

CAPÍTULO II

ÓRGANOS CENTRALES DEL MINISTERIO FISCAL

1. FISCALÍA DEL TRIBUNAL SUPREMO

1.1 Sección de lo Civil

Como decíamos ya el año pasado, cuando se habla de la actividad del Ministerio Fiscal se está pensando principalmente en la actividad en el orden jurisdiccional penal, pero el Ministerio Fiscal actúa ante todas las Jurisdicciones y cada vez es más numerosa en el orden jurisdiccional civil.

Dentro del orden jurisdiccional civil las áreas de familia, menores y personas con discapacidad son las que tienen mayor importancia, pero también están creciendo las cuestiones de competencia, la protección de los consumidores y el ámbito concursal.

Cuestión aparte es la del Registro Civil, materia en la que ahora tiene mucha intervención, pero que estamos pendientes a que se decida el nuevo modelo de Registro Civil instaurado por la Ley de 2011, y quienes van a ser los Encargados del Registro Civil, y cuál va a ser en definitiva la actuación del Ministerio Fiscal en esta materia.

Intentamos estar en contacto directo con todas las Fiscalías, pues los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal a diferencia del proceso penal, no se preparan ante la Audiencia, y luego se interponen por los Fiscales del Tribunal Supremo de lo Civil ante dicha Sala, sino que son los Fiscales de las Audiencias Provinciales los que directamente interponen estos recursos ante dichas Audiencias, y como son recursos con un alto grado de contenido técnico, intentamos que los Fiscales de las Audiencias nos manden con urgencia un borrador del escrito de interposición, para controlarlo desde la Fiscalía del Tribunal Supremo.

La Fiscalía de la Sala Civil del Tribunal Supremo, sigue despatchando dentro de plazo todos los dictámenes.

La Sala Primera del Tribunal Supremo tiene muy en cuenta el criterio del Ministerio Fiscal en la decisión de los recursos, como luego expondremos.

La Fiscalía del Tribunal Supremo despacha en la denominada competencia funcional, todos los recursos de casación de los que conoce el Tribunal Supremo, informando si es competente para conocer del recurso de casación y en su caso del extraordinario por infracción procesal, la Sala Primera o los distintos Tribunales Superiores de Justicia.

En cuanto al fondo informamos en todos los recursos en que somos parte bien impugnando los mismo o adhiriéndose a ellos o a alguno de sus motivos, pero también informamos en otros procesos así en el planteamiento de cuestiones prejudiciales al Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Instrucción 1/2016, de 7 de enero, sobre la intervención del Fiscal en las cuestiones prejudiciales europeas y en materia de protección de consumidores, en las cuestiones de inconstitucionalidad, y en incidentes de nulidad y otros que se plantean en procesos en que la Sala Primera quiere saber la posición del Fiscal.

Una gran parte de los recursos que informamos se refieren a cuestiones relativas a la vulneración del derecho al honor, la intimidad o la propia imagen, materia en la que existe gran litigiosidad y que, si bien muchos son originados por la llamada prensa del corazón, otros tienen connotaciones de confrontaciones sociales, políticas o sindicales y de la más variada naturaleza.

Las materias en que el fiscal dictamina en Derecho de Familia, son muy numerosas, así en procesos de divorcio, nulidad, modificación de medidas, y en todos los procesos en los que va dictaminando se va produciendo por la sociedad y por la Sala Primera una evolución constante y progresiva.

Así, hace cinco años era excepcional otorgar la custodia compartida, pero actualmente, desde el año 2013, ésta empieza a ser la tónica general del Tribunal Supremo y de la Fiscalía de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, excepto en los casos previstos en el artículo 92 n.º 7 del Código Civil, como así lo dice la sentencia de la Sala de lo civil del Tribunal Supremo, recurso n.º 3016/2014 de fecha 4 de febrero de 2016.

SECCIÓN CIVIL
AÑO 2017

Total Sres. Fiscales.	5.023
Casación:	3.063
Admisión	12

SECCIÓN CIVIL
AÑO 2017

Inadmisión	511
Apoyo.	29
Apoyo parcial.	11
Dictamen	2.443
Adhesión	4
Impugnación	53
Infracción Procesal:	1.529
Admisión	5
Inadmisión	217
Apoyo.	6
Apoyo parcial.	4
Dictamen	1277
Adhesión	1
Impugnación	19
Exequátur	–
Revisión	128
Competencia	219
Error judicial	40
Recurso de queja	5
Asistencia jurídica gratuita	11
Laudos	–
Responsabilidad civil Jueces y Magistrados	–
Otros.	–
Asistencia vistas.	12
Procedimiento artículo 38 LOPJ	6
Procedimiento artículo 42 LOPJ	9
Procedimiento artículo 61 LOPJ	1

1.2 Secciones de lo Penal

1.2.1 ACTIVIDAD DE LAS SECCIONES DE LO PENAL DE LA FISCALÍA DEL TRIBUNAL SUPREMO

Para una mejor comprensión, los datos estadísticos correspondientes al año 2017 de las dos Secciones de lo Penal, se presentan en dos grupos: el primero correspondiente a los asuntos ajenos a la Ley 41/2015, de 5 de octubre, y, un segundo grupo de estadística a la que denominados nueva casación.

NATURALEZA DE LOS ASUNTOS REGISTRADOS EN 2017	
TRIBUNAL SUPREMO	
Conflictos jurisdiccionales:	
– Del art. 38 LOPJ	–
– Del art. 39 LOPJ	1
– Del art. 42 LOPJ	–
– Del art. 61 LOPJ	1
SALA II DEL TRIBUNAL SUPREMO	
Casación	
Preparados por el Fiscal:	
– Interpuestos	107
– Desistidos	42
De parte:	
– Apoyados	48
– Parcialmente	50
– Inadmisión	2.352
– Impugnación	673
Quejas	
– Estimado	8
– Desestimado	235
Unificación de doctrina	
Vigilancia Penitenciaria:	
– Apoyo	–
– Impugnación	15
Menores:	
– Apoyo	–
– Impugnación	–
Revisión	
– Solicitudes de autorización e interpuestos por parte.	132

NATURALEZA DE LOS ASUNTOS REGISTRADOS EN 2017	
– Interpuestos por el Fiscal	8
– Solicitudes procedentes del Ministerio de Justicia	–
Cuestiones de competencia	332
Indultos	
– Favorables	2
– Desfavorables	73
Varios	
– Error judicial	28
– Insostenibles (A. J. Gratuita)	17
– Dictámenes en ejecución	–
– Nulidades	5
Señalamientos	
– Sin Vista	1.052
– Con Vista	37
Resoluciones	
– Autos	3.169
– Sentencias	1.008
Causas especiales competencia de la Sala II del Tribunal Supremo	
Denuncias	14
– Exposición razonada	7
– Querellas	22
– Incoadas	–
– Sentencias	–

1.2.2 RECURSOS INTERPUESTOS Y/O IMPUGNADOS POR LAS DOS SECCIONES DE LO PENAL

Se trata de resaltar algunos de los recursos y/o causas especiales que han sido objeto de trabajo por ambas secciones, atendiendo no sólo a su dificultad, si no también, a su proyección social por uno u otros motivos.

Sin duda alguna ha de significarse la instrucción de la causa contra el proceso secesionista de Cataluña. Difícil, compleja y laboriosa instrucción que tiene una relevancia incuestionable, y respecto a la que, en esta Memoria, no puede aún, darse cuenta. Sin embargo, sus características, por razones obvias, merece al menos, el reconocimiento a una gran labor de los compañeros que la están llevando a cabo. Entrega, profesionalidad, estudio y dedicación, califica su trabajo.

Durante el año 2017, cabe resaltar entre los casos penales más relevantes, al margen de las actuaciones llevadas a cabo contra el proceso secesionista de Cataluña (Consulta 9N y Referéndum ilegal del 1 O), los siguientes:

Caso Noos: en fecha 3 julio 2017, se interpuso recurso de casación contra la sentencia n.º 13/2017, de 17 febrero, de la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Baleares dictada en el procedimiento abreviado 58/2015, dimanante de las Diligencias Previas 2677/2008, Pieza Separada 25 del Juzgado de Instrucción n.º 3 de Palma de Mallorca. El recurso se articuló en siete motivos, todos ellos amparados en el art. 849.1.º LECrim. El primero, por indebida aplicación del art. 432.2 CP vigente al tiempo de ocurrir los hechos, por no aplicarse el subtipo agravado de especial gravedad a pesar de que la cuantía de lo malversado alcanzó la cantidad de 445.000 y 175.000, respectivamente. Se reclamó la imposición de una pena de cuatro a ocho años de prisión. En el segundo, por inaplicación del art. 432.1 y 2 y 74 CP al no apreciarse el carácter de delito continuado y centrar la condena por malversación solo por los hechos del año 2006. El tercero, por aplicación indebida del art. 70.1 2.º CP en relación con la concreta individualización de la pena de dos condenados. El cuarto, por inaplicación indebida del art. 429 CP en cuanto a la pena de multa. El quinto, por aplicación indebida del art. 65.3 CP en relación con el delito del art. 436 CP. El sexto, por inaplicación indebida de los arts. 404 y 74 CP. Y, por último, el séptimo por inaplicación indebida del art. 390.1.2.º CP. Este recurso solicita, en cuanto al principal condenado, Sr. Urdangarin, que fue condenado en la instancia a un total de 9 años y 10 meses de prisión por los delitos de prevaricación, malversación, tráfico de influencias, fraude y dos delitos fiscales, que se eleven las penas de prisión en 3 años y 7 meses.

Caso Gürtel. Rama valenciana. En fecha 8 noviembre 2017 se emitió informe firmado por el Excmo. Sr. Fiscal de Sala del Tribunal Supremo, D. Javier Zaragoza Aguado, en el que se impugnaban todos los motivos de los recursos de los once condenados por sentencia de 8 febrero 2017 dictada por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma Valenciana, por los delitos de asociación ilícita, tráfico de influencias, prevaricación administrativa, malversación de caudales públicos, falsedad documental y cohecho.

Caso Afinsa. Estafa filatélica. Resuelto en STS -2.ª- 749/2017, de 21 noviembre, condenatoria. Macroproceso. Contratos de compraventa de sellos a un precio muy superior al valor que pudieran alcanzar en el mercado. Se aseguraba al cliente la posibilidad de recomprar

los mismos sellos al menos al mismo precio y una revalorización determinada, que era independiente de la que los sellos concretos experimentaran en el mercado. Concurso entre las distintas infracciones. Concurso ideal entre estafa e insolvencia y concurso medial entre aquellos y el delito de falsedad en cuentas anuales. Delito de blanqueo de capitales. Delito fiscal.

Caso Lista Falciani. Resuelto por STS 116/2017, de 23 febrero, en la que no se considera prueba ilícita la revelación del secreto bancario para descubrir delitos realizada por empleado de la banca suiza, al no ser empleado público, no realizarse en el curso de una investigación oficial y no tener como objetivo su incorporación a un procedimiento judicial. No son prueba ilícita los archivos informáticos sustraídos por un empleado de la Banca suiza, quebrando el secreto bancario, con datos fiscales de contribuyentes españoles que no declararon sus ingresos a la Hacienda Pública.

Caso Messi. Resuelto en casación con condena por delitos fiscales en STS 374/2017, de 24 mayo. Elemento objetivo: Elusión del pago del IRPF por ingresos de explotación de derechos de imagen cedidos, mediante simulación contractual, a sociedades radicadas en paraísos fiscales. Entramado «offshore» con el que se defrauda al erario público cantidades superiores a los 4 millones de euros. Elemento subjetivo: Ignorancia deliberada o indiferencia grave punible. Inexistencia de continuidad delictiva. Participación del cooperador necesario. El TS estimó parcialmente el recurso de casación interpuesto contra la sentencia dictada por la AP Barcelona, que condenó a dos acusados –Messi y su padre– como autor y cooperador necesario respectivamente de tres delitos contra la hacienda pública, casó y revocó su fallo para minorar la pena impuesta al padre del futbolista por apreciación de la atenuante muy cualificada de reparación del daño. La sentencia rebaja de 21 a 15 meses de prisión la pena impuesta a su padre, como cooperador necesario, al apreciar la atenuante de reparación del daño por la devolución a Hacienda por parte de su hijo del dinero defraudado. En su sentencia, los magistrados cuestionan que hayan sido excluidos de la acusación en este caso los asesores fiscales del jugador barcelonista. La sentencia incluye dos votos particulares, de los magistrados Luciano Varela y Andrés Palomo, que consideraban que debió considerarse como continuado el delito fiscal. Es importante destacar que el Fiscal del Tribunal Supremo mantuvo en casación la necesidad de confirmar las condenas pese a que en la instancia el Fiscal de Barcelona solicitara el sobreseimiento respecto del jugador de fútbol Leo Messi. Es destacable en la sentencia el estudio de la participación en el delito fiscal, sustentando la teoría de que en

delitos especiales propios y de esta compleja estructura jurídica de defraudación fiscal resulta imprescindible la aportación causal del *extraneus*, esto es, del asesor fiscal.

Delito urbanístico. Demolición. Respondiendo a la acusación de la Fiscalía, la STS 586/2017, de 20 junio, fundamenta la legalidad de las demoliciones de las construcciones ilegales por la vía penal. Elementos. Utilización racional del medio como recurso natural limitado y la ordenación de su uso al interés general como bien jurídico tutelado. Edificación masiva y obras de urbanización no autorizables en suelo calificado como Espacio Natural Protegido perteneciente a Parque Natural. Error de prohibición invencible. Basado en la condición de analfabetos de los acusados. No procede al tener pleno conocimiento de la ilegalidad de las obras realizadas. Demolición de lo construido. Procedencia como efecto civil del delito. Gravedad del daño ocasionado, absoluta imposibilidad de legalización y condición del suelo protegido.

Primera condena por tráfico ilegal de órganos. STS 2.^a 710/2017, de 27 octubre, que acoge el criterio del Ministerio Fiscal. Plan concertado para el trasplante de un riñón a enfermo renal a cambio de precio –6000 euros– aprovechando la situación de precariedad y necesidad del donante, que finalmente desiste. Consumación. El delito es de mera actividad. No caben formas imperfectas. Inexistencia de error de prohibición y estado de necesidad. Bien jurídico protegido amplio: la salud e integridad física de las personas y la Organización Nacional de trasplantes y su normativa estructurada sobre los principios de altruismo, solidaridad, gratuidad y objetividad en el sistema de adjudicación, preservando la dignidad de las personas y las condiciones de salud con aseguramiento del principio de igualdad.

Caso Madrid Arena. El TS confirma las condenas por cinco delitos de homicidio por imprudencia grave para cinco de los acusados e imprudencia menos grave para otros dos, pero revoca la absolución de uno de los médicos que atendían el servicio de salud del citado Pabellón durante el evento (Fiesta de Halloween 2012) en el que fallecieron cinco jóvenes y resultaron numerosos heridos, en la avalancha fruto de una cadena causal múltiple. La Sala II, dicta segunda sentencia y condena al citado médico como autor de un delito de imprudencia grave con resultado de muerte, en la modalidad de imprudencia profesional.

La sentencia aborda el estudio del delito imprudente, sus clases y elementos, especialmente en lo relativo a la imprudencia omisiva en los delitos de resultado y para revocar la absolución recaída en la instancia, destaca que el médico no realizó un correcto diagnóstico a una

de las jóvenes trasladada a la enfermería, ni comprobó si se encontraba en situación de parada cardiorrespiratoria ni le practicó una adecuada reanimación cardiopulmonar para intentar que se recuperara.

La Audiencia había declarado probada la actuación negligente del médico, falleciendo la joven sin que éste le prestara «la asistencia médica que precisaba durante el tiempo que permanecieron en el botiquín que gestionaban antes de que llegara al mismo el Samur aumentando así la posibilidad de que no pudieran recuperarse de las lesiones sufridas», pero como fundamento de la absolución añadió en el *factum* que no había resultado acreditado que en el supuesto de que le hubiera prestado una asistencia correcta, la fallecida hubiera podido salvar su vida.

La Sala II tacha de desenfocado el punto de vista de la Audiencia. Razona que la obligación del personal médico con respecto al paciente no es de resultado sino de medios, considera aplicable la doctrina de la imputación objetiva apartándose de otras teorías naturalísticas, destaca la posición de garante en que se encontraba el acusado, afirma que por una parte, existió la omisión de toda diligencia debida y por otra, se produjo el resultado mortal y concluye que no se trata, como entendió la Audiencia, de que no se haya podido probar, con una probabilidad rayana en la certeza, si con otra conducta el resultado hubiera sido el mismo, sino de que la responsabilidad del médico surge porque ha incrementado el riesgo permitido, y lo ha hecho al haber actuado negligentemente, por lo que con tal comportamiento ha contribuido al resultado que resulta objetivamente imputable.

En cuanto a la posibilidad de revocar una sentencia absolutoria, la Sala II destaca que en este caso es posible porque no se modifican los hechos probados y se apoya en la STEDH Naranjo Acevedo contra España, matizando que al tratarse de imprudencia, no es preciso declarar ningún ánimo tendencial.

Recurso de casación n.º 1/772/17(tarjetas «Black»-Caja Madrid). La Sección Cuarta de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional dictó sentencia de 23-2-2017 que condenó a algo más de 60 personas por un delito continuado de apropiación indebida del que consideró autores materiales a los entonces presidentes de Caja Madrid y Bankia, en etapas sucesivas, Miguel Blesa de la Parra y Rodrigo Rato Figaredo, y cooperadores necesarios a los restantes acusados que resultaron ser integrantes del Consejo de Administración, de la Comisión de Control y directivos de aquellas entidades.

En esencia, según la Sentencia, la disposición de fondos se llevó a efecto mediante la utilización de unas tarjetas, fundamentalmente en cajeros y comercios, que habían sido emitidas al margen del circuito

ordinario de la entidad bancaria y que los indicados presidentes se adjudicaron a sí mismos y, a su indicación y autorización, a personas que mantenían una relación jurídica con la entidad, Caja Madrid o Bankia, fuera como integrantes del Consejo de Administración, de la Comisión de Control o directivos. Todo ello era factible merced a la existencia de un entramado opaco regido por una infracción de la normativa vigente y estatutaria y supuso una defraudación superior a los 12.000.000€.

Ha de ponerse de relieve que la causa en general encierra una complejidad de índole fáctica y jurídica que puede comprobarse en las múltiples cuestiones planteadas en los intensos y extensísimos recursos de casación formalizados por la mayor parte de los condenados en la Sentencia. El Fiscal emitió un informe de 556 folios impugnando los respectivos Motivos de cada uno de aquéllos en lo que pueden considerarse aspectos fundamentales o principales del caso y apoya determinados extremos particulares que afectaban a algunos de los recurrentes.

1.2.3 INFORMES EMITIDOS POR EL MINISTERIO FISCAL CONFORME A LA LEY 41/2015

Durante el año judicial que nos ocupa se ha ido desarrollando la reforma de la casación de la Ley 41/2015, permitiendo un análisis algo más extenso, dada, respecto a la previsión del art. 847.1.b) de la LECrim la limitación cronológica de su Disposición Transitoria Única, incoación del procedimiento de referencia con posterioridad a su entrada en vigor.

Lo primero que destaca en la estadística correspondiente al recurso de casación contra las sentencias dictadas en apelación las Audiencia Provinciales, es el escaso número de recursos admitidos frente a los interpuestos (2,85 %) que en principio es atribuible a la peculiar naturaleza del recurso establecido, realmente extraordinario y de motivos muy estrechos, cosa lógica dada su generalización, y a la escasa experiencia desarrollada, dada su cercana vigencia, por los operadores jurídicos, que salvo excepciones, prescinden de la limitación legal de la regulación, exclusivamente por infracción de ley del número 1 del art. 849 de la LECrim alegando todo tipo de infracciones procedimentales y constitucionales –esencialmente art. 24 de la CE y error de hecho, art. 849.2 de la LECrim.

Ciertamente que la reforma de la ley 41/2015 permite la inadmisión por providencia, pero ello no evita su tramitación y la fundamentación, aunque sea breve de la resolución.

De los 598 recursos interpuestos, al menos aproximadamente, un 38 %, han sido interpuestos por Letrado asignado de oficio, en

mayor medida por Procurador de igual designación, en algunos casos después de haberseles rechazado en la Comisión correspondiente la insostenibilidad del mismo.

Una interpretación, excesivamente literal del art. 25 de la Ley de Asistencia Gratuita, que lleva a estimar que su interposición es obligatoria, no pudiendo alegarse por los letrados la improcedencia del recurso, ni siquiera cuando se haya anunciado por motivos no encajables en el art. 847.1.b), puede conducir a que las cifras de recurso de casación, alcancen niveles que perviertan la finalidad de tal recurso, descrita en la Exposición de Motivos de la Ley 41/2015, y desarrolladas ya en diversas resoluciones de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que se esfuerzan, inútilmente, en encauzar esta novedosa regulación a esos fines beneficiosos de tal reforma.

De seguir con tal interpretación de obligatoriedad de la interposición de oficio, sería absolutamente imprescindible una modificación urgente de la ley de asistencia gratuita en el sentido indicado.

Tampoco el hábito de las Audiencias Provinciales derivado de la anterior regulación ayuda a concretar los fines del recurso en la fase de preparación, inobservando los requisitos del nuevo recurso y acostumbrando a remitir al Tribunal Supremo los procedimientos íntegros, en lugar de las certificaciones previstas en el art. 861 de la LECrim lo que «a priori» ayudaría al encauzamiento del recurso a la infracción del art. 849.1, tal y como previó el legislador al establecer dicha modalidad.

Por otra parte, la variedad de delitos tampoco aporta argumentos para vislumbrar una efectividad de tal modalidad con el objetivo de fijar una interpretación jurisprudencial uniforme de los tipos penales sustantivos, aunque no se desconozca que la limitación cronológica de su aplicación haya determinado hasta ahora, un predominio mayoritario de delitos comprendidos en el ámbito de los juicios rápidos.

En la práctica la mayoría de los recursos, aún enunciados por infracción de ley, parecen desconocer que el recurso procede contra las sentencias de apelación, reproduciendo la argumentación contra la sentencia del Juzgado Penal, sin cuestionar la fundamentación jurídica de la Audiencia Provincial.

Igualmente se plantean en la interposición cuestiones *per saltum*, que al no haberse invocado en la apelación han sustraído del conocimiento del órgano encargado de resolverla.

No se trata de volver a formalismos excesivos, restrictivos del derecho a recurrir, sino, dada su naturaleza, a la exigencia del cumplimiento de los requisitos mínimos tanto en la fase de preparación ante las Audiencias como en la fase de interposición ante el Tribunal Supremo que impidan en que se generalice su utilización, desvirtuándose su finalidad

pretendiendo convertirlo en una instancia más, lo que, no siendo admisible en el recurso de casación, menos aún en esta modalidad específica.

Informes de inadmisión	591
Informes de admisión.	7
Total	598

Asuntos admitidos	17
Hurto	49
Robo	100
Contra Seguridad Vial	107
Maltratos en ámbito familiar	129
Quebrantamiento de condena.	65
Contra salud pública	19
Lesiones	42
Agresión sexual	12
Usurpación	3
Atentado	14
Homicidio	1
Amenazas	21
Exhibicionismo	3
Abandono familia.	8
Incumplimiento pensión.	3
Resistencia autoridad	7
Revelación secretos	1
Allanamiento	1
Maltrato animal	1
Insolvencia punible	1
Abusos	1
Vejación	1
Violencia física.	4
Apropiación indebida.	1
Estafa	2
Obstrucción a la justicia.	1
Daños	1

La llamada nueva casación, introducida por la LO 41/2015, de 5 de octubre, como ya se ha significado, tiene un alcance limitado: sólo cabe por infracción de ley del n.º 1 del artículo 849 de la LECrm e interés casacional.

El recurso debe atenderse a las siguientes pautas: respeto escrupuloso al hecho probado; acomodación del razonamiento a la disciplina del *error iuris*; y planteamiento de un problema jurídico-penal que justifique su interés casacional, que de conformidad con la jurisprudencia de la sala –por todas SSTs 210/2017 y 324/2017–, concurre en los supuestos siguientes:

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

B. Si resuelve cuestiones sobre las que existan jurisprudencia contradictoria de Audiencia Provinciales

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

La existencia de interés casacional debe señalarse en el anuncio del recuso y, en todo caso, en la interposición.

La Sala ha establecido la doctrina del Tribunal en los siguientes recursos articulados por infracción de ley.

Las sentencias han sido dictadas por el Pleno del Tribunal Supremo y constituyen una necesaria doctrina que ha de guiar la interpretación jurídica, respecto de los tipos penales a que se refieren.

1.2.4 SENTENCIAS DEL PLENO

STS 369/2017. Delito de contra la seguridad vial. Conducir un vehículo sin permiso o licencia de conducción por no haberlo obtenido nunca (art. 384.2 del Código Penal). Delito de riesgo abstracto.

STS 210/2017. Caracterización del nuevo recurso de casación por infracción de ley contra sentencias dictadas en apelación por las Audiencias Provinciales. La negativa a someterse a la segunda medición de la prueba de alcoholemia constituye el delito del art. 383 CP.

STS 324/2017. Delito de hostigamiento, acecho o acoso (*Stalking*): la conducta para ser típica ha de albergar vocación de prolongarse el tiempo suficiente para provocar la alteración de la vida cotidiana del sujeto pasivo. No bastan unos episodios, más o menos intensos o más o menos numerosos pero concentrados en pocos días y sin nítidos visos de continuidad, que además no han comportado repercusiones en los hábitos de la víctima.

STS 481/2017. Interpretación restrictiva del art. 235.1.7.º del C. Penal: la multirreincidencia como sustrato del subtipo hiperggravado de hurto en el C. Penal cuando los antecedentes penales son por delitos leves.

El concepto de reincidencia que se acoge en la parte general del C Penal (arts. 22.8.^a y 66) ha de operar también cuando se trata de aplicar la multirreincidencia como supuesto específico de agravación en los subtipos de la parte especial, a no ser que el texto legal la excluya de forma expresa y específica.

STS 794/2017. Conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas. Concepto y alcance de conductor a efectos del artículo 379.2 CP. Conductor que es sorprendido dormido en un vehículo parado en un semáforo en mitad del carril de circulación. Aplicación de la doctrina contenida en la STS (Pleno) 436/2017, de 15 de junio. Vulneración del principio non bis in ídem por la condena por delito de conducción bajo la influencia de bebidas alcohólica y de negativa a realizar la prueba de alcoholemia en concurso real. Doctrina contenida en la STS (Pleno) 419/2017 de 8 de junio.

STS 419/2017. Concurso real de los delitos previstos en el art. 379.2 y 383 del C. Penal: conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas y negativa a someterse a las pruebas legalmente establecidas para la comprobación de las tasas de alcoholemia.

Razones por las que la aplicación conjunta de ambos tipos penales no generan un supuesto de bis in ídem y por las que tampoco se vulnera el principio de proporcionalidad. Bienes jurídicos en juego y funciones que desempeña el tipo del art. 383 del Código Penal.

STS 436/2017. Delito de conducción etílica: la conducción con tasa superior a la contemplada en el art. 379.2 CP de un vehículo de motor desplazándolo dos metros en marcha interrumpida ante la presencia policial es conducta incardinable en el citado precepto penal.

STS 327/2017. Hurto. Inclusión del IVA en el valor de las mercancías sustraídas en establecimientos comerciales.

El art. 365.2 LECrim, atiende en tal valoración a un precio de venta al público. Diversas posturas doctrinales. Un sector diferencia entre «precio de venta al público» y «el total a pagar» que agrega a la primera partida el importe del IVA, lo que implica que deberá deducirse dicho importe del precio en los casos de sustracción del bien, al no producirse el hecho imponible generador de la obligación de pagar dicho impuesto.

No obstante, debe acogerse la postura favorable a su inclusión. El valor relevante es el valor de cambio representado en cada momento por la cantidad de dinero que puede obtenerse por la cosa en su hipotético intercambio. Criterio apuntado en la STS 360/2001, de 27 de abril, y que fue consolidado en la reforma del art. 365 LECrim por LO 15/2003, y ratificado por Auto Pleno Tribunal Constitucional 72/2008, de 26 de febrero, Consulta 2/2009 de 21 diciembre de la Fiscalía General del Estado y STS. 1015/2013, de 23 de diciembre. En consecuencia el valor

de lo sustraído, en establecimiento comerciales es el precio de venta al público que debe interpretarse como la cantidad que debe abonarse para su adquisición, cifra que habitualmente se exhibe en el etiquetado de la mercancía, comprensiva, sin desglosar, las costas de producción y distribución del bien, los márgenes de beneficio de los sucesivos intervinientes en la cadena de producción y los tributos y aranceles que lo hayan gravado directa o indirectamente, con inclusión del Impuesto del Valor Añadido (IVA) en el territorio de su aplicación (península y Baleares) el impuesto General Indirecto Canario (IGIG), en las Islas Canarias y el impuesto sobre la Producción, los Servicios y las Importaciones (IPSI) en las ciudades de Ceuta y Melilla.

STS 112/2018. Prohibición de acceso a las instalaciones del Metropolitano de una capital: concreción acorde con la legalidad de las penas previstas en el art. 48.1 CP (en relación con el art. 57.1). Indispensable ponderación de la proporcionalidad. Presupuestos. Constatación de la gravedad de la conducta o del peligro del delincuente.

1.2.5 ACUERDOS DEL PLENO NO JURISDICCIONALES

Finalmente, reproducimos todos los Acuerdos de los Plenos no jurisdiccionales de la Sala dictados en el año pasado.

– *Sala General de 9 de marzo de 2017.*

Asunto: En relación con el acuerdo adoptado por esta misma Sala con ocasión del Pleno no jurisdiccional, celebrado el 24 de noviembre de 2016, respecto de la incidencia en el procedimiento de la ley del jurado de las nuevas reglas de conexión con el artículo 17 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, tras un estudio y debate abordado por los Magistrados integrantes de esta sala, se presenta a aprobación por el Excmo. Sr. D. Luciano Varela Castro, el siguiente:

Acuerdo:

1. De los delitos que se enumeran en el art. 1.2 de la ley reguladora, siempre y sólo conocerá el Tribunal del Jurado.

Si se ha de conocer de varios delitos que todos sean competencia del Tribunal del Jurado, como regla general se seguirá un procedimiento para cada uno de ellos sin acumulación de causas. Será excepción la prevista en el nuevo art. 17 de la LECrim, serán investigados y enjuiciados en la misma causa cuando la investigación y la prueba en conjunto de los hechos resulten convenientes para su esclarecimiento

y para la determinación de las responsabilidades procedentes salvo que suponga excesiva complejidad o dilación para el proceso.

2. También conocerá de las causas que pudieran seguirse por otros delitos cuya competencia no le esté en principio atribuida en los casos en que resulte ineludiblemente impuesta la acumulación pero que sean conexos.

3. La procedencia de tal acumulación derivará de la necesidad de evitar la ruptura de la continencia de la causa. Se entiende que no existe tal ruptura si es posible que respecto de alguno o algunos de los delitos pueda recaer sentencia de fallo condenatorio o absolutorio y respecto de otro u otros pueda recaer sentencia de sentido diferente.

4. Existirá conexión determinante de la acumulación de los supuestos del art. 5 de la LOTJ.

5. Que en el supuesto del art. 5.2 a, se entenderá que también concurre la conexión conforme al actual art. 17.6.º cuando se trate de delitos cometidos por diversas personas cuando se ocasionen lesiones o daños recíprocos.

Cuando se atribuyan a una sola persona varios hechos delictivos cometidos simultáneamente en unidad *temporo*-espacial y uno de ellos sea competencia del Tribunal del Jurado, se considerarán delitos conexos por analogía con lo dispuesto en el art. 5.2 de la LOTJ, por lo que, si deben enjuiciarse en un único procedimiento, el Tribunal del Jurado mantendrá su competencia sobre el conjunto.

6. En los casos de relación funcional entre dos delitos (para perpetrar, facilitar ejecución o procurar impunidad) si uno de ellos es competencia del Tribunal del Jurado y otro no, conforme al art. 5.2.c de la Ley del Tribunal del Jurado, se estimará que existe conexión conociendo el Tribunal del Jurado de los delitos conexos.

7. No obstante, en tales supuestos de conexión por relación funcional, la acumulación debe subordinarse a una estricta interpretación del requisito de evitación de la ruptura de la continencia, especialmente cuando el delito atribuido al Jurado es de escasa gravedad y el que no es principio de su competencia resulta notoriamente más grave o de los excluidos de su competencia precisamente por la naturaleza del delito.

8. Tampoco conocerá el Tribunal del Jurado del delito de prevaricación, aunque resulte conexo a otra competencia de aquél.

Pero si podrá conocer, de mediar tal conexión, del delito de homicidio no consumado.

9. Cuando un solo hecho pueda constituir dos o más delitos será competente el Tribunal del Jurado para su enjuiciamiento si alguno de ellos fuera de los atribuidos a su conocimiento.

Asimismo, cuando diversas acciones y omisiones constituyan un delito continuado será competente el Tribunal del Jurado si éste fuere de los atribuidos a su conocimiento.

10. A los efectos del art. 17.2.3 de la LECrim, se considerarán conexos los diversos delitos atribuidos a la misma persona en los que concurra, además de analogía entre ellos, una relación temporal y espacial determinante de la ineludible necesidad de su investigación y prueba en conjunto, aunque la competencia objetiva venga atribuida a órganos diferentes.

En tales casos, si uno de los delitos debiera conocer el Tribunal del Jurado, se estará a lo establecido en el apartado 5 párrafo segundo de este acuerdo.

Este acuerdo es adoptado por 13 de los Magistrados concurrentes.

– *Sala General de 23 de mayo de 2017.*

Asunto: Alcance que, respecto de la comisión del delito de apropiación indebida, tiene el anticipo de cantidades dinerarias para la construcción a los promotores de viviendas:

Acuerdo:

En el caso de cantidades anticipadas a los promotores para la construcción de viviendas, el mero incumplimiento, por sí solo, de las obligaciones previstas en la Disposición Adicional Primera de la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación, en la redacción dada por la Ley 20/15, de 14 de julio, consistentes en garantizar mediante un seguro la devolución de dichas cantidades para el caso de que la construcción no se inicie o no llegue a buen fin, y de percibir esas cantidades a través de cuenta especial en entidades de crédito, no constituye delito de apropiación indebida.

Cuando las cantidades entregadas no se hayan destinado a la construcción de las viviendas comprometidas con los adquirentes, podrá apreciarse un delito de estafa si concurren los elementos del tipo, entre ellos un engaño determinante del acto de disposición, o bien un delito previsto en los artículos 252 o 253 CP si concurren los elementos de cada tipo.

– *Sala General de 24 de mayo de 2017.*

Asunto: Alcance que tienen las deficiencias en la documentación del juicio oral y su repercusión en el derecho de defensa en el ámbito del recurso de casación.

Acuerdo:

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

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

Cuando la documentación relativa al juicio oral sea imprescindible para la resolución del recurso, su ausencia en relación con los aspectos controvertidos, que genere indefensión material, determinará la nulidad del juicio oral o, en su caso, la absolución.

– *Sala General 24 de mayo de 2017.*

Asunto: Analizar la fijación del valor de droga en los delitos contra la salud pública, a efecto de fijar la pena de multa proporcional prevista en el Código Penal.

Acuerdo:

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

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

– *Sala General de 25 de mayo de 2017.*

Asunto: Analizar el carácter público o privado de los caudales de una sociedad mixta.

Acuerdo:

Los bienes, efectos, caudales o cualesquiera otros de cualquier índole que integren el patrimonio de las sociedades mercantiles participadas por el Estado u otras Administraciones u Organismos Públicos, deben tener la consideración de patrimonio público, y, por tanto, pueden ser objeto material del delito de malversación siempre que concurra alguno de los supuestos siguientes:

1. Cuando la sociedad mercantil esté participada en su totalidad por las personas públicas referidas.
2. Cuando esté participada mayoritariamente por las mismas.

3. Siempre que la sociedad pueda sea considerada como pública en atención a las circunstancias concretas que concurren, pudiéndose valorar las siguientes o cualesquiera otras de similar naturaleza:

a) Que el objeto de la sociedad participada sea la prestación, directa o indirecta, de servicios públicos o participen del sector público.

b) Que la sociedad mixta se encuentre sometida directa o indirectamente a órganos de control, inspección, intervención o fiscalización del Estado o de otras Administraciones Públicas.

c) Que la sociedad participada haya percibido subvenciones públicas en cuantía relevante, cualquiera que fuera la Administración que las haya concedido, para desarrollar su objeto social y actividad.

– *Sala General de 8 de noviembre de 2017.*

Asunto: tratamiento Concursal del delito de *child grooming* (artículo 183 bis CP) cuando el contacto con el menor va seguido de una lesión efectiva de su identidad sexual.

Acuerdo:

El delito de ciberacoso sexual infantil previsto en el artículo 183 Ter.1 del Código Penal, puede conformar un concurso real de delitos con las conductas contempladas en los artículos 183 y 189.

– *Sala General de 12 de diciembre de 2017.*

Asunto: nueva redacción del artículo 77.3 CP y determinación de la competencia.

Acuerdo:

En caso de concurso medial, cuando las penas de prisión señaladas en abstracto en cada uno de los delitos que integran el concurso no superen los cinco años de duración, aunque la suma de las previstas en una y otras infracciones excedan de esa cifra, la competencia para su enjuiciamiento corresponde al Juez de lo Penal.

1.2.6 FISCAL DE SALA ASESOR PARA TERRORISMO DEL FISCAL GENERAL DEL ESTADO

1.2.6.1 *Introducción*

La importancia que hoy tiene la lucha contra el terrorismo en nuestra política criminal es evidente. El terrorismo, y muy singular-

mente el terrorismo internacional yihadista, es una de las principales amenazas para la paz y la convivencia de nuestras sociedades.

Hasta tiempos relativamente recientes el fenómeno terrorista de ETA era nuestra gran preocupación, y al ser la organización terrorista que más atentados había cometido, era también la que capitalizaba el grueso de las tareas de investigación del aparato policial antiterrorista y de los órganos judiciales de la Audiencia Nacional; sin embargo, la evolución del terrorismo yihadista ha modificado por completo el escenario en el que nos movemos.

Mientras las organizaciones terroristas tradicionales, bien de naturaleza marcadamente local y vinculadas a planteamientos de segregación territorial (por ejemplo, ETA), bien de corte marxista revolucionario (por ejemplo, GRAPO) se encuentran inmersas en un irreversible proceso de desaparición y extinción, el terrorismo internacional yihadista se ha consolidado como un problema global de dimensiones especialmente graves y alarmantes, constituyendo actualmente la mayor amenaza para la libertad y la seguridad de nuestras democracias.

Tras los gravísimos atentados cometidos a principios de este milenio, entre ellos el perpetrado el 11 de Marzo de 2004 en Madrid (que ocasionó 192 muertos y más de 2000 heridos), la política criminal contra el terrorismo se ha centrado fundamentalmente en el ámbito de la prevención, articulando para ello una respuesta preventiva o anticipada que permitiera al sistema de justicia penal intervenir frente a las actividades que han venido propiciando y facilitando la expansión del yihadismo, y que están sirviendo para aumentar el riesgo de comisión de acciones terroristas: nos referimos a los procesos de captación, adoctrinamiento, radicalización, reclutamiento, adiestramiento, y a las actividades de soporte, apoyo y cobertura a las células, grupos y personas que militan en el ideario yihadista.

El cambio de enfoque fue sin duda acertado. Durante años la acción conjunta y coordinada de los servicios de información antiterroristas, bajo el control de la Fiscalía y de los órganos judiciales, resultó sumamente eficaz, y no fueron pocos los intentos de ejecución de atentados terroristas que pudieron ser abortados, unos en fase embrionaria, otros en fase más avanzada de preparación. Pero el riesgo cero no existe.

Lamentablemente en la tarde del 17 de agosto del pasado año, una célula ubicada en Cataluña ejecutó un atentado terrorista en Barcelona, utilizando para ello un vehículo que atropelló masivamente en las Ramblas a una multitud de personas, acción en la que murieron 17 personas. Los miembros de la célula terrorista fueron finalmente abatidos por los Mossos d'Esquadra, 5 de ellos unas horas más tarde en la localidad de Cambrils, donde también atropellaron a varias personas que resultaron

heridas, y el autor material el 21 de agosto en la localidad de Subirats (Barcelona); 4 individuos más se encuentran actualmente imputados en el procedimiento judicial que se instruye a tales efectos. El hecho fue precedido de una explosión que se produjo la noche anterior en una vivienda de la localidad de Alcanar (Tarragona), en el que una persona —el imán de la célula y supuesto instigador del atentado— resultó muerta y otra fue ingresada en un hospital por las heridas sufridas.

Es sobradamente conocido que en la gestión de la información y en la resolución del caso se produjeron algunas situaciones rayanas en la descoordinación entre cuerpos policiales y en la desconfianza en el uso compartido de la información. En una materia como ésta, que afecta en buena medida a la seguridad nacional, la coordinación y la cooperación entre los servicios de información es una de las claves de la lucha contra el terrorismo, por lo que es necesario evitar en el futuro que se produzcan disfunciones de esta naturaleza.

Con el fin de mejorar y reforzar la actuación del Ministerio Fiscal en las funciones de investigación y persecución de los delitos de terrorismo, mediante Decreto del Fiscal General del Estado de fecha 13 de junio de 2017 se ha designado al Excmo. Sr. D. Javier Zaragoza Aguado como Fiscal de Sala del Tribunal Supremo Asesor para Terrorismo, con el siguiente contenido funcional:

1. La coordinación, bajo la supervisión de los Fiscales de Sala Jefes, de los recursos de casación relativos a los delitos de terrorismo, y la intervención en aquellos asuntos de esta naturaleza que puedan considerarse de mayor relevancia, a criterio de los referidos Fiscales de Sala Jefes

2. Informar al Fiscal General del Estado sobre la evolución de la amenaza terrorista y sobre las medidas legislativas que sean necesarias para mejorar la respuesta legal frente a este problema

3. Cualquier otra función que en materia antiterrorista le sea expresamente encomendada, atendidas las circunstancias. En concreto, para la asistencia, en representación del Fiscal General del Estado, a Comisiones, Encuentros y Reuniones que se celebren con Autoridades nacionales o de otros países u Organismos internacionales sobre temas relacionados con el terrorismo y su financiación.

El escaso tiempo transcurrido desde el nombramiento no ha facilitado un adecuado y ordenado desarrollo del cometido funcional que el Fiscal General del Estado asignó mediante el citado decreto. Sin duda, la presentación de esta Memoria puede constituir un primer paso para delimitar de un modo más preciso las concretas funciones que finalmente nos han sido atribuidas, en particular las contenidas en el apar-

tado 3 del decreto, o incluso para plantear una ampliación o mejora de las mismas. Es evidente que la redacción del apartado incluye tanto la asistencia a Comisiones, cuya actividad se despliega fundamentalmente en el ámbito institucional, como a Encuentros y Reuniones, que pueden ser tanto institucionales como formativos (vg. seminarios, talleres, cursos, etc.); y en ambos casos tanto si son a nivel nacional como en el plano internacional.

En el ámbito institucional, por el Fiscal de Sala Asesor en esta materia se considera imprescindible que sea designado para intervenir en representación del Ministerio Fiscal en la Comisión de Vigilancia de Actividades de Financiación del Terrorismo, creada por la ley 12/2003 de 21 de mayo. A diferencia de otras comisiones, en las que la intervención del Ministerio Fiscal se atribuye en función del cargo que se ostenta, en aquélla está prevista la participación de un miembro del Ministerio Fiscal que ha de ser designado por el Fiscal General y que actúa en su representación.

El desarrollo de esta tarea exigiría igualmente que todas las actividades relacionadas con el terrorismo y su financiación, sean en el ámbito nacional o internacional, cuya realización se comunicara a la oficina del Fiscal General del Estado, fueran puestas automáticamente en conocimiento del Fiscal de Sala Asesor al objeto de poder asumir, en su caso, la representación de aquél y la asistencia a tales actividades.

Como propuestas de futuro quizás sería conveniente reforzar su función en el ámbito de la coordinación y asesoramiento de los servicios policiales especializados en la investigación y persecución del terrorismo, potenciando la realización de actividades formativas con las citadas Unidades al objeto de compartir con sus miembros los criterios jurídicos que deben presidir el desarrollo de las investigaciones llevadas a cabo por las mismas.

1.2.6.2 *Breve síntesis de las últimas reformas legales. Aplicación de los tipos penales de terrorismo en la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Análisis de las sentencias dictadas en casación*

A. Las más recientes reformas legislativas, tanto penales como procesales, han incorporado nuevos tipos penales y nuevos instrumentos de investigación para garantizar una respuesta más eficaz frente a un fenómeno criminal que en alguna de sus formas constituye uno de los más graves peligros para nuestra sociedad. La globalización y el uso de las nuevas tecnologías de la información y de la comunicación han tenido

mucho que ver en ello, porque Internet y las redes sociales son hoy el escenario principal de la batalla que se libra contra el terrorismo yihadista.

Así, la ley orgánica 5/2010 de 22 de Junio, que ha implementado la Decisión Marco de 28-11-2008, ha criminalizado bajo el manto de la colaboración con organización terrorista del art. 576 (actual art. 577 CP) los actos de captación, adoctrinamiento, adiestramiento y formación de personas para integrarse en organizaciones o grupos terroristas o para cometer delitos de terrorismo, y en el art. 579.1.2.º la distribución o difusión pública de mensajes o consignas dirigidos a provocar, alentar o favorecer la comisión de delitos de terrorismo. También abordó otras modificaciones de importante entidad como la tipificación expresa del delito de financiación del terrorismo, la imposición de la pena de libertad vigilada y la imprescriptibilidad de las acciones terroristas con resultado de muerte y de las penas impuestas por las mismas.

Sin embargo, esta reforma resultó insuficiente ante los nuevos escenarios por los que discurría el terrorismo yihadista. Por ello, la reforma del Código Penal, aprobada por ley orgánica 2/2015 de 30 de marzo, ha incorporado al texto punitivo nuevos instrumentos penales, articulando así una respuesta legal preventiva que pretende ser mucho más efectiva, y a la vez capaz de combinar la eficacia en la actuación contra la amenaza terrorista con el respeto a las libertades y garantías constitucionales del Estado de Derecho.

No debe perderse de vista que la reforma fue consensuada y asumida a primeros de febrero de 2015 por la práctica totalidad de las fuerzas políticas parlamentarias, en el marco del Pacto Antiterrorista. Sólo la introducción de la pena de prisión permanente revisable sigue siendo objeto de posiciones encontradas.

B. Como indicábamos con anterioridad, la última reforma ha incorporado tipos penales muy novedosos en el panorama jurídico comparado como son, por una parte, el adiestramiento o el adoctrinamiento pasivos, y por otra, el autoadoctrinamiento y el autoadiestramiento, especialmente cuando se producen on line, en tanto que son conductas con una notable potencialidad criminal y generadoras de un riesgo de ejecución de otras acciones constitutivas de delitos de terrorismo que debe ser neutralizado.

Es evidente que nuestro legislador se ha adelantado a la normativa internacional, porque los tipos penales del autoadoctrinamiento y adoctrinamiento pasivo que acabamos de mencionar no disponen de apoyo normativo ni en la Resolución 2178 del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas, ni en el Convenio del Consejo de Europa *para la Prevención del Terrorismo* hecho en Varsovia el 16 de mayo de 2005 (cuyo protocolo adicional fue aprobado en Mayo de 2015), ni en la

reciente Directiva 2017/541 de 15 de marzo, y ello ha generado problemas de cierto calado en su aplicación, derivados de la exégesis interpretativa que ha realizado la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo en relación con los casos examinados en sede casacional.

C. Como síntesis general de los asuntos de terrorismo analizados en el cauce procesal de la casación, debemos indicar que en el año 2017 la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo ha dictado 46 sentencias en otros tantos recursos de casación relativos a delitos de terrorismo, sentencias que podemos clasificar en función de diferentes parámetros:

1. *Por el contenido del recurso*: 19 se refieren a la revisión de sentencias firmes por inaplicación del art. 579 bis.4 CP (18 de ellas desestimatorias y 1 con estimación parcial del recurso); 5 por no acumulación de condenas impuestas en sentencias dictadas por los tribunales franceses (todas desestimatorias); 2 sobre revisión de penas (una estimatoria y otra desestimatoria); 2 contra liquidaciones de condena (una estimatoria y otra desestimatoria); y las 18 restantes han recaído en recursos interpuestos contra sentencias dictadas por la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional tras el enjuiciamiento de hechos delictivos constitutivos de terrorismo (9 de ellas desestimatorias y 9 con estimación total o parcial del recurso).

2. *Por el sentido del pronunciamiento*: de las 46 sentencias dictadas en casación, 34 de ellas han sido confirmatorias de las sentencias recurridas; y en las 12 sentencias restantes se ha estimado el recurso de casación interpuesto, en un caso por el Fiscal y en los otros 11 por las defensas (en 5 casos con estimación parcial del recurso y en 6 casos con estimación total del recurso).

3. *Por la calificación jurídica sometida a recurso*: de las 18 sentencias dictadas en relación a otros tantos enjuiciamientos en única instancia, en 12 de ellas se analizan delitos de enaltecimiento del terrorismo del art. 578, en 3 de ellas delitos de pertenencia a organización terrorista, en 2 de ellas el delito de autoadoctrinamiento del art. 575.2 CP, en otras 2 el delito de colaboración con organización terrorista del art. 577 CP, en una el delito de atentado terrorista del art. 573 y 573 bis.1.1.º CP, y en otra el delito de tenencia de explosivos del art. 574 CP.

4. *Por la posición del recurrente*: de los 46 recursos de casación resueltos, 42 han sido interpuestos por las defensas (de los que 6 han sido estimados totalmente, 5 han sido estimados parcialmente y 31 han sido desestimados) y 4 por el Fiscal (de ellos 1 estimado totalmente y 3 desestimados).

5. *Por el tipo de terrorismo*: de los 46 asuntos sometidos a examen casacional, 10 de ellos están relacionados con el terrorismo yihadista, 3 con el terrorismo de GRAPO, 3 con el terrorismo radical

gallego, 28 con el terrorismo de ETA, y los 2 restantes se refieren a asuntos de enaltecimiento de varios fenómenos terroristas.

Estos datos indican que el porcentaje de resoluciones casadas es ciertamente elevado (se incluyen sentencias y autos), y se sitúa aproximadamente en torno al 26 % del total de resoluciones revisadas en casación.

Entrando en el análisis de la doctrina jurisprudencial, las aportaciones más relevantes que se pueden observar son las siguientes:

Respecto al delito de enaltecimiento del terrorismo del art. 578:

1. La STS de 18 de enero de 2017, estimando el recurso interpuesto por el Fiscal, condena a C. M. L., cantante y letrista del grupo musical *Def con Dos*, como autor de un delito de enaltecimiento del terrorismo y de humillación a las víctimas por haber emitido a través de twitter varios mensajes de contenido laudatorio de las actividades terroristas y ofensivo para las víctimas. La doctrina jurisprudencial que se esboza en la indicada resolución se puede resumir en las interesantes reflexiones que a continuación vamos a señalar:

- No todo exceso verbal, ni todo mensaje que desborde la protección constitucional, pueden considerarse incluidos en el art. 578 del CP. Nuestro sistema jurídico ofrece otras formas de reparación de los excesos verbales que no pasa necesariamente por la incriminación penal, que debe reservarse para las acciones más graves.

- El derecho penal no puede prohibir el odio, no puede castigar al ciudadano que odia. Los sentimientos y las ideas no son punibles (cfr. STS de 17-7-2008 dictada en el caso del 11-M), pero el legislador ha querido que el mensaje de odio que socava las bases de la convivencia y que humilla a las víctimas del terrorismo tenga un tratamiento específico en el art. 578, con una sistemática singularizada frente al tipo previsto en el art. 510 del mismo texto punitivo.

- La extensión actual de las nuevas tecnologías al servicio de la comunicación intensifica de forma exponencial el daño de afirmaciones o mensajes que, en otro momento, podían haber limitado sus perniciosos efectos a un reducido y seleccionado grupo de destinatarios.

- No es admisible una interpretación del art. 578 del CP que para su aplicación exija la valoración de un dictamen pericial sobre la etiqueta que el autor reivindica para su propia obra artística.

- El art. 578 del CP sólo exige el dolo, esto es, el conocimiento de los elementos que definen el tipo objetivo. La afirmación de que el condenado no perseguía la defensa de los postulados de una organización terrorista y de que tampoco buscaba despreciar a las víctimas, es abso-

lutamente irrelevante en términos de tipicidad. La estructura típica del delito previsto en el art. 578 del CP no precisa la acreditación de con qué finalidad se ejecutan los actos de enaltecimiento o humillación.

2. La STS de 27 de octubre de 2017 considera que el hecho de retuitear imágenes, vídeos o expresiones claramente laudatorias de las actividades o individuos terroristas cumple suficientemente las exigencias típicas que proclama el art. 578 CP, indicando expresamente que no es necesario, porque el tipo no lo exige, que el acusado asuma como propio, razone o argumente la imagen y su mensaje, ni tampoco que sea el recurrente el que lo haya creado, sino que basta que de un modo u otro accedan a él, y les de publicidad, expandiendo el mensaje a gran cantidad de personas.

3. Las SSTs de 17 y 25 de mayo de 2017, dictadas tras la aprobación de la Directiva 2017/541 de 15 de marzo relativa a la lucha contra el terrorismo, proclaman que el tipo penal del enaltecimiento del terrorismo previsto por el art. 578 –no así el de humillación a las víctimas– exige para que la conducta sea típica, aun cuando el tipo penal no lo incluye expresamente, que se genere un riesgo para las personas o derechos de terceros o para el propio sistema de libertades, o dicho de otro modo que la conducta suponga una incitación directa o indirecta para la comisión en abstracto de acciones terroristas.

Esta nueva orientación jurisprudencial, consecuencia de la aprobación de la citada Directiva, ha llevado a estimar en vía casacional los recursos formulados por las defensas contra sentencias condenatorias dictadas por la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, porque en estas resoluciones no se concretó la existencia del riesgo que la Directiva 2017/541 exige para sancionar penalmente tales conductas, o dicho de otro modo no se acreditó como hecho probado que la justificación y/o enaltecimiento supusiera en el caso concreto una incitación, al menos indirecta, a la comisión de acciones terroristas en sentido genérico.

La nueva doctrina jurisprudencial acuñada formula una interpretación constitucional del tipo penal que se puede resumir en los siguientes términos:

– El delito definido en el art. 578 del Código Penal, en su redacción original, dada por la LO 7/2000, de 22 de diciembre, contiene dos conductas claramente diferenciadas: a) el enaltecimiento o justificación del terrorismo, en su aspecto dinámico o delictivo; b) la humillación de las víctimas del terrorismo. Ambas conductas tienen una finalidad diferente. Mediante la primera, se tipifican aquellas expresiones que alaben las acciones terroristas, bajo el fundamento de que

propician o pueden propiciar su perpetración, y ponen en riesgo a la sociedad, procedente de individuos que pueden atentar contra los valores más sustanciales de nuestra convivencia. Cuando se enaltece, se está induciendo a la comisión de acciones terroristas. La segunda modalidad delictiva, por el contrario, protege el honor de las víctimas, de tal manera que incrimina las expresiones injuriantes que supongan humillación, mofa, descrédito o desprecio de tales víctimas, por el solo hecho de serlo, de manera que se las vilipendia de forma servil. Aquí no hay riesgo de comisión delictiva, sino puro y simple desprecio y humillación.

- El tipo exige formalmente una actuación del sujeto que suponga justificar delitos de terrorismo o enaltecer a los que hayan participado en ellos. Pero no basta esa objetiva adecuación entre el comportamiento atribuido y la descripción que tales verbos típicos significan.

- Recuerda la STC 112/2016 que en su doctrina sobre tipos penales semejantes ya adelantó, respecto a los referidos a la negación y difusión de ideas que justifiquen el genocidio, que es constitucional la sanción penal si aquella negación y justificación opera como incitación, aunque indirecta, a su comisión (STC 235/2007), es decir, si se genera una situación de riesgo para las personas o derechos de terceros o para el propio sistema de libertades, elemento determinante delimitador de la constitucionalidad del tipo penal.

- La sanción penal de las conductas de enaltecimiento del terrorismo sancionadas en el artículo 578, supone una legítima injerencia en el ámbito de la libertad de expresión de sus autores en la medida en que puedan ser consideradas como una manifestación del discurso del odio por propiciar o alentar, aunque sea de manera indirecta, una situación de riesgo para las personas o derechos de terceros o para el propio sistema de libertades.

- Este riesgo no se encuentra naturalmente presente en la otra modalidad prevista en el art. 578 del Código Penal, esto es, la humillación de las víctimas del terrorismo, tipo delictivo que tiene como fundamento vilipendiar a quien ya ha sido objeto de un ataque terrorista, o bien a sus familiares, aumentando aún más si cabe el dolor que produce el terror, y con el que ningún «riesgo» puede ser exigido para su perpetración y sanción penal.

Respecto al delito de autoadoctrinamiento del art. 575.2 CP, que constituye una de las principales novedades introducidas por la ley orgánica 2/2015 de 30 de marzo, también se han dictado algunos pronunciamientos jurisprudenciales realmente interesantes.

1. La STS de 17 de mayo de 2017 contiene un pormenorizado estudio del delito de autoadoc-trinamiento, realizando algunas obser-vaciones que a continuación vamos a tratar de resumir:

- En primer lugar, cuestiona la equiparación punitiva de conduc-tas de tan diferente riesgo, como las referidas al autoadiestramiento, es decir la obtención de conocimientos o prácticas militares o de com-bate, o en el desarrollo de armas químicas o biológicas, o para la fabri-cación de explosivos, con la mera formación ideológica.

- El tipo objetivo se formula alternativamente: el acceso habitual a internet o disyuntivamente, la adquisición o tenencia de documentos donde ya no se exige habitualidad, lo que demuestra la desmesurada extensión de su ámbito, pues ni siquiera se exige que se hubieren leído.

- El contenido de las páginas electrónicas a las que se accede o de los documentos que se adquieren o se poseen, deben estar dirigidos o resultar idóneos para incitar a la incorporación a una organización o grupo terrorista, o a colaborar con cualquiera de ellos o en sus fines. Pero esta exigencia, es objetiva, predicable del contenido al que se accede, se adquiere o se posee.

- El elemento subjetivo del injusto, expresamente requerido, es diverso y contiene un elemento teleológico redoblado; de forma que el acceso habitual a internet o la adquisición o tenencia documental debe ser con la «finalidad de capacitarse», donde el logro pretendido de tal aptitud, a su vez, ha de ser «para llevar a cabo cualquiera de los delitos tipificados en este Capítulo». Elemento subjetivo que obviamente necesita probarse, sin que resulte suficiente para su acreditación el mero contenido de las páginas de internet examinadas o de los docu-mentos poseídos.

- Esta exigencia determina la atipicidad de los actos de autoadoc-trinamiento que se realicen con finalidades investigadoras o de mera curiosidad, y deja fuera de este tipo los efectuados para cometer delitos de naturaleza no terrorista (como pudiera ser un asesinato común); sin embargo permite su aplicación, tanto a su realización con la finalidad de prepararse para cometer un acto terrorista individual y completamente desvinculado de un grupo u organización terrorista concreta, como para integrarse en una de estas estructuras (art. 572.2 CP), o simplemente para colaborar de forma puntual con las mismas (art. 577 CP), de modo que posibilita castigar como autor de estos delitos en su modalidad consumada a quien tan solo se prepara o forma para cometer delitos que castigan a su vez actuaciones que, cuando se ejecuten, se desen-volverán también en el ámbito meramente preparatorio de delitos terroristas en sentido estricto.

– Tal finalidad última de la autoformación, el posibilitar «llevar a cabo cualquiera de los delitos tipificados en este Capítulo», y no exclusivamente, como en los instrumentos europeos se circunscribe a los delitos de «terrorismo» en sentido restringido, conlleva en su correlación con los delitos «relacionados con la actividad terrorista» que se originen solapamientos con algunas de las conductas allí contempladas, y problemas concursales, de no siempre fácil resolución, donde el criterio de la absorción impedirá con frecuencia aplicar el subsidiario de la alternatividad (previsto exclusivamente en defecto de los demás establecidos en el art. 8 CP).

– No cabe identificar la adhesión ideológica con la autoformación para la incorporación a la organización o movimiento terrorista, o para colaborar con la misma, o para la persecución de sus fines, o para la comisión de cualquier otro delito previsto en este Capítulo VII del título XXII; resta un tramo para llegar a estas incipientes resoluciones manifestadas, que precisa concreción en la tipicidad criminal buscada (no la referencia a un delito concreto sino al tipo delictivo), que obviamente debe ser acreditado.

2. La STS de 15 de noviembre de 2017 examina también el delito de autoadoctrinamiento previsto en el art. 575.2 CP llegando a conclusiones idénticas:

– El sujeto activo que lleva a cabo la conducta típica es el mismo destinatario de los efectos que constituyen su finalidad. Dice el apartado 2 del artículo 575 que las actividades previstas en el apartado anterior el autor las «lleve a cabo por sí mismo». La actividad consiste en «recibir adoctrinamiento» (o adiestramiento militar o de combate, o en técnicas de desarrollo de armas químicas o biológicas, de elaboración o preparación de sustancias o aparatos explosivos, inflamables, incendiarios o asfixiantes, o específicamente destinados a facilitar la comisión de alguna de tales infracciones).

– Las modalidades de esa recepción prevista en el art. 575.2 son dos: «cuando el autor acceda de manera habitual a uno o varios servicios de comunicación accesibles al público en línea o contenidos accesibles a través de internet o de un servicio de comunicaciones electrónicas; también comete el tipo el que adquiera o tenga en su poder determinados documentos», sin exigencia en este caso de habitualidad.

– En ese tipo de acción se incluye, además, un elemento subjetivo cuya ausencia hace la acción penalmente insignificante: la finalidad de capacitarse para llevar a cabo cualquiera de los delitos tipificados en este Capítulo (terrorismo). El elemento subjetivo del injusto, expresamente requerido, es diverso y contiene un elemento teleológico

redoblado; de forma que el acceso habitual a internet o la adquisición o tenencia documental debe ser con la finalidad de capacitarse, donde el logro pretendido de tal aptitud, a su vez, ha de ser para llevar a cabo cualquiera de los delitos tipificados en este Capítulo.

– Esa doble finalidad debe concurrir en los accesos a servicios de comunicación como resulta de la exigencia de que los contenidos de éstos «estén dirigidos o resulten idóneos para incitar a la incorporación a una organización o grupo terrorista, o a colaborar con cualquiera de ellos o en sus fines». Y cuando la conducta consista en adquirir o poseer determinados documentos, la antijuridicidad se acota con este mismo elemento subjetivo: «que estén dirigidos o, por su contenido, resulten idóneos para incitar a la incorporación a una organización o grupo terrorista o a colaborar con cualquiera de ellos o en sus fines». La norma exige tales características de los contenidos en la red a la que se accede o en los documentos adquiridos o poseídos, de tal suerte que aquellas tienen que ser abarcadas por el conocimiento del autor.

– Dado que el delito se puede consumar, en esas específicas modalidades, desde el acceso a aquellos específicos contenidos o por la mera adquisición o posesión de los citados documentos, puede decirse que, al menos en tales hipótesis, cabe hablar de lo que viene conociéndose como adelantamiento de las barreras punitivas mediante la incriminación de actos preparatorios (de la capacidad) individuales. Se puede hablar incluso de actos protopreparatorios, si advertimos que, a su vez, la capacidad preparada también ha de vincularse inescindiblemente a una ulterior ejecución de delitos de terrorismo, sin cuya vinculación la autocapacitación sería atípica.

Conclusiones. De la doctrina anteriormente expuesta respecto a ambos tipos penales (enaltecimiento del terrorismo y humillación de las víctimas, y autodoctrinamiento terrorista), pueden extraerse las siguientes conclusiones:

1.^a El discurso del odio tiene relevancia penal en sus manifestaciones más graves, entre ellas la exaltación y/o justificación de los métodos terroristas y las que supongan desprecio, ofensa, menosprecio o humillación para las víctimas. El dolo del sujeto activo como elemento subjetivo del tipo no queda excluido por la finalidad que aquél pretenda.

2.^a La conducta consistente en el enaltecimiento del terrorismo requiere que las acciones o expresiones laudatorias o justificadoras, además de ser públicas, supongan una incitación, cuando menos indirecta, a la comisión «en abstracto» de acciones de naturaleza terrorista; la constatación de este riesgo sustrae a tales conductas del ámbito de protección de la libertad de expresión.

3.^a Ese riesgo no es necesario acreditarlo en los delitos de humillación o menosprecio a las víctimas del terrorismo en cuanto no constituye un elemento del tipo.

4.^a La probanza del riesgo en el delito de enaltecimiento del terrorismo se determinará en atención a diferentes circunstancias: muy singularmente las características del autor y del destinatario, el contexto en el que se produzca, el impacto que haya tenido en las redes sociales y el propio contenido de los mensajes, expresiones o acciones.

5.^a La conducta consistente en retuitear imágenes, vídeos o expresiones claramente laudatorios de las actividades o individuos terroristas cumple suficientemente las exigencias típicas que proclama el art. 578 CP, de modo que no es necesario que el acusado asuma como propio, razone o argumente la imagen y su mensaje, ni tampoco que sea el recurrente el que lo haya creado, sino que basta que de un modo u otro accedan a él, y les dé publicidad, expandiendo el mensaje a gran cantidad de personas.

6.^a Los delitos de autoadoctrinamiento y adoctrinamiento pasivo son actos protopreparatorios punibles que obligan a sancionar penalmente conductas previas a las tradicionales conductas preparatorias (conspiración, proposición y provocación para delinquir de los arts.17 y 18 CP).

7.^a Ambos tipos penales requieren inexcusablemente que los contenidos a los que se accede *on line* y los documentos que se posean o adquieran vayan dirigidos a o sean idóneos para incitar a la incorporación a una organización o grupo terrorista, o a colaborar con cualquiera de ellos o en sus fines.

8.^a En ambos tipos penales es necesario un elemento teleológico o finalístico reforzado: la acción debe ejecutarse con la finalidad de capacitarse para cometer alguno de los delitos de terrorismo tipificados en el capítulo (en cualquiera de sus modalidades), de modo que el dolo debe abarcar también el fin perseguido.

9.^a La habitualidad solo es predicable de la primera modalidad típica del autoadoctrinamiento (el acceso *on line* a los contenidos que el tipo penal describe y que se encuentran disponibles en internet o en servicios de comunicación electrónica).

10.^a En todos los casos, deberán aportarse a la investigación elementos indiciarios que acrediten los diferentes requisitos objetivos y subjetivos de los tipos penales que acabamos de mencionar, y dejar constancia en los hechos probados de la concurrencia de todos los elementos típicos expuestos.

11.^a La concurrencia de diferentes calificaciones jurídicas respecto a los hechos investigados, particularmente en lo que atañe al terrorismo internacional yihadista, deberá resolverse conforme a los

criterios establecidos en el art. 8 CP; en todo caso, siendo habitual que el *factum* objeto de acusación pueda incardinarse también en otros delitos de riesgo, incluso con mayor reproche punitivo (vg. como integración o colaboración con organización o grupo terrorista), parece aconsejable que la acusación se formule también por todos los delitos para evitar las limitaciones que impone el principio acusatorio.

1.3 Sección de lo Contencioso-Administrativo

1.3.1 ORGANIZACIÓN Y FUNCIONAMIENTO

Si en la Memoria anterior quedaba constancia de que 2016, frente al ejercicio precedente, se había caracterizado por la estabilidad de los efectivos de esta Sección, ya se anticipaba entonces, al tiempo de redactarla, cómo el año 2017 volvía a aportar cambios que, dada la reducida dimensión de la plantilla, la modificaban nada menos que en un cincuenta por ciento. Como ya se anunciaba en aquella ocasión, el ascenso a la primera categoría de la Carrera Fiscal de los Sres. Moix Blázquez y Moreno Carrasco generó dos vacantes que, a comienzos del mes de mayo, vendrían a ser cubiertas por don Ricardo Francisco González Cerrón y don Manuel Campos Sánchez. La excelencia profesional de estos nuevos Fiscales del Tribunal Supremo, reflejada en unos historiales brillantes que en el caso del primero ya incluía una estancia en comisión de servicio en esta Sección, entre julio de 2014 y junio de 2015— se traduce en un desempeño cotidiano caracterizado por el rigor, el interés, el esfuerzo y el estudio, fruto palpable de una sólida y persistente vocación e ilusión por el trabajo, lo que es aún más relevante, tratándose de Fiscales de gran experiencia y muy larga trayectoria. La suma de estas incorporaciones a la amplísima experiencia y el dominio de la materia que caracterizan la rigurosa ejecutoria del cuarto miembro de la plantilla, don Pedro Campoy Rebollo, han venido a cerrar cabría esperar que esta vez de forma más estable— una plantilla de Fiscales de inmejorable nivel, a la que exclusivamente puede hacerse una objeción: su composición exclusivamente masculina, que convierte a esta Sección, salvo error, en la única y última unidad orgánica del Ministerio Público español en que subsiste ese rasgo anacrónico, difícil de entender y justificar en el contexto de nuestra sociedad y de la propia Carrera Fiscal.

Al hilo de ese sustancial relevo pareció oportuno refundir y recomponer las reglas internas de organización y funcionamiento que habían ido haciéndose necesarias a lo largo de los últimos años. A ese propósito responde la Nota de Servicio 2/2017, de la que se dio cumplida cuenta a la Inspección Fiscal, y que cabría describir como una especie de *manual de instrucciones de uso* de todo aquello que atañe al reparto de trabajo (tanto de Fiscales como de funcionarios), régimen de las Juntas de Sección, recopilación de dictámenes y resúmenes de jurisprudencia a los que se hará mención en el apartado dedicado a la coordinación de los Fiscales especialistas, comunicaciones con organismos y particulares, turnos de vacaciones y sustituciones en caso de ausen-

cia, baja o vacante, o, en fin, gestión de los medios materiales, en particular la relativa a los frecuentes problemas que genera el sistema informático, de manera que una lectura completa del documento permite obtener una fiel y completa descripción del funcionamiento de la Sección en todos sus aspectos. Además, la deliberada exhaustividad de esas normas organizativas, exclusivamente dirigidas a evitar situaciones de conflicto y ofrecer soluciones flexibles a problemas reales fruto de una experiencia previa, ha servido, lejos de generar hábitos burocráticos o mecanicistas, para optimizar la eficacia de la Sección más allá de las concretas situaciones personales o de las circunstancias cotidianas, generando un entorno de seguridad y capacidad de previsión en el desempeño de las distintas tareas, en la medida en que lo que no está ya previsto tiene al menos pautado un procedimiento inmediato de solución. De este modo, además, se descarga al Fiscal Jefe y al resto de los Fiscales de la enojosa e improductiva atención cotidiana a esos aspectos funcionales o accesorios, permitiéndoles concentrar su tiempo y su esfuerzo en la esencial dimensión jurídica de su cometido.

En este plano organizativo, puede reseñarse como especialmente positivo el resultado de la inclusión sistemática en la Junta semanal de Sección, desde la entrada en vigor de la LO 7/2015 que cambió el modelo casacional de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, tal y como ya se detalló en Memorias anteriores, del debate acerca de todos los recursos de casación en que es parte el Ministerio Fiscal, ya sea en el trámite de personación y previo a la admisión, ya sea en el trámite de alegaciones al recurso propiamente dicho, una vez admitido y formalizada su interposición. En particular es destacable, como se dirá al analizar los datos estadísticos, el alto grado de aceptación por la Sala Tercera del Tribunal Supremo de los dictámenes emitidos a partir de ese debate semanal en Junta, acerca de la inadmisibilidad *a limine* de los recursos por no reunir los requisitos legalmente exigibles para tenerlos por preparados, pese a que los Tribunales de origen hayan dictado resolución favorable en ese sentido.

Una vez más, y sin que con ello se pretenda convertir esta observación en una mera cláusula de estilo, sino todo lo contrario, reiterar con énfasis una llamada de atención a quien corresponda, procede dejar constancia del pertinaz y patente incumplimiento de los objetivos de la Ley 42/2015, de 5 de octubre, relativa al empleo de sistemas telemáticos para la presentación de escritos y documentos y la realización de actos de comunicación procesal, en cuanto afecta a esta Sección. Después de la comunicación de la Unidad de Apoyo de 25 de febrero de 2016, de la que se dio cuenta en la Memoria anterior, no se ha producido el más mínimo movimiento; aunque paradójicamente resulte

difícil valorar como negativas las consecuencias de esa inacción, habida cuenta de las controvertidas referencias –por expresarlo con mesura– que pueden obtenerse, incluso en documentos y acuerdos del Consejo Fiscal, acerca del (insatisfactorio) funcionamiento de tales sistemas en las Fiscalías en que están siendo o han sido ya implantados.

De hecho, ya los escasos y mucho menos complejos medios informáticos de los que dispone la Sección constituyen el origen de frecuentes perturbaciones en el trabajo de la oficina y de los propios Fiscales, que se ve además condicionado por un servicio de atención al usuario muy burocratizado, con escasa o lenta capacidad de reacción a la hora de resolver las incidencias –sin perjuicio en su caso de la actitud voluntariosa de quienes las tramitan– y, sobre todo, palmariamente ajeno al conocimiento de la realidad organizativa y funcional y las elementales necesidades y prioridades de funcionamiento de una Fiscalía. En la mayor parte de los casos, solo la solvencia profesional, la implicación y el esfuerzo de la técnico ubicada en la sede de la Fiscalía General del Estado, D.^a Sandra Viruega Torrero, permite salvar aquellas situaciones en que se hace más evidente la sensación de que los sistemas ofimáticos de los que disponemos, tal y como operan, en lugar de facilitar y agilizar el trabajo sirven para complicarlo y ralentizarlo.

1.3.2 ACTIVIDAD DE LA SECCIÓN

Desde el punto de vista cuantitativo, la actividad de la Sección de lo Contencioso-Administrativo de la Fiscalía del Tribunal Supremo en el año 2017 se resume en las siguientes cifras:

1. Recursos de casación	181
– Ordinaria (art. 86 y ss. LJCA)	172
Derechos fundamentales	163
– Personaciones	63
Admisión-Inadmisión	47
– Oposición	34
– Interposición	–
– Otros	19
Procedimiento Ordinario	3
– Personación	1
– Otros	2
Tribunal de Cuentas	6
– Personación	1
– Admisión-inadmisión	3

– Oposición	2
– En interés de la ley	9
– Dictámenes	9
2. Recurso contencioso-administrativo	78
– Derechos fundamentales	32
– Alegaciones	10
– Alegaciones pieza separada	6
– Conclusiones	2
– Otros	14
– Procedimiento ordinario	46
– Personación	5
– Alegaciones	6
– Alegaciones pieza separada	1
– Conclusiones	6
– Otros	28
3. Cuestión de inconstitucionalidad	6
4. Cuestiones prejudiciales TJUE	–
5. Nulidad de actuaciones	4
6. Competencias	90
– Dictamen exposición razonada	64
– Conflicto de competencia	13
– Cuestión de competencia	13
7. Asistencia jurídica gratuita	23
8. Recusaciones	-
9. Errores judiciales	28
– Alegaciones	19
– Otros	9
10. Recursos de revisión	41
– Dictámenes	35
– Otros	6
11. Diligencias preprocesales	4
– Incoación	1
– Trámite	2
– Decreto de archivo	1
12. Varios	6
– Totales	461
– Procedimientos ordinarios	252
– Proc. Derechos fundamentales	199

– Diligencias preprocesales	4
– Varios	6

De acuerdo con estos datos, por segundo año consecutivo continúa la tendencia a la baja en el número total de dictámenes emitidos, si bien con menor intensidad que en el ejercicio precedente. Se computan 461 dictámenes en 2017 frente a 495 en 2016, lo que supone un 6,8 % menos, frente a la reducción de más del 22 % entre 2015 y 2016, que como ya se explicó en su día se debió a un excepcional efecto estadístico al alza, en el ejercicio de 2015, de una «serie» o «saga» de recursos de casación en interés de la ley de idéntico contenido, relacionados con las medidas adoptadas en 2012 a consecuencia de la crisis económica.

Pero aun prescindiendo de esos matices, la cifra global de actividad es inferior a la más baja del último quinquenio (la del año 2012, en el que se computaron 493 dictámenes), muy probablemente aproximándose ya a un umbral más estable –y ligeramente más reducido– fruto de la profunda reforma procesal operada por L. O. 7/2015 que, como también se advirtió en las dos últimas ediciones de la Memoria, recortó de manera notable el ámbito de actuación de la Fiscalía del Tribunal Supremo en el orden contencioso-administrativo. Como era de prever, los números no son ajenos a la supresión del recurso de casación en interés de la ley, en el que antes la intervención del Fiscal era preceptiva, ni al excluyente llamamiento de «las partes» procesales en el trámite de planteamiento de las cuestiones prejudiciales ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en contra de la práctica tradicional que, por aplicación analógica del art. 35 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, venía determinando igualmente la intervención sistemática del Ministerio Público.

Es, por contraste, destacable y muy relevante la cifra total de intervenciones en el recurso de casación. Tras un inicial retraimiento posterior a la mentada reforma legal, la línea de recuperación que se atisbaba al redactar la Memoria del año pasado parece consolidarse claramente, con un salto de casi el 25,3 %, que se hace especialmente notorio, desde el punto de vista cualitativo, en el caso de los recursos de casación en procedimientos especiales de derechos fundamentales, ya que el efecto relativo de triplicación en los recursos ordinarios queda sin duda atenuado cuando se concreta en cifras absolutas, pudiéndose comprobar que simplemente se pasa de un dictamen a tres, lo que como es obvio carece de verdadera relevancia estadística. Sin embargo, como se acaba de apuntar, el aumento del número de dictámenes en los recursos de casación interpuestos en procesos de

protección de los derechos fundamentales sí es significativo, sobre todo si se tiene en cuenta que no obedece solamente al incremento de las alegaciones formuladas en el trámite de oposición al recurso (34 en 2017 frente a 26 en 2016) sino también al número de dictámenes emitidos en el trámite de admisión (47 frente a 29).

En este punto, como ya se ha recordado, conviene tener presente que por acuerdo de Junta de Sección se decidió establecer un especial control –a través de su estudio en la propia Junta– del cumplimiento de los requisitos de preparación del recurso, en orden a la utilización el cauce procesal previsto en art. 89.6 LJCA, según el cual, aun no cabiendo recurso contra el Auto que tuvo por preparada la casación, «la parte recurrida (...) podrá oponerse a su admisión al tiempo de comparecer ante el Tribunal Supremo, si lo hiciere dentro del término del emplazamiento». Pues bien, de los 47 dictámenes de inadmisión que se hacen constar en el cuadro estadístico, 46 se corresponden con esa actuación de la Fiscalía, y solo 1 con un traslado conferido por la Sala en el trámite de admisibilidad propiamente dicho (además, en el caso de un recurso tramitado con arreglo a la normativa anterior a la reforma). Quiere con ello decirse que esa actividad espontánea de la Fiscalía no solo ha venido a equilibrar en parte el patente déficit de intervención que le depara la nueva ley procesal en este recurso, sino que además, a juzgar por los datos que se reproducirán más adelante, viene teniendo una incidencia muy favorable, en términos de coincidencia con la posterior resolución de la Sala, en el esfuerzo de impedir que los recursos manifiestamente mal preparados que sin embargo han superado el filtro exclusivamente –a veces excesivamente– formal del Tribunal *a quo*, generen una inútil carga de tramitación a la Sala, más allá de ese control liminar de su inviabilidad.

También hay que anotar en el apartado de los incrementos el que, en un porcentaje muy notable, experimentan los dictámenes emitidos en recursos «directos», es decir, en los recursos contencioso-administrativos para cuyo enjuiciamiento en primera y única instancia es competente el Tribunal Supremo. Se registra en este caso un aumento constante desde el año 2015, en el que se computaron 19, que pasaron a 25 en 2016 y ascienden a 79 en 2017.

En sentido contrario se confirma, en cualquier caso, el incremento de la velocidad de extinción de los (hoy suprimidos) recursos de casación en interés de la ley que a la fecha de entrada en vigor de la L. O. 7/2015 se hallaban en trámite. Si en 2016 el número de dictámenes en este tipo de procedimientos se redujo a 24, el 2017 arroja ya un dato directamente revelador de la inminencia de su desaparición estadística: solo 9.

Mayor aún es el previsible impacto de la reforma legal antes mencionada en lo que concierne a las cuestiones prejudiciales ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Por si pudiera existir alguna duda sobre su intensidad, de los 29 dictámenes emitidos por la Fiscalía del Tribunal Supremo en 2015 y los 25 de 2016, en el año 2017 la estadística de la Sección en este capítulo pasa a un rotundo e inequívoco cero.

Asimismo, se observa un marcado descenso en el número de cuestiones de inconstitucionalidad (solo 6, por 44 en el ejercicio anterior), que sin embargo en este caso obedece más a una imagen estadística distorsionada que a un improbable fenómeno de radical reducción de las dudas que pueda albergar la Sala Tercera del Tribunal Supremo acerca de las leyes que cotidianamente aplica. En realidad, se trata tan solo de que a lo largo del ejercicio al que se contrae esta Memoria no se ha producido un fenómeno de «clonación» de conflictos, como por ejemplo el reseñado el pasado año en relación con la normativa reguladora de la estabilidad financiera del sector eléctrico. Cuando se reproducen pleitos de contenido similar, si no idéntico, sobre cuestiones atinentes a una pluralidad de afectados, resulta evidente que la reiteración también idéntica de los sucesivos incidentes del proceso, entre ellos el eventual planteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad, multiplica en igual proporción el número de dictámenes registrados. En esos supuestos, como es obvio, las cifras no son fieles a la desigual intensidad del trabajo que supone elaborar en su integridad un dictamen extremadamente complejo en algunos casos—, frente a la mera necesidad de reproducirlo modificando y adaptando los puntos concretos que varían en el resto de la «serie». Desde ese punto de vista, una cifra más corta como la que se ofrece este año puede ocultar un esfuerzo real mucho mayor, teniendo en cuenta que el despacho de este tipo de cuestiones no solo se caracteriza, en general, por la expresada complejidad, sino que además se ve sujeto a la presión de un plazo relativamente corto, aún más apremiante por la necesidad de evacuar la preceptiva consulta con la Fiscalía ante el Tribunal Constitucional (Instrucción 2/2012, de 27 de junio, *sobre criterios a seguir en la tramitación de las cuestiones de inconstitucionalidad*).

Igualmente se ha reducido de manera llamativa el número de dictámenes emitidos en procedimientos de error judicial, que pasan de 40 en 2016 a 28, lo que supone un descenso exactamente del 30 %. Es difícil interpretar el significado de este dato, cuya variabilidad en cifras absolutas relativamente cortas (en años anteriores la cifra se movió en torno a la cuarentena de dictámenes por este capítulo, pero en 2013 fueron 24 y en 2012 solo 30), por lo que no cabe sacar conclusiones expre-

sivas de una verdadera tendencia a la baja, sino más bien sospechar que se trata de una simple fluctuación de base aleatoria.

Sí hay que insistir, sin embargo, en que aun cuando se consolidara una reducción significativa de este tipo de asuntos, no sería seguramente en perjuicio del buen funcionamiento de la Justicia ni de la aportación positiva que a ella pueda realizar el Ministerio Fiscal. Como ya se ha denunciado en ocasiones anteriores, la utilización abusiva del procedimiento para la declaración de error judicial con fines patentemente desviados de los que la ley le asigna genera una carga de trabajo absurda, sobre todo por inútil: la doctrina de la Sala Tercera del Tribunal Supremo –igual que las del resto de las Salas del Alto Tribunal, en particular la Sala especial del art. 61 LOPJ– es nítidamente clara y especialmente rigurosa, sobre todo en el plano formal, a la hora de admitir y (rarísimamente) estimar esta clase de pretensiones, por lo que los habituales intentos de reconducir a través de este procedimiento las mismas pretensiones sostenidas a lo largo de todo el proceso precedente, en sus sucesivas instancias, como si se tratara de un simple recurso de apelación, se terminan viendo sistemáticamente frustrados, hasta el extremo de que no suela exceder de una o dos al año –si llega a darse alguna– el número de ocasiones en que la Sala Tercera estima una demanda de error judicial. De ahí que una disminución significativa del porcentaje de esta clase de asuntos constituiría una muestra de mejor asimilación de las posibilidades y utilidades de las distintas herramientas que ofrece el ordenamiento procesal, en beneficio por otra parte de los intereses de los propios recurrentes, que impelidos por una esperanza absolutamente infundada, o erróneamente decididos a identificar la tarea judicial con una especie de juego de azar, no suelen obtener más resultado que la prolongación innecesaria del proceso y la carga de pagar sus costas.

Y algo parecido sucede con los recursos de revisión, cuyo estrecho y formal filtro legal, conforme a causas tasadas y restrictivamente interpretadas por el Tribunal Supremo, tampoco retrae a quienes, descontentos con una resolución judicial que no les dio la razón, ni siquiera reparan en muchas ocasiones en acomodar mínimamente el fundamento de su pretensión a uno de los mencionados motivos legales. Este desajuste entre el fin lícito del recurso y su utilización como mero cauce de desahogo se tradujo en 2017 en 41 dictámenes de los Fiscales de esta Sección, dos más que en 2016, y sin duda muchos más de los que un uso y entendimiento razonable y conforme a la buena fe procesal podrían justificar.

Los demás datos no invitan a mayores comentarios. A lo sumo cabe señalar un relativo descenso de los dictámenes en materia de competencia (de 118 a 91), imputable sobre todo al menor número de exposiciones razonadas elevadas al Tribunal Supremo por los órganos jurisdiccionales inferiores.

En este punto sí conviene dejar constancia, sin embargo, del excelente funcionamiento del sistema de coordinación establecido entre las Secciones de lo Civil, lo Social, y lo Contencioso-administrativo de la Fiscalía del Tribunal Supremo, para el despacho de los conflictos de competencia. Dicho mecanismo consiste en que, cuando la Sala especial del art. 42 LOPJ recaba de cualquiera de dichas Secciones el pertinente dictamen sobre el conflicto planteado, una vez que se registra el procedimiento en la Sección correspondiente al orden jurisdiccional del Órgano que ha elevado el conflicto al Tribunal Supremo, el asunto se examina conjuntamente por las dos Secciones implicadas, y una vez que existe acuerdo sobre cuál ha de ser la postura del Fiscal, el dictamen es elaborado y firmado por la Sección correspondiente al orden jurisdiccional que, según ese criterio compartido, debería finalmente hacerse cargo del asunto. De este modo no solo se evitan posibles desviaciones del principio de unidad de actuación –por lo que sería ciertamente muy conveniente que se generalizase como procedimiento de trabajo en la totalidad de las Fiscalías, dado que en algún caso todavía pueden observarse contradicciones en este tipo de dictámenes– sino que además se asegura que el informe emitido es confeccionado por quienes, dada su especialización, pueden aportar mejores y más exactos argumentos no para rechazar una competencia, sino precisamente para reivindicarla a favor del Órgano jurisdiccional que, a juicio del Fiscal, debe asumirla.

Y, en fin, es preciso aclarar, a modo de cierre de este análisis estadístico, que en el epígrafe «varios», que no constaba en Memorias anteriores, se incluyen actuaciones no registrables en ninguno de los otros capítulos, pero que suponen algo más que el producto del mero funcionamiento ordinario –el vulgar «papeleo», intercambio de notas internas y oficios, etc.– de la oficina de la Sección, en la medida en que requieren de una actuación propia del Fiscal. En particular, se incluyen aquí las comunicaciones con los ciudadanos que, ya sea por el conducto de la Unidad de Atención ciudadana dependiente de la Unidad de Apoyo, o en otros casos directamente, se dirigen a obtener información acerca del estado de los procedimientos en que son parte o de la intervención en ellos de esta Sección.

1.3.3 PROCEDIMIENTOS DE PROTECCIÓN DE DERECHOS FUNDAMENTALES

1.3.3.1 *Valoración general*

La última Memoria dejaba pendiente, en este apartado, un juicio acerca de la evolución de los datos relativos a la intervención de la Fiscalía del Tribunal Supremo en el procedimiento especial para la protección de los derechos fundamentales, regulados en el art. 144 y ss. de la Ley de la Jurisdicción contencioso-administrativa. Pues bien, a la vista de las cifras que se han anotado al examinar el aspecto cuantitativo de la actividad anual de la Sección, la sensación extendida a lo largo de los últimos años de que este es un procedimiento cada vez menos utilizado por los ciudadanos se ve, por segundo año consecutivo, claramente desmentida, al menos en cuanto afecta al Tribunal Supremo. Si el pasado año se ponía de manifiesto que «atendiendo sobre todo al número de personaciones en los recursos de casación, parece que en este ejercicio ese efecto [de disminución del número de intervenciones] se ha visto compensado por un crecimiento de este último dígito (de 44 a 52), pero sobre todo por el notable incremento del número de dictámenes emitidos en los recursos contencioso-administrativos directos, que en 2015 fue de 19, y en 2016 alcanzó la cifra de 25». Como se desprende de la mencionada relación estadística, las personaciones en esta clase de recurso de casación ascendieron en 2017 a 109, de las que en 62 casos el Fiscal se opuso, no obstante, a la admisión del recurso, y los dictámenes en los recursos «directos» encauzados a través del procedimiento especial ascendieron a 33, lo que supone, en ambos casos, ascensos muy significativos sobre la base de datos –como se ha reiterado– ya incrementados el año anterior. A ello se suma un único dictamen contrario a la admisión conforme a la normativa derogada.

El notable crecimiento de los recursos de casación, así como la cifra paralelamente elevada de oposiciones a la admisión por parte de esta Fiscalía encuentran su razón de ser en una circunstancia que también se anunciaba el año pasado: la inclusión, al diseñar el nuevo modelo casacional (LO 7/2015), en la lista de supuestos en los que el Tribunal Supremo puede apreciar el «interés casacional objetivo», del que consiste en que la sentencia recurrida «haya sido dictada en el procedimiento especial de protección de derechos fundamentales» [art. 88.2.i] LJCA). Efectivamente, son muchos los recursos que se apoyan en esa norma para intentar el acceso a la casación. Pero también es cierto que, como igualmente se pronosticaba en aquella Memoria hace doce meses, la Sala Tercera del Tribunal Supremo ya ha dejado

claro en su incipientemente consolidada doctrina sobre la admisión (p. ej., Auto de 15 de marzo de 2017, rec.110/2017) que «el hecho de que la sentencia haya recaído en un procedimiento especial de protección de derechos fundamentales constituye un indicio sobre su posible interés casacional, pero no convierte dicha sentencia en susceptible de casación de forma automática, ya que pesa sobre la recurrente la carga de justificar este extremo mediante una referencia circunstanciada al caso controvertido y al concreto derecho fundamental afectado». De ahí que, como se ha indicado, a la profusa invocación de este supuesto como soporte del supuesto interés casacional del recurso se corresponda una oposición cuantitativamente proporcional de esta Fiscalía a su admisión, en el considerable número de casos en que, tal y como describe el Auto transcrito, la constatación de que se impugna una sentencia recaída en un procedimiento especial de derechos fundamentales se presenta huérfana de cualquier otra consideración.

1.3.3.2 *Asuntos más relevantes*

El grave conflicto político y social planteado en la Comunidad Autónoma de Cataluña a partir de las actuaciones del Gobierno de la Generalidad y el Parlamento catalán que desembocaron en la aplicación del artículo 155 de la Constitución el 27 de octubre de 2017 ha extendido sus consecuencias, como es notorio, a los más diversos aspectos institucionales, económicos y, por supuesto, jurídicos, alcanzando como cabía esperar al ámbito contencioso-administrativo, y en particular a la esfera de competencia del Tribunal Supremo. Aunque la mayor parte de las controversias judiciales originadas en esos acontecimientos determinaron la actuación de esta Fiscalía ya iniciado el año 2018, por lo que quedan fuera del marco temporal de esta Memoria, sí cabe dar razón aquí de dos intervenciones de esta Sección.

La primera tuvo lugar con ocasión de un recurso interpuesto contra una actuación del Ministerio de Hacienda anterior a la aplicación del citado art. 155 CE. Se trata concretamente de un procedimiento para la protección de los derechos fundamentales entablado por los miembros del Grupo Parlamentario Unidos Podemos-En Comú Podem-En Marea contra dos Órdenes ministeriales de septiembre de 2017 por las que, «en defensa del interés general y en garantía de los servicios públicos fundamentales en la Comunidad Autónoma de Cataluña», se requería al Presidente de la Generalitat para que adoptase un acuerdo de no disponibilidad sobre el presupuesto de la Comunidad relativo a determinados créditos, y desatendido dicho requerimiento, se acordara directa-

mente la no disponibilidad de los mismos. Los senadores recurrentes invocaban su derecho fundamental reconocido en el art. 23 de la Constitución, que consideraban infringido por entender que tales decisiones no podían adoptarse sino, precisamente, mediante la aplicación del artículo 155 CE, que exige un debate y acuerdo del Senado. Estimaban por tanto que el procedimiento elegido por el Gobierno vulneraba su derecho a participar, como parlamentarios, en la adopción de esas decisiones. En octubre la Fiscalía se enfrentó únicamente, oponiéndose, a la pretensión de que la Sala Tercera del Tribunal Supremo adoptara medidas cautelares, esencialmente de suspensión de los efectos de las disposiciones recurridas, ya que tal pretensión no reunía los requisitos legales. Ya en el ejercicio de 2018 se suscitó por la Sala la cuestión de fondo, entendiendo esta Sección que no existía vulneración del derecho invocado por cuanto el *ius in officium* de los parlamentarios no puede ejercitarse sino en el ámbito del propio funcionamiento de las Cortes, agotando las vías previstas a tal fin, que en este caso incluían la adopción de iniciativas parlamentarias (ni siquiera intentadas) para plantear un conflicto de competencia entre el Senado y el Gobierno, materia respecto de la que el Tribunal Supremo carece de jurisdicción, lo que no podía ser ignorado sin riesgo de incurrir en fraude de ley. El Tribunal Supremo acogió ambas argumentaciones del Fiscal.

El otro procedimiento, también con ocasión de la solicitud de medidas cautelares, y ya específicamente referido a la aplicación del art. 155 CE, fue incoado a instancia del cesado presidente de la Generalitat y los miembros de su gobierno, con la pretensión de suspender, precisamente, el Acuerdo del Consejo de Ministros de 21 de octubre de 2017 por el que se formalizaba la propuesta de adopción de dichas medidas dirigida al Senado. Sin perjuicio de poner de manifiesto, una vez más, que la pretensión cautelar no se justificaba con arreglo a las exigencias de la ley, y en cualquier caso, autorizadas ya las medidas por el Senado, la resolución recurrida había agotado sus efectos y tal suspensión quedaba vacía de contenido (igual que el propio recurso), esta Fiscalía ya advirtió sobre la irrecurribilidad de los actos impugnados en el orden contencioso-administrativo y la falta de jurisdicción del Tribunal, puesto que el acto recurrido carecía de autonomía en el ámbito competencial del Gobierno, al tratarse simplemente del acto de iniciación de un procedimiento constitucional de naturaleza parlamentaria (el regulado en el art. 155 CE), obviamente excluido del ámbito del Derecho Administrativo. Tras rechazar en efecto la pretensión cautelar, la Sala planteó a las partes y estimó la mencionada falta de jurisdicción, archivando el procedimiento.

Dentro de este mismo apartado de los derechos fundamentales, pero ya al margen del conflicto catalán, cabe reseñar por ejemplo la sentencia de 3 de abril de 2017 recaída en el recurso 2249/2015, que se refiere a uno de los más complejos asuntos suscitados en los últimos años en esta Sección. Se trata de la ejecución de la sentencia de la propia Sala Tercera del Tribunal Supremo de 13 de octubre de 2008 por la que, estimando un recurso de casación interpuesto contra la que había dictado el TSJ de Madrid, reconoció el derecho de un numerosísimo grupo de vecinos de una urbanización próxima al aeropuerto de Madrid-Barajas a que se adoptaran las medidas necesarias para el cese de la lesión de su derecho a la intimidad del domicilio, vulnerado por el ruido procedente de las operaciones de aterrizaje y despegue de los aviones. La abierta formulación del fallo casacional ha dado lugar a un sinnúmero de incidentes y recursos acerca de los términos en que ha de llevarse a cabo su ejecución, constituyendo la sentencia que se acaba de citar la resolución de uno de los sucesivos recursos de casación interpuestos contra decisiones de la Sala de instancia en ese contexto. Lo relevante es que, en este caso, el Tribunal Supremo ha señalado un procedimiento específico para la determinación de las medidas que han de adoptarse, basado en la aplicación del Reglamento 598/2014, de 16 de abril de 2014, del Parlamento Europeo y el Consejo, sobre el establecimiento de normas y procedimiento con respecto a la introducción de restricciones operativas relacionadas con el ruido en los aeropuertos de la Unión. Al tiempo de redactar estas líneas se siguen ante el órgano de ejecución —el TSJ de Madrid— los trámites derivados de esa decisión del Tribunal Supremo, cabe esperar que con más posibilidades de éxito que las actuaciones desarrolladas con anterioridad, sobre todo al haber aclarado la Sala que el fallo de la sentencia de 2008 no incluye en ningún caso la posibilidad de exigir el cese de los sobrevuelos, pretensión que a juicio de esta Fiscalía venía constituyendo uno de los obstáculos principales para la resolución del conflicto.

Otro de los asuntos sobre vulneración de derechos fundamentales más relevantes, por su novedad, a los que se enfrentó esta Sección en el ejercicio anual examinado fue el relativo al Acuerdo del Consejo de Ministros de 20 de enero de 2017 por el que se hicieron públicos los criterios para la elaboración de una terna de candidatos a la plaza de Juez titular del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que corresponde a España. Una asociación de Jueces recurrió dicha disposición por entender que la limitación de edad que establecía para los candidatos (no ser mayor de 61 años) vulneraba el derecho fundamental a la igualdad por doble motivo: por razón de edad y por razón de sexo. La Fiscalía apoyó la primera pretensión, por entender que el Gobierno no había justificado

en términos constitucionalmente idóneos esa distinción por razón de la edad, y el Tribunal Supremo se pronunció en el mismo sentido, anulando dicho requisito, si bien la sentencia contó con dos votos particulares, uno de ellos concurrente (del presidente de la Sala).

En fin, merece la pena realizar una sucinta referencia –especialmente por su interés para el propio Ministerio Fiscal– a los recursos de casación que resolvió la STS de 12 de julio de 2017, rec. 1226/2016, interpuestos por el Abogado del Estado y la propia Fiscalía contra una sentencia del TSJ de Canarias que había considerado vulnerado el derecho del artículo 24 de la Constitución y el derecho de sufragio pasivo incluido en el art. 23 CE en el caso de una juez, candidata a las elecciones legislativas como diputada, respecto de quien se siguieron unas diligencias preprocesales del Ministerio Fiscal relativas a la posible existencia de indicios de una infracción del deber de abstenerse en un procedimiento penal. Aunque una apreciación suficiente de las circunstancias del caso exige la lectura completa de la sentencia del Tribunal Supremo (y del voto particular que la acompaña), y seguramente resulta más significativa por la singularidad del hecho que por su previsible trascendencia como precedente jurisprudencial, sí merece reseñarse en este apartado porque una de las cuestiones nucleares que se ventilaban en el procedimiento era la de si el Ministerio Fiscal puede o no iniciar un procedimiento, en forma de «diligencias preprocesales», con la finalidad de determinar la existencia de motivos para denunciar ante el Promotor de la acción disciplinaria del CGPJ la posible existencia de una infracción de esa naturaleza, cometida por un Juez, o por el contrario la exclusividad competencial en la materia atribuida al Consejo General del Poder Judicial exige, por imperativo del principio de independencia judicial, que el Fiscal se limite estrictamente a remitir al Consejo las denuncias que reciba, sin más margen de intervención. En este concreto punto (como queda dicho, la sentencia aborda otras cuestiones de diverso interés, pero no tan novedosas como esta), la Sala llega a la conclusión –defendida por esta Fiscalía y previamente por la de la Comunidad Autónoma de origen– de que en efecto está dentro de las facultades del Fiscal llevar a cabo las actuaciones imprescindibles para formar criterio acerca de la existencia de motivos bastantes para instar la actuación disciplinaria del Consejo General del Poder Judicial, sin que ello suponga una inmisión en las competencias de dicho órgano de gobierno del Poder Judicial ni pueda identificarse con la tramitación de un procedimiento sancionador, siempre y cuando, precisamente, se limite a ese específico y limitado objeto y su contenido no condicione el eficaz ejercicio del derecho de defensa en el ulterior del procedimiento disciplinario.

1.3.4 OTROS DICTÁMENES

Fuera del específico marco del procedimiento de protección de los derechos fundamentales, en el ejercicio correspondiente a esta Memoria cabe reseñar, como siempre a mero título ilustrativo y dejando inevitablemente fuera de esta limitada enumeración muchos casos de notable interés, los siguientes asuntos:

1.3.4.1 *Casación y nulidad de actuaciones*

Paradójicamente, en cuanto que con ello se desatiende el título de este apartado, la primera de las cuestiones relevantes de las que en él se va a dejar constancia no hace referencia a un procedimiento dictaminado por el Ministerio Fiscal, pero puesto que se trata de una decisión del Tribunal Supremo de extrema importancia vinculada con carácter general al recurso de casación, resulta obligado reseñarlo en esta Memoria.

Dicha decisión se contiene en el Auto de 11 de diciembre de 2017 (rec. 3711/2017), en el que la Sala aborda uno de los más importantes problemas interpretativos suscitados por el nuevo modelo de casación contencioso-administrativa: la consideración del recurso de casación como medio de impugnación posible y, en su caso, exigible, tanto a los efectos de decidir si contra una sentencia cabe promover un incidente de nulidad de actuaciones, lo que exige que sea firme (art. 241 LOPJ) como de considerar agotada la vía judicial ordinaria en orden a la interposición de recurso de amparo [art. 44.1.a) LOTC]. La cuestión, como es obvio, se suscita a consecuencia de esa novedosa concepción del sistema casacional que frente al régimen formal cerrado anterior a la reforma, en el que se catalogaban nítidamente las resoluciones recurribles y los motivos tasados de recurso, presenta ahora un modelo abierto en el que la decisión de admisibilidad del recurso de casación pivota sobre un concepto jurídico indeterminado (el interés casacional objetivo) en cuya concreción interviene cierto margen de discrecionalidad jurídicamente motivada del Tribunal. De este modo, como afirma el Auto reseñado, «solo cuando se haya decidido la inadmisión del recurso de casación se podrá afirmar que contra la resolución judicial impugnada no cabe recurso ordinario ni extraordinario, lo que es claramente novedoso». Esto significa –prosigue la Sala– «que la condición de inimpugnabilidad de la resolución de instancia solo tiene lugar cuando la declaración de inadmisión del recurso de casación por el Tribunal Supremo se produce, no cuando aquella es dictada».

La consecuencia es evidente: si solo en ese momento es posible saber si la sentencia era «firme», es más que probable que haya trans-

currido el plazo para promover el incidente de nulidad de actuaciones contra ella, y –con arreglo a la misma lógica– resulte también inviable el recurso de amparo, con lo que podría llegar incluso a discutirse si el nuevo recurso de casación es a estos efectos un medio de impugnación *exigible* para el agotamiento previo de la vía judicial.

La solución que ofrece la Sala es nítida y permite resolver ambos problemas, en cuanto aclara que a partir –y por tanto *solo* a partir– del momento en que la propia Sala Tercera del TS declare la inadmisibilidad de la casación se abre la vía (y, en consecuencia, el plazo) para interponer el incidente de nulidad de actuaciones ante el órgano que dictó la sentencia recurrida. Cabe así deducir que, si bien corresponde al Tribunal Constitucional pronunciarse sobre las condiciones de admisibilidad del recurso de amparo (por eso la Sala del Tribunal Supremo no lo menciona), dicha solución permite resolver también, por razones obvias, esta otra cuestión, puesto que si no se ha admitido la casación, parece claro que el modo exigible de agotamiento de la vía ordinaria previa al amparo será la referida interposición del incidente de nulidad, cuando proceda en atención a la naturaleza del vicio imputado a la sentencia que, en virtud de la inadmisión de la casación, cobra firmeza.

1.3.4.2 *Recursos de casación contra sentencias del Tribunal de Cuentas*

Mediante Auto de 31 de mayo de 2017, dictado en el recurso de casación 60/2017, la Sala Tercera del Tribunal Supremo dio respuesta a otra de las incógnitas derivadas de la reforma del modelo casacional llevado a cabo por LO 7/2015, a la que ya se han hecho múltiples referencias en estas páginas.

El problema, en síntesis, era el siguiente: la mencionada reforma legal sustituyó, como ya se ha apuntado, el tradicional modelo casacional basado en la enumeración tasada de motivos de infracción de ley y quebrantamiento de forma por un sistema más *abierto* que se centra en la existencia de un interés casacional objetivo, cuya alegación y acreditación por quien formula el recurso opera como requisito de admisibilidad del mismo. Sin embargo, el legislador omitió cualquier referencia a los efectos de la reforma respecto de los recursos de casación interpuestos contra sentencias del Tribunal de Cuentas, que, como también es sabido, se regulan en su Ley de Funcionamiento, de 5 de abril de 1988 (en adelante, LFTCu). Dicha ley, que no ha sido objeto de modificación simultánea a la de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, dispone que la competencia para conocer de dichos recursos corresponde a la Sala Tercera del Tribunal

Supremo (arts. 52.2 y 81.1) pero establece en su artículo 82 su propio catálogo cerrado de motivos de casación, no coincidentes en su totalidad con los que establecía el artículo 88 de la LJCA anterior a la reforma, y añade en el artículo 84.1 lo siguiente: «Los recursos de casación y revisión se prepararán, interpondrán, sustanciarán y decidirán de conformidad con lo dispuesto en la Ley reguladora del proceso contencioso-administrativo, sin que sea necesaria garantía de depósito alguno». Además, la norma reguladora del órgano de enjuiciamiento contable mantiene un límite cuantitativo (600.000 euros) para la recurribilidad de la sentencia, que como es sabido ha desaparecido de la Ley procesal de la Jurisdicción contenciosa.

En el procedimiento en el que recayó el auto comentado, la sentencia (de apelación), dictada por la Sala de Enjuiciamiento del Tribunal de Cuentas con posterioridad a la entrada en vigor de la LO 7/2015, fue recurrida en casación tanto por el Ministerio Fiscal como por una de las partes. Pero mientras que el Fiscal, atendiendo al citado art. 84 LFTCu, preparó el recurso con arreglo a la nueva normativa procesal de la LJCA, es decir, conforme al sistema de interés casacional objetivo, el otro recurrente lo hizo acogiendo al régimen especial de la LFTCu. La Sala del Tribunal de Cuentas tuvo por preparados ambos, pero esta Fiscalía del Tribunal Supremo, al formalizar su propio recurso, se opuso a la admisión del deducido por la parte contraria, alegando que el modelo procesal especial del órgano contable había de entenderse derogado por la LO 7/2015.

El auto, partiendo de un cumplido estudio de la evolución histórica normativa del problema, acoge la tesis de la Fiscalía, estimando derogado el sistema de motivos que —dice la Sala— «a nuestro juicio, no puede ser mantenido solo para el Tribunal de Cuentas so pena de mantener una regulación legal (...) que, en este punto, resulta difícilmente conciliable con el régimen instaurado por la Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio», porque «en otro caso no sería posible dotar de eficacia a la remisión contenida en el artículo 84.1 de la Ley de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas», que más arriba se ha transcrito. En consecuencia, el recurso ha de ajustarse a las exigencias del art 89.2 LJCA (acreditación de un interés casacional objetivo), sin límite cuantitativo y «sin que haya de fundarse en los motivos previstos en el artículo 82.1» de la LFTCu.

Pero además esta importante resolución incluye otra decisión relevante, ya que, en lugar de estimar la pretensión de inadmisión opuesta por la Fiscalía, decide retrotraer las actuaciones al trámite de preparación, para dar al recurrente la oportunidad de intentar la casación conforme a la legislación vigente. Apoya la Sala esta deci-

sión en que «las dos posibles opciones» –ajustarse al régimen de la LFTCu o al de la LJCA reformada– «eran, desde luego, posibles y razonablemente defendibles, sin que la que ahora hemos considerado acertada se presentara como indubitada o evidente, por lo que no puede hacerse recaer sobre el recurrente las consecuencias del desacierto en la opción elegida». Aun cuando la retroacción del proceso sin que concurra –o al menos sin concretar– un motivo de nulidad pudiera estimarse heterodoxa, lo cierto es que desde el punto de vista de la tutela judicial efectiva parece una solución proporcionada y razonable.

1.3.4.3 *Procedimientos ordinarios relacionados con la protección de los derechos de los consumidores*

En la Memoria anterior se dejaba constancia de una importante decisión de la Sala Tercera del Tribunal Supremo relativa a la intervención del Fiscal en el trámite de preparación de las cuestiones prejudiciales ante el TJUE, que acogía la tesis de la Instrucción de la Fiscalía General del Estado 1/2016, de 7 de enero, en el sentido de que la legitimación del Fiscal incluye aquellos supuestos en los que se trate de la protección de los derechos e intereses de los consumidores y usuarios. Pues bien, en el presente ejercicio se ha producido una resolución de la misma Sala aún más importante si cabe en relación con la intervención del Ministerio Público en defensa de los consumidores. En efecto, mediante providencia de 7 de noviembre de 2017, recaída en el procedimiento ordinario 506/2017, la Sala dio traslado al Fiscal, a instancia de la parte actora y al amparo del art. 15.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, para que pudiera «valorar la posibilidad de personación en el mismo». Naturalmente la Fiscalía se acogió a esa posibilidad, y se incorporó al procedimiento.

Conviene sin embargo aprovechar esta reseña, sin duda positiva, para hacer alguna aclaración sobre el funcionamiento de ese mecanismo procesal del art. 15 LEC. Desde luego no cabe argumentar, frente a su utilización, que si el Ministerio Fiscal hubiera estimado que concurrían las condiciones para accionar por sí mismo, habría actuado espontáneamente como demandante conforme al art. 11.5 de la propia LEC. Al contrario, la «llamada al proceso» prevista en el art. 15 constituye un instrumento complementario incuestionablemente útil para activar la actuación de la Fiscalía en asuntos de los que no tenga conocimiento previo, lo cual es harto probable si se compara la proteica amplitud de materias que abarca el denominado Derecho

de los consumidores y usuarios con la escasa dotación y capacidad del Ministerio Público en este ámbito. Pero –y este es el punto sobre el que conviene hacer una aclaración– lo que no es dable es presumir que, en virtud de esa llamada, la postura del Fiscal, forzosamente basada en postulados de legalidad e imparcialidad, vaya a coincidir con la de la parte demandante. De hecho, un buen ejemplo es el concreto caso comentado, relativo a la adopción de un Acuerdo del Consejo General del Poder Judicial relativo a la creación de órganos especializados en determinados procedimientos atinentes a los préstamos hipotecarios (las llamadas «cláusulas suelo»). La Fiscalía, una vez personada en el procedimiento y estudiados los términos de la demanda, se vio obligada a oponerse –al menos interinamente, pendiente de la práctica de la prueba– a la pretensión de la parte actora, no tanto por el fondo de la cuestión como, precisamente, por el modo en que había sido planteada. En cualquier caso, el proceso sigue su curso y no cabe prejuzgar en este momento la posible posición definitiva del Fiscal en la fase de conclusiones.

Otra relevante actuación de la Sección en esta materia fue la incoación de diligencias preprocesales a partir de una solicitud formulada por la asociación Automovilistas Europeos Asociados (AEA), relativa al modelo de gestión de los cursos de sensibilización y reeducación vial que obligatoriamente han de realizar los conductores que han perdido todos los puntos de su carnet de conducir en virtud de sanción administrativa o condena penal. A juicio de dicha entidad, el hecho de que la organización e impartición de estos cursos se adjudique en bloque mediante un sistema de concesión administrativa, en lugar de acudir al régimen de mera autorización administrativa que, paradójicamente, es el que se aplica a la formación inicial de los conductores (auto-escuelas), genera a juicio de la asociación mencionada una situación de monopolio incompatible, en el contexto de la legislación y europea, con el principio de libre competencia, tal y como de hecho habían apreciado en distintos informes la Comisión Nacional de la Competencia, la Autoritat Catalana de la Competencia, el Defensor del Pueblo y la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia. Tras recabar algunos antecedentes, se tuvo conocimiento de que en la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional ya se tramitaba un recurso por los mismos hechos, por lo que las diligencias fueron remitidas a la Fiscalía de dicho Órgano, a fin de que se personara de acuerdo con lo dispuesto en el art. 15 LEC en el procedimiento, que a esta fecha no ha concluido.

1.3.4.4 *Interés de ley*

En numerosas ocasiones, dentro y fuera del texto de la Memoria, desde esta Sección se ha manifestado cierto pesar por la desaparición del recurso de casación en interés de la ley, que no solo recorta notablemente el ámbito de actuación del Fiscal ante la Jurisdicción Contencioso-administrativa, sino que además suprime una vía de configuración de la doctrina jurisprudencial especialmente idónea para resolver problemas hermenéuticos en la aplicación de normas jurídicas que, como la propia LJCA exigía, tienen una especial incidencia por sus efectos en el plano cuantitativo o cualitativo. El hecho de que la estricta doctrina de la Sala a la hora de admitir y estimar este tipo de recursos hubiera reducido enormemente sus posibilidades de éxito no hace obstáculo a esa valoración, puesto que también en la desestimación de muchas de las pretensiones formuladas por las Administraciones Públicas (el Ministerio Fiscal estaba igualmente legitimado, pero raramente ha hecho uso activo de este recurso, si es que lo ha hecho alguna vez) se incluían con frecuencia apreciaciones o valoraciones del Tribunal de enorme utilidad para la interpretación, o –más bien, dada esa mayor proporción de fallos desestimatorios– para tener claro cómo no debía ser interpretada la norma en cuestión.

Un par de ejemplos de esa dimensión útil de este tipo de recursos puede citarse, ya en su fase de extinción, como se ha dicho al comentar los datos estadísticos, en los casos que siguen:

Por sentencia de 24 de marzo de 2017 la Sala Tercera desestimó la casación en interés de ley interpuesta contra la Administración del Estado contra una sentencia de la Sala de lo Contencioso-administrativo del TSJ de Madrid, relativa al derecho de reunión y manifestación de los miembros de la Guardia Civil. El recurso formulado por la Administración, pretendía que la Sala asumiera una determinada interpretación de la Ley Orgánica 11/2011, de 1 de agosto, para la aplicación a la Guardia Civil del artículo 13.1 de la Ley Orgánica 9/2011, de 27 de julio, de derechos y deberes de los miembros de las Fuerzas Armadas, que objetivamente suponía una clara restricción del ejercicio de estos derechos. El Tribunal desestimó el recurso atendiendo a los argumentos de esta Fiscalía, en especial los relativos a la imposibilidad de acreditar un grave daño para el interés social cuando la propia Administración había autorizado al menos en dos ocasiones anteriores, bajo la vigencia de la misma norma, manifestaciones similares a las que ahora se trataban de proscribir.

La sentencia de 16 de septiembre de 2017 (rec. 2452/2016) es reseñable, por dos razones. La primera es que la Sala Tercera del Tri-

bunal Supremo revisa y parece abandonar la doctrina iniciada por ella misma en Sentencia de 7 de julio de 2014, rec. 2490/2013, según la cual la casación en interés de ley no podía admitirse si contra la sentencia impugnada cabía, en atención a la cuantía superior a 30.000 euros, recurso de casación para la unificación de doctrina, entendiendo a estos efectos que «una cosa es que una sentencia fuese irrecurrible en casación para la unificación de doctrina por razón de la cuantía y otra distinta que, siendo recurrible, no pueda recurrirse porque el interesado no puede presentar sentencia de contraste, lo que no hace al recurso de casación en interés de ley en admisible». Ahora, como queda dicho, la Sala parece cambiar de criterio, desestimando ese motivo de inadmisión «porque difícilmente se puede interponer un recurso de casación para la unificación de doctrina cuando no hay sentencia de contraste, respecto de la cual se haya llegado a ‘pronunciamientos distintos’ respecto de los mismos litigantes ‘u otros diferentes en idéntica situación y, en mérito a hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales’».

Aparte de ese relevante cambio doctrinal, el segundo aspecto importante es que la Sala Tercera estima el recurso en interés de la ley interpuesto por la Junta de Andalucía contra una sentencia que había estimado que para sancionar administrativamente a las empresas por incluir cláusulas abusivas en sus contratos era necesario que el carácter abusivo de dichas cláusulas hubiera sido declarado previamente por un órgano judicial civil. El Tribunal Supremo, de acuerdo con la tesis de la Administración recurrente y de esta Fiscalía, considera que esa doctrina obedece a una interpretación y aplicación errónea del artículo 82 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, *por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias*, que –aclara– «no impone ese pronunciamiento previo de los jueces civiles, pues dicho precepto se refiere a la eventual subsistencia del contrato cuando ya ha habido una declaración judicial de nulidad de la cláusula abusiva».

1.3.4.5 Competencia

Los dictámenes sobre competencia judicial constituyen una de las ocupaciones estadísticamente más abultadas del Ministerio Fiscal en el ámbito contencioso-administrativo, especialmente en las Fiscalías territoriales. Entre los asuntos atinentes a esta materia que despachó la Fiscalía del Tribunal Supremo en el período abarcado por esa Memo-

ria merece ser mencionado el procedimiento n.º 31/2017, y más concretamente el Auto dictado por la Sala el 25 de octubre de 2017, no porque su contenido sea novedoso ni resuelva una cuestión de especial relevancia o dificultad, sino por la trascendencia que puede tener el criterio empleado por el Tribunal Supremo, si resultara extrapolable, precisamente, a la institución del Ministerio Fiscal.

El caso de autos era, como queda dicho, sencillo: se trataba de determinar cuál es el órgano judicial competente para conocer de un recurso interpuesto contra una resolución presunta –por silencio– del presidente del Consejo de Estado, desestimatoria de un recurso de alzada contra un acto de su Secretario General, dictada en aplicación de la Ley de Transparencia. La Sala, tras reconocer que el Consejo de Estado no aparece en la enumeración de órganos cuyas resoluciones corresponde revisar al Tribunal Supremo, contenida en el artículo 12 LJCA, resuelve sin embargo –citando dos precedentes del año 2000 y otro de 2003– que la competencia es, en efecto, de la Sala Tercera del Alto Tribunal. Para llegar a esa conclusión la Sala parte de la base (expresada ya en el Auto de 6 de octubre de 2000, recaído en el mencionado recurso 918/2000, que a su vez cita sentencias de los años noventa) de que pese a la definición del Consejo de Estado como «supremo órgano consultivo del Gobierno», en realidad «[e]l hecho de que no forma parte de la Administración activa, su autonomía orgánica y funcional, garantía de objetividad e independencia, le habilita para el cumplimiento de esa tarea, mas allá de su condición esencial de órgano consultivo del gobierno, en relación también con otros órganos gubernativos y con Administraciones Públicas distintas de la del Estado, en los términos que las leyes dispongan, conforme a la Constitución». Y añade que una interpretación literal de la LJCA «conduciría además a residenciar los acuerdos del Consejo de Estado en materia de personal, en el Tribunal Superior de Justicia en cuya circunscripción tuviere su domicilio el demandante, no se compadece con la posición de dicho órgano de relevancia constitucional en el armazón institucional del Estado. La falta, pues, de referencia expresa de dicho órgano en el cuadro de competencias de la Ley Jurisdiccional obliga a encuadrarlo en el marco de aquél Tribunal que tenga atribuido el conocimiento de órganos similares, en cuanto a su significación o relevancia constitucional, como son, según hemos visto, el Tribunal de Cuentas o el Defensor del Pueblo».

Pues bien, si se pone en relación ese razonamiento con el texto del artículo 2.1 del Estatuto Orgánico de Ministerio Fiscal, reformado en 2007 («El Ministerio Fiscal es un órgano de relevancia constitucional con personalidad jurídica propia, integrado con autonomía funcional en el Poder Judicial, y ejerce su misión por medio de órganos

propios, conforme a los principios de unidad de actuación y dependencia jerárquica y con sujeción, en todo caso, a los de legalidad e imparcialidad»), y se tiene en cuenta que ninguno de los órganos de esta institución, en particular el Fiscal General del Estado, se mencionan en las normas de atribución de competencia judicial de la LJCA, lo que conduce a la aplicación de la cláusula residual de asignación al Tribunal Superior de Justicia [hoy art. 10.1.m)], podrá comprenderse sin necesidad de más comentario el porqué de la inclusión de esta referencia en la presente Memoria. Si acaso existieran razones para un tratamiento diferente al Ministerio Fiscal –o al menos al Fiscal General del Estado– del que merece el Consejo de Estado, atendidos los términos de esa comparación no parecen desde luego evidentes, por lo que sin duda será oportuno, en cuanto haya ocasión para ello, tratar de obtener un pronunciamiento al respecto del propio Tribunal Supremo.

1.3.5 PRONUNCIAMIENTOS DE LA SALA EN RELACIÓN CON LOS DICTÁMENES DE LA FISCALÍA

A lo largo de 2017 la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo notificó a la Fiscalía, a través de esta Sección, un total de 324 resoluciones (24 más que el año anterior). De ellas, 121 en materia de derechos fundamentales y el resto en procedimientos ordinarios. Como ya se advirtió en la anterior Memoria, la ligera disminución detectada en 2016 pudo tener su origen en cierta ralentización pasajera tras la entrada en vigor de la reforma legal de 2015 que, como se ha expuesto en las páginas precedentes, ya se ha visto superada, constatándose un ritmo claramente creciente en el ingreso –y también en la inadmisión– de recursos de casación. De hecho, del total de esas 324 resoluciones, 158 –es decir, casi la mitad, fueron Autos, frente a solo 98 sentencias, y el resto Providencias y Decretos, aunque como en años anteriores hay que aclarar que estas cifras únicamente incluyen las decisiones del Tribunal (o del correspondiente Letrado de la Administración de Justicia) que resuelven sobre una pretensión formulada o informada por el Fiscal.

Por lo que se refiere a los porcentajes de conformidad con la posición de la Fiscalía, el 90,12 % de las resoluciones notificadas coincidieron plenamente con las pretensiones del Ministerio Público, superando notablemente la cifra del 88,6 % registrada en el pasado ejercicio, cifra que se eleva al 92,9 % si se suman los casos de conformidad parcial, superando también el dato del pasado ejercicio (91,2 %). Atendiendo a la naturaleza de la resolución, fueron conformes total o

parcialmente 96 de las 98 sentencias notificadas, es decir, nada menos que el 97,9 % (la conformidad total se dio en 89 de ellas, el 90,81 %) y, en cuanto a los autos, hubo un 87,3 de conformidad plena, que se eleva al 88,6 % al agregar los supuestos de conformidad parcial.

1.3.6 ACTIVIDADES EN EL ÁMBITO DE LA DELEGACIÓN DE FUNCIONES DEL FISCAL GENERAL DEL ESTADO

Igual que en años precedentes, el ejercicio de la función del Fiscal de Sala Delegado para la materia contencioso-administrativa, que supone la coordinación a nivel estatal de los criterios y actuaciones del Ministerio Fiscal en este ámbito, se concretó en un contacto frecuente con los Fiscales especialistas que desempeñan su labor en las distintas Fiscalías, cuyas consultas, daciones de cuenta e informaciones se atienden de la manera más rápida y eficaz posible, procurando una comunicación directa y en muchas ocasiones informal, sin perjuicio de un escrupuloso respeto al cauce jerárquico siempre que se trata de transmitir criterios de actuación que implican la adopción de decisiones que competen a los respectivos Fiscales Jefes, o que estos deben en cualquier caso conocer.

En este ámbito son especialmente relevantes las cuestiones relativas a la tramitación de los recursos de casación, concretamente en su fase de preparación, dado que como consecuencia de un defectuoso funcionamiento de las oficinas judiciales –y más concretamente del sistema de notificaciones, en particular en aquellos supuestos en que la comunicación con la Fiscalía se opera a través de la aplicación informática LexNet- se viene dando con alguna habitualidad la circunstancia de que en la Fiscalía del Tribunal Supremo se tiene conocimiento, a través de la notificación de otras resoluciones, de que se ha preparado un recurso de casación contra una sentencia dictada en un procedimiento en que era parte el Ministerio Fiscal, sin que conste que se haya efectuado el correspondiente emplazamiento a la Fiscalía de origen, o esta lo haya remitido, con la documentación necesaria para el trámite de admisión, a esta Sección.

En la mayor parte de los casos se observa, como queda dicho, que el problema surge efectivamente por la inexistencia de tal emplazamiento, que en algunos supuestos lleva aparejada además la falta de notificación de la sentencia misma, lo que como es obvio genera una situación de patente indefensión a la Fiscal. Para subvenir a este tipo de incidencias, se comprueba directamente con la Fiscalía de origen la inexistencia de la notificación (en algún caso aislado se ha podido detectar sin embargo

que era la propia Fiscalía la que por error no había trasladado el emplazamiento a esta Sección), procediendo en tal caso a solicitar a la Sala del Tribunal Supremo que la nulidad de las actuaciones y su retroacción, mediante devolución al órgano judicial *a quo*, para que se lleven a cabo correctamente los trámites omitidos. Petición que, hasta el momento, viene efectivamente siendo estimada por la Sala.

En otro orden de cosas, ya se había expuesto en alguna Memoria anterior el problema que supone, en el contexto de una sensiblemente creciente litigiosidad frente a resoluciones adoptadas por los órganos del Ministerio Fiscal o que afectan a sus miembros —que además vienen siendo conocidas por órganos judiciales de distinto ámbito territorial y funcional—, el hecho de que la representación y postulación procesal que, en nombre de esta institución, corresponde al Abogado del Estado conforme al art. 551 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, no venga normativamente acompañada por un mecanismo formal de relación, información o consulta entre el representante —el Abogado del Estado— y el representado o afectado —el Ministerio Fiscal— en orden a facilitar al primero los instrumentos idóneos para la defensa de la posición jurídica del segundo, y a este la información imprescindible no solo para facilitar esos datos, sino incluso para conocer la existencia del procedimiento, cuando se trata de asuntos en los que formalmente el recurso se dirige contra el Ministerio de Justicia, como órgano autor de la resolución impugnada.

Pues bien, este año resulta satisfactorio poder, por fin, dar cuenta de un significativo avance hacia la solución de este problema, en el marco de la relación institucional y funcional con la Abogacía del Estado. En buena medida gracias a la colaboración del Fiscal de Sala de la Unidad de Apoyo, pero sobre todo como fruto de la excelente disposición del actual equipo de la Subdirección General de los Servicios Contenciosos, dirigido por D. Luis Gonzaga Serrano de Toledo, se ha conseguido poner en pie un sistema de comunicación directa, a través de esta Sección de lo Contencioso Administrativo de la Fiscalía del Tribunal Supremo y dicha Subdirección General, que, sin perjuicio del contacto inmediato en los niveles orgánicos y territoriales inferiores, permite la centralización y coordinación en tiempo real de ese flujo de información. Información que, a su vez, en el interior del Ministerio Fiscal se canaliza por un doble conducto: precisamente mediante el ejercicio de las funciones de coordinación del Fiscal de Sala como delegado del Fiscal General del Estado para la especialidad contencioso-administrativa a nivel nacional (Instrucciones de la Fiscalía General del Estado 11/2005 y 1/2015), y mediante el contacto directo —facilitado por la proximidad física en la sede de la Fiscalía General del Estado— con la Inspección Fiscal y la Unidad de Apoyo.

Es verdad que por el momento no ha sido posible protocolizar formalmente ese acceso mutuo a la información tal y como estaba originariamente previsto, como consecuencia, al parecer, de la notable sobrecarga de actividad generada para el mencionado organismo de la Abogacía del Estado por la especial situación de la Comunidad Autónoma de Cataluña. Pero es de todos modos una excelente noticia que esa vía de comunicación esté perfectamente operativa a fecha actual.

Entre las actividades propias de la coordinación asignada al Fiscal de Sala, un año más hay que dar cuenta de la celebración de las jornadas de especialistas, que tuvo lugar los días 28 y 29 de noviembre. Entre otras materias de marcado orden práctico, como corresponde a su naturaleza y finalidad, se trataron en ellas algunos aspectos esencialmente definidores de la presencia del Fiscal en el proceso contencioso-administrativo, sobre todo en relación con la defensa de los derechos de los ciudadanos; en particular la libertad de expresión y la tutela de los intereses de los consumidores y usuarios.

Otra de las obligaciones derivadas de esa función es (Instrucción 1/2015) la de elaborar resúmenes periódicos de jurisprudencia que se difunden a todas las Fiscalías. En esta tarea es de justicia reconocer y agradecer el esfuerzo realizado por el Fiscal de esta Sección don Manuel Campos Sánchez, que de manera voluntaria, concienzuda y puntual viene realizándola materialmente.

Por último, y tras una serie de vicisitudes que ya fueron relatadas en la Memoria anterior, a lo largo del año 2017 se concluyeron los trabajos para la preparación de un proyecto de Circular sobre la intervención del Fiscal en los procedimientos de expropiación forzosa, que al tiempo de redactar estas líneas ya ha sido presentado al Fiscal General del Estado para su consideración, lo que no hubiera sido posible sin la valiosas observaciones y aportaciones de los Fiscales doña Amelia Díaz-Ambrona Medrano, don José Luis Galindo Ayuda, don Abel Carmelo Andrade Ortiz, y muy especialmente de don Manuel Campoy Miñarro y don Ricardo González Cerrón, a quienes procede por tanto reconocer y agradecer desde estas páginas el mérito desinteresado de su colaboración.

1.4 Sección de lo Social

Estadística correspondiente al año 2017:

Entradas de asuntos	
Unificación de doctrina	4.609
Casaciones	274
Revisiones	36
Error judicial	11
Asuntos vueltos	281
Art. 42 LOPJ	5
Justicia gratuita	4
Preparados	4
Total	5.224
Por dictámenes	
Inadmisiones	3.803
Admisiones	12
Improcedentes	646
Procedentes	351
Nulidades	27
No nulidades	59
Desestimaciones.	228
Estimaciones	27
Otros.	71
Total	5.224

1.4.1 EXAMEN COMPARATIVO ESTADÍSTICAS 2016-2017

El examen comparativo entre la estadística del año 2016 y la correspondiente al año 2017 evidencia que ha ascendido el número de asuntos despachados por la Fiscalía (de 4721 a 5224) en este último año, confirmándose así la tendencia de entrada de recursos en la Sala IV del Tribunal Supremo de años anteriores, lo que ha supuesto un gran esfuerzo su despacho por parte de los Fiscales de la Sección sin que la calidad de sus dictámenes haya sufrido merma alguna.

Por otro lado, debe resaltarse que a partir del mes de septiembre las tres Secretarías de la Sala IV notifican los autos y sentencias por la vía LEXNET.

1.4.2 COORDINACIÓN CON LOS FISCALES ESPECIALISTAS ANTE LA JURISDICCIÓN SOCIAL

En el año 2017 no se han celebrado Jornadas de esta especialidad por lo que únicamente puede mencionarse que se ha continuado enviando desde la Fiscalía del TS las sentencias y autos referidas a las materias que puedan resultar de más interés para los Fiscales especialistas, dictadas por la Sala IV y Especial del art. 42 LOPJ.

1.4.3 SENTENCIAS DE ESPECIAL TRASCENDENCIA

En la Memoria del año pasado se hacía referencia a la trascendencia que sin duda iba a tener la sentencia dictada por el TJUE el 14 de septiembre de 2016 (asunto de Diego Porras) sobre el régimen indemnizatorio aplicable por los tribunales españoles ante cualquier extinción del contrato de trabajo temporal, a pesar de que la sentencia era claramente criticable al confundir «causas» y «condiciones» objetivas.

Pues bien, estas previsiones se han cumplido lamentablemente aplicando una amplia mayoría de juzgados y tribunales su doctrina a todo tipo de contratos temporales y no solo a los contratos de interinidad de larga duración, y por todo tipo de empresas, y no solo a los celebrados por las Administraciones Públicas.

Y lo malo es que esta situación de incertidumbre aún subsistirá mientras el TJUE no resuelva las nuevas cuestiones prejudiciales planteadas por otros Tribunales españoles sobre la adecuación de la regulación española de la contratación temporal con las cláusulas cuarta y quinta del Acuerdo Marco, *sobre el trabajo de duración determinada que figura en el Anexo de la Directiva 1999/70*, dado que el Tribunal Supremo ha resuelto dejar en suspenso todos los recursos en donde se debatía la aplicación de la sentencia del TJUE y volver a plantear una decisión prejudicial antes de resolver el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto precisamente contra la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid dictada en el asunto «Diego Porras», sin que el TJUE la haya resuelto en la fecha en que se redacta esta Memoria.

1.5 Fiscalía Togada de lo Militar

Cada año la Fiscalía Togada eleva al Fiscal General del Estado una Memoria comprensiva de la actividad de la Jurisdicción Militar, que incluye valiosa información acerca de la evolución de dicha actividad en todo el territorio nacional. Los datos que se recogen a continuación se refieren única y exclusivamente a la Fiscalía Togada propiamente dicha. La actividad de las Fiscalías Jurídico-militares se encuentra recogida en la Memoria anual elevada por la Fiscalía Togada al Fiscal General del Estado.

1.5.1 ACTIVIDAD DE LA FISCALÍA TOGADA

En total, durante el año 2017, han tenido entrada en esta Fiscalía Togada 1591 asuntos, procedentes de la Sala de lo Militar del Tribunal Supremo y de otros Organismos, evacuándose en cada caso la tramitación oportuna.

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

1.5.1.1 Asuntos ante la Sala Quinta del Tribunal Supremo

A) Orden penal	
– Informes emitidos en recursos de casación.	80
– Informes emitidos en incidentes de nulidad	1
B) Orden contencioso-disciplinario	18
– Informes emitidos en recursos de casación.	10
– Informes emitidos en recursos preferentes y sumarios.	3
– Informes emitidos en recursos ordinarios	5
C) Causas penales especiales	
– Informes emitidos	2

1.5.1.2 Asuntos ante otras Salas del Tribunal Supremo

Sala Especial (art. 39 LOPJ) de Conflictos de Jurisdicción	
– Informes emitidos	2
Sala Especial (art. 61 LOPJ) de Recursos de revisión	
– Informes emitidos	1

1.5.1.3 *Relaciones con las Fiscalías del Tribunal Militar Central, Territoriales y otros Organismos*

Informes, comunicaciones, consultas, etc.....	550
---	-----

1.5.1.4 *Recursos de casación interpuestos ante la Sala Quinta*

1.5.1.4.1 Orden penal

Total	45
Preparados por el Fiscal.....	5
– Estimados	0
– Estimado parcial	0
– Desestimados	1
– Desistidos	4
Preparados por la Abogacía del Estado	0
Preparados por la Acusación Particular	10
Preparados por la Defensa	30

– Recursos desglosados por delitos (*):

Art.	Código Penal Militar 1985	N.º
101	Insulto a superior (Coacciones, amenazas e injurias)	8
102	Desobediencia órdenes relativas al servicio de armas	1
104	Abuso de autoridad (Maltrato de obra)	5
106	Abuso de autoridad (Trato degradante)	6
117	Deslealtad.	2
144.3	Abandono de servicio de armas	1
146.3	Contra los deberes del centinela	1
148	Embriaguez en acto de servicio	1
159	Contra la eficacia del servicio	2
196	Contra la Hacienda en el ámbito militar	1
	Total	28

Art.	Código Penal Militar 2015	N.º
26	Revelación de secretos relativos a la seguridad nacional. . .	1
43	Insulto a superior	1

Art.	Código Penal Militar 2015	N.º
44	Desobediencia	2
55	Deslealtad.	1
56	Abandono de residencia (3) y/o destino (1).	4
77	Contra la eficacia del servicio	4
81-82	Delitos contra el patrimonio en el ámbito militar	4
	Total	17

Art.	Código Penal	N.º
457	Simulación de delito	1
	Total	1

(*) Algunos recursos de casación pueden referirse a varios delitos.

(*) Algunos recursos de casación pueden estar interpuestos por varias partes.

– Tiempo medio entre emisión de informe por el fiscal y la sentencia:

De los recursos informados (oposición y/o adhesión) por el Fiscal en el 2017 hay seis en los que aún no se ha dictado sentencia, siendo la media de tiempo transcurrido –en relación con aquellos en los que ya ha habido sentencia– la de 2 meses y medio aproximadamente. El plazo mínimo constatado es el de 26 días y el máximo de 6 meses aproximadamente.

– Delitos preponderantes que son objeto de recurso:

Confirmándose la tendencia apreciada en los últimos años, de nuevo han sido los delitos contra la disciplina (en especial el insulto a superior y el abuso de autoridad) los que con más frecuencia han ocupado el debate casacional. Así, cabe destacar los ocho recursos cuyo objeto fue el delito de coacciones, amenazas o injurias a un superior, sólo superado por la suma, once, de los delitos de trato degradante y maltrato de obra a inferior. Llamativa es la práctica desaparición del cuadro estadístico del delito de abandono de destino, otrora protagonista principal de estos recursos, pues si bien se reseñan cuatro casaciones por el delito del art. 56 del Código Penal Militar de 2015, tres lo son por la modalidad de abandono de residencia.

1.5.1.4.2 Recursos en el orden contencioso-disciplinario militar

1.5.1.4.2.1 Preferentes y sumarios

Total	5
Preparados por el Fiscal	0
Preparados por la Abogacía del Estado	0
Preparados por el sancionado.	5

1.5.1.4.2.2 Ordinarios*

Preparados por el demandante y/o Abogado del Estado	62
---	----

* Se significa que en los contenciosos disciplinarios ordinarios el Fiscal no se halla personado.

1.5.1.4.3 Recursos contencioso-disciplinarios incoados por la Sala V actuando como Tribunal de instancia

Preparados por el demandante y/o Abogado del Estado	24
---	----

1.5.1.5 Diligencias de investigación

Durante el año 2017, al que se contrae la presente Memoria, se abrieron doce (12) Diligencias de Investigación: dos (2) por parte de la Fiscalía del TMC, siete (7) por parte de la Fiscalía del TMT 1.º, dos (2) por la Fiscalía del TMT 2.º y una (1) por la Fiscalía del TMT 4.º

Las dos Diligencias de Investigación incoadas por la Fiscalía del TMC fueron archivadas sin responsabilidad, al igual que la iniciada por la Fiscalía del TMT 4.º Por su parte, la Fiscalía del TMT 2.º remitió la suya al Decano de los Juzgados Togados Militares Centrales, dando lugar a la incoación de las DP 02/07/17. Cuatro de las siete Diligencias de Investigación de la Fiscalía del TMT 1.º fueron archivadas, judicializándose las tres restantes (Diligencias Previas 11/09/17 y 42/02/18 y Sumario 12/26/17).

1.5.2 CUESTIONES DE MAYOR RELEVANCIA ANALIZADAS POR LA SALA QUINTA Y LA SALA DE CONFLICTOS

Dentro de aquellas cuestiones de mayor interés y relevancia que han sido objeto de tratamiento por la Sala Quinta del Tribunal Supremo

y la Sala de Conflictos de Jurisdicción durante el año 2017, se reseñan a continuación como más interesantes las siguientes:

1.5.2.1 *Sala Quinta del Tribunal Supremo*

En aplicación de la disposición transitoria tercera de la Ley Orgánica 14/2015, de 14 de octubre, por la que se aprobó el nuevo Código Penal Militar, la Sala Quinta del Tribunal Supremo, al igual que hizo durante el año 2016, ha dictado algunas sentencias en las que ha analizado si el nuevo Código resulta ser norma penal más favorable que el antiguo. De entre ellas podemos citar las siguientes:

Sentencia 35/2017, de 16 de marzo, que analiza el delito de revelación de secretos o informaciones relativas a la seguridad y defensa nacional concluyendo que el nuevo Código Penal Militar es norma penal más favorable.

Sentencia 37/2017, de 28 de marzo, que analiza el delito de abuso de autoridad, en su modalidad de maltrato de obra, y concluye que el nuevo Código no es norma penal más favorable.

Sentencia 61/2017, de 17 de mayo, que analiza el delito de deslealtad concluyendo que el nuevo Código Penal Militar sí resulta más favorable, por lo que acuerda la aplicación retroactiva de la nueva norma penal.

Debe citarse además la Sentencia 28/2017, de 28 de febrero, en la que reitera la doctrina jurisprudencial referida a la imposibilidad de degradar al ámbito disciplinario hechos que puedan resultar subsumibles en el delito de abuso de autoridad, en su modalidad de maltrato de obra, por muy leve que hubiera sido la vis física ejercida.

Asimismo, también reviste interés la Sentencia 62/2017, de 18 de mayo, que ha venido a confirmar la posibilidad de la apreciación del delito de insulto a superior en su modalidad de maltrato de obra cuando la agresión tiene lugar en un contexto ajeno al servicio o actividad profesional militar.

1.5.2.2 *Sala de Conflictos de Jurisdicción*

La Sentencia 2/2017 de 12 de julio de 2017 resuelve el conflicto de jurisdicción planteado entre el Juzgado de Instrucción n.º 2 de Pontevedra y el Juzgado Togado Militar Territorial n.º 41, durante la tramitación de sendos procedimientos judiciales instruidos por las irregularidades y falsedades cometidas por unos guardias civiles con ocasión del cobro de unas indemnizaciones como consecuencia de una comisión de servicio. La Sala de Conflictos de Jurisdicción, siguiendo el criterio fijado en

precedentes conflictos jurisdiccionales, lo resuelve a favor de la Jurisdicción Militar, precisando que la jurisprudencia de la Sala V del Tribunal Supremo en interpretación del artículo 115 del CPM de 1985, precedente del actual artículo 55 del CPM de 2015, ha venido señalando que la lealtad en el ámbito castrense constituye un valor relevante que debe presidir las relaciones entre las personas integradas en la organización militar, sobre todo en las relaciones jerárquicas, cuyo componente nuclear es el deber de veracidad en los asuntos del servicio. El reproche penal se asienta en el grave quebranto de la relación de confianza en el ámbito funcional que se produce cuando se facilita información falsa o desnaturalizada sobre asuntos del servicio, indicando que en este caso el comportamiento de los investigados se desarrolló a consecuencia del cumplimiento de la orden de que se sometieran con carácter obligatorio a un reconocimiento en el Tribunal Médico Militar, por lo que concluye que los hechos objeto de controversia, sin perjuicio de su definitiva calificación en el momento procesal oportuno, revisten en principio caracteres de un delito de deslealtad del artículo 55 del CPM, correspondiendo su enjuiciamiento a la Jurisdicción castrense.