es contraria al mismo) puesto que su objeto principal es establecer un marco para la expedición, verificación y aceptación de certificados COVID-19 para facilitar la libre circulación de sus titulares durante la pandemia y contribuir a la supresión gradual de las restricciones establecidas por los Estados miembros (finalidad ésta que no se agota en facilitar la libertad de circulación en sentido estricto, ya que estos documentos pueden ser requeridos para fines conexos, tal como está sucediendo) y expresamente su art. 11 salva la competencia de los Estados miembros para establecer restricciones por salud pública y acepta, incluso, que se impongan también a los titulares de los certificados en las condiciones que indica.

La STS 1103/2021, de 18 de agosto, ratificando el criterio de la Sala del Tribunal Superior de Justicia interviniente, no autorizó la exigencia del llamado certificado COVID-19, que calificó como restricción al derecho fundamental a la intimidad 18.1 CE con incidencia en el principio de no discriminación del art. 14 CE, con fundamento en que (i) la medida se postula para el conjunto del territorio de Andalucía, de forma general, aplicable a toda la población y municipios andaluces con independencia de la tasa de incidencia y sin vinculación a su situación sanitaria y a su evolución; y (ii) el informe sanitario sobre situación epidemiológica no incorporaba una explicación suficiente sobre la necesidad de adoptarla, ni un juicio comparativo con otras eventuales opciones menos limitativas de dichos derechos que permita concluir que la finalidad de evitar los contagios y de control de la pandemia sólo pudiera alcanzarse con la medida analizada por no existir otros medios adecuados y menos invasivos para la obtención del fin perseguido, ni motivaba las razones por las que se circunscribía la exigencia documental o a través de pruebas exclusivamente a los locales de ocio con música, y no a otros establecimientos similares o con semejante problemática, ni se aportaban razones apropiadas relativas a la falta de previsión de la duración de la medida que se contempla de

forma indefinida y permanente, siendo insuficiente la mera referencia genérica de que se supedita a la posterior forma en que evolucione la pandemia, quedando abierta la vigencia de la medida.

La STS 1104/2021, de 19 de agosto –dictada en relación con práctica de pruebas diagnósticas de antígenos y de infección activa (PDIA) para ingresados, reingresados, trasladados temporalmente o en estancia temporal y trabajadores en residencias de mayores y centros residenciales de personas con discapacidad grave, menores y otros–. En este caso denegó las medidas al no suministrarse los elementos adecuados indispensables que permitan valorar si la limitación pretendida es acorde con el principio de proporcionalidad al no figurar datos concretos, precisos y detallados sobre las residencias y la incidencia singular en las mismas. Subrayó la Sala 3.ª que la corrección y ratificación de las medidas no puede basarse en el principio de precaución o de prevención. Aunque el componente precautorio subyace en toda medida sanitaria, el art. 3 LOSP 3/86 no confiere habilitación para la adopción de medidas bajo cualquier circunstancia, ya que tal precepto fija un ámbito subjetivo, sin que pueda llegar más allá del mismo y convertirse en general, y no bastan meras consideraciones de conveniencia, prudencia o precaución.

La STS 1110/2021, de 13 de septiembre, también emitida a raíz de un recurso de casación interpuesto por el Ministerio Fiscal en relación con una medida relativa a la fijación de un número máximo de personas en reuniones privadas –que afectaba a los derechos de intimidad personal y familiar, reconocido en el artículo 18.1 CE. y de reunión del art. 21 CE–. La Sala apreció la proporcionalidad y autorizó las medidas en atención al espacio territorial al que afectaba y a su duración, valorando la notoriedad de los contagios en espacios privados por la relajación de otras medidas y poniendo de relieve que carecería de lógica decir que en el espacio público no puede haber reuniones de más de cuatro personas no convivientes y, sin embargo, ello sea posible en el espacio privado con el riesgo de trasmisión que representa dicho espacio si se produce una elevada asistencia de personas y una relajación de las medidas en un entorno de confianza. Además, la Sala afirma también que la medida de limitación a cuatro personas tiene como fin reducir la tasa de ataque secundaria, es decir, la probabilidad de generar casos secundarios entre los asistentes a dicha reunión, tanto por reducirse la probabilidad de que hubiera un caso primario entre ellos, como el número de personas expuestas al mismo.

La STS 1112/2021, de 14 de septiembre, que versó sobre el pasaporte COVID-19, no compartió la tesis de la Administración recurrente que consideraba que no procedía solicitar la autorización o

ratificación judicial, toda vez que su mera exhibición para entrar en algunos establecimientos no guardaba relación, ni suponía afectación alguna, de los derechos fundamentales. De hecho precisó que sí los afectaba y requería autorización/ratificación judicial recalcando que esta únicamente puede obviarse cuando la falta de restricción o limitación de los derechos fundamentales es manifiesta, evidente, ostensible, indiscutible y palmaria. En concreto el Tribunal Supremo señala (i) que en el caso del derecho a la igualdad (art. 14 CE), la afectación o limitación puede sostenerse en la medida que unos ciudadanos se ven privados del acceso al interior de determinados establecimientos por no disponer o no querer exhibir la documentación requerida, ni someterse a ninguna prueba, es decir, por no acreditar haber sido vacunado, haberse realizado las pruebas exigidas, o por no constar que se ha recuperado de la enfermedad, debiendo repararse, a estos efectos, en que la vacunación es voluntaria y que por razones médicas puede haber personas que no pueden ser vacunadas; (ii) que el derecho a la intimidad (art. 18.1 CE), por su parte, puede resultar concernido, y restringido, en la medida que se considere que la exhibición de dicha documentación está poniendo de manifiesto datos de carácter íntimo, sobre la salud, que se refieren a ese reducto personal y familiar que protege el derecho a la intimidad, aunque únicamente se refiera a poner de manifiesto si ha sido vacunado o no, o se ha pasado la enfermedad; y (iii) que por lo que se refiere al derecho a la protección de datos (art. 18.4 CE) que efectivamente protege no solo los datos íntimos, sino cualquier información relativa a la persona, también podría verse concernido, si entendiéramos que la circunstancia de haberse vacunado, o no, fuera un dato personal, que aunque no pertenezca a la esfera íntima de la persona, sí es un dato relativo a su privacidad, que está especialmente protegido cuando es objeto de tratamiento. No obstante, esta sentencia concluye que la limitación o restricción sobre derechos fundamentales que comporta es tenue, adecuada y acorde con las exigencias derivadas de la protección a la salud. La exhibición del pasaporte COVID para la entrada en el interior de determinados establecimientos en los que se produce una gran afluencia de personas, tales como los de ocio nocturno, resulta adecuada y acorde con las exigencias derivadas de protección de la salud, porque se refiere a locales donde la entrada es voluntaria y donde no se realizan actividades esenciales, a los que se tenga la obligación de acudir. No vulnera el derecho a la igualdad pues no se produce discriminación entre aquellos que están vacunados y los que no lo están ya que la documentación reviste una triple modalidad, que resulta asequible a todos, de modo que quien no quiere mostrar si ha sido o no vacunado,

teniendo en cuenta el carácter voluntario de la misma, puede presentar el resultado de la prueba PDIA o el test de antígenos, y desde luego el certificado de recuperación de la COVID-19 si ha pasado la infección. En todo caso, concurre una justificación objetiva y razonable para permitir o no el acceso al correspondiente establecimiento, según se haya cumplido tal exigencia, pues se trata de la protección de la salud y la vida de las personas, mediante una medida que evita o restringe la propagación de la pandemia. Teniendo en cuenta que tales diferencias de trato para ser discriminatorias deben carecer de esa justificación objetiva y razonable, de acuerdo con criterios jurídicos atendibles no lo son al basarse en razones que resultan jurídicamente relevantes, como es el caso cuando las situaciones comparables no resultan homogéneas por sus graves efectos respecto de la salvaguarda del derecho a la vida, a la integridad física y a la protección de la salud. Tampoco vulnera el derecho a la intimidad pues no puede ser prevalente ante la protección de la salud pública, toda vez que la información sobre si se ha recibido la vacuna o no, en momentos en los que se atraviesa una pandemia, es una pieza básica y esencial para impedir la propagación de la infección por el SARS-CoV-2 y, por tanto, de la preservación de la vida y la salud de todos. Y es cierto que se trata de una información médica, pero las connotaciones que impone la situación de pandemia, el carácter masivo de la vacunación y la solidaridad que comporta la protección y ayuda entre todos, devalúa la preeminencia de la intimidad en este caso. No parece coherente que el derecho a la intimidad deba ceder frente a bienes jurídicamente protegidos como las investigaciones de la inspección tributaria (STC 110/1984, de 26 de noviembre), o la investigación de la paternidad (STC 7/1994, de 17 de enero), y sin embargo haya de resultar preferente y prevalente frente a circunstancias tan graves y desoladoras para la vida y la salud pública como las que acarrea la COVID-19. No se obliga a proporcionar datos médicos contenidos solo en las historias clínicas, siendo que el art. 16.3 Ley 41/2002 permite el acceso de Administraciones sanitarias en caso de necesidad por riesgo o peligro grave para la salud de la población. No vulnera el derecho fundamental a la protección de datos pues no se aprecia limitación alguna, cuando lo que se establece, para entrar en el interior de un determinado establecimiento, es la mera exhibición, esto es, enseñar o mostrar la documentación en cualquiera de las tres modalidades exigidas, sin que, desde luego, puedan recogerse los datos de los asistentes a tales locales, ni pueda elaborarse un fichero, ni hacer un tratamiento informático al respecto. Y aun reconociendo una posible mayor incidencia sobre el derecho a la libre circulación de las personas, la sentencia subraya,

por un lado, que lo contempla el Reglamento (UE) 2021/953, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de junio de 2021, relativo a un marco para la expedición, verificación y aceptación de certificados COVID-19 interoperables de vacunación, de prueba diagnóstica y de recuperación (certificado COVID digital de la UE) a fin de facilitar la libre circulación durante la pandemia COVID-19, en el que se indica que resulta conforme con el Derecho de la Unión que los Estados miembros puedan limitar el derecho fundamental a la libre circulación por motivos de salud pública; y por otro, que la misma medida la establecen otros países de la Unión Europea incluso con mayor amplitud. A diferencia del caso en la STS 1103/2021, de 18 de agosto, en que la medida que se contemplaba de forma indefinida y permanente y afectaba al «conjunto del territorio de Andalucía, de forma general, aplicable a toda la población y municipios andaluces con independencia de la tasa de incidencia y sin vinculación a su situación sanitaria y a su evolución», en este caso la exigencia de pasaporte COVID se considera debidamente justificada como adecuada, necesaria y proporcionada en sentido estricto, en la medida en que reviste carácter temporal y no se postula para su implantación de forma indiscriminada en todo el territorio de una Comunidad Autónoma, haciéndose tabla rasa de la diferente incidencia de la pandemia sobre las diferentes zonas del territorio (en la orden propuesta se establece una suerte de mapa que gradúa la incidencia de la pandemia en cada lugar, fijándose al efecto diversos niveles de restricción, según la gravedad de la incidencia de la COVID-19 en los diferentes municipios; y en cada uno de los cuatro niveles de restricción previstos: máximo, alto, medio y bajo, se incluyen y relacionan, según el anexo de la orden, los diferentes municipios que se encuentran en cada nivel).

La STS 1412/2021, de 14 de septiembre, también referida a la exhibición de pasaporte COVID-19, viene a reiterar la doctrina jurisprudencial de la STS 1112/202, de 14 de septiembre.

En cualquier caso, en el escenario pandémico generado por la COVID-19, si bien el alto grado de incertidumbre inicial puesto de manifiesto en su momento en la Memoria de la Fiscalía General del Estado correspondiente al ejercicio 2020 ha sido suplido en parte por esta jurisprudencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo (así como por los pronunciamientos de las distintas Salas de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, los Tribunales Superiores de Justicia de las Comunidades Autónomas y los Juzgados de lo Contencioso Administrativo en los diversos tipos de procedimientos contencioso-administrativos involucrados, en especial, los tramitados en relación con la autorización judicial de medidas

sanitarias en virtud de lo establecido en los arts. 8.6, 10.8, 11.i y 122 quater de la Ley 29/1998, de 13 de julio, *reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa*), lo cierto es que cabe coincidir con la apreciación del Tribunal Supremo de que el art. 3 de la LO 3/1986, de 14 de abril, de *Medidas Especiales en Materia de Salud Pública, «pensado para brotes infecciosos aislados*, resulta «innegablemente escueto y genérico» y que «las dificultades jurídicas serían mucho menores, tanto para la Administración sanitaria como para las Salas de lo Contencioso-Administrativo, si existiera una regulación suficientemente articulada de las condiciones y límites en que cabe restringir o limitar derechos fundamentales en emergencias y catástrofes como la actual» (por todas, STS 788/2021, de 3 de junio, FD 7.º), por más que interpretado en conexión con los arts. 26 Ley 14/1986 y 54 Ley 33/2011, aquel precepto venga sirviendo de fundamento legal para dar cobertura a medidas restrictivas de derechos fundamentales.

Por demás, una completa referencia a la respuesta jurisdiccional existente sobre la pandemia requiere hacer mención a la incidencia de la doctrina constitucional de las SSTC 148/2021, de 14 de julio, y 183/2021, de 27 de octubre, en los recursos contencioso-administrativos de derechos fundamentales u ordinarios entablados por particulares y asociaciones contra las medidas adoptadas bajo el paraguas de los estados de alarma establecidos mediante el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo (arts. 7, 9, 10 y 11), por el que se declaró el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19 y el Real Decreto 926/2020, de 25 de octubre, por el que se declaró el estado de alarma para contener la propagación de infecciones causadas por el SARS-CoV-2.

La STC 148/2021, de 14 de julio, estimó parcialmente el recurso de inconstitucionalidad interpuesto contra el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declaró el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, determinando en particular la nulidad parcial de los preceptos restrictivos de libertad de circulación del art. 19 CE (art. 7, apartados 1, 3 y 5) y habilitantes de que el ministro de Sanidad pudiese variar (ampliar o modificar) las medidas de contención en establecimientos y actividades económicas (art. 10, apartado 6, en la redacción resultante del artículo único, apartado 2, del Real Decreto 465/2020, de 17 de marzo).

La STC 183/2021, de 27 de octubre, también estimó parcialmente el recurso de inconstitucionalidad interpuesto contra (i) el Real Decreto 926/2020, de 25 de octubre, por el que se declaró el estado de alarma para contener la propagación de infecciones causadas por el SARS-CoV-2; (ii) la Resolución de 29 de octubre de 2020, del Con-

greso de los Diputados, por la que se ordena la publicación del acuerdo de autorización de la prórroga del estado de alarma declarado por el citado real decreto, y (iii) el art. 2, la disposición transitoria única y la disposición final primera (apartados uno, dos y tres) del Real Decreto 956/2020, de 3 de noviembre, por el que se prorrogó el estado de alarma declarado por el Real Decreto 926/2020 [1].

Pues bien, ambas sentencias –aunque con particular intensidad la segunda– han tenido una repercusión inmediata en los múltiples procedimientos ordinarios, de derechos fundamentales y recursos de casación entablados en relación con las medidas adoptadas en su momento por las correspondientes autoridades bajo la habilitación de los Reales Decretos reseñados. La propia Sala abrió un trámite para que el Ministerio Fiscal se pronunciase sobre la incidencia de las resoluciones de la jurisdicción constitucional y con ocasión de dicho traslado se informó en el sentido de que, constitucionalmente tachada la correspondiente habilitación legal y en el segundo caso, especialmente reprochada la delegación realizada en favor de los Presidentes de las Comunidades Autónomas, las disposiciones dictadas en virtud de las mismas debían ser declaradas nulas, estimando total o parcialmente,

[1] En virtud de esta STC 183/2021 se declararon inconstitucionales y nulos los preceptos relativos a la designación de autoridades competentes delegadas y atribución de potestades tanto de restricción de las libertades de circulación y reunión en espacios públicos, privados y de culto, como de flexibilización de las limitaciones establecidas en el decreto de declaración del estado de alarma; así como la extensión temporal de su prórroga y el régimen de rendición de cuentas establecido para su vigencia (en concreto se declararon inconstitucionales los siguientes preceptos o incisos de preceptos: A) Del Real Decreto 926/2020, de 25 de octubre, por el que el Gobierno declaró el estado de alarma para contener la propagación de infecciones causadas por el SARS-CoV-2: a) los apartados 2 y 3 del art. 2; b) el apartado 2 del art. 5; c) el inciso «delegada que corresponda» del apartado 2 del art. 6; d) el apartado 2 del art. 7; e) el inciso «delegada correspondiente» del art. 8; f) los apartados 1 (salvo el inciso inicial de su párrafo segundo) y 2 (salvo su párrafo primero) del art. 9; el art. 10; h) el art. 11. B) Del acuerdo del Pleno del Congreso de los Diputados de 29 de octubre de 2020, por el que se autorizó la prórroga del estado de alarma declarado por el Real Decreto 926/2020, de 25 de octubre: a) el apartado segundo; b) el apartado cuarto, en cuanto dio nueva redacción a los arts. 9 (salvo en lo relativo al inciso primero de su párrafo segundo), 10 y 14 del Real Decreto 926/2020. Respecto a los dos primeros párrafos de este último precepto, la declaración de inconstitucionalidad afecta exclusivamente a los incisos «cada dos meses» (párrafo primero) y «con periodicidad mensual» (párrafo segundo); c) el apartado quinto. C) Del Real Decreto 956/2020, de 3 de noviembre, por el que se prorrogó, en virtud del anterior Acuerdo parlamentario, el estado de alarma declarado por el Real Decreto 926/2020, de 25 de octubre: a) el inciso primero del art. 2: «La prórroga establecida en este real decreto se extenderá desde las 00:00 horas del día 9 de noviembre de 2020 hasta las 00:00 del día 9 de mayo de 2021»; b) la disposición transitoria única; c) los apartados uno y dos de la disposición final primera, en cuanto dieron nueva redacción a los arts. 9 y 10 del Real Decreto 926/2020. Se exceptúa de esta declaración el inciso primero del párrafo segundo del art. 9; d) el apartado tres de la disposición final primera, en cuanto dio nueva redacción al art. 14 del Real Decreto 926/2020. Respecto de los dos primeros párrafos de este art. 14, la declaración de inconstitucionalidad afecta exclusivamente a los incisos «cada dos meses» (párrafo primero) y «con periodicidad mensual» (párrafo segundo).

según los casos, los recursos interpuestos, criterio que ya ha sido acogido por la Sala Tercera del Tribunal Supremo tanto en su Sentencia núm. 60/2022, de 25 de enero, que estima el recurso contencioso-administrativo núm. 25/2021 interpuesto por el procedimiento especial de derechos fundamentales contra el Decreto 2/2021, de 24 de enero, del Presidente de la Generalidad Valenciana por el que se limita la permanencia de grupos de personas en espacios públicos y privados, se prorroga la medida de restricción de la entrada y la salida de personas del territorio de la Comunidad Valenciana y se limita, durante los fines de semana y los días festivos, la entrada y la salida de los municipios y grupos de municipios con población superior a 50.000 habitantes; como en su Sentencia núm. 126/2022, de 3 de febrero, que estima el recurso contencioso administrativo núm. 19/2021 tramitado por vía de Procedimiento Ordinario contra el Acuerdo 3/2021, de 15 de enero, del Presidente de la Junta de Castilla y León, por el que se adoptan medidas como autoridad competente delegada, para la aplicación del Real Decreto 926/2020, de 25 de octubre, por el que se declara el estado de alarma para contener la propagación de infecciones causadas por el SARS-CoV-2, en el que se adoptaban una serie de limitaciones a la permanencia de personas en lugares de culto (no superación de un tercio del aforo, con un límite máximo de 25 personas).

1.3.4 Otros asuntos de interés

Pese a resultar de especial trascendencia, no ha sido la conflictividad provocada por la pandemia por COVID-19 la única que ha generado asuntos merecedores de especial comentario. En el espacio necesariamente limitado de un apartado como el presente, es digno de destacarse, por su complejidad jurídica, la actividad desplegada en relación con los procesos selectivos convocados por el Servicio de Salud de Castilla-La Mancha (SESCAM). El origen del actual estado de los recursos asumidos en la Sección se encuentra en que la Sentencia de 2 de enero de 2014, dictada por la Sala Tercera del Tribunal Supremo, en el recurso de casación núm. 195/2012, anuló la base 6.2.1 de los procesos selectivos convocados por el SESCAM por Resolución de 5 de octubre de 2009. La ejecución que el SESCAM realizó de dicha sentencia y de otras posteriores dictadas por la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla La Mancha, en relación a la nulidad en la citada base, se sustentó en el criterio de que si la suma de las notas de la oposición y del concurso determinaba que el recurrente había obtenido una nota final superior a

la del último opositor aprobado, era nombrado personal estatutario fijo de la categoría que procediera. Así las cosas, la situación cambió con la revisión de oficio universal para todas las categorías y grupos de los referidos procesos selectivos, lo que se llevó a cabo por la Dirección General de Recursos Humanos del SESCAM, culminando con la Resolución de 9 de octubre de 2019, de la que resultó una nueva nota final diferente y superior a la del proceso selectivo concluido y recurrido, que pasó de 50,37 puntos a 61,58 puntos, lo que se pretendió aplicar a todos los recurrentes pendientes de sentencia, e incluso a los numerosos recurrentes que obtuvieron sentencias favorables. Ante el criterio mantenido por el Tribunal Superior de Justicia de Castilla la Mancha, en los muy numerosos recursos de casación preparados, la Sección de Admisión de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, precisó –en sus autos de admisión de los correspondientes recursos de casación formulados– que las cuestiones en que se entiende que existe interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia son, primero: «Si resulta conforme a los principios de igualdad, mérito y capacidad, la revisión general acordada por la Administración, en virtud de la anulación de una base de la convocatoria de un proceso selectivo, que da lugar al reconocimiento del derecho a ser incluidos en la lista de aprobados, a los aspirantes que superen la nota que resulta de ese proceso de revisión y con respeto a los que en la lista inicial habían superado el proceso»; y segundo: «Como consecuencia de lo anterior, cuando se trata de adjudicar una plaza al aspirante en un proceso selectivo, tras obtener por vía de revisión de actos nulos la posibilidad de superar la fase de oposición y pasar a la fase de méritos, cuál debe ser la nota de referencia que hay que tener en cuenta, si la del último aprobado en su día o la nueva nota que resulta del proceso de revisión, de acuerdo con el número máximo de plazas convocadas y sin perjuicio de terceros de buena fe. Identificándose como normas jurídicas que, en principio, han de ser objeto de interpretación, las contenidas en los artículos 23.2, 14 y 103.3 CE». Pues bien, la anterior situación determinó la interposición de un elevadísimo número de recursos de casación, ante la Sala Tercera del Tribunal Supremo, habiendo tenido entrada, durante 2021, un total de 232 asuntos, seguidos por el trámite del procedimiento especial de derechos fundamentales, en los que el Ministerio Fiscal ha formulado escrito de personación y escrito de alegaciones en los 25 asuntos en los que se ha admitido el recurso de casación. La posición seguida por esta Sección de lo Contencioso Administrativo de la Fiscalía del Tribunal Supremo pasa por sostener que, sin objetar la revisión de oficio llevada a cabo por la administración en el ejercicio de sus potestades y facultades administrativas

en 2018, se pudo y debió adoptar el criterio seguido en la ejecución de las sentencias anteriores a esa fecha, no estando justificado ni razonado el cambio, ya que la revisión de oficio no ha garantizado la igualdad una vez que en el mismo proceso selectivo la administración procedió a cambiar su criterio en función de que se trate de la ejecución de una resolución judicial, o de su propia revisión de oficio general, reevaluando a todos los opositores y confeccionando una nueva lista de aprobados y de aspirantes que han obtenido plaza, y ello con la consecuencia perversa de que de no haberse llevado a efecto la revisión general, los recurrentes no incluidos en el listado de 2011 habrían sido incluidos en la lista de aprobados y obtenido la plaza, derecho que le niega la sentencia impugnada precisamente con motivo de la revisión de oficio. Así mismo se entiende que, salvaguardados los derechos de los aspirantes de buena fe incluidos en la relación de aprobados de 2011, acreditados los méritos y capacidades de los recurrentes, el cambio de criterio de la administración materializado en su revisión de oficio vulnera los principios de igualdad, mérito y capacidad, pues no impone necesariamente la revaluación de todos los opositores, sino la de los opositores que obtuvieron al menos 25 puntos. En suma, la revisión de oficio no impone necesariamente por exigencia de tales principios el otorgamiento del aprobado y plaza con relación a la nota revisada, toda vez, que la nota que garantiza esos principios es precisamente la nota del último opositor aprobado e incluido en la relación de 14 de marzo de 2011, por lo que se ha propugnado que se fije como doctrina de la Excma. Sala Tercera del Tribunal Supremo, que *«La revisión de oficio de un proceso selectivo llevada a cabo por la administración con motivo de la nulidad de una de las bases de la convocatoria, se produzca con motivo de la ejecución de una sentencia o se lleve a efecto por la propia administración en el ejercicio de su potestad de revisión de oficio, no puede ni debe afectar a la seguridad jurídica del proceso, ni justificar un trato diferente a cuantos opositores hubieran participado en el mismo»*. A la fecha de elaboración de la presente Memoria, la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo, ha dictado y notificado en la Sección de lo Contencioso Administrativo de la Fiscalía del Tribunal Supremo, un total de 9 resoluciones, y en todas ellas, desde las primeras Sentencias, núm. 1636/2020, de 1 de diciembre de 2020 (rec. casación núm. 3857/2019) y núm. 1282/2021, de 29 de octubre de 2021. (rec. casación núm. 4697) se ha seguido el criterio mantenido por el Ministerio Fiscal.

1.4 **Sección de lo Social**

1.4.1 Estadística correspondiente al año 2021

Entradas de asuntos	
Unificación de doctrina	4.089
Casaciones	261
Eres	42
Ertes	27
Revisiones	21
Error judicial	18
Asuntos vueltos	262
Art. 42 LOPJ.	1
Art. 61 LOPJ.	2
Justicia gratuita	3
Preparados	15
Queja	1
Cuestión de Competencia	11
Impugnación acuerdo Administrativo	1
Total	4.753
Por dictámenes	
Inadmisiones	3.506
Admisiones	13
Improcedentes	379
Procedentes	326
Nulidad.	14
No nulidad	33
Desestimación	260
Estimación	84
Otros.	138
Total	4.753

Comparando la estadística de la Fiscalía de 2021 con la de 2020 puede observarse que ha aumentado la entrada de asuntos en más de un 12%, pasando de 4.207 asuntos a 4.753.

Este aumento se prevé sea solo el comienzo de una escalada de asuntos que entrarán en la Fiscalía en los próximos años, cuando la Sala IV vuelva a contar con su íntegra plantilla, existiendo tres vacantes sin cubrir, vacantes que pueden aumentar con la jubilación de otros dos magistrados en el tercer trimestre de 2022; así puede inferirse del

número de asuntos pendientes al comienzo de 2021 (7.210) y los que quedaron sin resolver al finalizar 2021 (7.522).

Por otra parte, debe destacarse que la Fiscalía del Supremo ha formalizado cuatro recursos de unificación de doctrina al amparo del art. 219.3 LRJS.

Tres de ellos tienen como objeto determinar si el titular de una familia monoparental tiene derecho a disfrutar sucesivamente de las dos suspensiones de contrato previstas en el art. 48.4 ET para cada progenitor y de las prestaciones económicas correspondientes.

El otro recurso formalizado tiene como objeto determinar si la Nota interpretativa del Ministerio de Industria sobre las actividades esenciales no incluidas en el RDL 10/2020 constituye un soporte jurídico suficiente para amparar la conducta de una empresa de reanudar la actividad productiva a partir del 2 de abril 2020, y, por tanto, de suspender el permiso retribuido regulado en dicho RDL.

También debe hacerse mención a que se ha preparado, pero no han sido todavía formalizados varios recursos de casación unificadora que tienen por objeto determinar si de la STJUE de 12 de diciembre de 2019 (C-450/18) se deriva que se debe reconocer la titularidad del derecho a un complemento de su pensión por su aportación demográfica no solo a todas las mujeres que hayan tenido hijos/as biológicos/as o adoptados/as, conforme disponía el art. 60 LGSS en la redacción anterior al RDL 3/2021, sino que dicho complemento debe reconocérsele también a los progenitores varones pensionistas, cuando ya el complemento ha sido previamente reconocido a la progenitora, dando lugar con ello a una duplicidad en la prestación de la Seguridad Social. Este tema está dando lugar a múltiples reclamaciones judiciales como se menciona en Memorias de las Fiscalías que, por el momento, no han llegado al Tribunal Supremo.

1.4.2 Coordinación con Fiscalía Especialistas ante la jurisdicción social

Tampoco este año se han podido celebrar las Jornadas de Especialistas, dadas las dificultades existentes para que se pudieran celebrar de forma presencial, por lo que la única relación ha sido a través de la remisión, como en años anteriores, de las sentencias dictadas por la Sala IV del Tribunal Supremo, y los autos dictados por las Salas Especiales del art. 38 y art. 42 de la LOPJ que pudieran ser de interés para la resolución de las cuestiones que se les puedan plantear en la materia social.

1.4.3 Sentencias de especial trascendencia

Sin duda alguna la sentencia más relevante ha sido la dictada el 28 de junio de 2021 (RUD 3263/2019) como consecuencia de la dictada por el TJUE el día 3 del mismo mes (C-726/19), que precisa y rectifica la doctrina previa en el sentido de que aun cuando el contrato de interinidad por vacante haya cumplido los requisitos del RD 2720/1998, una situación en la que el empleado público haya sido contratado hasta que se provea la plaza de forma definitiva, en un plazo injustificadamente largo, ocupando el mismo puesto de trabajo de modo ininterrumpido durante varios años y haya desempeñado de forma constante y continuada las mismas funciones, cuando el mantenimiento de la plaza vacante se debe al incumplimiento por parte del empleador de su obligación legal de organizar un proceso selectivo al objeto de proveer definitivamente dicha plaza, ha de ser considerada la situación como fraudulenta y, en consecuencia, procede considerar que el personal interino que ocupaba la plaza debe ser reconocido como indefinido no fijo.

Esta doctrina ha sido a partir de esa fecha ratificada en innumerables ocasiones y el propio legislador la ha tenido en cuenta en la Ley 20/2021 de 28 de diciembre de medidas urgentes para la reducción de la temporalidad en el empleo público.

Otras sentencias que merecen ser destacadas son:

1. La dictada el 25 de noviembre 2021 (RUD 2337/2020), también en el ámbito de las Administraciones Públicas, es la que declara que la superación de un proceso de selección para una contratación temporal, no supone que, si el contrato temporal resulta fraudulento, el trabajador adquiera la condición de fijo.
2. La STS de 1 de junio de 2021 (RC 29/2019) de impugnación de los Estatutos del Sindicato Organización de Trabajadoras Sexuales (OTRAS), que desestimó la pretensión de nulidad de los Estatutos. Como cuestión previa se declara que no es objeto del procedimiento determinar la naturaleza jurídica de la relación existente entre las trabajadoras sexuales y sus empleadores, ni la calificación del trabajo en sí misma desde el punto de vista moral y de la dignidad humana, ni tampoco de género. La cuestión litigiosa se centra en el ámbito funcional de los Estatutos, y según su articulado cuarto –«*trabajo sexual en todas sus vertientes*»– ha de entenderse aquel que se presta por cuenta ajena y dentro del ámbito de dirección y organización de otra persona, física o jurídica, denominada empleador en que existe laboralidad, sin que tenga cabida la prostitución teniendo las incluidas en

el ámbito de aplicación de los Estatutos del derecho fundamental a la libertad sindical, siendo trasladables las mismas conclusiones respecto de las asociaciones de quienes desarrollen trabajos de índole sexual por cuenta propia.

3. Entre las múltiples sentencias dictadas en relación con la excepcional situación sanitaria provocada por la COVID-19, pueden reseñarse: a) las dictadas en relación con la impugnación empresarial de la resolución administrativa que denegaba la existencia de fuerza mayor en el ERTE solicitado y que fueron desestimadas (sentencia de 22 de septiembre, RC 75/21, de 15 de diciembre, en RC 179/21); b) las dictadas sobre la posibilidad –que se admite– de llevar a cabo ERTES por fuerza mayor en el marco de la contratación pública en aquellas actividades que fueron cerradas durante el estado de alarma (sentencia de 25 de enero, RUD 125/2020 de 16 de diciembre, RC 209/21; c) las dictadas en procedimientos de tutela de derechos fundamentales y prevención de riesgos, que confirman la existencia de vulneración de los derechos a la salud, la vida y la integridad física, cuando no se han evaluado los riesgos por la COVID-19 de los puestos de trabajo y por tareas específicas en los centros hospitalarios (STS de 17 de febrero, RC 129/20) y cuando no se han suministrado equipos de protección a los efectivos de la Ertzaintza (STS de 18 de febrero, RC 105/20), pero se niega que la empresa esté obligada a realizar test rápidos o PCR a los trabajadores de un transporte sanitario (STS de 20 de mayo, RC 130/20).

4. En cuanto a las sentencias que analizan la cuestión debatida dándole una perspectiva de género, merece citarse la dictada el 23 de junio (RC 161/19) declarando contraria a derecho la práctica empresarial de no abonar los pluses de idiomas y nocturnidad y los complementos por festivos y domingos a los trabajadores y trabajadoras que disfrutan de alguno de los permisos retribuidos reconocidos en el art. 28 del Convenio de Contact-Center, al suponer una discriminación indirecta por razón de sexo.

1.5 **Fiscalía Togada de lo Militar**

1.5.1 Introducción

La presente Memoria de la Fiscalía Togada, correspondiente al año 2021, se redacta en cumplimiento de lo que previene el artículo 9 de la Ley 50/1981, de 30 diciembre, por la que se regula el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal (en adelante EOMF), así como en el artículo 95, apartado 6.°, de la Ley Orgánica 4/1987, de 15 de julio, de Competencia y Organización de la Jurisdicción Militar (en adelante LOCOJM), que prevé igualmente la elaboración de un «Informe General» para su elevación al Fiscal General del Estado y posteriormente al Ministro de Defensa.

El contenido y formato de la Memoria procura, en lo posible, dar cumplimiento a las previsiones de la Instrucción 1/2014, de 21 de enero, dada por la Fiscalía General del Estado, y a su complementario oficio de fecha 17 de diciembre de 2021, con las necesarias acomodaciones al ámbito, estructura y especialidades de esta Fiscalía, así como de las que de ella dependen, esto es, de las Fiscalías Jurídico Militares tanto la del Tribunal Militar Central (TMC en lo sucesivo) como las de cada una de los cinco Tribunales Militares Territoriales (en adelante TMT's).

En la estructura de la presente Memoria se procurará igualmente adaptar su contenido y orden a la que eleva al Gobierno la Excma. Sra. Fiscal General del Estado, a la cual va a ser incorporada.

1.5.2 Incidencias en materia de personal y aspectos organizativos

1. En la plantilla de la Fiscalía Togada se produjo la baja de uno de los fiscales, el Coronel Auditor D. Antonio Pulido Ortega, por ascenso a General Auditor producido en fecha 3 de junio de 2021. Su puesto fue ocupado por la Coronel Auditor D.ª María Eugenia Ruiz Hernández, que causó alta el día 21 de septiembre de 2021.

2. Por su parte, en las Fiscalías Jurídico Militares que a continuación se relacionan, la plantilla ha sufrido las siguientes variaciones:

2.1 En la Fiscalía del TMC, causó baja un fiscal, el Teniente Coronel Auditor D. Carlos María Balmori Abella, que pasó a la situación de excedencia voluntaria el día 7 de julio de 2021, cuyo puesto fue ocupado por la Comandante Auditor D.ª María de los Ángeles Rivera Fernández, que causó alta en fecha 14 de diciembre de 2021.

Por lo que se refiere a personal civil, con fecha 13 de abril de 2021 tomó posesión el funcionario D. Fernando Pérez Sierra. Queda pendiente de cubrir una vacante de personal laboral, sin que por el momento se prevea su cobertura, lo que ha llevado al Fiscal Jefe a proponer, como solución alternativa, la modificación de la vacante de personal civil por vacante de personal militar de tropa o marinería.

2.2 En la Fiscalía del TMT 1.º (Madrid) cesó la Coronel Auditor D.ª Inmaculada Benavente Cózar en fecha 23 de marzo de 2021, que ocupaba puesto de fiscal en comisión de servicios, al ser destinada al Tribunal Militar Territorial Segundo. Su puesto fue ocupado por el Comandante Auditor D. Abraham Martínez Alcañiz, que tomó posesión como fiscal en fecha 14 de junio de 2021.

Por lo que respecta al personal civil auxiliar se han producido tres bajas y un alta. En fecha 20 de enero de 2021 cesó el funcionario D. Fernando Pérez Sierra, al haber finalizado la comisión de servicio que desempeñaba y no haberse publicado el concurso de méritos para la provisión del puesto que ocupaba. Asimismo, en fecha 25 de abril de 2021 causó baja la funcionaria D.ª M.ª Teresa de la Rosa Paredes por jubilación. Por lo que respecta al personal laboral, en fecha 11 de agosto de 2021 cesó D.ª Antonia Rojano Ortiz por cambio de destino. Por su parte, en fecha 1 de septiembre de 2021 se produjo la incorporación del funcionario D. Raúl Mayoral Olombrada, con carácter provisional en régimen de adscripción temporal por reingreso al servicio activo.

2.3 La Fiscalía del TMT 2.º (Sevilla) reseña como única novedad la incorporación de la funcionaria D.ª Nieves García Pino, que causó alta por Resolución del día 26 de marzo de 2021.

2.4 En la Fiscalía del TMT 3.º (Barcelona) no se ha producido ningún movimiento de personal, las cuales no se cubren desde 2010 y 2017 respectivamente.

Ante la enorme dificultad que supone la cobertura de estos puestos vacantes, y pese a las diversas gestiones intentadas, todas ellas infructuosas, plantea el Fiscal Jefe la posibilidad de dotar los puestos con personal militar de Tropa y Marinería.

2.5 En la Fiscalía del TMT 4.º (A Coruña) se renovó la jefatura, a la que fue destinado el Teniente Coronel Auditor D. Fausto Manuel Blanco Álvarez por Orden 431/09079/21 de 2 de junio de 2021 (BOD n.º 114, de 14 de junio de 2021).

Con relación al personal auxiliar, en fecha 21 de abril de 2021 se destinó a la Fiscalía a la funcionaria del Cuerpo General Administrativo D.ª Ana Gómez López.

La plantilla de esta fiscalía –que cuenta con tres fiscales y, como personal auxiliar, un Alférez de Navío, dos funcionarios civiles y dos laborales– se encuentra al completo.

2.6 Por último, y con relación a la Fiscalía del TMT 5.º (Santa Cruz de Tenerife) la plantilla de tres fiscales se encuentra cubierta en su totalidad.

Respecto del personal auxiliar, la vacante de suboficial existente está ocupada por un Subteniente, y en cuanto al personal civil. Solo está cubierta una de las dos vacantes para funcionarios previstas en plantilla.

1.5.3 Actividad de la Fiscalía Togada

1.5.3.1 *Diligencias de investigación del Fiscal*

Durante el año 2021, al que se contrae la presente Memoria, se abrieron las Diligencias de Investigación que se reflejan en el cuadro, con el resultado que también se expresa:

Fiscalía	Diligencias de Investigación incoadas	Remitidas al Juzgado para incoación procedimiento penal	Archivadas sin responsabilidad
Fiscalía Togada.	0	0	0
Fiscalía del TMC	3	0	5*
Fiscalía del TMT 1.º. .	1	1	0
Fiscalía del TMT 2.º. .	0	0	0
Fiscalía del TMT 3.º. .	1	0	1
Fiscalía del TMT 4.º. .	0	0	0
Fiscalía del TMT 5.º. .	0	0	0
Total	5	1	6

* Entre las 5 D. I. que se archivaron en 2021 se incluyen 2 D. I. iniciadas en 2020.

En total, durante el año 2021, han tenido entrada en esta Fiscalía Togada 1.662 asuntos, procedentes de la Sala de lo Militar del Tribunal Supremo, de órganos administrativos o directamente de los ciudadanos, evacuándose en cada caso el trámite oportuno.

Los escritos e informes despachados por la Fiscalía Togada pueden clasificarse del siguiente modo:

1.5.3.2 *Asuntos ante la Sala Quinta del Tribunal Supremo*

1.5.3.2.1 Orden Penal

Orden penal	107
– Informes emitidos en recursos de casación	97
– Informes emitidos en incidentes de nulidad, competencia, causa especial, demanda de reconocimiento de error judicial	10

1.5.3.2.2 Orden Contencioso-Disciplinario Militar

Orden contencioso-disciplinario militar	13
– Informes emitidos en recursos de casación	7
– Informes emitidos sobre competencia	6

1.5.3.3 *Asuntos ante otras Salas del Tribunal Supremo*

Sala Especial (Art. 39 LOPJ) de Conflictos de Jurisdicción informes emitidos	4

1.5.3.4 *Relaciones con las Fiscalías del Tribunal Militar Central, Tribunales Territoriales, otros organismos e información al ciudadano*

Informes, comunicaciones, consultas, y otros escritos	743

1.5.3.5 *Recursos de Casación interpuestos ante la Sala Quinta*

1.5.3.5.1 Orden Penal

Orden Penal	48
Preparados por el Ministerio Fiscal	7
Preparados por el Ministerio Fiscal y la Defensa	0
Preparados por el Ministerio Fiscal y Acusación	2
Preparados por la Acusación Particular	2
Preparados por la Defensa	35
Preparados por la Defensa y Acusación Particular	1
Preparado por la defensa, Fiscal y Acusación Particular	1

1.5.3.5.1.1 Recursos de casación desglosados por delitos (*)

Quedan reflejados en el siguiente cuadro:

Art.	Código Penal Militar 2015	N.º
42-43	Insulto a superior	7
45-48	Abuso de autoridad	8
49-50	Delitos relativos al ejercicio de los derechos fundamentales y de las libertades públicas por los militares (trato degradante, acoso o abuso sexual, acoso y otros a personal militar de igual empleo)	7
55	Deslealtad	7
56	Abandono de destino o residencia	14
57	Deserción	2
65	Extralimitaciones en el ejercicio del mando	1
67	Abandono de servicio	3
75-77	Delitos contra la eficacia del servicio	2
80	Delitos contra otros deberes del servicio	1
81-85	Delitos contra el patrimonio en el ámbito militar	4
	Total	56

(*) Algunos recursos pueden referirse a varios delitos o ser interpuestos por varios recurrentes.

1.5.3.5.1.2 Principales delitos que son objeto de recurso de casación

Los delitos contra la disciplina (en particular los de abuso de autoridad e insulto a superior, que conjuntamente totalizan 15 recursos de casación) son las infracciones penales que con más frecuencia se han llevado a debate casacional, lo que confirma la tendencia apreciada en los últimos años. Destacan así los 8 recursos en causas seguidas por delito de abuso de autoridad (incluye casos de maltrato de obra, trato degradante, abusos y acoso sexuales a militar subordinado), seguidos de los 7 recursos en procedimientos por delitos de insulto a superior (comprende casos de maltrato de obra, coacciones, amenazas o injurias a superior). Le siguen en orden cuantitativo las impugnaciones casacionales de condenas por delito de abandono de destino, otrora protagonista principal de la actividad impugnativa, que ascienden a 14 recursos. Los datos estadísticos correspondientes a los demás delitos conocidos en vía casacional no son significativos.

1.5.3.5.1.3 Tiempo medio entre emisión de informe del Ministerio Fiscal y la sentencia

De los recursos de casación formalizados o informados (oposición y/o adhesión) por la Fiscalía Togada en el año 2021 la media de tiempo

transcurrido entre la formalización o la oposición del Ministerio Fiscal y la decisión del recurso es de 80 días. El período de resolución constatado oscila entre un mínimo de 20 días y un máximo de 238 días, sin que a estos efectos se hayan computado 5 recursos que al finalizar el año penden de resolución.

1.5.3.5.2 Recursos de Casación en el orden contencioso-disciplinario militar

1.5.3.5.2.1 Preferentes y sumarios

Preferentes y sumarios	9
Preparados por el Ministerio Fiscal	0
Preparados por la Abogacía del Estado	0
Preparados por el sancionado.	3
Informes emitidos sobre cuestión de competencia, nulidad de actuaciones y revisión	6

1.5.3.5.2.2 Ordinarios *

Preparados por el demandante y/o Abogado del Estado	33

* Se significa que el Ministerio Fiscal no es parte en los contenciosos disciplinarios militares ordinarios, si bien es llamado a intervenir ocasionalmente para informar sobre competencia o prejudicialidad penal.

1.5.3.6 *Recursos contencioso-disciplinarios incoados por la Sala Quinta en primera y única instancia*

Recursos contencioso disciplinarios incoados por la Sala Quinta en primera y única instancia	7

1.5.3.7 *Asuntos de relevancia o interés doctrinal analizados por la Sala Quinta*

De los asuntos que han sido resueltos por la Sala Quinta merecen ser citados por su relevancia o interés doctrinal, los siguientes:

En relación con el incumplimiento del art. 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 y el art. 2 del Protocolo 7 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, al no haberse implantado la

doble instancia en la jurisdicción militar, se han pronunciado las sentencias números 7/2021, de 16 de febrero, 25/2021, de 16 de marzo, 35/2021, de 13 de abril, 59/2021, de 22 de junio, y la 61/2021, de 12 de julio.

En todas ellas la Sala mantiene de modo uniforme que en nuestro sistema procesal se da satisfacción a las exigencias sobre el derecho a la doble instancia penal que derivan de nuestros compromisos internacionales, y ello se logra a través del recurso de casación articulado en la LECrim, entendido en sentido amplio, al punto de permitir una revisión integral de la sentencia de instancia, no solo de las cuestiones de derecho, sino también de la prueba practicada, en cuanto a su misma existencia y suficiencia, su obtención y práctica conforme a derecho y su valoración razonable y razonada.

Por lo que respecta a la revisión de sentencias absolutorias en sede casacional, la doctrina de la Sala reitera la dificultad de tornar la absolución en condena en vía casacional, al quedar reducida esta posibilidad estrictamente a los supuestos en que ello es inevitable consecuencia del debate jurídico sobre la correcta subsunción de los hechos, ya inamovibles y vinculantes, en la norma penal aplicable.

Así lo ha entendido la Sala 5.ª en la STS número 47/2021, de 18 de mayo, sobre delito contra el patrimonio militar, en la que casa la sentencia absolutoria de instancia y condena *ex novo* al militar absuelto. En la STS número 88/2021, de 7 de octubre, referida al mismo delito, la Sala anula la sentencia de instancia por apreciar error patente en la valoración de la prueba y consiguiente vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, invocada por la Fiscalía Togada, por lo que ordena la devolución de actuaciones al tribunal de procedencia para el dictado de nueva sentencia. En la STS número 92/2021, de 26 de octubre, por igual delito (sustracción de material militar), anula la sentencia recurrida por considerar que incurrió en el *error iuris* alegado por la Fiscalía, dado que tribunal de instancia apreció indebidamente la prescripción del delito. Por último, en la STS número 95/2021, de 28 de octubre, relativa a un delito de acoso laboral, la Sala casacional anula la sentencia absolutoria recurrida, por indebida inaplicación del art. 50 CPM, y dicta una nueva sentencia de signo condenatorio.

1.5.4 Otras actividades

Con fecha 6 de octubre de 2021 tuvo lugar en la sede de la Fiscalía General del Estado una reunión de trabajo de una amplia representación de la Fiscalía Jurídico Militar, para actualización y unificación de

criterios en la aplicación de las normas penales, disciplinarias y procesales de la jurisdicción militar.

El día 3 de noviembre de 2021 se llevó a cabo una inspección a la Fiscalía del Tribunal Militar Territorial Cuarto, con sede en A Coruña, por parte de la Fiscalía Togada, a cargo del General Auditor D. José Antonio Jaldo Ruiz-Cabello y del Teniente Coronel Auditor D. Mario Lanz Raggio.

El día 16 de noviembre de 2021 se realizó una inspección a la Fiscalía del Tribunal Militar Territorial Quinto, con sede en Sta. Cruz de Tenerife, por parte de la Fiscalía Togada, a cargo de la Coronel Auditor Dña. M.ª Eugenia Ruiz Hernández, Fiscal adjunta de la Fiscalía Togada.

Durante los días 15 a 20 de noviembre de 2021 tuvo lugar el Encuentro Internacional de Justicia Penal Militar y Policial en Cartagena de Indias (Colombia), a la que asistió como representante de la Fiscalía Jurídico Militar, el Teniente Coronel Lanz Raggio, Fiscal adjunto de la Fiscalía Togada.

Como consecuencia de las medidas sanitarias derivadas de la pandemia por COVID-19, no se celebraron durante este año las «Jornadas de Especialistas en la Jurisdicción Militar», que bianualmente tienen lugar en la sede de la Fiscalía General del Estado.

Tampoco han tenido lugar las tradicionales visitas a la Fiscalía Togada de los Alféreces alumnos del Cuerpo Jurídico Militar que cursan la fase de formación específica en la Escuela Militar de Estudios Jurídicos (EMEJ), ni la de los alumnos de Grado en Derecho de la Universidad Carlos III de Madrid, que en virtud del Convenio con el Ministerio de Defensa *(Practicum),* realizan anualmente.

1.5.5 Propuesta de reformas legislativas

Con la entrada en vigor de la Ley de Régimen Disciplinario para las Fuerzas Armadas (en adelante LORDFAS), aprobada por la Ley Orgánica 8/2014, de 4 de diciembre, así como del Código Penal Militar aprobado por la Ley Orgánica 14/2015 de 14 de octubre, buena parte de las demandas de reformas precisas en el ámbito de la Jurisdicción Militar, quedaron ya satisfechas, si bien se insiste en aquello que ya se destacó en la Memoria del pasado año, acerca de la necesidad de reintroducir en el nuevo CPM el delito de extralimitación dolosa en ejecución de acto de servicio de armas, o fuera de él, con resultado de muerte o lesiones.

En el mismo orden de reformas legales sustantivas se considera necesario incorporar al Código Penal Militar los delitos contra la Administración de Justicia en el ámbito Militar, extrañados del texto castrense de 2015 como delitos militares, pero acogidos a la competencia de la Jurisdicción Militar, no obstante su consideración de delitos comunes, en virtud una regla excepcional (art. 12.1 bis) que distorsiona el principio general establecido en el artículo 12.1 de la Ley Orgánica 4/1987, de Competencia y Organización de la Jurisdicción Militar.

Quedan pendientes, como así se hacía notar en las Memorias de los últimos años, otras reformas de tipo orgánico y procesal. Se ha de recordar a estos efectos el mandato al Gobierno contenido en la Disposición Adicional Primera de la Ley Orgánica 14/2015, del Código Penal Militar, para que en el plazo de dos años remita al Congreso de los Diputados un proyecto de Ley Orgánica de reforma de la Ley Orgánica 4/1987, de 15 de julio, de la Competencia y Organización de la Jurisdicción Militar. Esta reforma debería tener presente dos cuestiones fundamentales: en primer lugar, la reorganización de la Jurisdicción Militar inherente a la implantación de la doble instancia penal; y, en segundo lugar, la atribución de la investigación penal a la Fiscalía Jurídico Militar.

Por lo que al primer aspecto se refiere, las razones que han llevado al legislador, a través de la Ley 41/2015, a generalizar la doble instancia en el ámbito de la jurisdicción penal común concurren igualmente en el ámbito de la jurisdicción militar, puesto que, por una parte, también le vinculan el art. 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el art. 2 del Protocolo 7 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (con las interpretaciones que de los mismos realizan, respectivamente, el Comité de Derechos Humanos y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos) y, por otra, la regulación del recurso de casación es semejante en una y otra jurisdicción. Por coherencia con el resto del Ordenamiento Jurídico español, no parece tener justificación que la jurisdicción militar permanezca al margen de la implantación generalizada de la doble instancia.

Junto a lo anterior, se vuelve a insistir en la necesidad de abordar la reforma de la Ley Procesal Militar, adoptando como medidas más perentorias, las siguientes:

– La introducción de un procedimiento abreviado para el enjuiciamiento de los delitos militares castigados con pena privativa de

libertad no superior a cinco años, siguiendo como modelo el regulado en el Título II del Libro IV de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

– La reforma de la regulación de la prisión provisional para adaptarla a la reforma operada por la Ley Orgánica 13/2003, de 24 de octubre.

– La incorporación de cuantas otras medidas resultan compatibles con la Jurisdicción Militar de entre las adoptadas, tanto en la L. O. 13/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica, como en la Ley 41/2015, de la misma fecha, de modificación de la LECr para la agilización de la justicia penal y el fortalecimiento de las garantías procesales.

– Reforma urgente del quinto párrafo del art. 395 de la Ley Procesal Militar, que regula la sentencia de conformidad en las diligencias preparatorias, para adaptarlo, en supuestos de desavenencia del Tribunal con la conformidad pactada por las partes, a los términos previstos en el artículo 787.3 de la LECr, reformado por Ley 38/2002, de 24 de octubre, reforzando así la vinculación del Juez o Tribunal a la conformidad pactada e imponiendo la celebración del juicio cuando la parte acusadora no acepte la tesis alternativa del Tribunal.

El anteproyecto de ley de enjuiciamiento criminal actualmente en marcha debería contemplar en sus disposiciones adicionales su impacto normativo sobre los procedimientos penales militares regulados en la Ley Procesal Militar, que habrán de adecuarse a las reglas y principios inspiradores del nuevo modelo procesal.

Otra reforma que debería abordarse es aquella que haga posible la intervención de la Fiscalía Jurídico Militar en los recursos contencioso disciplinarios ordinarios, en los que, hoy por hoy, no participa por falta de legitimación, ni siquiera en los casos en que la pretensión deducida en la demanda se fundamenta en la vulneración de derechos fundamentales.

Se entiende cuestionable que en el ámbito disciplinario militar, en el que se prevé la imposición de sanciones privativas de libertad (el arresto), el Ministerio Fiscal no intervenga más que de un modo ocasional, esto es, cuando el sancionado decide entablar la vía del recurso contencioso disciplinario preferente y sumario.

En conexión con la anterior propuesta de reforma en el ámbito disciplinario, se plantea la reintroducción, en la Ley Orgánica de Régimen Disciplinario de la Guardia Civil, del mandato dirigido al instructor del expediente disciplinario de poner en conocimiento del

Fiscal Jurídico Militar la incoación de todo procedimiento seguido por falta grave o muy grave, precepto que figura en el art. 52.4 de la Ley Orgánica 8/2014, de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas, y que también incorporaba la derogada Ley Orgánica 11/1991, de Régimen Disciplinario de la Guardia Civil, precedente de la hoy vigente, en la que aquel mandato ha sido eliminado. Con ello se pretende llevar a cabo a través del Ministerio Fiscal un control de legalidad de la actividad disciplinaria de la Guardia Civil, para evitar que ciertas conductas, que *prima facie* puedan presentar apariencia de delito, se canalicen previamente por vía disciplinaria para luego activarse, ya de forma tardía y no en todo caso, el procedimiento penal (exigencia del principio de legalidad), con el evidente perjuicio del derecho a un juicio en un plazo razonable y la posible dilución de las fuentes de prueba.

La reforma del art. 324 LECrim introducida por Ley 2/2020, de 27 de julio, en relación con los plazos de investigación, afecta a los procedimientos penales militares por aplicación supletoria de la LECrim, con arreglo a lo dispuesto en la Disposición Adicional primera de la LPM. No obstante, tal interpretación ha sido cuestionada por algunos miembros de la jurisdicción militar ante la falta de remisión expresa o de referencia específica de ese precepto en relación con los procedimientos penales militares.

A tal efecto, la Fiscalía Togada elaboró la Instrucción 1/2021, sobre la aplicación del art. 324 de la LECrim en el ámbito penal militar, conforme a los criterios establecidos en la Circular 1/2021, de la Fiscalía General del Estado, para cumplimiento por todos los fiscales jurídico militares.

La situación excepcional generada por la pandemia ha puesto de manifiesto importantes carencias en la organización jurisdiccional militar, pues no cuenta con la regulación y medios tecnológicos necesarios para su funcionamiento en condiciones adecuadas a los nuevos tiempos.

Nos referimos con ello a la inexistencia en este ámbito jurisdiccional de plataformas digitales que permitan la accesibilidad a los órganos judiciales militares y la interoperatividad con las fiscalías y demás partes procesales bajo un entorno seguro, a lo que se une la indisponibilidad del expediente judicial electrónico y de medios seguros de transferencia electrónica de documentos digitalizados de gran volumen, lo que obliga a la utilización de medios tradicionales, como el correo certificado o el servicio de estafeta militar, con el consiguiente coste en tiempo y presupuesto.

Por ello, se considera indispensable la extensión a la jurisdicción militar de cuantos avances tecnológicos se contemplan en la Ley 18/2011, de 5 de julio, reguladora del uso de las tecnologías de la información y la comunicación en la Administración de Justicia, así como en el Anteproyecto de Ley Orgánica de Eficiencia Digital, previstos para el resto de los órdenes jurisdiccionales en el contexto de un único servicio público de Justicia.

En este orden de cosas, la Fiscalía Togada promovió a finales del año 2020 un encuentro entre el Director General de Transformación Digital del Ministerio de Justicia y el Director del Centro de Sistemas y Tecnologías de la Información y las Comunicaciones del Ministerio de Defensa (CESTIC), con la pretensión de estudiar la implantación en el ámbito de la jurisdicción militar del proceso de digitalización, lo que ha sido acogido por ambos centros directivos con particular interés, como lo demuestra las reuniones de trabajo que se vienen manteniendo.