

## CAPÍTULO II

### ÓRGANOS CENTRALES DEL MINISTERIO FISCAL

#### 1. FISCALÍA DEL TRIBUNAL SUPREMO

##### 1.1 Sección de lo Civil

El año 2020 ha traído consigo la jubilación del Fiscal de Sala Jefe, Excmo. Sr. D. José María Paz Rubio con fecha de 30 de octubre de 2020. Su intachable trayectoria profesional y absoluta dedicación a la Fiscalía en el ámbito civil justifican nuestro sincero homenaje y nuestros mejores deseos para esta nueva etapa de merecido descanso que esperamos plena de buenos momentos.

Se jubilan también las Ilmas. Sras. D.<sup>a</sup> Begoña Polo Catalán, con fecha 2 de noviembre de 2020 y D.<sup>a</sup> Concepción Salinas La Casta con fecha 18 de diciembre de 2020, quienes han dejado también un recuerdo imperecedero en la Sección. En su lugar, se incorporan las Ilmas. Sras. Lourdes Rodríguez Rey y D.<sup>a</sup> Rosa Pérez Martínez, ambas en fecha 16 de septiembre de 2020.

Este año 2020 ha sido finalmente publicada, a instancias de la Sección Civil, la Circular 1/2020, de 3 de enero, sobre *los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal en el orden jurisdiccional civil* cuyo propósito declarado es facilitar la labor de los fiscales, dándoles pautas orientativas para valorar la procedencia y viabilidad de la interposición de los citados recursos.

##### 1.1.1 CIFRAS DE ACTIVIDAD DE LA SECCIÓN DE LO CIVIL EN EL EJERCICIO DE 2020

TOTAL, JUNTAS DE LA SECCIÓN DE LO CIVIL AÑO 2020	
Total Informes .....	4.303
<b>Casación:</b>	2.706
Admisión .....	7

TOTAL, JUNTAS DE LA SECCIÓN DE LO CIVIL AÑO 2020	
Inadmisión . . . . .	377
Apoyo. . . . .	17
Apoyo parcial. . . . .	54
Dictamen . . . . .	1.583
Adhesión . . . . .	631
Impugnación . . . . .	37
<b>Infracción Procesal:</b>	<b>1.213</b>
Admisión . . . . .	2
Inadmisión . . . . .	174
Apoyo. . . . .	8
Apoyo parcial. . . . .	19
Dictamen . . . . .	993
Adhesión . . . . .	3
Impugnación . . . . .	14
<b>Exequatur:</b>	<b>—</b>
Revisión . . . . .	68
Competencia . . . . .	278
Error judicial . . . . .	26
Recurso de queja . . . . .	1
Asistencia jurídica gratuita . . . . .	2
Cuestión prejudicial europea . . . . .	—
Responsabilidad civil jueces y magistrados. . . . .	—
Otros. . . . .	—
Asistencia vistas. . . . .	2
Procedimiento artículo 38 LOPJ . . . . .	1
Procedimiento artículo 42 LOPJ . . . . .	4
Procedimientos artículo 61 LOPJ . . . . .	—
Impugnación asistencia jurídica gratuita . . . . .	2

La tabla recoge las cifras de actividad de la Sección en los diferentes procedimientos en los que tiene intervención. En relación con el total de informes despachados, en 2019 se produjo un importante incremento que va desde los 5.180 de 2018, a los 6.308 de 2019. En 2020 el total de informes despachados ascendió a 4.303.

## 1.1.2 RESOLUCIONES DE LA SALA DE LO CIVIL DEL TRIBUNAL SUPREMO

Este año 2020 ha sido pródigo en resoluciones de interés emanadas de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo. De entre ellas y en relación con procedimientos en los que intervino el Ministerio Fiscal deben destacar las siguientes, que se agrupan por materias.

### 1.1.2.1 *Discapacidad*

La STS n.º 118/2020, de 19 de febrero analiza el ámbito de aplicación de la curatela y las diferencias con la tutela en una interpretación acorde a la Convención de Nueva York de 2006, partiendo de que corresponde la tutela a una limitación total del alcance de la capacidad y la curatela a supuestos de limitación parcial del alcance de la capacidad. Se considera idónea la curatela como sistema de apoyo también en los actos de la esfera personal. Se parte de que la curatela es una institución flexible que se caracteriza por su contenido de asistencia y supervisión, no por el ámbito personal o patrimonial o por la extensión de actos en los que esté llamada a prestarse.

La STS n.º 654/2020, de 3 de diciembre vuelve a deslindar tutela y curatela inspirándose en la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, hecha en Nueva York el 13 de diciembre de 2006: La tutela es la forma de apoyo más intensa que puede resultar necesaria cuando la persona con discapacidad no pueda tomar decisiones en los asuntos de su incumbencia, ni por sí misma ni tampoco con el apoyo de otras personas. En efecto, dice el art. 267 CC que el tutor es el representante de la persona con la capacidad modificada judicialmente, salvo para aquellos actos que pueda realizar por sí solo, ya sea por disposición expresa de la ley o de la sentencia. Pero en atención a las circunstancias personales puede ser suficiente un apoyo de menos intensidad que, sin sustituir a la persona con discapacidad, le ayude a tomar las decisiones que le afecten. En el sistema legal, está llamada a cumplir esta función la curatela, concebida como un sistema mediante el cual se presta asistencia, como un complemento de capacidad, sin sustituir a la persona con discapacidad.

Son también de interés los razonamientos de la STS n.º 654/2020, de 3 de diciembre sobre el nombramiento de curador: «hay que añadir que la elección de la hija D.<sup>a</sup> Clemencia, en quien D.<sup>a</sup> L. confía, facilita la prestación de los apoyos que se establecen. No procede en cambio, como solicitó el abogado de D.<sup>a</sup> L. en su recurso de apelación, el nom-

bramiento de un defensor judicial con carácter estable. En el caso no se aprecia un genérico conflicto de intereses por el hecho de que la hija sea heredera cuando la madre fallezca, pues cuenta con su propio patrimonio y ha venido demostrando que se preocupa por su madre, de la que está pendiente, y la madre tiene buena relación con ella. Si se entendiera que existe ese conflicto de intereses, más que el nombramiento de un defensor judicial estable lo que procedería sería no nombrarla para ejercer la curatela. Nada impide que, si llega el caso, cuando por la propia naturaleza del acto concreto que se pretenda celebrar, y en atención a las circunstancias concurrentes, se aprecie conflicto de intereses, se proceda a solicitar y nombrar un defensor judicial para que ejerza la concreta función que en ese momento se le confiera».

Igualmente son de interés los pronunciamientos de la STS n.º 654/2020, de 3 de diciembre en relación con los cuidados de la salud: «en el ámbito del cuidado de la salud, es cierto que D.<sup>a</sup> L. está tomando la medicación con el apoyo de los empleados domésticos y con supervisión de las hijas, pero también consta que desconoce la medicación que se le suministra y que no tiene conciencia alguna del trastorno ni de las alteraciones que padece [...]. Ello unido a las actuaciones pasadas de viajes así como a las ideaciones de planes de irse a vivir al extranjero, lo que comportaría un riesgo inmediato para su vida e integridad si se tiene en cuenta la enfermedad física que padece y que requiere, entre otros tratamientos, diálisis dos veces a la semana y un seguimiento cuidadoso de la medicación que toma, así como asistencia personal para su vida diaria, justifica que D.<sup>a</sup> L. necesite para su protección [...] la asistencia de su curadora en las decisiones relativas a los cuidados personales y médicos derivados de sus enfermedades».

### 1.1.2.2 *Protección de menores*

En cuanto a la protección de los menores extranjeros no acompañados y la determinación de su edad, la STS n.º 307/2020, de 16 de junio, declara en relación a una demanda de oposición a la resolución de la Administración que deniega la declaración de desamparo que «las razones por la que la Fiscalía decreta la mayoría de edad son: que cuando el demandante entró en España declaró ser mayor de edad; que toda la documentación aportada se ha elaborado después de la entrada en España y con apoyo en un certificado de nacimiento que carece de la consideración de documento público con fuerza probatoria para determinar la edad; que se negó a someterse a una prueba de determinación de edad. [...] La sentencia del juzgado, confirmada por

la Audiencia, consideró que todo ello justificaba que las dudas de la Fiscalía sobre la minoría de edad fueran razonables, por lo que desestimó la demanda interpuesta contra la resolución de la Administración que, con apoyo en los decretos de la Fiscalía, denegó la declaración de desamparo. [...] Esta sala no comparte este criterio y considera que en el caso no se ponderaron adecuadamente las razones por las que se decretó la mayoría de edad, lo que dio lugar a la consiguiente exclusión del demandante del sistema de protección de menores. [...] Aunque en los procesos que tengan por objeto la oposición a las resoluciones administrativas en materia de protección de menores el tribunal no está vinculado por las disposiciones generales en materia de fuerza probatoria de los documentos (arts. 748.7 y 752.2 LEC), ello no significa que pueda prescindirse del valor acreditativo de la menor edad que resulta de la documentación oficial expedida por las autoridades competentes. [...] En las circunstancias del caso, las dudas suscitadas en la Fiscalía acerca de la fiabilidad de la edad que consta en una documentación oficial que no ha sido invalidada ni desacreditada por las autoridades que la expedieron, y que tampoco presenta indicios de manipulación, no pueden prevalecer frente a lo que resulta de la propia documentación aportada por el menor para hacer valer su condición de tal a efectos de obtener la protección de menores. [...] En el caso, ante la falta de impugnación de una documentación que es coincidente con la declaración del menor por lo que se refiere a su edad, ni es razonable considerarlo como indocumentado ni es razonable que prevalezcan unas dudas que son despejadas por dicha documentación. Fueron el Consulado y la Embajada de la República de Malí quienes, con apoyo en la copia integral del acta de nacimiento aportada por el interesado [...], que no cuestionaron, elaboraron la otra documentación aportada, incluido el pasaporte oficial. [...] A ello debe añadirse que no es un dato decisivo para dudar de la fiabilidad de la edad que resultaba de tal documentación el hecho de que cuando el demandante entró en España manifestara ser mayor de edad, pues es conocido que declaraciones en tal sentido se hacen por quienes son menores creyendo que así encontrarán trabajo o, tal y como en el caso explicó el demandante [...], que es el modo de pasar a la península, ir a Madrid y no quedarse en un centro de internamiento en Melilla. Estas explicaciones resultan creíbles ante una política sobre menores extranjeros no acompañados orientada al retorno del menor a su país de origen, bien con su familia bien en un centro de acogida de menores de su país. [...] Tratándose de un adolescente tampoco es decisivo que en aquel momento en la brigada de extranjería no dudaran de su manifestación de mayoría, dado que la valoración esporádica de la

apariciencia física de los adolescentes no puede ser determinante de su edad, pues no en todos los casos la apariencia física de los adolescentes revela indubitadamente su minoría. Cuestión distinta será que una persona con apariencia física que revele su mayoría esté en posesión de una documentación como si fuera menor y que claramente no le corresponda, pues en tal caso debería impugnarse o invalidarse tal documentación por la vía correspondiente. [...] Finalmente, tampoco es un indicio decisivo para dudar de la menor edad afirmada por el interesado y avalada por una documentación oficial no impugnada la negativa a someterse a las pruebas médicas. Tal negativa no carece de justificación y es coherente tanto con las razones defendidas en el recurso en el sentido de estar documentado por un pasaporte no invalidado y acreditativo de su menor edad como con la exigencia de que las pruebas de determinación de la edad no se practiquen de manera indiscriminada, tal y como ahora recoge el art. 12.4 LOPJM».

En relación con la audiencia de los menores, el ATS de 11 de marzo de 2020 rec. 353/2019 declara que «en relación a la denunciada falta de audiencia o exploración de los menores, indicar la especial naturaleza del procedimiento en el que nos encontramos, y que como se indica en las resoluciones recurridas, no solo existen informes sociales sino también del equipo psicosocial del equipo adscrito al Juzgado, por lo que como indica la STS 18/2018 de 15 de enero, en relación a la exploración del menor, «se trata de evitar que la audiencia directa del menor no le produzca un perjuicio peor que el que se pretende conjurar», por lo que podrá realizarse a través de expertos o estar a la ya efectuada por estos, añadiendo que: «[...] cabe colegir también de la sentencia TEDH, Sección 3.ª, de 11 de octubre de 2016, recurso 23.298/2007, por la que estima que sería ir demasiado lejos decir que los tribunales internos están siempre obligados a oír a los menores, pues dependerá de las circunstancias particulares de cada caso, atendiendo siempre a la edad y madurez del niño». [...] De forma que la sentencia recurrida, conforme a la detallada exposición referida, no infringe la doctrina de esta sala, cuyo fallo descansa, como razón decisoria, en el interés superior de los menores. Interés de los menores que en definitiva es el que ha presidido la decisión de la audiencia».

### 1.1.2.3 *Concursal*

Sobre las irregularidades contables se pronuncia la STS n.º 319/2020, de 18 de junio, que declara que para juzgar si la circunstancia de no haber provisionado ese crédito puede integrar una irregularidad conta-

ble se ha de ponderar hasta qué punto había obligación de hacerlo, siendo necesario aportar la información relevante que ponga en evidencia que el crédito, cuando se formularon esas cuentas anuales, debía calificarse de dudoso cobro.

La STS n.º 258/2020, de 5 de junio sigue el criterio de que para que las irregularidades contables puedan justificar la calificación culpable es necesario no sólo que se haya contravenido la normativa contable, sino además que tengan entidad suficiente, que sea relevante para la comprensión de la situación patrimonial o financiera de la entidad concursada.

La STS n.º 256/2020, de 5 de junio considera que «[...] tanto el *petitum* como la *causa petendi*, conformada por los hechos y las razones jurídicas que justifican la concurrencia de la(s) causa(s) de calificación culpable y el resto de los pronunciamientos consiguientes, deben quedar claros en el informe y el dictamen que interesan la calificación culpable, pues con arreglo a ello se emplaza a la concursada y a las personas respecto de las que se pide sean declaradas afectadas por la calificación o cómplices, para que puedan comparecer y oponerse. [...] En este caso, ninguna de las partes solicitó dicha condena a la cobertura del déficit concursal, por lo que la sentencia recurrida, al condenar a tal cobertura sin pretensión de parte, incurrió en incongruencia e infringió los arts. 216 y 218.1 LEC. En consecuencia, el recurso extraordinario por infracción procesal debe ser estimado, con la consecuencia de anular y dejar sin efecto la condena a la cobertura del déficit concursal».

La STS n.º 258/2020, de 5 de junio considera necesario especificar la persona afectada en el dictamen del Fiscal: la falta de una petición concreta de quién debía ser declarado persona afectada por la calificación culpable del concurso, no podía ser subsanada de oficio por el juez, ni por el de primera instancia –que no lo hizo–, ni por el tribunal de apelación. [...] No es que el dictamen, en su «suplico» o «petición», se haya olvidado de interesar formalmente que se declarara persona afectada por la calificación a B.; sino que, en realidad, en el cuerpo del escrito tampoco se determina quién debería ser persona afectada por la calificación y en calidad de qué, esto es, su justificación. Nos hallamos ante un dictamen incompleto, que no cabía integrar o completar en apelación, bajo riesgo de incurrir en una alteración del objeto litigioso. [...] De este modo, la Audiencia si bien podía pronunciarse sobre la concurrencia de las causas de calificación culpable, como hizo, no podía resolver sobre la persona afectada por la calificación ni sobre los consiguientes pronunciamientos de condena previstos en el art. 172.2. 2.º y 3.º LC, sin incurrir en incongruencia.

La STS n.º 319/2020, de 18 de junio analiza la calificación culpable por enajenación patrimonial fraudulenta por reparto de dividendos cuando la sociedad tenía fondos propios negativos acaecida más de dos años atrás. La sentencia de apelación para justificar la calificación culpable de concurso en la enajenación patrimonial fraudulenta que supuso el reparto de dividendos cuando la sociedad tenía fondos propios negativos, no incardina esta conducta en la causa legal prevista en el art. 164.2.5.º LC, por la que, «en todo caso, el concurso se calificará como culpable (...) (c)uando durante los dos años anteriores a la fecha de la declaración de concurso hubieran salido fraudulentamente del patrimonio del deudor bienes o derechos». No lo hace porque advierte la objeción planteada en este motivo de que esta conducta, el reparto fraudulento de dividendos, se habría realizado fuera de los dos años anteriores a la declaración de concurso. La sentencia de apelación incardina esta conducta en la causa general prevista en el art. 164.1 LC, que requiere constatar que esas enajenaciones (el reparto de dividendos sin que se cumplieran los presupuestos legales) supusieron un agravamiento de la insolvencia y que fue ocasionado con dolo o culpa grave. La Audiencia tiene razón en que una enajenación fraudulenta, por el hecho de haber sido realizada fuera del plazo de los dos años previsto en el art. 164.2.5.º LC, si bien no puede fundar la calificación culpable de concurso basada en esta causa, esa circunstancia temporal no impide que, si así fue solicitado (en el informe de la administración concursal o en el dictamen del Ministerio Fiscal), se pueda justificar la calificación culpable en la causa general del art. 164.1 LC siempre que se cumplan sus requisitos propios: que esa enajenación hubiera agravado de forma significativa la insolvencia y que se hubiera realizado con dolo o culpa grave. El motivo no impugna la aplicación que la sentencia hace de la causa legal del art. 164.1 LC a estos hechos (el reparto de dividendos), sino que se centra en la indebida aplicación del art. 164.2. 5.º LC, razón por la cual debemos desestimar el motivo.

En relación con la legitimación en la pieza separada de calificación, es especialmente relevante la STS n.º 191/2020, de 21 de mayo, que considera que los acreedores personados están legitimados para recurrir la sentencia que no estima todas las pretensiones formuladas por la administración concursal o el Ministerio Fiscal, aunque estos no formulen recurso, aunque sin poder introducir en el recurso pretensiones que no hubieran sido formuladas inicialmente por la administración concursal ni por el Ministerio Fiscal.

La STS n.º 319/2020, de 18 de junio analiza igualmente las diferencias entre condena a indemnizar daños y perjuicios y condena a la

cobertura del déficit: «Aunque tras la reforma operada por el RDL 4/2014, de 7 de marzo [...] la responsabilidad a la cobertura del déficit prevista en el art. 172 bis LC tiene también naturaleza resarcitoria, difiere de la prevista en el art. 172.2. 3.º LC en atención a su contenido y a los requisitos exigidos para su apreciación. [...] Esta condena a indemnizar daños y perjuicios no sólo va dirigida a las personas afectadas por la calificación, sino que también puede alcanzar a los cómplices; y es consecutiva a la sanción de pérdida de los créditos de todos ellos, ya sean concursales o contra la masa, y, sobre todo, de la condena a devolver los bienes o derechos indebidamente obtenidos del patrimonio del deudor –lógicamente antes de la declaración de concurso– y los recibidos de la masa activa –obviamente durante el concurso. Esta indemnización a que se puede condenar a la(s) persona(s) afectada(s) por la calificación y/o a los cómplices va ligada a la referida condena restitutoria, como por ejemplo la devaluación realizada por el uso y el tiempo transcurrido de los bienes o derechos que deben restituirse o la imposibilidad de verificarse dicha devolución por haber perecido los bienes o haber ido a parar a terceros de buena fe o que gozan de irreivindicabilidad o de protección registral. Podría alcanzar también a otros daños ocasionados directamente por el acto que ha merecido la calificación culpable de concurso, pero no a los derivados de la insolvencia a que haya podido contribuir dicho acto, esto es, los créditos insatisfechos, que son objeto de reparación a través de un medio específico previsto en el art. 172 bis LC con la posible condena a la cobertura total o parcial del déficit. [...] La condena a la cobertura del déficit del art. 172 bis LC pretende resarcir los perjuicios indirectos derivados de la causación o agravación de la insolvencia, y tiene sus propios requisitos. Objetivos: es necesario que se haya abierto la liquidación, que la concursada sea una persona jurídica y que la conducta que haya merecido la calificación culpable del concurso haya generado o agravado la insolvencia, pues en la medida de esta contribución se determina el alcance de la condena a la cobertura del déficit. Subjetivos: responden las personas declaradas afectadas por la calificación culpable de concurso respecto de la conducta que, habiendo merecido la calificación culpable, se aprecia que generó o agravó la insolvencia. [...] De tal forma que condenar a indemnizar daños y perjuicios al amparo del art. 172.2. 3.º LC, cuando no se había solicitado, sino que se había pedido la condena a la cobertura de la mitad del déficit, al amparo del art. 172 bis LC, vicia de incongruencia la sentencia. Y justifica la estimación del recurso extraordinario por infracción procesal y que dejemos sin efecto ese pronunciamiento de la sentencia recurrida.

La STS n.º 456/2020, de 24 de julio analiza los presupuestos para la apertura de la sección de calificación.

#### 1.1.2.4 *Derecho al honor, la intimidad y la propia imagen*

Los registros de morosos siguen generando litigiosidad y doctrina jurisprudencial. En la STS n.º 672/2020, de 11 de diciembre se analiza como cuestión jurídica controvertida la de determinar si puede considerarse que hubo o no previo requerimiento de pago. El mero envío del requerimiento de pago, por vía postal, no acredita la recepción del mismo, por lo que no se puede entender efectuado el preceptivo requerimiento de pago, previo a la inclusión en el fichero de morosos.

En la STS n.º 562/2020, de 27 de octubre se aborda el problema de la delimitación de qué debe entenderse por deuda dudosa, desestimándose el recurso por considerarse que no es de apreciar como tal la deuda: «es cierta la doctrina de la sala que trae a colación la recurrente, con cita de la sentencia 174/2018 de 23 de marzo, sobre el llamado «principio de calidad de datos», en el sentido de que no cabe incluir en los registros de morosos datos personales por razón de deudas inciertas, dudosas, no pacíficas o sometidas a litigio, así como que para que concorra esta circunstancia en la deuda, que excluya la justificación de la inclusión de los datos personales en el registro de morosos, basta con que aparezca un principio de prueba documental que contradiga su existencia o certeza. [...] Pero, también es cierto que esta doctrina hay que matizarla, como sostiene la sentencia 245/2019, de 25 de marzo, cuando afirma que «lo anterior no significa que cualquier oposición al pago de una deuda, por injustificada que resulte, suponga que la deuda es incierta o dudosa, porque en tal caso la certeza y exigibilidad de la deuda se dejaría al exclusivo arbitrio del deudor, al que le bastaría con cuestionar su procedencia, cualquiera que fuera el fundamento de su oposición, para convertir la deuda en incierta».[...] Si se aplica la anterior doctrina al caso enjuiciado se aprecia lo que sigue: (i) Cuando se incluyeron los datos personales en los registros de morosos no existía, según se ha dicho, ningún litigio planteado y pendiente sobre las deudas. (ii) Es cierto que, previamente a la inclusión, el recurrente envió un burofax a la entidad bancaria con fecha 19 de junio de 2018 en el que mostraba su disconformidad con la deuda y saldo deudor pendiente de las tarjetas de crédito y solicitaba la nulidad de los contratos. El requerimiento era al amparo del art. 395 LEC, y si en el plazo de 20 días no es cumplimentado proce-

dería judicialmente contra la entidad. [...] Pero también es cierto que no se cuestionaba la facturación de lo consumido, sino la nulidad de los intereses remuneratorios tildados de usurarios, pero pactados en el contrato. [...] (iii) Pasaron los meses, sin que el actor pagase la deuda ni formulase la demanda anunciada, que como hemos dicho no era por el principal adeudado sino por discrepar de los intereses, que eran los pactados, aunque los tachase de usurarios. [...] De ahí que la entidad recurrida, pasado más de tres meses desde el requerimiento por burofax, llevó a cabo la inclusión [...] (iv) Finalmente cabe tener en cuenta y valorar la diligencia de la entidad bancaria, pues en cuanto tuvo conocimiento del litigio [...] tuvo lugar la baja de los referidos datos en los ficheros».

En la STS n.º 635/2020, de 25 de noviembre se aborda el honor de las personas jurídicas, partiendo como ideas centrales de que, a diferencia de la intromisión al honor de las personas físicas, solamente cabe la ponderación de su dimensión externa, es decir, la reputación o fama reflejada en la consideración de los demás. Se parte de que la jurisprudencia ha reconocido reiteradamente el derecho a la tutela del honor de las personas jurídicas, delimitando su ámbito y límites específicos, que no cabe equiparar a los propios del derecho al honor de las personas físicas. La jurisprudencia ha compatibilizado el reconocimiento del derecho con la necesidad de aplicar parámetros de ponderación diferenciados de los propios de las intromisiones al honor de las personas físicas. Esta proyección exclusivamente externa del derecho al honor de las personas jurídicas ha determinado paralelamente la afirmación de una menor intensidad en su protección.

En relación con la condena a la publicación de la sentencia condenatoria tiene particular interés la STS 684/2020, de 15 de diciembre: «en el desarrollo del motivo se argumenta que la infracción se ha cometido al condenar al recurrente a publicar íntegramente la sentencia, lo que resulta desproporcionado para reparar el daño causado, por lo que la publicación debe ceñirse al encabezamiento y fallo de la sentencia. [...] En el presente caso, dado que ha existido no solo una vulneración del derecho a la intimidad del demandante sino también de su derecho al honor, la medida de publicación total o parcial de la sentencia condenatoria a costa del condenado es una medida procedente para restablecer al demandante el pleno disfrute de su derecho al honor. [...] La atención a las circunstancias concretas de cada caso ha llevado a este Tribunal a afirmar que basta, por lo general, con la publicación del encabezamiento y del fallo, especialmente si se trata de publicaciones impresas [...] que la publicación íntegra de la sentencia puede ser innecesaria y excesiva si «supera aquella finalidad

reparadora del derecho lesionado» [...] 4.– En el presente caso, como acertadamente afirma el Ministerio Fiscal en su informe, las circunstancias concurrentes (reparación de los daños morales mediante la indemnización, publicación en un medio impreso, además de en uno digital, excesiva extensión de la sentencia para ser publicada en un medio impreso, etc.) justifican que no se excepcione la regla general establecida por nuestra jurisprudencia, que es la publicación del encabezamiento y del fallo de la sentencia de primera instancia. [...] 5.– La publicación de la sentencia solo es procedente para reparar la vulneración del derecho al honor. Cuando lo vulnerado es el derecho a la intimidad, no procede dicha publicación, puesto que la misma no supondría una reparación de la vulneración ilegítima de tal derecho fundamental, sino, por el contrario, una agravación de sus consecuencias. Dado que en el fallo de la sentencia del Juzgado de Primera Instancia se reproducía un fragmento del artículo periodístico en el que también se hacía mención a la orientación sexual del demandante, en la publicación ha de eliminarse esa parte del fallo de la sentencia».

Destacamos igualmente la STS n.º 83/2020, de 5 de febrero en relación con un supuesto de informaciones relativas a los problemas laborales existentes entre un Juez y los funcionarios del juzgado y a la apertura de expediente disciplinario al Juez. El TS declara «que varios años después de publicadas las informaciones periodísticas se archivara el expediente sancionador abierto al demandante, no resta veracidad a la información publicada».

La STS 125/2020, de 26 de febrero analiza el requisito de la veracidad como legitimador del ejercicio de la libertad de información. Para el TS «el concepto de veracidad, a efectos de legitimar el ejercicio de la libertad de información y su prevalencia sobre el derecho al honor, no coincide con el de la verdad de lo publicado o difundido. Cuando la Constitución requiere que la información sea veraz, no está privando de protección a las informaciones que puedan resultar erróneas, sino estableciendo un deber de diligencia sobre el informador, a quien se debe exigir que lo que transmite como hechos haya sido objeto de previo contraste con datos objetivos de acuerdo con pautas profesionales y ajustándose a las circunstancias concurrentes aun cuando la información con el transcurso del tiempo, pueda ser desmentida o no resultar confirmada [...] falta en todo caso esa diligencia cuando se transmiten como hechos verdaderos simples rumores carentes de constatación o meras invenciones [...] lo que no quiere decir que los medios de información no puedan formular razonadamente conjeturas sobre la base de hechos o indicios constatados [...] Asimismo, la libertad de información protege al informador aunque incu-

rra en errores circunstanciales que no afecten a la esencia de lo informado [...] puesto que, de lo contrario, la actuación de la prensa correría peligro, pues no es fácil comunicar información con la inmediatez propia de los medios de comunicación sin incurrir en imprecisiones o errores intrascendentes.

La STS n.º 157/2020, de 6 de marzo aborda el conflicto entre honor y libertad de expresión en contextos de contienda y política: «la existencia de un contexto de contienda o crítica política ha llevado a esta sala en varias ocasiones a no apreciar la existencia de intromisión ilegítima en el honor por el empleo del término «pelotazo». [...] el empleo, incluso reiterado, de la expresión «pelotazo», no puede considerarse desproporcionada ni desvinculada de la opinión que se estaba manifestando, pues la crítica fundamentalmente se dirigía al gobierno autonómico (de signo ideológico opuesto al de la alcaldesa y su partido), aun cuando se proyectara necesariamente sobre la mercantil demandante como entidad que iba a beneficiarse económicamente de la actuación urbanística aprobada, y dicho uso no incrementaba el descrédito que podía resultar del conjunto de las manifestaciones críticas, estando además justificado por ser una expresión común y habitual en este tipo de manifestaciones políticas, cuando lo que se busca es poner en cuestión la gestión de los asuntos públicos en lenguaje coloquial, entendible por todos los ciudadanos, y dar a entender que determinadas decisiones de los adversarios políticos no responden a la necesaria satisfacción del interés general sino a la especulación y a intereses económicos privados».

La STS n.º 83/2020, de 5 de febrero aborda el derecho al olvido digital.

La STS n.º 127/2020, de 26 de febrero, en relación con el derecho a la propia imagen distingue entre las facultades amparadas por el derecho fundamental y las que constituyen un derecho puramente patrimonial.

La STS n.º 170/2020, de 11 de marzo aborda la doctrina sobre informaciones de imputaciones de delitos posteriormente no corroboradas.

#### 1.1.2.5 *Cuestiones de derecho matrimonial*

Reviste particular interés la STS n.º 573/2020, de 4 de noviembre, que recuerda la doctrina general sobre la fecha de devengo de la pensión de alimentos, distinguiendo si la pensión se instaura por primera vez o si existe una pensión alimenticia ya declarada (y, por tanto, que

ha venido siendo percibida por los hijos menores) y lo que se discute es la modificación de la cuantía. En el caso enjuiciado «la pensión alimenticia a favor de los hijos se determina como medida definitiva, consecuencia del divorcio, en la sentencia que disuelve el matrimonio, pero le había precedido un auto de medidas previas o provisionales que establecía y concretaba tal obligación.[...] No puede entenderse que la sentencia de primera instancia haya recaído en un proceso diferente al de medidas provisionales previas, pues estas son unas medidas cautelares previas y conexas con el procedimiento principal (arts. 771.5 y 772.1 LEC). Por ello, tratándose del mismo proceso ha de aplicarse la doctrina jurisprudencial, en el sentido que los alimentos fijados en la sentencia de primera instancia, se devengan desde la interposición de la demanda, sin perjuicio que se compute lo ya abonado en virtud del auto de medidas, para evitar un doble pago, ya que dichas medidas solo constituyen un estatuto jurídico provisional. [...] La medida cautelar tiene condición accesoria del proceso principal cuyo resultado satisfactorio pretende asegurar con su adopción. Por ello, debe responder a un criterio de proporcionalidad con la finalidad que persigue. Carece de autonomía e independencia y está condicionada por el objeto del litigio a que se refiere (art. 726.1. 1.º LEC). [...] Su accesoriedad viene confirmada por el art. 770.4 LEC al permitir su subsistencia solo si en el plazo de 30 días se interpone la demanda. [...] Los arts. 106 del C. Civil y 773.5 LEC no recogen un planteamiento diferente, pues supeditan los efectos de las medidas provisionales a lo que definitivamente se establezca en sentencia y, en este caso, en la sentencia se establece que los alimentos que ella fija se abonarán desde la interposición de la demanda, al imponer ese criterio el art. 148 del C. Civil».

En relación con la atribución de la vivienda en supuestos de guarda y custodia compartida, la STS n.º 558/2020, de 26 de octubre analiza un supuesto en el que se cuestiona el uso indefinido y no temporal con el que se atribuyó la utilización de la vivienda familiar a la demandante, postulando que se limite el mismo a un año o al que se considere adecuado. «[...] Se alega, por la recurrida, la vigencia del principio del interés superior de los menores, pero este se encuentra garantizado con la custodia compartida y posibilidades económicas de ambos progenitores de gozar de una vivienda digna para disfrutar de la compañía de sus hijos y asumir sus derechos y deberes dimanantes de la patria potestad (art. 154 CC). [...] Por otra parte, deben priorizarse, como dice el art. 2 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, las medidas que, respondiendo a dicho interés, respeten también los otros intereses legítimos presentes

como los de los progenitores, sin que, en el caso que enjuiciamos, concorra incompatibilidad entre ellos que determine la prevalencia del interés superior de los menores. [...] el criterio que ha de presidir la decisión que en cada caso corresponda adoptar al Juez, a la vista de las circunstancias concretas, debe ser necesariamente el del interés prevalente del menor, ponderándolo con el de sus progenitores, que aun siendo de menor rango, no por ello resulta desdeñable»[...] Ahora bien, no es este el caso del litigio que nos ocupa, en el que los intereses de los menores están garantizados y no entran en colisión con los del padre de manera tal que los correspondientes a éste deban subordinarse a los prioritarios de los hijos menores, al no darse una situación de incompatibilidad irremediable, sino de satisfacción conjunta y coordinada. [...] Procede, en consecuencia, asumir la instancia y, en atención al juego de las circunstancias antes expuestas, fijamos el uso de la vivienda, por un plazo de dos años, a contar desde la fecha de esta sentencia, periodo de tiempo que consideramos ajustado para una ordenada transición a la nueva situación declarada en atención a las circunstancias concurrentes».

Aborda igualmente el tratamiento de la vivienda familiar en supuestos de custodia compartida la STS n.º 295/2020, de 12 de junio.

Los problemas que presenta el sistema denominado vivienda nido son analizados por la STS n.º 15/2020, de 16 de enero: «El recurrente planteó que se confirmase la sentencia del juzgado que conllevaba compartir la vivienda familiar como «vivienda nido», a lo que en apelación se opuso la recurrida y a lo que también se opone el Ministerio Fiscal. [...] Esta sala en sentencia 215/2019, de 5 de abril, declaró: «En cuanto a que los progenitores se alternen en la vivienda familiar, para que el niño no salga de la misma, es un sistema que impugna la parte recurrida y que no es compatible con la capacidad económica de los progenitores, que se verían obligados a mantener tres viviendas (la de cada uno y la común), unido a la conflictividad que añadiría el buen mantenimiento de la vivienda común (art. 96 del C. Civil).[...] Igualmente en sentencia 343/2018, de 7 de junio. [...] A la vista de esta doctrina, la discordancia entre las partes y el informe del Ministerio Fiscal, debemos declarar que la rotación en la vivienda familiar no es un sistema que vele por el interés de los menores, ni es compatible con la capacidad económica de los progenitores. [...] Sin perjuicio de ello, procede fijar un plazo de transición de dos años, durante el cual los menores y su madre permanecerán en la vivienda familiar, tras el cual, deberán abandonarla, momento en el que la vivienda familiar se integrará en el proceso de liquidación de la sociedad de gananciales (art. 96 del CC), medida que se toma en interés de los menores, a la

vista de los escasos ingresos de la madre, situación necesitada de protección en aras a un ordenado cambio del sistema de custodia».

La STS n.º 488/2020, de 23 de septiembre reitera la doctrina relativa a que la introducción de una tercera persona hace perder a la vivienda su antigua naturaleza «por servir en su uso a una familia distinta y diferente».

En la STS n.º 648/2020, de 30 de noviembre se vuelve a subrayar la importancia de la diligencia de exploración de menores para decidir sobre la modalidad de guardia que proceda. El TS declara que, al no haberse oído a los menores y no haberse rechazado motivadamente la propuesta de exploración, procede estimar el recurso y, en consecuencia, procede la anulación de la sentencia recurrida, con devolución de los autos a la Audiencia Provincial para que, previa exploración de los menores (directamente o a través del equipo psicosocial), dicte sin demora la sentencia que con arreglo a derecho corresponda.

La STS n.º 58/2020, de 28 de enero declara la imposibilidad de afrontar un sistema de custodia compartida con menores en edad escolar, con una distancia considerable entre los domicilios de los custodios, lo que acarrea un desarraigo de la menor, su sometimiento a cambios intermitentes de colegios y de sistema sanitario, incluso en este caso, con diferencias lingüísticas en su proceso de aprendizaje. El TS deja sin efecto la custodia compartida y opta por la custodia exclusiva «sin perjuicio de que la concreción del sistema de visitas, alimentos y medidas derivadas y necesarias tras un proceso de divorcio, en relación con la menor, se desarrollará en ejecución de sentencia por el Juzgado de Primera Instancia, garantizando un eficaz y equilibrado sistema de visitas por parte de Dña. [...] de forma que la menor se resienta lo menos posible por el divorcio de sus madres.

#### 1.1.2.6 *Competencia funcional para conocer del recurso de casación*

Es de especial interés el ATS de 26 de noviembre de 2020, rec. 1799/2020, que se pronuncia sobre la competencia funcional para conocer recursos de casación en materia de Derecho mercantil, bancario y de consumo. Para el TS «cuando el proceso verse en sus aspectos sustanciales sobre normas de Derecho mercantil, bancario o de consumo y las disposiciones del Derecho autonómico solo resulten aplicables como Derecho común supletorio del mercantil, por aplicación de los arts. 2 y 50 del Código de Comercio (CCom), en lo no previsto por dicha normativa, la competencia para conocer del recurso de casación corresponde al Tribunal Supremo, dada la naturaleza estatal de la

normativa aplicable como principal, que exige un pronunciamiento unificado para todo el territorio nacional, que asegure el principio de seguridad jurídica».

#### 1.1.2.7 *Nacionalidad*

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

## 1.2 Sección de lo Penal

En la memoria del pasado año estuvo muy presente la incidencia de la pandemia en el trabajo de las dos secciones de lo Penal de la Fiscalía del Tribunal Supremo. Lamentablemente, esa incidencia sigue presente, aunque con distinto alcance. La paralización en la tramitación producida durante unos meses ha tenido un correlativo aumento de afluencia de causas a la fiscalía, lo que ha supuesto un incremento del trabajo dirigido a evitar que el remanente pendiente de reparto alcanzara un nivel difícilmente asumible.

Ello ha motivado un aumento del número de causas repartidas semanalmente, esfuerzo de todos los compañeros que nos permite mantenernos en números razonables.

Una segunda consecuencia de la incidencia de la pandemia ha sido tratar de «armar» a los fiscales de ambas secciones de los sistemas informáticos que nos permitan asumir, aunque no de forma totalmente deseable, el trabajo desde nuestros domicilios con carácter discontinuo. La celebración de las Juntas de sección se ha visto también afectada por la situación sanitaria, de forma que se han celebrado por videoconferencia.

Tema recurrente de anteriores memorias –y de esta nuevamente– es incidir en la necesidad de vigorizar los recursos preparados por el Ministerio Fiscal en el nuevo marco legislativo de la reforma operada por la Ley de 2015. No son muchos los recursos anunciados por el Fiscal, pese a que se ha abierto una vía que permite la unificación de doctrina en cuestiones jurídicamente muy cotidianas que permite la unidad de criterio entre las diferentes secciones de las audiencias.

Finalmente, es preciso también recordar la conveniencia de anunciar el recurso por infracción de ley del n.º 1 del art. 849 de la LECrim y por vulneración de precepto constitucional, art. 852 de la LECrim, y en ningún caso, señalar los preceptos infringidos. Ello obedece a la necesidad de dar libertad al fiscal del Tribunal Supremo para la interposición del recurso, evitando indeseables inadmisiones del recurso por infracción de las normas procesales que regulan la interposición del recurso de casación.

Antes de recoger los datos estadísticos, ha de precisarse que, aparentemente, ha habido una leve disminución de asuntos respecto del año 2019. Un total de 6112 en el pasado año frente a 5636 en este ejercicio memorial de 2020. Disminución que no parece obedecer a una real, sino motivada por los meses de paralización por la pandemia. Sigue siendo enorme el flujo de los recursos de casación de la

nueva ley, Ley 41/2015 contra sentencias dictadas en apelación por las audiencias provinciales. En concreto la Sala ha dictado 2580 providencias de inadmisión, número similar al del año anterior.

Se siguen observando defectos de forma en los anuncios de este concreto recurso de casación que, sin embargo, en demasiadas ocasiones son tenidos por preparados por las audiencias.

### 1.2.1 DATOS ESTADÍSTICOS DE LA ACTIVIDAD EN LAS SECCIONES DE LO PENAL

NATURALEZA DE LOS ASUNTOS REGISTRADOS EN 2020	
TRIBUNAL SUPREMO	
<b>Conflictos jurisdiccionales:</b>	
– del art. 38 LOPJ .....	0
– del art. 39 LOPJ .....	2
– del art. 42 LOPJ .....	0
– del art. 61 LOPJ .....	6

NATURALEZA DE LOS ASUNTOS REGISTRADOS EN 2020

SALA II DEL TRIBUNAL SUPREMO

**Casación**

Preparados por el Fiscal:

– Interpuestos .....	57
– Desistidos .....	19

De parte:

– Apoyados .....	63
– Parcialmente .....	45
– Inadmisión .....	4.481
– Impugnación .....	405

Quejas:

– Estimado .....	16
– Desestimado .....	167

**Unificación de doctrina**

Vigilancia Penitenciaria:

– Apoyo .....	0
– Impugnación .....	16

Revisión:

– Solicitudes de autorización e interpuestos por parte .....	114
– Interpuestos por el Fiscal .....	7
– Solicitudes procedentes del Ministerio de Justicia .....	0

**Cuestiones de competencia**

319

Indultos:

– Favorables .....	3
– Desfavorables .....	83

**Varios**

– Error judicial .....	5
– Insostenibles (A. J. Gratuita) .....	27
– Dictámenes en ejecución .....	0
– Nulidades .....	2

**Señalamientos**

– Sin Vista .....	707
– Con Vista .....	9

**Resoluciones**

– Autos .....	1.028
– Sentencias .....	727
– Providencias de inadmisión .....	2.580

NATURALEZA DE LOS ASUNTOS REGISTRADOS EN 2020

<b>Causas especiales competencia de la Sala II del Tribunal Supremo</b>	
– Denuncias . . . . .	29
– Exposición razonada . . . . .	5
– Querellas . . . . .	33
– Incoadas . . . . .	67
– Sentencias . . . . .	–

1.2.2 INFORMES RELEVANTES DEL MINISTERIO

A primeros de 2021 se han dictaminado por el Fiscal ante el Tribunal Supremo tres causas en las que se suscitan cuestiones de enorme importancia práctica en materia de ejecución penitenciaria que se hallan pendientes de resolución por la Sala Segunda, a saber:

- El régimen transitorio de la libertad condicional, es decir: ¿cabe aplicar el nuevo régimen de libertad condicional introducido por LO 1/2015 desde la incoación del expediente de libertad condicional, cuando tal incoación sea posterior al 1 de julio de 2015 (aun por hechos cometidos antes de esa fecha) o solo es posible su aplicación respecto de aquellos hechos cometidos después del 1 de julio (fecha de entrada en vigor de la reforma operada por la LO 1/2015)?
- La competencia para resolver las apelaciones en casos de concesión del art. 86.4 Reglamento Penitenciario, para decidir conforme a la DA 5.ª LOPJ si es competente el tribunal sentenciador o la audiencia provincial del lugar en el que se halla el interno; y
- La existencia de efecto suspensivo en los recursos del Fiscal ante el juzgado de vigilancia penitenciaria contra decisiones administrativas de clasificación en tercer grado.

Ha resuelto el Tribunal Supremo en este ejercicio una cuestión de especial importancia en materia competencial: la determinación del órgano competente para conocer en apelación del principio de flexibilidad del art. 100.2 del Reglamento Penitenciario.

En la práctica se venía por los juzgados de vigilancia penitenciaria remitiendo las apelaciones contra la resolución del artículo 100.2 del R. P. de manera dispar: a la audiencia provincial del centro penitenciario donde cumple el interno condena o al juzgado o tribunal sentenciador.

De ahí, la importancia de la resolución de la Sala Segunda, mediante Auto de 22 de julio de 2020, en la causa especial del *procés*,

declarándose competente para conocer de la apelación (en el caso concreto, estimó el recurso de apelación formulado por el Fiscal contra el auto de 28 de abril de 2020 dictado por el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria n.º 3 de Lleida, denegando la aplicación del régimen del art. 100.2 RP a una de las personas condenadas en dicho proceso).

Cuestiones que se desarrollaran más adelante al tratar la materia de vigilancia penitenciaria.

No obstante, no se ha resuelto en los citados nueve autos –al entender que había quedado ya sin objeto procesal– una importante cuestión: si el recurso del Fiscal ante el JVP contra la decisión de tercer grado acordada por la autoridad administrativa tiene (como entiende el Fiscal) efecto suspensivo.

Sobre esta cuestión la ejecución penitenciaria de esta Causa Especial 20907/2017 ha puesto de manifiesto la necesidad de una interpretación de la norma que permita el efecto suspensivo en los recursos.

Así, en los condenados que cumplen condena en el Centro Penitenciario de Lledoners, al estimar el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria n.º 5 competente de Cataluña el efecto suspensivo de la impugnación de la resolución de progresión a tercer grado de 2/7/20, el efecto que se produjo es que permanecieron en régimen de segundo grado hasta que el tribunal sentenciador se pronunció al respecto señalando que la clasificación en tercer grado estaba indebidamente otorgada, por lo que durante la tramitación del recurso los condenados permanecieron en el grado que les correspondía.

Por el contrario, las personas que cumplían condena en otros centros penitenciarios, al no estimar el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria n.º 1 el efecto suspensivo de la impugnación de la resolución de 2/7/20, permanecieron en régimen de tercer grado, por lo que pese a que finalmente el tribunal sentenciador consideró que la clasificación en tercer grado estaba indebidamente otorgada, las personas condenadas en los últimos seis meses, han permanecido cuatro meses y cinco días en régimen de tercer grado, pese a que no era el correcto, y sólo 57 días en el régimen de segundo grado que era el que les correspondía, situación que se puede repetir hasta el final de la condena, consiguiéndose así por parte de la Administración una vía de no acatamiento de las resoluciones dictadas por los tribunales sentenciadores con el consiguiente vaciado de la pena.

Al redactarse estas líneas se ha producido ya la «segunda clasificación» en tercer grado de los presos. Con diferente suerte procesal: el JVP n.º 5 ha estimado el recurso del Fiscal respecto de los presos varones que se hallan cumpliendo en Lledoners y los ha regresado a segundo grado. El JVP n.º 1 aún no se ha pronunciado resolviendo el

recurso respecto de dos de las otras personas condenadas. En ambos casos pende ante el TS el recurso del Fiscal contra la decisión de los JVP de admitir el recurso sin efecto suspensivo.

### 1.2.3 SENTENCIAS MÁS SIGNIFICATIVAS DICTADAS POR LA SALA

Este ejercicio memorial pueden destacarse las siguientes:

– STS 505/2020, de 14 de octubre, resuelve el recurso de casación 10575/2018, formulado contra la sentencia dictada por la Sección Segunda de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional número 20/18 de 17 de mayo de 2018, en Procedimiento Abreviado 5/15, dimanante de las D. Previas 275/08, *Pieza* «Época 1999-2005» del Juzgado Central de Instrucción n° 5, parte de denominado «caso GÜRTEL».

El procedimiento constituye una «macro causa» de 1000 tomos –1.700.000 folios aprox.– en la que la Audiencia Nacional dictó la sentencia de 17 de mayo de 2018, que consta de 1586 folios más un voto particular que se extiende hasta el folio 1687. Contra esta sentencia han formalizado 38 recursos (uno de ellos del M. Fiscal), con una extensión de más de 3000 páginas.

El recurso de casación interpuesto por la Fiscalía del Tribunal Supremo contiene quince motivos por infracción de Ley, todos ellos se refieren a cuestiones técnico jurídicas, particularmente, la aplicación de determinadas normas concursales y la apreciación de errores en la individualización de las penas.

Además, la Fiscalía del Tribunal Supremo, mediante escrito de una extensión de 580 páginas, ha dado respuesta impugnatoria a 368 motivos de casación, además, ha apoyado 4 motivos de los diferentes recurrentes.

La Sentencia del Tribunal Supremo 505/2020, que consta de 1876 folios, ha estimado parcialmente alguno de los recursos, entre ellos el del Ministerio Fiscal (elevando alguna de las penas) y ha desestimado la gran mayoría de los recursos y motivos de los restantes 37 recurrentes.

En definitiva, con la apreciación de alguna atenuante y la absolución de determinados delitos, la sentencia del Tribunal Supremo ha ratificado sustancialmente el relato fáctico y confirmado las importantes condenas impuestas por la Audiencia Nacional a los acusados, que en líneas generales asumía las tesis acusatorias del Ministerio Fiscal por delitos de cohecho (activo y pasivo), falsedad en documento mercantil, malversación de caudales públicos, prevaricación, asociación

ilícita, fraude a la administración pública, blanqueo de capitales, delitos contra la hacienda pública, tráfico de influencias, apropiación indebida, o exacciones ilegales.

– STS 48/2020, de 11 de febrero de 2020. Unificación de criterios en relación a la comisión de un delito contra la seguridad del tráfico en grado de tentativa. Tentativa de delito contra la seguridad vial del art. 379.2 CP: El legislador ha convertido en delitos consumados de peligro conductas que pudieran ser punibles como tentativa, anticipando la tutela penal, por lo que, sin conducción o peligro real, no hay delito, ni tentativa del mismo, tratándose de actos preparatorios ajenos al tipo penal.

– STS 96/2020, de 4 de marzo de 2020. ATENTADO. No resulta típica la agresión a un agente policial cuando interviene en un altercado por razones estrictamente privadas, doctrina sobre interpretación del artículo 550.1 CP en relación a la expresión «actuación en el ejercicio de las funciones del cargo o con ocasión de ellas».

– STS 444/2020, de 14 de septiembre de 2020. Agravante de discriminación por razones de género. La concurrencia de una circunstancia de agravación exige de un aditamento, que en el caso de la discriminación por razones de género se concreta en una base fáctica que permita deducir que el comportamiento de quien agrede cuenta con el plus de antijuridicidad que conlleva el que sea manifestación de la grave y arraigada desigualdad que perpetúa los roles asignados tradicionalmente a los hombres y las mujeres, conformados sobre el dominio y la superioridad de aquellos y la supeditación de estas. No requiere la agravante de un elemento subjetivo específico entendido como ánimo dirigido a subordinar, humillar o dominar a la mujer, (así se había dicho ya en la STS 99/2019) pero sí que objetivamente, prescindiendo de las razones específicas del autor, los hechos sean expresión de ese desigual reparto de papeles al que es consustancial la superioridad del varón, que adquiere así efecto motivador. Todo ello determinado a partir de las particulares circunstancias que rodean los hechos y del contexto relacional de agresor y víctima, no limitado al ámbito conyugal o de pareja –desde luego no lo impone el precepto (artículo 22.4 CP)–, sino a todos aquellos en los que se conciten hombres y mujeres y sean susceptibles de reproducir desiguales esquemas de relación que están socialmente asentados. Por ello bastará para estimarse aplicable la agravante genérica que el hecho probado de cuenta de tales elementos que aumentan el injusto, porque colocan a la mujer víctima en un papel de subordinación que perpetúa patrones de discriminación históricos y socialmente asentados; y en lo subje-

tivo, que al autor haya asumido consciente y voluntariamente ese comportamiento que añade el plus de gravedad.

El de las relaciones sexuales es claramente uno de estos ámbitos en los que tradicionalmente han operado marcados estereotipos de género que relegaban a la mujer a la procreación, o a la condición de mero objeto de placer. Ahora bien, no todo delito contra la libertad sexual perpetrado por un varón sobre una mujer será tributario de la agravación, pues además de ese ámbito relacional, es necesario que las circunstancias que rodean los hechos revelen que se trata de un acto de dominio machista. Circunstancias que podrán ser de toda índole, en cuanto rebasen los elementos de tipicidad de la modalidad aplicada, sea la básica o alguna de las agravadas, en todo caso huyendo de supuestos de doble incriminación. Sin la pretensión de elaborar un catálogo exhaustivo, habrá de colocarse el foco en la especial vinculación entre agresor y víctima, en las expresiones proferidas, el carácter especialmente denigratorio de las prácticas desarrolladas, el número de actores, el simbolismo de determinados actos, entre otros.

– STS 465/2020, de 21 de septiembre de 2020. Maltrato físico del artículo 153 e injurias y vejaciones del 173.4. Agresión a la ex pareja precedida de insultos. Las expresiones vejatorias e insultantes proferidas en el contexto del maltrato, abundan en el desprecio hacia la mujer, ínsito en los comportamientos que son exponente de la desigualdad por razones de género. Ahora bien, cuando adquieren como en este caso, sustantividad propia, la regla general no puede ser la de la absorción. El maltrato físico que el artículo 153.1 contempla, no abarca los ataques al honor ni a la integridad moral (vejaciones o injurias leves) ni los ataques a la libre determinación de la voluntad (amenazas). Su descripción típica no alcanza el desvalor de las conductas contra tales bienes jurídicos por sí constitutivas de otros delitos. Lo expuesto no es óbice para admitir la absorción cuando el ataque a los bienes honor, dignidad, integridad moral y libertad de la víctima por las expresiones que se hayan podido proferir en el contexto del maltrato carezcan de relevancia, de manera que el contenido del injusto y de reproche del hecho, es decir, toda su significación antijurídica quede cubierta por aquel, pero no cuando impliquen un plus que desborde los contornos que lo delimitan, invadiendo la esfera propia de otros bienes en colisión diferentes de la integridad física. La opción exige en un ejercicio de ponderación a través del significado de las palabras empleadas y las concretas circunstancias en que las mismas se pronuncian.

– STS 562/2020, de 30 de octubre de 2020. Delitos contra la fauna. Ámbito de aplicación del art. 336 del Código Penal. Interpretación de la exigencia típica de que los medios, instrumentos o artes desplegadas para la caza o la pesca, tengan similar eficacia destructiva o no selectiva para la fauna o biodiversidad que la utilización de veneno o medios explosivos. Exigencia de un plus de idoneidad a la hora de generar un riesgo de perjudicar a la fauna, que debe identificarse como la capacidad intrínseca de generar un contexto de caza o de pesca presidido por la ausencia de control sobre el objeto que puede resultar afectado o sobre la extensión de sus efectos. La valoración de la idoneidad debe realizarse en abstracto, pero contemplando que el Código Penal hace referencia a la lesividad, no de un instrumento en concreto, sino también del arte cinegética que se despliegue, esto es, que el plus de idoneidad deriva del conjunto de mecanismos que en cada caso se aportan y su combinación en la secuencia de actuaciones de caza o de pesca que se despliegan para obtener las capturas.

Siendo el tipo penal un delito de riesgo, solo la introducción de un peligro relevante para la fauna justifica una penalidad que puede superar la que se contempla para la efectiva muerte o aprehensión de algunos de sus ejemplares. Un plus en el riesgo de lesión al bien jurídico que debe evaluarse en consideración a la capacidad destructiva de la biodiversidad y el ecosistema en cada caso concreto y que no se aprecia en el caso enjuiciado. Lo que no significa que la caza con liga o con sustancias adhesivas no pueda integrar en ocasiones el tipo penal que se analiza.

– STS 718/2020, de 11 de diciembre de 2020. Nuevas tecnologías: utilización de dispositivos de captación y grabación del sonido en el interior del domicilio. Art. 588 quater a) LECrim. La utilización de dispositivos electrónicos para la captación y grabación de las comunicaciones orales y, en su caso, para la obtención de imágenes en el domicilio del investigado, no es una prueba más. No puede ser contemplada por el Juez instructor como una medida de injerencia susceptible de ser acordada con los mismos presupuestos de legitimidad con los que se adoptan otras medidas de investigación tecnológica en el proceso penal.

El grado de injerencia que esa medida representa en el espacio que cada ciudadano define para excluir a los poderes públicos y a terceros de su privacidad, no puede ser ponderado con el mismo ángulo valorativo con el que se aceptan otras medidas de investigación. La expectativa de privacidad de quien cierra la puerta de su domicilio no tiene parangón con la que cada ciudadano puede concebir cuando, por ejemplo, hace uso de un teléfono susceptible de ser intervenido o se

desplaza en un vehículo al que ha podido adosarse un dispositivo de geolocalización.

Mediante un mecanismo técnico que permita la grabación de conversaciones e imágenes en el domicilio del investigado, el Estado se adentra en el núcleo duro de la intimidad de cualquier persona. Esta medida de injerencia, además, va mucho más allá de la captación de una conversación bidireccional mantenida por los interlocutores concernidos. La utilización de los dispositivos a que se refiere el art. 588 quater a), no afecta solo al investigado. Alcanza también a su familia, a los residentes habituales y a los que excepcionalmente o de forma esporádica pueden llegar a compartir la vivienda del sospechoso. De ahí que el grado de motivación de la resolución que autoriza la injerencia, el respeto a los estándares impuestos por los principios de proporcionalidad y necesidad y, sobre todo, la duración de la medida, han de ser objeto de una escrupulosa valoración judicial. La utilización de un dispositivo de esta naturaleza desnuda al investigado de su propia vida familiar, lo coloca a merced de los investigadores, que se convierten así en privilegiados conocedores de una información generada en el día a día y que desborda con creces aquello que pueda resultar de interés para el delito investigado. La autorización judicial para la colocación de esos dispositivos deja sin efecto la protección constitucional de la inviolabilidad domiciliaria. Neutraliza también los derechos a la intimidad y a la propia imagen. De ahí que, asimilar su funcionalidad a la que es propia de otras medidas limitativas de los derechos reconocidos en el art. 18 de la CE, supone distorsionar los términos con los que su legítima utilización ha de ser valorada.

La falta de fijación de un plazo acotado de duración de la medida no puede ser interpretada como una invitación a decisiones jurisdiccionales con términos temporales abiertos y susceptibles de sucesivas prórrogas. En la determinación de su plazo de vigencia no cabe una integración analógica con lo dispuesto para otras diligencias invasivas del derecho de intimidad, respecto de las cuales el legislador sí ha considerado conveniente la fijación de un límite temporal expreso. Para la legitimidad de una diligencia de investigación de tanta incidencia en el espacio ciudadano de exclusión de terceros, es indispensable que la resolución habilitante no pierda de vista el significado constitucional de la medida que autoriza el art. 588 quater a) de la LECrim, que no es otro que permitir la grabación de conversaciones –excepcionalmente, con inclusión de imágenes– que sea previsible van a producirse en un encuentro concreto entre los investigados. La capacidad del Estado para adentrarse en el domicilio de cualquier ciudadano –por más que se trate del sospechoso de una infracción penal–

no puede aspirar a prolongarse en el tiempo. La utilización de dispositivos de grabación y escucha en el domicilio del investigado ha de ser concebida como un acto procesal de máxima injerencia –y, por tanto, de mínima duración– en la inviolabilidad del domicilio y, con carácter general, de la privacidad. El art. 588 quater a) de la LECrim no autoriza a los jueces de instrucción a alzar la protección constitucional de esos derechos durante un plazo, más o menos abierto, con la esperanza de que algo podrá oírse durante el tiempo de vigencia de la medida. La solicitud de los agentes de policía solo puede ser aceptada cuando contiene y describe, con el grado de precisión que permita el estado de la investigación, uno o varios encuentros de los investigados entre sí o con terceras personas que puedan resultar determinantes para el esclarecimiento del hecho. Sólo así podrá razonarse la proporcionalidad, la necesidad y la excepcionalidad de la medida.

La instalación de dispositivos de grabación de sonido e imágenes –en el caso presente, solo de sonido– no puede autorizarse por «... un término de treinta días naturales, pasados los cuales cesará la misma, de no comprobarse o descubrirse los hechos que se investigan, salvo que sea necesaria su prórroga, previa solicitud motivada a tal efecto». Ya se ha apuntado supra cómo esa referencia cronológica no puede tomarse prestada de la previsión legislativa para otro tipo de diligencias. De hecho, si se actúa conforme a ese criterio de integración, la vulneración constitucional se hace mucho más evidente. Repárese en que el juez de instrucción ha considerado conveniente establecer un término de duración de la injerencia de 30 días, que es el mismo que el que previene el art. 588 septies c) para el registro remoto de dispositivos de almacenamiento masivo. En este precepto se señala que la duración máxima de esta medida será la de un mes. Y se añade que ese plazo es prorrogable «...por iguales períodos hasta un máximo de tres meses». Basta un juicio de contraste entre la incidencia constitucional de una medida de examen remoto y telemático del ordenador del investigado (art. 588 septies a) y la diligencia de grabación de cuanto acontece en el domicilio del sospechoso (art. 588 quater a) para concluir que entre ambos actos procesales de investigación existe una diferencia funcional que impide la asimilación de su plazo de vigencia.

Como es lógico no son descartables situaciones en las que la previsibilidad de ese encuentro no pueda fijarse con la exactitud deseada. En esos casos –solo en esos– será posible la fijación de un breve período de tiempo en el que el encuentro pueda llegar a tener lugar. Pero un arco cronológico de un mes es la mejor evidencia de que no existen datos suficientes que justifiquen violentar la intimidad domici-

liaria. Y, por supuesto, la resolución judicial que acuerda la medida no es prorrogable, con carácter general, por períodos iguales. Será indispensable justificar la noticia de un nuevo encuentro o de una fecha más segura para legitimar la intromisión. Así se desprende del art. 588 quater d) de la LECrim.

#### 1.2.4 SENTENCIAS DEL PLENO

Por su importancia, se reseñan además las sentencias dictadas en Pleno por la Sala.

– *STS 67/2020, de 24 de febrero de 2020*. Cuestión nueva en casación. Excepcionalidad de los supuestos admisibles.

– *STS 342/2020, de 25 de junio de 2020*. Interpretación que debe darse al subtipo agravado del n.º 1 del art. 551 CP respecto al alcance de la expresión «haciendo uso de armas...» al objeto de entender si se exige la acción de disparar, o el mero hecho de exhibirla o apuntar con ella en la aplicación del precepto tras la reforma del CP por LO 1/2015, que requiere y conlleva el interés casacional de interpretación y alcance del subtipo agravado que modifica su redacción anterior.

Criterio interpretativo: La expresión «uso de armas» del n.º 1 del art. 551 tras su reforma por LO 1/2015 debe entender y englobar la mera exhibición del arma apuntando al sujeto pasivo del delito del art. 550 CP en cualquiera de las modalidades del atentado sin ser preciso el empleo directo del arma, o circunscribirlo solo al acometimiento o agresión, sino también al atentado intimidatorio o resistencia grave.

– *STS 343/2020, de 25 de junio de 2020*. ITV: La utilización no autorizada del distintivo oficial de haber superado favorablemente la periódica Inspección Técnica de un Vehículo, es constitutiva del delito de uso de certificación falsa del artículo 399.2 del Código Penal, en relación con el artículo 400 bis del mismo texto legal.

– *STS 344/2020 de 25 de junio de 2020*. Delito de injurias: Art. 208 del Código Penal. El bien jurídico protegido es el derecho al honor, que no solo se conforma con la fama que pueda tener una persona, esto es, con su valoración social o con la consideración que de ella puedan tener terceras personas, sino que comporta también que nadie puede ser despreciado en su respeto personal más elemental, impidiéndose que pueda sufrir una sensación de baja humana que pueda socavar la propia autoestima, pues el derecho constitucional al honor (art. 18 CE) tiene por fundamento la protección de la dignidad humana, esto es, el derecho de cada cual a ser respetado y valorado

como ser individual y social, con sus características y condiciones particulares, por el solo hecho de ser persona y de modo que, desde la protección de su dignidad, pueda desarrollar libremente su personalidad (art. 10 CE).

De este modo, pueden ser constitutivas de delito de injurias las acciones o expresiones dirigidas a menoscabar la dignidad de una persona, por más que no se desvele públicamente la persona contra la que se dirigen, siempre que el sujeto pasivo del delito las perciba y que objetivamente sean adecuadas para degradar o menoscabar su consideración como persona.

Injurias con publicidad: Art. 209 Código Penal. Procedencia de la agravación penológica cuando la magnitud del daño al honor puede potenciarse mediante la utilización de la imprenta, la radiodifusión o por cualquier otro medio de eficacia semejante.

Concepto de propagación: Significa posibilitar que algo se extienda o multiplique, de modo que la agravación no solo es apreciable en supuestos de difamación ante terceros, sino también cuando solo se agrede la autoestima del sujeto pasivo, si se potencia o amplifica la lesividad de los hechos con instrumentos de divulgación pública que fortalezcan la acción expresamente emprendida para atacar el bien jurídico.

– *STS 345/2020, de 25 de junio de 2020*. Art. 23 LOPJ: en los problemas de aplicación de la ley penal en el espacio están implicados temas de derecho penal sustantivo susceptibles de ser debatidos a través de la vía casacional prevista en el art 8491º LECrim. Casación *per saltum*. No es posible suscitar en casación un tema que antes no fuese objeto del previo recurso de apelación desestimado.

– *STS 346/2020 de 25 de junio de 2020*. Abandono de familia. No existe indefensión por el hecho, a efectos de exigencia de la responsabilidad civil, se tengan en cuenta los periodos devengados hasta el momento de la celebración del juicio oral.

– *STS 347/2020, de 25 de junio de 2020*. Simulación de delito: la denuncia falsa de una infracción penal sin identificación de autores en las condiciones previstas en el art. 284.2 LECrim no es idónea para colmar el requisito de provocación de una actuación jurisdiccional.

– *STS 348/2020, 25 de junio de 2020*. Delito de abandono de familia. Las cuotas hipotecarias constituyen una prestación económica a cargo de ambos progenitores, con independencia de su naturaleza como carga del matrimonio o como deuda de la sociedad de gananciales. Como tal integra el elemento del tipo exigido por el artículo 227.1 del Código Penal.

– *STS 351/2020, de 25 de junio de 2020.* Codelincuencia en los delitos culposos. Art. 20 LCS: Teoría de los tramos. Conexión por causa justificada.

– *STS 355/2020, de 26 de junio de 2020.* Fraude de prestaciones de la Seguridad Social, modalidad atenuada del artículo 307 ter 1, párrafo segundo CP. El subtipo que nos ocupa exige que la defraudación no revista especial gravedad de acuerdo con los parámetros del importe defraudado, los medios empleados y las circunstancias personales del autor. A partir de una interpretación literal del precepto, el uso de la conjunción copulativa «y» sugiere indefectiblemente que los distintos indicadores que la norma contempla deben de ser valorados conjuntamente. Se fija el límite cuantitativo en 10.000 euros, por referencia a las cantidades incorporadas a otros delitos del mismo título en la reforma operada por la LO 1/2019, de 20 de febrero. El delito de fraude de prestaciones a la Seguridad Social tendrá, cuantitativamente, un último escalón de punición que abarcará las defraudaciones de hasta 10.000 euros. En el bien entendido que el referente a la cantidad es sólo uno de los utilizados en el artículo 307 ter.1 párrafo segundo CP, para la constitución del tipo atenuado; de forma que, si ni por los medios empleados ni por las circunstancias personales del autor el hecho revistiera mayor gravedad, una defraudación inferior a los 10.000 euros abriría la aplicación al tipo atenuado.

El tipo exige una ponderación conjunta de los tres parámetros en liza. Lo que relativiza la cifra fijada, que tendrá relevancia determinante, insistimos, cuando sea el único estándar a considerar, pero no en el caso de que converjan con especial intensidad de uno u otro signo, agravatorio o atenuatorio, los otros dos.

Dentro del parámetro de los «medios empleados», sin ánimo de exhaustividad, se valorarán como factores para apuntalar la especial gravedad que excluya el subtipo, aunque la cantidad no llegue a 10.000 euros, la constitución fraudulenta de empresas y sociedades en las que, sin actividad real, se simulen y aparenten relaciones laborales inexistentes para obtener prestaciones sociales fraudulentas; el otorgamiento de escrituras instrumentales mendaces; y también aquellos en los que se hayan materializado acuerdos con trabajadores para, a cambio de dinero, generar a su favor periodos ficticios de cotización a la Seguridad Social. Todo ello sin perjuicio de que, en aquellos casos en que la concurrencia de falsedades instrumentales en documentos oficiales, públicos o mercantiles, que por afectar a bienes jurídicos distintos y no venir exigidas por el tipo aboquen al concurso de delitos, la ponderación sobre la aplicación o no de la modalidad atenuada que nos ocupa habrá de evitar el incurrir en doble sanción.

En cuanto a las circunstancias personales del autor, en un paralelismo con la doctrina de la Sala en relación a la modalidad atenuada que para el delito contra la salud pública prevé el artículo 368.2 CP que introdujo el mismo estándar, como circunstancias personales del delincuente habremos de considerar las situaciones, datos o elementos que configuran el entorno social y el componente individual de cada sujeto, la edad de la persona, su grado de formación intelectual y cultural, su madurez psicológica, su entorno familiar y social, sus actividades laborales, su comportamiento posterior al hecho delictivo y sus posibilidades de integración en el cuerpo social (entre otras STS 336/2017, de 11 de mayo). Son factores que no solo permiten, sino que exigen modular la pena ajustándola a las circunstancias personales del autor. Así como también aquellos que referencia el artículo 50.5 CP con alusión a «la situación económica del reo, deducida de su patrimonio, ingresos, obligaciones y cargas familiares».

En el parámetro se pueden valorar aspectos tales como los conciertos criminales, los planes urdidos y la utilización abusiva de personas vulnerables o de sus documentos para aparentar las relaciones laborales inexistentes.

En definitiva, los criterios expuestos habrán de operar como pautas interpretativas en la aplicación de la modalidad prevista en el párrafo segundo del artículo 307 ter.1 CP, en todo caso dotados de la flexibilidad que deriva de la interacción entre ellos.

– *STS 357/2020, de 30 de junio de 2020*. Delito contra la Hacienda Pública: determinación de las bases imponibles del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas a partir del descubrimiento de centenares de facturas que reflejaban el importe de las ventas clandestinas de pescado a cofradías gallegas que no habían sido declaradas y respecto de las que no se había retenido el IVA.

Sistema de estimación directa: La Sala estima que ningún error jurídico ha sido cometido en la instancia al avalar una liquidación de la cuota a partir del régimen de estimación directa. Es cierto que la opción por uno u otro sistema no puede ser fruto de un arbitrio inmotivado por la Administración tributaria. La Ley General Tributaria hace del sistema de estimación directa la norma general y atribuye a la estimación indirecta un carácter subsidiario respecto de los demás métodos de determinación de las bases imponibles (art. 50.3 y 4).

Pero admitiendo ese punto de partida, es indispensable no perder de vista la singularidad del proceso penal frente al procedimiento administrativo, por más que los principios legitimadores del poder sancionador del Estado tengan idéntica inspiración. Y es que, en el ámbito del derecho penal, la simple locución «estimación indirecta»

ya debe poner sobre aviso acerca de la necesidad de que la metodología presuntiva sobre la que ha operado la Administración tributaria no convierta en delincuente a quien no merece serlo.

El riesgo que encierra la estimación indirecta es precisamente el que acompaña a todo proceso inferencial que se construye sobre indicios o máximas de experiencia. Someterse voluntaria y preferentemente a ese riesgo, como hace ahora el acusado, no deja de ser paradójico. No existió, por tanto, vulneración de los criterios normativos para el cálculo de las bases imponibles.

Incidencia de la STJUE 7 noviembre 2013 (asuntos acumulados C-249/12 y C-250/12) y de las sentencias de la Sala Tercera del Tribunal Supremo dictadas en aplicación de la doctrina sentada por el TJUE. La lectura detenida de aquella resolución –que resolvió las cuestiones prejudiciales suscitadas por la Corte de Casación Rumana– no autoriza a la proclamación de una regla general susceptible de ser aplicada al supuesto de hecho que nos ocupa.

Lo cierto es que en el presente caso no se está discutiendo sobre qué base imponible efectuar la determinación del IVA en aquellas operaciones inmobiliarias en las que el precio pactado nada dice sobre el pago del impuesto. Tampoco se discute si nuestro sistema tributario contiene una norma que permita al vendedor, una vez requerido su importe por la Hacienda Pública, recuperar su cuantía reclamándolo oportunamente al comprador, en realidad, el último adquirente. Lo que está en juego es la determinación de las bases imponibles del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas cuando los rendimientos obtenidos se hallan descritos en facturas clandestinas que, por supuesto, no tributaron por IVA.

De ahí que la cita de esta importante sentencia dictada por el TJUE, por sí sola, no sea suficiente para derivar el error en el juicio de subsunción al considerar que los hechos son constitutivos de un delito del art. 305.1 y 2 del CP.

Lo que se está discutiendo en el presente recurso nada tiene que ver con la incuestionable prevalencia del derecho europeo en el momento de interpretar las normas tributarias que permiten fijar las bases imponibles del IVA. Sí es discutible, en cambio, que la sentencia del TJUE 7 de noviembre de 2013 indique a los órganos de la jurisdicción penal qué criterio han de seguir en el momento de la determinación de la cuota defraudada en el impuesto sobre la renta de las personas físicas. Los criterios para la cuantificación de la cuota defraudada y para colmar la condición objetiva de punibilidad que integra el art. 305 del CP, cuando se trata del impuesto sobre la renta

de las personas físicas, no han quedado afectados, desde luego, por aquella sentencia.

Especialmente significativo es que el Diario Oficial de la Unión Europea de 28 de octubre de 2019 dé cuenta de la cuestión prejudicial suscitada por el Tribunal Superior de Justicia de Galicia, con fecha 8 de julio de 2019 (asunto C-521/2019), para determinar si en los supuestos de fraude en los que la operación se ha ocultado a la administración tributaria, es posible considerar, tal y como podría deducirse de las sentencias de 28 de julio de 2016 (asunto C-332/15 Astone), de 5 de octubre de 2016 (asunto C-576/15 Marinova) y de la sentencia de 7 de marzo de 2018, Dobre, C-159/17, EU: C:2018:161 del TJUE, que las cantidades entregadas y recibidas no incluyen el IVA, para realizar la oportuna liquidación e imponer la correspondiente sanción.

Al margen de ello, el razonamiento de esa sentencia –como hemos apuntado supra– se vincula a la aplicación de las bases imponible del impuesto de sociedades en los casos en los que la inspección tributaria detecta numerosas facturas clandestinas por importes que fueron ocultados y de los que, como es lógico, no se dedujo el IVA. Ni el supuesto de hecho que dio lugar a la cuestión prejudicial promovida por la justicia rumana ante el TJUE (sentencia 7 noviembre 2013), ni el recurso contencioso-administrativo entablado por algunas de las empresas integradas en la cooperativa del Mar San Miguel acerca de la determinación de la cuota del IVA en contratos onerosos, pueden identificarse con el problema al que ahora damos respuesta. De lo que se trata, al fin y al cabo, es de respaldar la decisión de la administración tributaria, luego avalada por el Juzgado de lo Penal y la Audiencia Provincial, cuando entendieron que en la determinación de las bases imponibles del impuesto sobre la renta de las personas físicas debe tomarse como referencia el importe íntegro de lo cobrado, sin deducción referida a una cantidad –la retención del IVA– que nunca pensó pagarse y que, hasta el momento de su descubrimiento, había pasado a engrosar el patrimonio del defraudador.

En definitiva, la sentencia del TJUE de 7 de noviembre de 2013, no acoge en su doctrina supuestos en los que el descubrimiento de maniobras elusivas del pago de tributos haga aflorar rendimientos del trabajo de los que nunca se pensó detraer una cantidad que fue también destinada a incrementar las irregulares ganancias del defraudador. La sentencia dictada en respuesta a la cuestión prejudicial suscitada por las autoridades judiciales rumanas no se refiere a operaciones fraudulentas que afloran como consecuencia de la labor inspectora.

Los antecedentes de esa resolución –de tanta importancia para una interpretación uniforme del régimen jurídico del IVA– dan cuenta de una serie de contratos que no han sido presentados como una estrategia de ocultación urdida para evitar el pago del impuesto. Más bien se trata de negocios de transmisión de la propiedad inmobiliaria que no incluían previsión alguna sobre el pago de aquel impuesto. En el supuesto que nos ocupa, sin embargo, se trata de una venta generalizada de pescado cuya existencia misma fue ocultada a la inspección tributaria, con la consiguiente ruptura del principio de igualdad y de competencia en el mercado de la distribución de los productos de la pesca.

– *STS 358/2020 de 1 de julio de 2020*. Insolvencia punible. Elementos. Principio de legalidad. Irretroactividad de la ley penal.

– *STS 389/2020 de 10 de julio de 2020*. Delito de allanamiento de morada. Los hechos son los siguientes: como consecuencia de las desavenencias entre los cónyuges, el marido sale del domicilio común, pero vuelve a él, de vez en cuando, a ver a la hija común del matrimonio, y a llevarse algunos objetos personales; sin embargo, a partir del mes de septiembre de 2015, y con motivo de la iniciación del procedimiento de divorcio, la esposa le requiere para que no vuelva más y le hace saber que ha cambiado la cerradura de la vivienda. En el mes de enero de 2016, el acusado se dirige a la vivienda que fue familiar, entra en ella tras cambiar la cerradura, y deja una llave en el buzón de la casa, lo que comunica a su mujer, de la que ya está separado, mediante un mensaje de WhatsApp, siendo denunciado inmediatamente por ella y que se persona como acusación particular, para dejar de ostentar tal posición procesal al iniciarse los trámites de la constitución del Jurado. En el juicio oral, comparece la denunciante y declara en él, en tanto que la Magistrada-presidente del Jurado no le concede la posibilidad de acogerse a la dispensa del art. 416 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. En ese momento, ya se había dictado la sentencia de divorcio.

En el recurso se plantean dos temas: procesalmente, la posibilidad de acogerse a la dispensa, lo que fue denegado por la Audiencia, y en cuanto al aspecto sustantivo, que cuando el acusado entró en la vivienda no había recaído aún resolución judicial atribuyendo el piso a la esposa.

La Audiencia y el Tribunal Superior de Justicia desestiman la primera queja argumentando que cuando la testigo denunciante compareció al juicio ya no existía entre ellos el vínculo que autoriza el art. 416 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, y por consiguiente carecía del presupuesto necesario para su reclamación.

No es lo mismo el estatuto jurídico del testigo que no ha sido víctima de los hechos, ni, por consiguiente, denunciante, y que por ello carece de cualquier esfera de relación con el delito investigado, que el testigo víctima y denunciante de tal delito. La dispensa del art. 416 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal está pensada y concebida para el primer testigo, no para el segundo. Al pariente se le concede la posibilidad de no declarar si con tal declaración compromete la posición de aquel con quien mantiene los vínculos relacionados en el precepto.

Dicho de otro modo: la dispensa cobra todo su fundamento respecto a ese otro testigo, que no es víctima de los hechos, que se encuentra en el dilema de tener que poner de manifiesto en la causa detalles que pueden comprometer o perjudicar a su pariente, desoyendo sus lazos de sangre. Ya se expresaba en STS 486/2016, de 7 de junio: la exención al deber de declarar que proclama el art. 416 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, tiene mucho que ver con razones de índole puramente pragmáticas. El legislador sabe que las advertencias a cualquier testigo de su deber de decir verdad y de las consecuencias que se derivarían de la alteración de esa verdad, no surten el efecto deseado cuando es un familiar el depositario de los elementos de cargo necesarios para respaldar la acusación del sospechoso. De ahí que, más que una exención al deber de declarar, el art. 416.1 arbitre una fórmula jurídica de escape que libera al testigo-pariente de la obligación de colaboración con los órganos jurisdiccionales llamados a investigar un hecho punible. Ése es el significado jurídico de aquel precepto y su aplicación no puede ir más allá de su verdadero fundamento.

De modo que no puede aplicarse la dispensa en aquellos casos en que carece de fundamento, y ello sucede cuando se trata de un testigo que es denunciante y víctima, pues en ese caso pierde toda razón el concederle una dispensa a declarar frente a su pariente, porque precisamente mediante su atribución delictiva se ha activado el proceso penal.

Cambio de jurisprudencia: corrección del Acuerdo Plenario de 23 de enero de 2018 (apartado 2.º), declarando que no recobra el derecho de dispensa (art. 416 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal), quien ha sido víctima-denunciante y ha ostentado la posición de acusación particular, aunque después cese en la misma.

Las razones que justifican esta postura, son las siguientes:

En primer lugar, porque tal derecho es incompatible con la posición del denunciante como víctima de los hechos, máxime en los casos de violencia de género en donde la mujer denuncia a su cónyuge o persona unida por relación de hecho análoga a la matrimonial,

debiendo naturalmente atribuirle la comisión de unos hechos que revisten los caracteres de delito. Y en algunos delitos, es imprescindible su contribución procesal para que pueda activarse el proceso.

Pretender que la denunciante pueda abstenerse de declarar frente a aquel, es tanto como dejar sin contenido el propio significado de su denuncia inicial.

En segundo lugar, porque si la persona denunciante que se constituye en acusación particular no ostenta la facultad de dispensa, conforme hemos declarado en nuestros Acuerdos Plenarios, su estatuto tiene que ser el mismo al abandonar tal posición, sin que exista fundamento para que renazca un derecho que había sido renunciado. Esto es lo que expresaba la STS 449/2015, de 14 de julio: tal derecho de dispensa «había definitivamente decaído con el ejercicio de la acusación particular». En efecto, al renunciar al ejercicio del derecho de dispensa, primeramente, por la interposición de la denuncia y después constituyéndose en acusación particular, una vez resuelto el conflicto que constituía su fundamento, no hay razón alguna para su recuperación, lo cual, por cierto, es un mecanismo que se predica de la renuncia a cualquier derecho.

En tercer lugar, porque cuando la víctima decide denunciar a su agresor, y recordemos que no tiene obligación de hacerlo (ex art. 261.1.º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal), es porque ya no hay espacio para que se produzca una colisión entre el deber de declarar y las consecuencias de los vínculos familiares y de solidaridad que unen al testigo con el acusado. En efecto, la víctima ya ha resuelto el conflicto que, derivado de su vínculo con el agresor, le permitía abstenerse de declarar contra él; una vez que ha dado ese paso, e incluso ostenta la posición de parte acusadora, no tiene sentido ya recobrar un derecho del que voluntariamente ha prescindido.

En cuarto lugar, porque de esta forma, el testigo víctima, no puede ser coaccionado en su actuación posterior al prestar testimonio, para que se acoja a la dispensa, siendo libre de declarar con arreglo a su estatuto de testigo. Recordemos que el art. 715 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal proclama que la única declaración que ha de ser tomada en consideración es la del juicio oral, a efectos del delito de falso testimonio, por lo que, en el caso de testigos víctimas, deberá velarse por su completo asesoramiento acerca su estatuto como testigo o como parte acusadora, de acuerdo con las previsiones del Estatuto de la Víctima del Delito, lo que habitualmente se verificará en las Oficinas de Atención a las Víctimas.

En quinto lugar, porque mantener lo contrario y acogerse, o no, a la dispensa, a voluntad de la persona concernida, permitiría aceptar

sucesivamente y de forma indefinida la posibilidad de que una misma persona, pudiera tener uno u otro status, a expensas de su voluntad, lo que en modo alguno puede ser admisible. Esta Sala lo ha considerado así en diversas ocasiones y resulta de la aplicación del principio de los actos propios, como veremos más adelante. Y es más: no pueden convertirse de facto a este tipo de delitos como si fueran susceptibles de persecución a instancia de parte, cuando estamos en presencia de delitos públicos perseguibles de oficio.

En sexto lugar, porque al tratarse de una excepción, debe ser interpretada restrictivamente, y por ello únicamente aceptable en los casos que fundamentan tal dispensa.

En definitiva, una adecuada protección de la víctima justifica la decisión adoptada, en tanto que la dispensa tiene su fundamento en la resolución del conflicto por parte del testigo pariente. Una vez que este testigo ha resuelto tal conflicto, primero denunciando y después constituyéndose en acusación particular, ha mostrado sobradamente su renuncia a la dispensa que le ofrece la ley. Si después deja de ostentar tal posición procesal no debe recobrar un derecho al que ha renunciado, porque tal mecanismo carece de cualquier fundamento, y lo único que alimenta es su coacción, como desgraciadamente sucede en la realidad, siendo este un hecho de general conocimiento. Tampoco es posible convertir delitos de naturaleza pública en delitos estrictamente privados, no siendo este ni el fundamento ni la finalidad de la dispensa que se regula en el art. 416 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que de aquel modo los desnaturaliza. Como dice el Tribunal Constitucional no debemos interpretar este precepto con formalismos «desproporcionados», como así lo declaró dicho Alto Tribunal en el caso al que anteriormente nos hemos referido.

De todo ello resulta que la razón de esta interpretación va dirigida a amparar la resolución del conflicto por la víctima y después contribuir a su protección.

– *STS 412/2020 de 20 de julio de 2020*. Sentencia dictada en apelación por Audiencia Provincial que conforma condena por los delitos de abuso informático del art. 197.2 y por coacciones graves del art. 172.1 CP, en concurso ideal. Narran los hechos probados que tras la ruptura de la relación matrimonial el acusado, con la intención de estar al cabo de la calle de la información almacenada por la mujer en su terminal de telefonía móvil, para ejercer sobre ella un cierto mecanismo de control, como quiera dicho teléfono, de la marca iPhone, estaba vinculado a una ID, asociada a un correo electrónico cuyo único administrador era el mismo, lo que le permitía conocer las claves de acceso a sus servicios, accedió, hasta el punto de llegar a descargarse

para su propio uso alguna foto almacenada por la víctima en su terminal, que llegó a exhibir a terceras personas; y, después con la finalidad de impedir que la misma pudiese disponer de esos datos, formatear, borrarla, toda la información contenida en dicho teléfono.

El recurso esencialmente se basa en que, conforme indican numerosas sentencias de esta Sala, el art. 197.2 CP exige que el fichero al que se accede esté fuera de la esfera de custodia de su titular y se refiera a una generalidad de personas; lo que no es predicable del móvil; y en relación a su subsunción en el art. 197.1, no sería posible, afirma, por su heterogeneidad.

El motivo se desestima, pues:

– Los comportamientos tipificados en el primer apartado del art. 197 CP, frente a los tipificados en el apartado segundo, aunque diferenciados, no siempre son estancos; de modo que mantienen una zona de confluencia, especialmente en relación con las conductas de apoderamiento documental y apoderamiento de datos e incluso con el mero acceso, dadas las formas asimiladas de apoderamiento espiritualizadas, consistentes en la captación intelectual del contenido; donde pueden concretarse supuestos susceptibles de tipificarse por ambos párrafos, en obvio concurso de normas; si bien, al tutelarse en ambos casos diversas modalidades del mismo bien jurídico y resultar condenados con la misma pena, en estos supuestos deviene irrelevante la calificación por el primero o por el segundo de los apartados del art. 197 CP.

– Desde el punto de vista de la privacidad, al margen de las obligaciones requeridas o no por la normativa administrativa de protección de datos, es obvio que el abuso o acceso in consentido por otro sujeto, a los datos personales propios o de terceros reservados, que de diverso modo trate esa persona, es susceptible de tipificarse en el art. 197.2 CP; normalmente, el contenido general reservado en ese ámbito, como en particular de los ficheros y de los mensajes electrónicos personales, suele ser de mayor intensidad que el meramente comercial; pues con frecuencia corresponde a un ámbito íntimo que se desea excluido a terceros.

– El art. 197.2 CP, no tiene por objeto sancionar el deber de sigilo del responsable –en sentido amplio– del tratamiento de datos, sino de la autodeterminación informativa del titular de los datos, que igualmente resulta vulnerada, si es una persona ajena al fichero, *extraneus* o *outsider* el que se apodere, altere o modifique los datos personales; conducta del *extraneus*, que encuentra pleno acomodo típico e igual desvalor cuando recae sobre fichero tutelado por el propio titular de

los datos, que sobre fichero custodiado por tercero, tanto desde la consideración del bien jurídico tutelado, la privacidad del titular de los datos, como de la descripción del comportamiento sancionado en la norma penal.

– *STS 567/2020, de 30 de octubre*. Quebrantamiento de condena. No es necesario un requerimiento con apercibimiento o una especial notificación sobre el momento de la entrada en vigor de las medidas necesarias para la protección de la víctima, por lo que, desde la notificación de las mismas, el afectado está obligado a su cumplimiento.

– *STS 570/2020 de 3 de noviembre de 2020*. Delito contra la fauna, art. 335.1 CP: pese a la literalidad del art. 335 del CP, la Sala entiende que no todo incumplimiento de una prohibición administrativa de caza puede ser calificado como delito. Este precepto no puede ser degradado a la condición de delito puramente formal de desobediencia a la normativa administrativa. Lo prohíbe el principio de intervención mínima, esto es, la necesidad de reservar la respuesta penal para aquellas conductas socialmente más desvaloradas. Pero la claridad de esta idea, que define un punto de partida infranqueable, no impide reconocer que en el abanico de prohibiciones coexisten, junto a incumplimientos formales, insuficientes por sí solos para colmar la antijuridicidad material, otras infracciones que van mucho más allá de una simple vulneración formal. Entre estas últimas debemos incluir la caza de especies no protegidas en tiempo de veda.

En efecto, la fijación de períodos de veda no responde a una distribución puramente convencional y caprichosa del tiempo de caza. Por el contrario, responde a razones de orden biológico para facilitar la reproducción de la especie. La veda está íntimamente conectada con la conservación de las especies y el aprovechamiento sostenible de la caza, preservando los ecosistemas de los que forman parte los animales objeto de estas actividades.

La definición de períodos prohibitivos de carácter cíclico tiene un valor estratégico de primer orden para la protección de la vida animal. Nada de ello, pues, es ajeno a la protección de los recursos naturales renovables. El equilibrio en la conservación de las especies, en definitiva, la biodiversidad y la propia supervivencia de la fauna no pueden considerarse bienes jurídicos de ínfimo valor axiológico.

Cuestión distinta es la irrenunciable necesidad de que los Jueces y Tribunales, en el momento de ponderar el juicio de tipicidad, asuman unos criterios hermenéuticos teleológicamente vinculados al respeto y a la conservación de la biodiversidad, impidiendo así que infracciones formales con encaje en la micro literalidad del art. 335

conviertan en delito lo que puede ser adecuadamente tratado en el ámbito de la sanción administrativa. Son muchas las prohibiciones expresas impuestas por las normas específicas sobre caza. Algunas de ellas relacionadas con las licencias o habilitaciones personales de los cazadores, otras con los límites geográficos naturales que separan el territorio de cada comunidad autónoma o con el número o el peso de ejemplares capturados. Para que una infracción de esta naturaleza sea susceptible de respuesta penal será indispensable exigir un plus de ofensividad, un mayor desvalor material del resultado. Sólo las conductas que vulneren o pongan en peligro el bien jurídico biodiversidad, son merecedoras de sanción penal.

Se desestima el recurso y se confirma la condena impuesta en la instancia al recurrente, que fue sorprendido cuando había cazado 1 muflón y 4 ciervos en tiempo de veda.

– *STS 573/2020 de 4 de noviembre de 2020*. Antecedentes: Un ciudadano colombiano se identifica ante «Mossos» con un permiso de conducir internacional (con su foto y sus datos biográficos), que resulta ser falso. El JP le condena por un delito de falsedad en documento oficial del art. 392.1 en relación con el 390.1.1.º y 2.º CP. Recurrida la condena en apelación, la AP, añade a los hechos probados un párrafo: se desconoce si dicho permiso de conducir se falsificó en el extranjero o en España; y absuelve, por entender falta de jurisdicción; argumenta que no es de aplicación el art. 23.3 f) LOPI, porque el carnet de conducir, aunque contiene datos de identidad, su objeto no es la identificación y por tanto no afecta a los intereses del Estado español. Recurre en casación el MF, que afirma la existencia de interés casacional por contradecir múltiples resoluciones tanto de la Sala Segunda como de otras AAPP.

El recurso se estima pues:

i) El permiso de conducir es un documento oficial que habilita para el ejercicio de la conducción de vehículos de motor con la consiguiente incidencia de su falsificación en la seguridad viaria; pero también posibilita, al margen de su concreta eficacia en diversos ámbitos administrativos, la identificación de su titular.

ii) De modo pacífico, ha sido constantemente considerado por la jurisprudencia, incluso con anterioridad a la vigencia del actual Código penal, además de documento oficial, documento de identidad.

iii) Entre sus diversas modalidades se encuentran los expedidos por las autoridades extranjeras o los delegados de estas, que por convenio internacional ya sea multilateral o bilateral, son reconocidos por nuestro ordenamiento.

iv) En orden a la competencia para su enjuiciamiento por los tribunales españoles, es indiferente que la falsificación se hubiese efectuado dentro o fuera de España. La línea jurisprudencial en contrario, consecuente al Acuerdo de Pleno no jurisdiccional de 27 de marzo de 1998, hace tiempo que fue definitivamente abandonada.

v) La atribución jurisdiccional consecuencia del art. 23.3.f) se justifica en la actualidad, fundamentalmente, en los intereses estatales derivados de las exigencias del art. 6 del Convenio Schengen y, en cualquier caso, derivado de la realidad social y sus múltiples connotaciones internacionales, no le puede ser indiferente a ningún país la identificación de personas provistas de documentos identificativos falsos, pues ello afecta a las políticas de visados, inmigración, o de seguridad. También desde la estricta consideración de la seguridad vial, afecta directamente a los intereses estatales españoles.

vi) El art. 23.3.f) señala que conocerá la jurisdicción española de los hechos cometidos fuera del territorio nacional que sean susceptibles de tipificarse, según la ley penal española en concreta referencia a las falsificaciones que perjudiquen directamente al crédito o intereses del Estado, e introducción o expedición de lo falsificado; por tanto, cuando el documento que tales intereses afecta, es utilizado en España por quien ha participado en su falsificación, se cumplimenta generalmente el nexo de atribución sea cual fuere el lugar de falsificación, pues conlleva cuando menos que ha sido «introducido» bajo su dominio funcional.

– *STS 577/2020, de 4 de noviembre de 2020.* Falsedad en documento oficial. Tarjeta de estacionamiento limitado. La confección íntegra de un documento valiéndose de una fotocopia, simulando el original, integra la conducta prevista en el art. 390.1. 2.º del Código Penal.

– *STS 586/2020 de 5 de noviembre de 2020.* La prescripción de la deuda tributaria conforme a los art. 66 de la Ley General Tributaria impide la actuación de la administración en liquidación de impuestos. Los actos de investigación han de ajustarse en la previsión de los arts. 66 bis y 115 de la LGT. En su consecuencia, las actuaciones realizadas fuera del ámbito de actuación legal deben ser apartadas del proceso penal.

– *STS 607/2020 de 13 de noviembre de 2020.* Ejecución de responsabilidad civil. En la ejecución de los pronunciamientos civiles no es aplicable ni la prescripción del artículo 1971 CC, ni la caducidad del artículo 518 de la LEC, ni la caducidad de la instancia (artículo 239

LEC). La ejecución sólo puede terminar con la satisfacción completa al acreedor, conforme a lo previsto en el artículo 570 de la LEC.

### 1.3 Sección de lo Contencioso-Administrativo

#### 1.3.1 ACTIVIDAD DE LA SECCIÓN

La Sección de lo Contencioso-Administrativo de la Fiscalía del Tribunal Supremo emitió a lo largo del ejercicio de 2020 el siguiente número de dictámenes, clasificados por su naturaleza:

1. Recursos de casación . . . . .	143
1.1 Derechos fundamentales . . . . .	119
1.1.1 Personaciones . . . . .	60
1.1.2 Admisión-Inadmisión . . . . .	40
1.1.3 Oposición . . . . .	8
1.1.4 Asistencia a vista . . . . .	–
1.1.5 Interposición . . . . .	–
1.1.6 Otros . . . . .	11
1.2 Procedimiento Ordinario . . . . .	16
1.2.1 Personación . . . . .	3
1.2.2 Admisión-Inadmisión . . . . .	3
1.2.3 Oposición . . . . .	4
1.2.4 Alegaciones . . . . .	1
1.2.5 Queja . . . . .	1
1.2.6 Otros . . . . .	4
1.3 Tribunal de Cuentas . . . . .	8
1.3.1 Personación . . . . .	1
1.3.2 Admisión-Inadmisión . . . . .	5
1.3.3 Otros . . . . .	2
2. Recurso contencioso-administrativo . . . . .	152
2.1 Derechos fundamentales . . . . .	84
2.1.1 Alegaciones . . . . .	43
2.1.2 Conclusiones . . . . .	7
2.1.3 Otros . . . . .	34
2.2 Procedimiento ordinario . . . . .	68
2.2.1 Personación . . . . .	5
2.2.2 Alegaciones . . . . .	26
2.2.3 Conclusiones . . . . .	17
2.2.4 Otros . . . . .	20

3. Cuestión de inconstitucionalidad . . . . .	16
4. Cuestiones prejudiciales TJUE . . . . .	–
5. Nulidad de actuaciones . . . . .	8
6. Jurisdicción y Competencia . . . . .	47
6.1 Dictamen exposición razonada . . . . .	21
6.2 Conflicto de competencia . . . . .	10
6.3 Cuestión de competencia . . . . .	15
6.4 Conflictos de Jurisdicción . . . . .	1
7. Asistencia jurídica gratuita . . . . .	15
8. Recusaciones . . . . .	2
9. Errores judiciales . . . . .	21
9.1 Alegaciones . . . . .	18
9.2 Otros . . . . .	3
10. Recursos de revisión . . . . .	22
10.1 Dictámenes . . . . .	19
10.2 Otros . . . . .	3
11. Diligencias preprocesales . . . . .	–
12. Varios . . . . .	25
<hr/>	
– Totales . . . . .	451
– Proc. Derechos fundamentales . . . . .	203
– Resto de intervenciones en procesos judiciales . . . . .	223
– Diligencias preprocesales . . . . .	–
– Varios . . . . .	25

Aunque en apariencia la variación estadística respecto de ejercicios anteriores parece contenerse dentro de un margen razonable, resulta extremadamente difícil valorar las cifras que se acaban de detallar. La irrupción de la pandemia por Covid-19 cuando aún no había concluido el primer trimestre de 2020 determinó un absoluto cambio de paradigma de consecuencias entonces –y aun hoy– incalculables.

Ese impacto se manifiesta en la forma y en el contenido.

En el primer aspecto, la decisión de incorporar a la presente edición un apartado temático dedicado a la incidencia de la pandemia en cada ámbito de especialidad del Ministerio Fiscal alterará la tradición expositiva de este capítulo dedicado a la Sección de lo Contencioso-Administrativo de la Fiscalía del Tribunal Supremo, puesto que, por

razones sistemáticas y de análisis de conjunto, su actividad en esa materia se examinará en dicho apartado.

En el aspecto de fondo, la acción del virus no solo ha afectado a la salud de las personas o al sistema sanitario, sino también al funcionamiento de la mayoría de actividades públicas y privadas, y particularmente, de modo muy acusado, de la Justicia. Y aún más específicamente, en diversos frentes, a la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. Esta afirmación tiene un reflejo profundo en la estadística de esta Sección, aunque sea necesario acercar el foco al trasfondo cualitativo de los números para entender la magnitud del fenómeno.

En efecto, una aproximación diacrónica al volumen de actividad de los últimos años (tomando como referente inicial 2015, momento de la importantísima reforma de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa), presenta una leve recuperación al alza de los números totales, que con un leve repunte en 2018 venían descendiendo progresivamente en los últimos años.

	2015	2016	2017	2018	2019	2020
Total . . . . .	644	495	461	479	406	451
Derechos fundamentales . . . . .	139	145	199	220	189	203
Resto proced. Judiciales. . . . .	500	348	252	247	198	223
Diligencias preprocesales. . . . .	5	2	4	1	2	–
Varios . . . . .	–	–	6	11	17	25

Ahora bien, ese incremento global en torno al 11 %, que en condiciones normales podría estimarse como el mero reflejo de un movimiento vegetativo de la actividad procesal, se descompone en datos incuestionablemente vinculados al fenómeno de la pandemia.

El primero y más destacable de esos datos presenta una dimensión cualitativa muy relevante. Ya en la memoria del año pasado se advertía de una tendencia que algún sector doctrinal identifica como motivo de preocupación, y que, al menos en cuanto concierne a los procedimientos tramitados por la Sala Tercera del Tribunal Supremo en los que interviene el Ministerio Fiscal, se ha consumado este año con un dato incontestable: es significativamente mayor el número de intervenciones de la Fiscalía en recursos contencioso-administrativos para cuyo enjuiciamiento es competente el TS en primera y única instancia (152 en total, frente a 113 el año pasado) que en los recursos de casación (143), que experimentan además un sensible retroceso respecto de la cifra de 150 registrada en el ejercicio anterior.

La razón incuestionable de ese incremento de más del 34,5 % de las intervenciones en los *recursos directos*, pero sobre todo del espectacular aumento de los dictámenes emitidos en los procedimientos especiales para la protección de los derechos fundamentales (que pasan de 59 en 2019 a 84 en 2020, es decir, un 42 %) es el aluvión de impugnaciones –exactamente 28– dirigidas, especialmente por particulares, como se dirá en la parte dedicada al análisis cualitativo de la gestión judicial de la pandemia, contra las sucesivas normas dictadas por el Gobierno para su contención.

Esa mayor proyección del Tribunal –hay que insistir, en relación con procedimientos en que interviene el Fiscal– hacia sus competencias de primera instancia coexiste, además, con la marcada tendencia a la baja en el número de casaciones que, como ya se ha explicado en ediciones anteriores, es sin duda consecuencia (buscada y lograda) del nuevo modelo casacional de la Ley Orgánica 7/2015. Y a ambas circunstancias se suma un progresivo y sostenido retroceso del procedimiento especial de derechos fundamentales, mientras que se mantienen sustancialmente estables las cifras de actuación de la Fiscalía en los recursos de casación ordinarios.

En este punto hay que aclarar que, frente a lo sucedido con los recursos directos, la situación de pandemia no ha incidido de manera relevante en las cifras del recurso de casación por dos motivos: porque la concentración de competencias para la gestión del estado de alarma –o, mejor dicho, de los estados de alarma– en el Gobierno de la Nación ha desviado de modo muy importante, como se acaba de explicar, la competencia judicial de primera instancia hacia el propio Tribunal Supremo, de manera que en ese ámbito concreto no se ha producido un incremento sensible de los pronunciamientos de instancias inferiores susceptibles de casación, y porque, en aquellos casos en que la litigiosidad vinculada a la pandemia sí se ha mantenido dentro de la competencia de los Tribunales Superiores, la Audiencia Nacional o los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo, no ha transcurrido el tiempo suficiente para que el posible incremento de su actividad dimanante de las actuaciones administrativas vinculadas a la lucha contra la Covid-19 alcance con pleno reflejo estadístico la fase casacional. Sobre todo, en relación con todos aquellos asuntos que no se tramiten por la vía especial de la protección de los derechos fundamentales (art. 114 y ss. LJCA), puesto que como es sabido las Disposiciones adicionales segunda y tercera del RD 463/2020, de 14 de marzo, de declaración del estado de alarma, suspendieron durante toda la duración de dicho estado excepcional los plazos procesales y administrativos, excepción hecha de los mencionados procesos de derechos

fundamentales, lo que inexorablemente ha tenido que incidir en la cadencia de las impugnaciones «ordinarias» dirigidas contra las actuaciones de las Administraciones públicas.

Quizá esta misma razón sirva para entender, a falta de otros motivos aparentes, el notabilísimo descenso a la mitad en el número de procedimientos de revisión de sentencia firme, que pasan de 41 en 2019 a 22 en el ejercicio aquí reseñado. Aunque no cabe perder la esperanza de que ese descenso pudiera tener que ver con una disminución de la viciada tendencia a hacer uso de este tipo de procedimiento, igual que del error judicial (que sin embargo se mantiene en cifras similares) para articular una especie de tercera o cuarta instancia que lógicamente se frustra en la totalidad de los casos por absoluta falta de encaje de los motivos de revisión aducidos en la naturaleza y función de este tipo de procedimientos.

Especial interés sigue presentando, sin embargo, un crecimiento lento pero sostenido de los recursos de casación contra sentencias del Tribunal de Cuentas: 4 en 2016, 6 en 2017 y 2018, 7 en 2019 y 8 en 2020, cifras nada desdeñables dado el volumen global de la actividad jurisdiccional de dicho órgano. La importancia de alguno de los asuntos *de interés casacional objetivo* tratados en esos recursos, que se detallará en el apartado dedicado al análisis cualitativo del ejercicio, pone de manifiesto una revitalización imprescindible, en sede judicial, de la función constitucional del *supremo órgano fiscalizador de las cuentas y de la gestión económica de Estado, así como del sector público* (art. 136.1 CE), a la que es justo dejar constancia aquí que está contribuyendo de manera decisiva, como evidencia su actuación procesal en permanente coordinación con esta Sección, la Fiscalía del Tribunal de Cuentas.

### 1.3.3 PROCEDIMIENTOS DE PROTECCIÓN DE DERECHOS FUNDAMENTALES

#### 1.3.3.1 *Valoración general*

Como ya se ha dicho al examinar los resultados estadísticos del ejercicio, la actividad de la Sección en el ámbito de la tutela de los derechos fundamentales ha venido netamente marcada este año por la problemática derivada de la gestión normativa y judicial de la pandemia por Covid-19, y más concretamente por las impugnaciones de las normas vinculadas con la declaración y prórroga del estado de alarma, por lo que su análisis, en evitación de reiteraciones o referencias cruzadas, se aborda en el apartado temático de tratamiento obligatorio dedicado a la materia.

Más allá de esa apreciación coyuntural, resultaría inútilmente cansino reproducir un año más el lamento por la manifiesta falta de acierto legislativo en el desarrollo y aprovechamiento del potencial que supone –y que exige la Constitución, además– la tarea del Fiscal en defensa de la legalidad y de los derechos de los ciudadanos. La defectiva regulación de la presencia del Ministerio Público en los procesos contencioso-administrativos, a duras penas paliada en ciertos casos por la generosidad interpretativa de los tribunales, y en particular de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, arroja una imagen ciertamente decepcionante sobre la percepción que tiene el Legislador –y transmite a los ciudadanos– acerca de las enormes posibilidades que en realidad ofrece la acción de la Fiscalía en la tarea de definición, defensa y promoción de los derechos fundamentales, pero también de otros derechos y principios vinculados al interés general de una sociedad democrática dinámica y generadora de permanentes controversias sobre el alcance y disfrute de las libertades. El pobre cauce burocrático asignado a esta memoria anual como vía de propuesta de reformas legislativas (art. 181.3 LOPJ) necesitaría ser completado y superado por una tarea previa de autodescubrimiento, dentro de la propia carrera fiscal, que desafortunadamente tampoco resulta fácil en un contexto de cierta inercia corporativa y funcional, que se refleja en los más diversos aspectos del funcionamiento de la institución, y sobre todo, por su trascendencia capital a estos efectos, en la formación inicial y continuada de los fiscales.

La sensibilización, como se dice ahora, empezando por el interior y luego hacia la opinión pública, acerca del papel que puede desempeñar la Fiscalía –se pondrá algún ejemplo precisamente al tratar de la gestión de la pandemia– en el terreno de la defensa de los derechos de todos, pero sobre todo de los que tienen más difícil defenderse, es una asignatura pendiente, cuando no claramente suspendida, cuya revisión no podrá dejarse de lado si de verdad se pretende acabar de configurar de una vez el Ministerio Fiscal de la democracia, en el contexto de un reto descomunal como es la radical transformación de esta institución que va a exigir la revisión del modelo procesal penal.

### 1.3.3.2 *Asuntos más relevantes*

Aplazado como se ha dicho el tratamiento de los asuntos de la Covid-19 a su apartado específico, se recogerán aquí algunas referencias significativas, por su interés social o jurídico, a otros asuntos abordados por la Sección en el marco del procedimiento especial para la protección de los derechos fundamentales a lo largo de año 2020.

Por dar continuidad a la memoria del año pasado, en un primer inciso cabe dejar constancia de que este ejercicio se ha caracterizado por la sucesión de sentencias que, de conformidad con la tesis de la Fiscalía, han ido desestimando la batería de pretensiones formuladas por algunos de los protagonistas del procés independentista catalán frente a una serie de decisiones de la Junta Electoral Central que afectaban a sus intereses.

Por un lado, algunos de los miembros del gobierno autonómico destituido en aplicación de las medidas aprobadas en su momento por el Senado al amparo del artículo 155 de la Constitución, posteriormente huidos de la Justicia tras ser encausados en el proceso penal incoado (y concluido para otros procesados con sentencia condenatoria) por la Sala Segunda del Tribunal Supremo, abrieron un amplio frente judicial contra la interpretación efectuada por la Junta Electoral Central respecto del proceso de elección y acceso al cargo de diputados del Parlamento Europeo, al que habían optado resultando efectivamente elegidos. La interpretación del artículo 224 de la Ley Orgánica de Régimen Electoral General y concordantes, que regulan el procedimiento y establecen los requisitos para el escrutinio de los votos, la proclamación de electos, la jura o promesa de lealtad constitucional (siendo este un punto especialmente controvertido) y la comunicación de los resultados al *Europarlamento*, fueron objeto de una serie de prolijos y reiterados recursos que, tras numerosas incidencias procesales de toda índole (quejas de falta de imparcialidad del Tribunal por razones sustancialmente políticas y en general expresadas al margen de cualquier ortodoxia procesal, reiteración de pretensiones de medidas cautelares, incidentes de nulidad, etc.), acabaron –como queda dicho– siendo rechazados uno tras otro. Se pueden citar las SSTS de 25 de mayo de 2020, rec. 243/2019; dos de 10 de junio de 2020, recs. 271/2019 y 278/2019; 23 de noviembre de 2020, rec. 51/2020; y, ya en el ejercicio siguiente, 17 de marzo de 2021, rec. 436/2019. En algunos de estos asuntos la Fiscalía mantuvo una postura favorable al planteamiento de una cuestión prejudicial al TJUE a fin de delimitar con exactitud hasta dónde alcanza la competencia de las autoridades españolas para regular y controlar los requisitos y el procedimiento de acceso de los eurodiputados electos a sus escaños. Sin embargo, la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo rechazó la necesidad de plantear tal cuestión puesto que, en los casos enjuiciados, las autoridades del Parlamento Europeo ya habían consentido de facto, en virtud de su propia interpretación (que, por cierto, contradecía la de la presidencia anterior) y sin un pronunciamiento judicial –ni en España ni en Luxemburgo– la toma de posesión y el ejercicio de

los cargos como diputados de los recurrentes. Aparte de que, como queda dicho, la Sala estimó por sí misma en todos los casos que las normas de la LOREG eran perfectamente aplicables sin infracción alguna del Derecho Europeo, frente a lo que pretendían dichos recurrentes.

Sin abandonar ese mismo entorno socio-político, y en buena medida argumental, también fue especialmente compleja y polémica la tramitación de los recursos interpuestos por el expresidente de la Generalitat de Cataluña, contra las resoluciones de la Junta Electoral Central que, primero, lo habían sancionado por colocar y mantener una serie de pancartas de contenido y significación política partidista en edificios públicos (en particular, en el palacio de la Generalitat) en período preelectoral –recurso que sería desestimado por STS de 15 de marzo de 2021, rec. 346/2019–, y luego habían dispuesto la retirada de su habilitación como diputado del Parlamento catalán una vez que fue condenado en vía penal como autor de un delito de desobediencia por desatender, precisamente, los requerimientos del órgano electoral para que retirase u ordenase la retirada de esos símbolos. Este último proceso dio lugar a un interesante debate en la pieza de medidas cautelares, en la que esta Fiscalía sostuvo la pretensión de que se suspendiera la eficacia de la decisión de la JEC atendiendo principalmente a la duración temporal del mandato parlamentario, por lo que entendía que la prolongación del proceso podía dar lugar a la ineficacia del recurso, aunque fuera favorable al actor, pero la Sala desestimó dicha tesis (ATS de 23 de enero de 2020, rec. 8/2020) argumentando que esa suspensión determinaría en realidad la inaplicación de la norma esgrimida por la JEC. Dicha norma era el artículo 6 LOREG, y más concretamente la disposición que establece que las causas de inelegibilidad operan como incompatibilidades sobrevenidas, de modo que la causa de inelegibilidad del artículo 6.2 (b) (*Los condenados por sentencia, aunque no sea firme, por delitos de rebelión, de terrorismo, contra la Administración Pública o contra las Instituciones del Estado cuando la misma haya establecido la pena de inhabilitación para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo o la de inhabilitación absoluta o especial o de suspensión para empleo o cargo público en los términos previstos en la legislación penal*), aplicable a quien fuera en su día presidente de la Generalitat, debía determinar, a juicio de la JEC, la pérdida del escaño. Sin embargo, el recurrente entendía que, una vez incorporado efectivamente al Parlamento, solo este era ya competente para apreciar la incompatibilidad de los diputados, no estando prevista entre las causas de incompatibilidad de estos la condena no firme. A la

fecha de redactarse esta memoria no ha recaído sentencia en este procedimiento.

También informó la Fiscalía en este período otros dos recursos interpuestos por la misma persona contra sendas resoluciones sancionadoras de la JEC por infracción del deber de neutralidad que impone el artículo 50 LOREG (recursos 347 y 348/2019), que, igualmente en sintonía con la pretensión del Fiscal, se saldaron con sentencia desestimatoria, ya en 2021 (SSTS de 11 y 16 de marzo, respectivamente).

Precisamente en relación con el derecho administrativo sancionador en el ámbito electoral, y también en el contexto de la política catalana, concretamente de las elecciones al Parlament celebradas en 2017, la Fiscalía del Tribunal Supremo tuvo en este ejercicio de 2020 ocasión de pronunciarse –tras haberlo hecho el año anterior sobre el fondo de la cuestión– acerca del planteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad de enorme trascendencia. El asunto se refería a la publicación, en un diario de tirada nacional, de una entrevista y una fotografía que ocupaba toda la portada, realizadas a una de las candidatas, cabeza de lista, justamente en la denominada jornada de reflexión. La JEC sancionó al director de la publicación por infringir el artículo 53 LOREG (*No puede difundirse propaganda electoral ni realizarse acto alguno de campaña electoral una vez que ésta haya legalmente terminado*), y la Sala Tercera del Tribunal Supremo, antes de dictar sentencia, abrió el trámite previsto en el artículo 35 LOTC para que las partes –y el Fiscal– formularan alegaciones acerca del planteamiento ante el TC de la posible de inconstitucionalidad del artículo 153.1 de la misma Ley electoral, que dice: *1. Toda infracción de las normas obligatorias establecidas en la presente Ley que no constituya delito será sancionada por la Junta Electoral competente. La multa será de 300 a 3.000 euros si se trata de autoridades o funcionarios y de 100 a 1.000 si se realiza por particulares.*

La Sala dudaba de que esa norma cumpliera los estándares de seguridad jurídica (art. 9.3 CE) y legalidad sancionadora (25.2), por falta taxatividad tanto en la determinación de las conductas sancionables como de sus autores (aspecto que además afectaba a la constitucionalidad de la Ley de Prensa de 1966, en cuanto al régimen de imputación de responsabilidad a los directores de los medios), como por imprecisión de las sanciones. Por la Fiscalía se interesó la integra desestimación que fue la decisión adoptada por STC 14/2021, de 28 de enero. Es obvia la importancia de la resolución, no solo porque la anulación por inconstitucionalidad del art. 153 LOREG habría supuesto la desaparición súbita de todo el régimen sancionador administrativo del sistema electoral, sino que además contiene una explí-

cita homologación constitucional de la citada Ley de 1966, en la materia concernida. Es sin embargo recomendable la lectura de los dos votos particulares que acompañan a la sentencia, especialmente el formulado por el Excmo. Sr. Xiol Rios, que aporta una lectura novedosa del concepto –no denominado así en la ley, subraya– de *jornada de reflexión*. Desestimada la cuestión de inconstitucionalidad, la Sala Tercera del Tribunal Supremo desestimó también el recurso contencioso-administrativo, contra el criterio de la Fiscalía que entendía que no se hallaba suficientemente acreditada la tipicidad de la conducta objeto de sanción.

Finalmente, también en el terreno sancionador, pero no en el marco electoral, destaca la sentencia de 12 de noviembre de 2020 (casación n.º 5247/2018), en la que, a propósito de una multa impuesta por la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia y de conformidad con la posición del Fiscal, la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo reiteró su doctrina fijada en STS de 1 de octubre de 2019 (rec. 5244/2018), que ya fue objeto de comentario en la Memoria del ejercicio anterior, en el sentido de que «la aplicación del artículo 63.2 LDC no se limita necesariamente a la intervención de los representantes legales o de las personas que integran órganos directivos de las personas jurídicas, que sea determinante del acuerdo o decisión anticompetitivo o particularmente relevante, y no excluye otros tipos de intervención de menor entidad de los indicados sujetos activos del tipo infractor, incluidos los modos pasivos de participación, como la asistencia a las reuniones en las que se concluyeron los acuerdos o decisiones infractores sin oponerse expresamente a ellos». La consolidación jurisprudencial de esta doctrina, que engarza con otras resoluciones recientes –*vid.* la memoria correspondiente a 2019– de la Sala Tercera en relación con el régimen sancionador de la Ley de Defensa de la Competencia, resulta muy relevante en términos de seguridad jurídica y tutela de los derechos fundamentales en el procedimiento sancionador, habida cuenta de la relativa imprecisión de algunos de los preceptos de la referida ley en este ámbito, y de la enorme importancia –cualitativa y, frecuentemente, cuantitativa– de las sanciones que impone el mentado órgano regulador.

La última reseña de este apartado concierne también a esa misma función *nomofiláctica* potenciada por la reforma del recurso de casación mediante la Ley Orgánica 7/2015. Un ejemplo del funcionamiento del nuevo sistema puede hallarse en la providencia dictada el 29 de octubre de 2020 en el recurso de casación 2347/2020, en cuya virtud la Sala Tercera acuerda inadmitir a trámite el referido recurso porque «la cuestión jurídica objeto de controversia ya ha sido resuelta por la Sec-

ción Segunda de esta Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo en sentencia de 1 de octubre de 2020 (RCA/2966/2019)». Esta sentencia tenía por objeto «1) [...] Determinar el grado de concreción de la información de las solicitudes de autorización de entrada en domicilio –o en la sede social de una empresa– formuladas por la Administración Tributaria, así como el alcance y extensión del control judicial de tales peticiones de autorización, y 2) Precisar los requisitos para que la autorización judicial de entrada y registro en un domicilio constitucionalmente protegido, a efectos tributarios, pueda reputarse necesaria y proporcionada, a la vista de los datos suministrados en su solicitud por la Agencia Tributaria [...]», y efectivamente en ella el TS fija una doctrina, en forma prácticamente de *libro de instrucciones*, acerca de los requisitos y exigencias que han de condicionar en estos casos la autorización judicial prevista el artículo 8.6 LJCA, perfilando –como advierte la propia sentencia– la que ya se había establecido en STS de 10 de octubre de 2019 (casación 28/18/2017). Nuevamente se trata de una cuestión de relevancia jurídica en el plano de las garantías constitucionales, puesto que –como se verá al tratar ampliamente de las medidas sanitarias urgentes adoptadas con ocasión de la pandemia– el artículo 8.6 LJCA, que regula la competencia de los Jueces de lo Contencioso-Administrativo para autorizar este tipo de actuaciones administrativas, resulta manifiestamente insuficiente a la hora de concretar tanto los aspectos sustantivos como los procesales que enmarcan esa intervención judicial, determinada, precisamente, por hallarse en juego los derechos fundamentales de las personas afectadas.

#### 1.3.4 OTROS DICTÁMENES

Más allá de la primordial intervención de la Fiscalía en los procedimientos especiales para la protección de los derechos fundamentales de las personas que regulan los artículos 114 y ss. LJCA, y recordando nuevamente que toda la actividad de esta Sección vinculada con la pandemia de Covid-19 es objeto de tratamiento en el correspondiente apartado especial, cabe reseñar este año las siguientes actuaciones.

##### a) *Recursos de casación contra sentencias del Tribunal de Cuentas*

El año 2020 dejó un hito sin precedentes en la actividad de Ministerio Fiscal, que consistió en la estimación de dos recursos preparados por la Fiscalía del Tribunal de Cuentas e interpuestos –en coordina-

ción con ella— por esta Sección de lo Contencioso-Administrativo de la Fiscalía del Tribunal Supremo contra sendas sentencias del Tribunal de Cuentas.

El primer asunto, resuelto por STS de 11 de febrero de 2020 (rec. 170/2020), se refería a la suspensión del proceso a instancia de las partes que contemplan los artículos 19.4 y 179.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Tras haber suspendido la consejera instructora, con arreglo a dichas normas, un procedimiento de reintegro por alcance, y después de haber prorrogado por otro igual el plazo de seis meses establecido en el citado art. 19.4, tras conferir traslado a las partes, decidió no abrir juicio y archivar el procedimiento por no apreciar indicios de responsabilidad contable. El Fiscal y la Administración afectada interpusieron recurso de apelación por entender que la pendencia de un proceso penal en fase de instrucción declarada secreta sobre los mismos hechos, que era el motivo de la suspensión solicitada, resultaba determinante precisamente —en función del conocimiento de lo actuado una vez que se alzara el secreto— para el conocimiento de esos indicios, siendo de aplicación el mencionado artículo 179.2 LEC, según el cual el procedimiento, una vez suspendido conforme al art. 19.4, solo se reanudará *si lo solicita cualquiera de las partes*, sin perjuicio de que *si, transcurrido el plazo por el que se acordó la suspensión, nadie pidiere, en los cinco días siguientes, la reanudación del proceso, el Secretario judicial acordará archivar provisionalmente los autos y permanecerán en tal situación mientras no se solicite la continuación del proceso o se produzca la caducidad de instancia*, lo que no había sucedido en ese caso. Desestimado el recurso por la Sala de Enjuiciamiento, el Fiscal preparó recurso de casación que fue admitido y estimado, como se ha dicho, por el Tribunal Supremo, en términos de plena conformidad con la tesis del Fiscal.

El segundo asunto, que dio lugar a la STS de 10 de noviembre de 2020 (rec. 5332/2018), también estimatoria de la casación interpuesta por la Fiscalía, giraba igualmente en torno a la coexistencia de un proceso penal, en este caso en relación con la aplicación del régimen de prejudicialidad respecto de la prescripción. En síntesis, la cuestión debatida se centraba en determinar si la prescripción de la responsabilidad contable puede operar aun cuando los hechos estén siendo objeto, o puedan serlo, de un proceso penal. La tesis del Tribunal de Cuentas era que, en el marco autónomo de su jurisdicción, debía apreciar la prescripción de la conducta con arreglo a los criterios propios de su normativa, mientras que la Fiscalía sostenía que el apartado cuarto de la disposición adicional tercera de la Ley de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas (*Si los hechos fueren constitutivos de delito, las responsabi-*

*lidades contables prescribirán de la misma forma y en los mismos plazos que las civiles derivadas de los mismos)* debía primar sobre dichos criterios, prevaleciendo los plazos de prescripción –y, lo que es especialmente importante– el modo de computarlos propios del Derecho Penal. El trasfondo de la discrepancia no era menor, puesto que, de prosperar el criterio del Tribunal de Cuentas, en el caso de los delitos continuados –en los que el *hecho delictivo* no coincide en su delimitación temporal con el *hecho físico*– la mera aplicación cronológica de los plazos de prescripción determinaba la inexistencia de responsabilidad por los hechos producidos en fecha anterior, como había sucedido en el caso de autos. El Tribunal Supremo acogió la tesis de la Fiscalía.

El resultado de estos dos recursos de casación representa, sin duda, un notable refuerzo para la eficacia de la Justicia penal en el terreno de los delitos económicos, y especialmente los relacionados con la corrupción, y acredita el enorme potencial que subyace al carácter interdisciplinar y especializado, pero coordinado en orden a la unidad de actuación, característico del Ministerio Fiscal que describe el artículo 124 de la Constitución.

#### *b) Formulación alternativa de una cuestión de inconstitucionalidad*

Al margen de la referencia a la cuestión de inconstitucionalidad planteada en relación con la LOREG, que ha sido objeto de tratamiento en el bloque temático dedicado a los procedimientos especiales de derechos fundamentales, resulta llamativa por su planteamiento la cuestión suscitada en el recurso contencioso-administrativo 517/2015, del que conoce la Sala Tercera del Tribunal Supremo en primera y única instancia, cuyo objeto es la impugnación de una norma tributaria de rango reglamentario, concretamente relativa al *canon por utilización de las aguas continentales para la producción de energía eléctrica en las demarcaciones intracomunitarias*, cuya cobertura en otra de rango legal determina, precisamente, la duda de constitucionalidad acerca de esta última. Sin embargo, lo que aquí se quiere destacar de ese procedimiento no es ni su objeto ni el contenido mismo de la cuestión de constitucionalidad, sino el hecho de que esta fuera formulada por la Sala de forma alternativa. En concreto, el Tribunal Supremo expresaba su duda sobre si el tributo al que se refería el recurso es un impuesto o una tasa, y a partir de ahí enunciaba los motivos por los que dudaba de la constitucionalidad de la norma *si es un tributo*, y los motivos, parcialmente distintos, por los que mantenía esa duda *si es una tasa*. La Fiscalía, sin oponerse al planteamiento de

la cuestión, sugirió no obstante al Tribunal que esa duda –obviamente de legalidad ordinaria y competencia del Tribunal Supremo– concierne a la naturaleza jurídica del tributo controvertido debía ser resuelta *antes* de formular la cuestión de inconstitucionalidad, entre otras razones porque el juicio de relevancia que exige el art. 35 LOTC resultaría meramente hipotético –en contra de la doctrina del Tribunal Constitucional– en caso de configurarse en forma de *alternativa*. No consta a la Fiscalía, a la hora de cerrar esta memoria, ulterior actividad procesal en el procedimiento.

c) *Derivación hacia la Jurisdicción Social de la litigiosidad en materia de empleo público*

A partir de la entrada en vigor de la vigente Ley de la Jurisdicción Social se viene observando una notable tendencia del Tribunal Supremo, y en particular su Sala IV y de la especial de conflictos de competencia del art. 42 LOPJ, a desplazar hacia el ámbito jurisdiccional social toda un área de competencia que con anterioridad se ubicaba en el terreno contencioso administrativo, de manera que, salvo el régimen de los funcionarios de carrera propiamente dichos –y aun en este caso hay que excluir la materia de prevención de riesgos laborales, por aplicación del art. 2.e) LRJS– las controversias afectantes a las condiciones de trabajo de los demás empleados públicos, sean interinos o, sobre todo, personal laboral, han ido siendo asumidas progresivamente por la Jurisdicción social. En esa línea, el Auto de la Sala del art. 42 de 12 de febrero de 2020 (conflicto 13/2019) supone un hito más, al revisar la doctrina precedente que distinguía entre las reclamaciones surgidas al hilo del proceso de selección de personal, competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa, y las cuestiones derivadas de la dinámica del contrato de trabajo ya celebrado, competencia del orden social. El Auto comentado, en contra del criterio del Ministerio Fiscal (tanto de la Sección de lo Contencioso-Administrativo como de la Sección de lo Social de la Fiscalía del Tribunal Supremo) llega a la conclusión de que «la materia sobre la que se debate es la referida a actos preparatorios o proceso selectivo de personal y encuentra acomodo natural entre los litigios que discurren entre empresarios y trabajadores como consecuencia del contrato de trabajo (art. 2.a. LRJS)». El Alto Tribunal profundiza así en el camino de *laboralización* de las administraciones públicas que viene caracterizando desde hace años (a partir del vigente Estatuto Básico del Empleado Público de 2015, pero sobre todo de la citada Ley de la

Jurisdicción Social) la evolución del régimen jurídico del empleo público en nuestro país.

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

Las resoluciones notificadas a la Sección en el año 2020 en asuntos en los que había intervenido el Ministerio Fiscal ascendieron a un total de 262, cifra aún inferior –en un 7,4 %– a la del ejercicio anterior (283), que ya señalábamos como escasa frente a las 346 notificaciones de 2018. Es evidente que la suspensión de plazos procesales acordada durante el primer estado de alarma, a partir de marzo, puede haber incidido de forma notable en ese leve decremento interanual, máxime cuando, como se ha podido comprobar, la especial dedicación del Fiscal al proceso especial de derechos fundamentales, no afectado por dicha suspensión, parece haber dejado de ser una verdad estadística.

De hecho, se reduce también muy sensiblemente la cifra de resoluciones notificadas en ese terreno de los derechos fundamentales (pese a que el volumen de litigiosidad relacionado con la pandemia, fue notable), pasando de 166 en 2019 a 133 en 2020, es decir, casi un 20 %. El resto de actividad procesal relacionada con la intervención de esta Fiscalía generó 129 notificaciones, 65 de ellas de autos, y 47 de sentencias. Es en este punto donde más se hace notar, inequívocamente, la interrupción de la actividad procesal subsiguiente al estado de alarma de marzo, teniendo en cuenta las cifras del año anterior: 283 resoluciones notificadas en total, de las que 89 eran autos y 75 sentencias. Esto significa, respectivamente, una reducción del 27 % y un 37 %, respectivamente.

Sin embargo, los porcentajes de conformidad de esas resoluciones con la posición de la Fiscalía se mantuvieron sustancialmente estables, con un leve descenso: sumando cifras globales, de las 183 resoluciones notificadas, 154 fueron total o parcialmente conformes con las pretensiones del Fiscal (el 84,1 %, frente 86,5 % del año precedente), alzándose este porcentaje de conformidad al 88,7 % (un 4 % menos que en 2019) en el caso de las sentencias.

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

Decíamos en la memoria del ejercicio anterior que «en medio de la tarea de redacción de estas páginas, cualquier acepción manejable de lo *ordinario* quedó (...) sepultada por la inesperada irrupción de la pande-

mia de Covid-19 que, a partir del mes de marzo de 2020, determinó un absoluto cambio de paradigma, de consecuencias aún incalculables, en innumerables ámbitos de la vida y, por supuesto, del Derecho.» El valor anticipatorio de esa reflexión se ha materializado, con creces, como es evidente, en todas las actividades del Ministerio Fiscal y, naturalmente, en el funcionamiento de la red de fiscales especialistas en la materia sobre la que se proyecta la delegación para su coordinación, conferida por la Instrucción 11/2005 al Fiscal de Sala Jefe de la Sección de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo. De hecho, el evento más relevante para la articulación y cohesión de la especialidad, las Jornadas de Fiscales Especialistas, no se celebró en este ejercicio por entender que su verdadero potencial, más allá del mero intercambio de información que puede operarse sin dificultad por medios que no requieren la presencia física, reside precisamente en la posibilidad de contacto directo, intercomunicación informal y diálogo abierto e ininterrumpido durante uno o dos días y en un mismo entorno físico entre fiscales que cotidianamente se enfrentan a problemas similares con propuestas de solución diversas y en entornos distintos. La imposibilidad de trasladar esa forma de intercambio a un entorno virtual aconsejó un prudente desistimiento de la celebración de las jornadas, con la esperanzada intención de reanudarlas a finales del año 2021, si los planes de vacunación y el grado de incidencia del contagio lo permiten.

La otra consecuencia determinante de la pandemia para este apartado de la memoria es que, precisamente, desplaza su contenido a otro lugar, puesto que la considerable –por lo abundante y por la actualidad y dificultad de los problemas enfrentados– actividad del fiscal delegado se ha volcado de manera prácticamente monotemática sobre el tratamiento jurídico de la multitud de cuestiones planteadas al paso de la normativa de urgencia, la actuación administrativa y la propia *gestión judicial* de la excepcional situación que estamos viviendo. Por ello, una vez más, es en el apartado *temático* correspondiente donde se recogen las numerosas incidencias y actividades desplegadas en ese terreno.

No obstante, al hilo de la especial intensidad de trabajo –y de proyección social del mismo– que ha supuesto la pandemia para la actividad de las secciones de lo Contencioso-Administrativo de las distintas fiscalías, si conviene añadir una reflexión. Pese a la progresiva y consistente integración y capacidad de coordinación desarrollada a lo largo de los últimos años en el seno de esta especialidad, fruto del meritorio esfuerzo, la convicción, las ganas de trabajar y el interés por la materia de los fiscales que se dedican a ella, resulta aún insuficiente en algunos ámbitos de Ministerio Fiscal (paradójicamente, más que en otras instituciones) el grado de comprensión y valoración de la impor-

tancia y, en numerosas ocasiones, la especial dificultad que supone el desempeño de esta tarea.

## 1.4 Sección de lo Social

### 1.4.1 ESTADÍSTICA CORRESPONDIENTE AL AÑO 2020

<b>Entradas de asuntos</b>	
Unificación de doctrina .....	3.760
Casaciones .....	138
Revisiones .....	10
Error judicial .....	7
Asuntos vueltos .....	231
Art. 42 LOPJ .....	26
Justicia gratuita .....	6
Preparados .....	4
Cuestión de Competencia .....	1
Impugnación acuerdo Administrativo .....	4
Total .....	4.213
<b>Por dictámenes</b>	
Inadmisiones .....	2.960
Admisiones .....	24
Improcedentes .....	300
Procedentes .....	512
Nulidad .....	20
No nulidad .....	25
Desestimación .....	158
Estimación .....	72
Otros .....	136
Total .....	4.207

Comparando la estadística de la Fiscalía de 2020 con la de 2019 se observa que ha disminuido sensiblemente la entrada de asuntos, pasando de 5.184 en 2019 a 4207 en 2020. Esta disminución se debe a que durante los dos meses de confinamiento no se ha registrado ninguna entrada de asuntos, al estar prácticamente paralizadas las tres secretarías del TS.

Esa disminución de entrada de asuntos también la ha sufrido el Tribunal Supremo en lo que respecta a los recursos de casación para la unificación de doctrina, pasando de 4952 asuntos en 2019 a 4360 en

2020, permaneciendo igual el número de recursos de casación ordinaria (de 196 en 2019 a 2000 en 2020).

Pero esta estadística es engañosa, pues no se debe llegar a la conclusión de que ha disminuido el número de recursos frente a las sentencias dictadas en suplicación por los Tribunales Superiores de Justicia, sino que se debe, también a la paralización de dichos tribunales durante esos mismos dos meses, dejando de tramitar los recursos formalizados por las partes, sin que se haya regularizado la tramitación durante el segundo semestre de 2020.

Debe también indicarse, por otra parte, que la Fiscalía del TS ha interpuesto en 2020 dos recursos de casación para la unificación de doctrina al amparo del art. 219.3 LRJS.

El primero tiene como objeto determinar si resultan incluidas las fundaciones privadas pertenecientes al sector público de la Comunidad Autónoma de Cantabria en el ámbito de aplicación del convenio colectivo del personal laboral del Gobierno de Cantabria.

El segundo se interpuso para que el Tribunal Supremo resolviera qué tipo de cotizaciones deben tenerse en consideración para el cálculo de la base reguladora de la pensión de jubilación de los trabajadores agrarios por cuenta ajena en los periodos anteriores al 1-1-2009.

#### 1.4.2 COORDINACIÓN CON FISCALÍA ESPECIALISTAS ANTE LA JURISDICCIÓN SOCIAL

Aunque estaba programada la celebración de las Jornadas de Especialistas en Madrid, no se pudieron llevar a cabo por la declaración del estado de alarma, de forma que la única relación entre la Fiscalía del Tribunal Supremo y los fiscales especialistas ha sido a través de la remisión, como en años anteriores, de las sentencias dictadas por la Sala IV del Tribunal Supremo y los autos dictados por las Salas especiales del art. 38 y del art. 42 LOPJ que pudieran resultar de interés para los mismos.

#### 1.4.3 SENTENCIAS DE ESPECIAL TRASCENDENCIA

Sin duda alguna la sentencia que tendrá la mayor trascendencia social y económica ha sido la dictada por el Pleno el 25.9.2020 en RUD 4746/19, que declaró la naturaleza laboral del trabajador autónomo dependiente (TRADE) contratado por GLOVO por entender que, dados los hechos declarados probados, concurrían las notas definitorias de la relación laboral: prestación de servicios voluntaria, retri-

buida, ajena y dependiente. El trabajador demandante había suscrito un contrato de prestación de servicios profesionales para la realización de recados, pedidos o micro tareas, es decir como repartidor a domicilio (los denominados *ryders*).

La sentencia hace un especial hincapié en fundamentar la nota de dependencia, para lo cual razona que el demandante no llevaba a cabo su actividad con sus criterios organizativos, sino con sujeción estricta a los establecidos por GLOVO, no disponiendo de la infraestructura productiva y material propios, contando exclusivamente con una moto y un móvil, siendo la infraestructura esencial para el ejercicio de esta actividad el programa informático desarrollado por GLOVO que pone en contacto a los comercios con los clientes finales.

Otras sentencias que merecen ser destacadas son:

1. La dictada el 29.12.2002 en RC 240/2018 en Pleno, que modifica su doctrina sobre la limitación temporal de los contratos de trabajo en atención a los contratos mercantiles de las empresas, abandonando así la vieja jurisprudencia que había venido admitiendo que el contrato por obra o servicio determinado pudiera ajustar su duración al de la contrata, aunque esta se prorrogara en el tiempo.

Añade la sentencia, y esto también resulta una importante novedad de enorme importancia para el futuro sobre la contratación temporal, que quienes ofrecen servicios a terceros (empresas multiservicios) desarrollan su actividad esencial a través de la contratación de éstos y, por tanto, resulta ilógico sostener que el grueso de aquella actividad tiene el carácter excepcional al que el contrato por obra o servicio debe atender.

2. Las dictadas el 18.6.2020 en Pleno en RUDS 2005 y 2811/2018, que, aclarando doctrina anterior que podía resultar contradictoria, establece que los trabajadores con contratación temporal calificada como fraudulenta en sociedades mercantiles estatales, deben ser declarados personal laboral indefinido fijo y no fijos de plantilla, al igual que las Administraciones Públicas, ampliándose así la aplicación de los principios de igualdad, mérito y capacidad a las entidades del sector público estatal, de forma que los contratados irregularmente tendrán la consideración de contratados por tiempo indefinido hasta que se proceda a la cobertura de la plaza conforme a dichos principios, doctrina que también resultaría aplicable a las entidades del sector público autonómico y local.

Por último, debe reseñarse que se ha dictado sentencia el 24.1.2020, resolviendo el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el Fiscal en interpretación de lo previsto en la DF 2.<sup>a</sup> del RDL 17/2014 de 26.12, sobre los trabajos de colaboración social, de forma tal que declara la sentencia que tales contratos no quedan

sujetos al requisito de que la actividad objeto del contrato tenga naturaleza temporal, cuando han sido celebrados con anterioridad al 27.12.2013.

## 1.5 **Fiscalía Togada de lo Militar**

La memoria de la Fiscalía Togada correspondiente al ejercicio anual de 2020 se redacta en cumplimiento de lo que se previene en el artículo 9 de la Ley 50/1981, de 30 diciembre, por la que se regula el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal (en adelante EOMF), así como en el artículo 95, apartado 6.º, de la Ley Orgánica 4/1987, de 15 de julio, de Competencia y Organización de la Jurisdicción Militar (en adelante LOCOJM), que prevé igualmente la elaboración de un «Informe General» para su elevación al Fiscal General del Estado y posteriormente al Ministro de Defensa.

Como cada año, el contenido y formato de la memoria procura además dar cumplimiento a las previsiones de la Instrucción 1/2014, de 21 de enero, dada por la Fiscalía General del Estado y a su complementario oficio de fecha 18 de diciembre de 2020, con las necesarias acomodaciones al ámbito, estructura y especialidades de esta Fiscalía, así como de las que de ella dependen, esto es, de las Fiscalías Jurídico-Militares tanto la del Tribunal Militar Central (TMC en lo sucesivo) como las de cada una de los cinco Tribunales Militares Territoriales (en adelante TMT's).

### 1.5.1 BREVE REFERENCIA A CIERTOS ASPECTOS ORGANIZATIVOS

En fecha 15 de enero de 2020 se produjo en la Fiscalía Togada la baja del Fiscal Togado, General Consejero Togado, Excmo. Sr. D. Fernando Marín Castán, con motivo de su incorporación al Tribunal Supremo como Magistrado de la Sala Quinta de lo Militar, vacante que fue ocupada en fecha 12 de marzo de 2020 por el General Consejero Togado, D. Juan Antonio Pozo Vilches, en virtud del nombramiento llevado a cabo por Real Decreto 460/2020, de 10 de marzo.

Por otra parte, el Fiscal de Sala, Excmo. Sr. D. Mariano Fernández Bermejo causó baja en fecha 10 de febrero de 2020 por jubilación, ocupando su plaza la Fiscal de Sala, Excma. Sra. Dña. Esmeralda Rasillo López, en virtud del nombramiento acordado por Real Decreto 977/2020, de 10 de noviembre.

### 1.5.2 ACTIVIDAD DE LA FISCALÍA TOGADA

En total durante el año 2020 han tenido entrada en esta Fiscalía Togada 1.412 asuntos, procedentes de la Sala de lo Militar del Tribu-

nal Supremo, de órganos administrativos o directamente de los ciudadanos, evacuándose en cada caso el trámite oportuno.

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

1.5.2.1 *Asuntos ante la Sala Quinta del Tribunal Supremo*

1.5.2.1.1 Orden Penal

Orden penal	61
– Informes emitidos en recursos de casación . . . . .	55
– Informes emitidos en incidentes de nulidad, competencia y entidad penal causas aforados. . . . .	6

1.5.2.1.2 Orden Contencioso-Disciplinario Militar

Orden contencioso-disciplinario militar	20
– Informes emitidos en recursos de casación . . . . .	10
– Informes emitidos sobre cuestión de competencia, nulidad de actuaciones y aclaración de Sentencia. . . . .	10

1.5.2.2 *Asuntos ante otras Salas del Tribunal Supremo*

Sala Especial (Art. 39 LOPJ) de Conflictos de Jurisdicción

Informes emitidos . . . . . 2

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

Informes, comunicaciones, consultas, y otros escritos . . . . .	627
---	-----

1.5.2.4 *Recursos Fiscalía del Tribunal de Cuentas de casación interpuestos ante la Sala Quinta*

1.5.2.4.1 Orden Penal

Orden Penal . . . . .	24
-----------------------	----

Preparados por el Fiscal . . . . .	1
Preparados por el Fiscal y la Defensa . . . . .	0
Preparados por el Fiscal y Acusación Particular . . . . .	0
Preparados por la Acusación Particular . . . . .	4
Preparados por la Defensa . . . . .	19

#### 1.5.2.4.1.1 Recursos de casación desglosados por delitos (\*)

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

Art.	Código Penal Militar 1985	N.º
119	Abandono de destino o residencia . . . . .	1
	Total . . . . .	1

Art.	Código Penal Militar 2015	N.º
42-43	Insulto a superior . . . . .	5
45-48	Abuso de autoridad . . . . .	9
49-50	Delitos relativos al ejercicio de los derechos fundamentales y de las libertades públicas por los militares. . . . .	3
55	Deslealtad. . . . .	1
56	Abandono de destino o residencia . . . . .	1
59	Inutilización voluntaria y simulación para eximirse del servicio . . . . .	1
65	Extralimitaciones en el ejercicio del mando . . . . .	2
70	Embriaguez e intoxicación por drogas tóxicas en acto de servicio . . . . .	1
75-77	Delitos contra la eficacia del servicio . . . . .	3
81-85	Delitos contra el patrimonio en el ámbito militar . . . . .	2
	Total . . . . .	28

#### 1.5.2.4.1.2 Principales delitos que son objeto de recurso de casación

Los delitos contra la disciplina (en especial el abuso de autoridad y el insulto a superior) son los que con más frecuencia se han llevado a debate casacional, lo que confirma la tendencia apreciada en los últimos años. Destacan así los 9 recursos en procedimientos seguidos por delito de abuso de autoridad (maltrato de obra, trato degradante, abusos y acoso sexuales), seguidos por los 5 recursos en procedimientos por delitos de insulto a superior (maltrato de obra, coacciones, amenazas o injurias a superior). Resulta llamativa, como ya se anunció en la anterior memoria, la muy escasa utilización de la vía casacional en relación con las condenas por delito de abandono de destino, otrora

protagonista principal de la actividad impugnativa en los cuadros estadísticos, en los que sólo se reseñan 2 recursos.

#### 1.5.2.4.1.3 Tiempo medio entre emisión de informe del fiscal y la sentencia

De los recursos informados (oposición y/o adhesión) por la Fiscalía Togada en el año 2020, hay 4 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 3 meses. El período de resolución mínimo constatado es el de 34 días y el máximo de 4 meses y medio aproximadamente (exceptuando aquellos que aún penden de resolución).

#### 1.5.2.4.2 Recursos de Casación en el orden contencioso-disciplinario militar

##### 1.5.2.4.2.1 Preferentes y sumarios

Preferentes y sumarios . . . . .	6
Preparados por el Fiscal . . . . .	1
Preparados por la Abogacía del Estado . . . . .	0
Preparados por el sancionado . . . . .	4
Informes emitidos sobre cuestión de competencia, nulidad de actuaciones y revisión . . . . .	1

##### 1.5.2.4.2.2 Ordinarios \*

Preparados por el demandante y/o Abogado del Estado . . . . .	43
---	----

\* Se significa que en los contenciosos disciplinarios ordinarios no se contempla la personación del Fiscal, si bien ha intervenido en algunos para informe de competencia o de prejudicialidad penal.

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

Recursos contencioso disciplinarios incoados por la Sala Quinta en primera y única instancia . . . . .	13
--	----

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

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

– Sobre el incumplimiento del art. 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 y el art. 2 del Protocolo 7 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, al no haberse implantado la doble instancia en la jurisdicción militar, se han pronunciado las sentencias números 48/2020, de 6 de julio; 50/2020, de 7 de julio; 81/2020, de 26 de noviembre; 84/2020, de 15 de diciembre; y 90/2020, de 16 de diciembre, en las que se expone la doctrina de la Sala acerca del vacío legal existente en el ámbito de la jurisdicción militar en materia de doble instancia. En todas ellas se mantiene que en nuestro sistema procesal se da satisfacción a las exigencias que sobre tal derecho derivan de nuestros compromisos internacionales, y ello se logra a través del recurso de casación articulado en la LECrim, entendido en sentido amplio, como viene haciendo la propia Sala Quinta, al punto de permitir una revisión integral de la sentencia de instancia, no sólo de las cuestiones de derecho, sino también de la prueba practicada, en cuanto a su misma existencia y suficiencia, su obtención y práctica conforme a derecho y su valoración razonable.

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

Así lo han entendido las SSTS n.º 14/2020, de 13 de febrero, en delito contra el patrimonio militar (sustracción de munición), y n.º 87/2020, de 15 de diciembre, recaída en relación con sendos delitos de trato degradante y extralimitación en el ejercicio del mando, en las que se confirmó la respectiva sentencia absolutoria de instancia. En sentido inverso y con base en la misma doctrina, la STS 59/2020, de 29 de septiembre, casó una sentencia absolutoria dictada contra un Sargento y una Soldado por sendos delitos de abusos sexuales y dictó nueva sentencia, esta vez de condena, contra ambos acusados.

– Sobre derecho transitorio por la entrada en vigor del Código Penal Militar de 2015. 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 5.<sup>a</sup> del Tribunal Supremo ha dictado algunas sentencias en las que analiza comparativamente los códigos penales militares de 1985 (derogado) y 2015 en orden a determinar la norma penal más favorable. De entre ellas destacamos la STS 85/20, de 15 de diciembre, que analiza los artículos 106 del CPM 1985 y 47 y 48 del CPM 2015, ambos relativos al delito de abuso de autoridad, en su modalidad de trato degradante, abuso y acoso sexual a un subordinado, y concluye que el derogado CPM 1985 resulta ser más favorable al reo en relación con estos tipos penales.

### 1.5.3 PROPUESTAS DE REFORMAS LEGISLATIVAS

En este apartado, nos vemos en la necesidad de reiterar algunas solicitudes de las que ya se dejó constancia en anteriores ejercicios memoriales.

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

Quedan pendientes, como también se hacía notar en las memorias de los últimos años, las reformas de tipo orgánico y procesal. Hay que recordar a estos efectos el mandato al Gobierno contenido en la Disposición Adicional Primera de la Ley Orgánica 14/2015, del Código Penal Militar, para que en el plazo de dos años remita al Congreso de los Diputados un proyecto de Ley Orgánica de reforma de la Ley Orgánica 4/1987, de 15 de julio, de la Competencia y Organización de la Jurisdicción Militar. Esta reforma deberá tener presente dos cuestiones fundamentales: en primer lugar, la implantación de la doble instancia en la Jurisdicción Militar y, además, sería igualmente conveniente extender la reforma del enjuiciamiento criminal al ámbito militar, de modo que la función investigadora en la instrucción quede encomendada a la Fiscalía Jurídico Militar.

Por lo que al primer aspecto se refiere, las razones que han llevado al legislador, a través de la Ley 41/2015, a generalizar la doble instan-

cia en el ámbito de la jurisdicción penal común concurren igualmente en el ámbito de la jurisdicción militar, puesto que, por una parte, también le vinculan el art. 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el art. 2 del Protocolo 7 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (con las interpretaciones que de los mismos realizan, respectivamente, el Comité de Derechos Humanos y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos) y, por otra, la regulación del recurso de casación es semejante en una y otra jurisdicción. Por ello y por pura coherencia con el resto del ordenamiento jurídico español, no parece tener justificación que la jurisdicción militar permanezca al margen de la implantación generalizada de la doble instancia.

De nuevo es preciso insistir en la necesidad de abordar la reforma de la Ley Procesal Militar, entretanto no se apruebe el anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal, adoptando como medidas perentorias, las siguientes: la introducción de los juicios rápidos y la agilización de los procedimientos; la reforma de la regulación de la prisión provisional para adaptarla a la reforma operada por la Ley Orgánica 13/2003, de 24 de octubre y la incorporación de cuantas otras medidas resultasen convenientes y compatibles con la Jurisdicción Militar de entre las adoptadas, tanto en la L. O. 13/2015 de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica, como en la Ley 41/2015 de la misma fecha, de modificación de la LECrim para la agilización de la justicia penal y el fortalecimiento de las garantías procesales.

Por otra parte, la reforma del enjuiciamiento penal que se proyecta debería conllevar la correlativa innovación de los procedimientos penales militares regulados en la Ley Procesal Militar a fin de adaptarlos a los principios y reglas que inspira el nuevo modelo procesal.

Otra reforma que debiera abordarse –y sobre la que se viene insistiendo hace tiempo– es aquella que haga posible la intervención de la Fiscalía Jurídica Militar en los recursos contencioso disciplinarios ordinarios, en los que, hoy por hoy, no participa por falta de legitimación. No se entiende bien la razón por la que, en un campo, el disciplinario, en el que un valor tan esencial de la milicia como es la disciplina, que asegura el cumplimiento de los cometidos constitucional y legalmente asignados las Fuerzas Armadas y donde muchas veces se haya concernido el derecho fundamental a la libertad, el Fiscal no intervenga más que de un modo residual, por la vía del recurso contencioso disciplinario preferente y sumario. Efectivamente, de marginalidad se puede hablar si observamos que los recursos conten-

cioso-disciplinarios preferentes y sumarios en los últimos años representan en torno al 10 % del total de los recursos contencioso disciplinarios militares, frente al 90 % de los ordinarios. Y se entiende menos cuando la práctica demuestra que el recurso contencioso-ordinario suele fundarse, en la generalidad de los casos, en la vulneración de derechos fundamentales.

En conexión con el anterior proyecto de reforma, se propone la reintroducción en la Ley Orgánica de Régimen Disciplinario de la Guardia Civil del mandato dirigido al instructor del expediente disciplinario de poner en conocimiento del Fiscal Jurídico Militar la incoación de todo procedimiento seguido por falta grave o muy grave, precepto que figura en el art. 52.4 de la LORDFAS, y que también incorporaba la derogada Ley Orgánica 11/1991, de Régimen Disciplinario de la Guardia Civil, precedente de la hoy vigente en la que aquel mandato ha sido extrañado. Con ello se pretende llevar a cabo a través del Ministerio Fiscal un control de legalidad de la actividad disciplinaria de la Guardia Civil, para evitar que conductas que puedan *prima facie* presentar apariencia de delito, se canalicen previamente por vía disciplinaria para luego activarse, ya de forma tardía y no en todo caso, el procedimiento penal por exigencias del principio de legalidad, con el evidente perjuicio del derecho a un juicio en un plazo razonable y la dilución de las fuentes de prueba.

La reforma del art. 324 LECrim introducida por Ley 2/2020, de 27 de julio, en relación con los plazos de investigación, afecta a los procedimientos penales militares, por aplicación supletoria de la LECrim (D. A. 1.<sup>a</sup> de la LOPM), aunque ello se haya cuestionado por algunos órganos judiciales de la jurisdicción militar.

Por ello sería conveniente que en el futuro se introdujera en la LPM alguna referencia específica a los plazos procesales de investigación.

Estas últimas medidas, tan concretas como ineludibles, podrían ser insertadas en la Jurisdicción Militar sin grandes esfuerzos, realizándose por vía de disposiciones adicionales en cualesquiera de las leyes orgánicas o leyes ordinarias que se tramiten en materia procesal o de organización judicial.