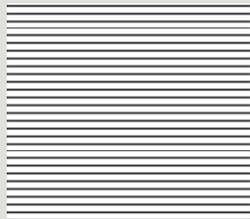




**BOLETÍN DE JURISPRUDENCIA**  
FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

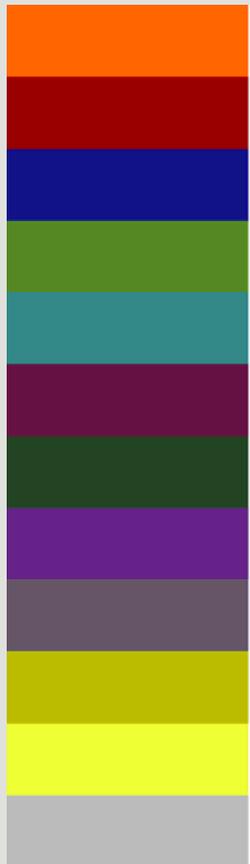
**n° 45**  
ENERO DE 2017

- Civil
- Constitucional
- Contencioso Administrativo
- Menores
- Penal
- Secretaría Técnica
- Social
- Tribunal Europeo de Derechos Humanos
- Militar



BOLETÍN DE JURISPRUDENCIA  
FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

ENERO 2017 número 45



SECCION TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

SECCION TEDH

SECCION CIVIL

SECCIÓN PENAL

SECCION ADMINISTRATIVO

SECCION SOCIAL

SECCION MILITAR

SECCION MENORES

SECRETARÍA TÉCNICA

INDICE POR MATERIAS

AUTORES

## DATOS SENTENCIA

Sentencia 215/2016, de 15 de diciembre. Pleno

R.I. nº. 7466/2015

Ponente: Excmo. Sr. D. Pedro González-Trevijano Sánchez

TEMA: Constitucionalidad de los arts. 92.4 a), b) y c) y 92.5 LOTC, en la redacción de la L.O. 15/2015. Ejecución de las resoluciones del Tribunal Constitucional. Facultad de imposición de multas coercitivas y de la medida de suspensión en sus funciones de las autoridades o empleados públicos. Facultad de adopción de las medidas necesarias a fin de asegurar el debido cumplimiento de las resoluciones que acuerden la suspensión de las disposiciones, actos o actuaciones impugnados.

## ASPECTOS EXAMINADOS

- El recurso analiza la constitucionalidad de la nueva redacción que la L.O. 15/2015 da a los 92.4 a), b) y c) y 92.5 LOTC relativa a la ejecución de las resoluciones del Tribunal Constitucional como garantía del Estado de Derecho. El análisis de constitucionalidad se funda, a su vez, en la doctrina establecida en la STC 185/2016.

La reforma establece un régimen específico para los supuestos de incumplimiento de las resoluciones del TC con la finalidad de introducir «en sede constitucional, instrumentos de ejecución que doten al Tribunal», que tiene encomendada la función de supremo intérprete y garante de la Constitución mediante el ejercicio de su función jurisdiccional, «de un haz de potestades para garantizar el cumplimiento efectivo de sus resoluciones».

EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL declara la constitucionalidad de los preceptos impugnados.

- Recuerda que es un órgano jurisdiccional que tiene conferida en exclusiva el ejercicio de la jurisdicción constitucional y, aunque reconoce que la CE no contiene previsión alguna sobre la ejecución de las resoluciones del TC no puede interpretarse «como un desapoderamiento al Tribunal Constitucional de la potestad de ejecutar y velar por el cumplimiento de sus resoluciones», debe postularse del Tribunal la titularidad de la potestad de ejecución de sus resoluciones cuyo título legitimador es la garantía de la efectividad y cumplimiento de sus resoluciones al que están obligados todos los ciudadanos y poderes públicos, potestad que encuentran cobertura en la reserva de ley orgánica del art. 165 CE, si bien las medidas de ejecución han de respetar siempre las previsiones constitucionales y nunca podrán dar lugar a una alteración de la posición institucional del Estado y de las Comunidades Autónomas. Solo circunstancialmente cabe su adopción para proteger su ámbito jurisdiccional frente a cualquier intromisión ulterior de un poder público que pudiera menoscabarla

- Sobre la base de la libertad del legislador orgánico, el respeto a la Constitución y a la independencia y función del Tribunal, el legislador puede introducir en ella los cambios o modificaciones que entienda oportunos, sin que haya de limitarse a aquellos indispensables para evitar la inconstitucionalidad o asegurar el cumplimiento de los objetivos constitucionales» (arts. 161.1.d), 162.2 y 165 CE)

A lo largo de la sentencia destaca como procedimiento para la imposición de las medidas de ejecución la previsión normativa del art. 92.4 LOTC del que resalta el requerimiento y audiencia a las instituciones, autoridades, empleados públicos o particulares a quienes corresponda llevar a cabo su cumplimiento para que en el plazo que se les fije informen al respecto. Si una vez recibido el informe o transcurrido el plazo fijado, el Tribunal apreciase el incumplimiento total o parcial de su resolución, podrá adoptar cualesquiera de las medidas que se recogen en el art. 92.4 LOTC. Medidas que pueden ser tomadas de oficio o a instancia de parte.

Igualmente, descarta la posibilidad de recurso frente a la resolución que imponga la medida dado el modelo de jurisdicción constitucional diseñado por el constituyente, que ha configurado al TC como único en su orden.

- En cuanto a la constitucionalidad del art. 92.4 a) LOTC, que prevé que el TC pueda imponer multas coercitivas de tres a treinta mil euros a las autoridades, empleados públicos o particulares que incumplieren sus resoluciones, pudiendo reiterar la multa hasta el cumplimiento íntegro de lo mandado, el Tribunal la analiza desde la óptica de la vulneración del principio de legalidad en materia sancionadora (art. 25 CE), en el que subsume la invocación del principio de seguridad jurídica (art. 9.3 CE), que denunció la Generalidad de Cataluña

Tras recordar que el precepto en su redacción originaria ya permitía imponer multas coercitivas, para garantizar su constitucionalidad declara que “nos hallaremos ante una pena o sanción si la medida tiene una función represiva y con ella se restringen derechos”, pero “si en lugar de la represión concurren otras finalidades justificativas deberá descartarse la existencia de una pena, por más que se trate de una consecuencia gravosa”.

Descarta la función represiva de la medida de multa, que equipara a las multas coercitivas en el ámbito administrativo, pues no se impone con una finalidad represiva o retributiva por la realización de una conducta antijurídica, sino como coerción o estímulo para el cumplimiento de un deber jurídico o, lo que es lo mismo, como disuasión para su incumplimiento. Así pues, por más que la medida controvertida tenga una consecuencia gravosa para la persona a la que se le imponga, responde a una finalidad de garantizar la efectividad y el cumplimiento de las resoluciones del TC, obedece a una función tendente a la modificación del comportamiento de quien incumple una resolución del TC.

- Desestima la inconstitucionalidad de la medida de suspensión en sus funciones de las autoridades o empleados públicos del art. 92.4 b) LOTC al descartar su naturaleza sancionadora por negarle un carácter represivo, niega que vulnere el principio de legalidad del art. 25 CE.

La función de la medida no es la de infligir un castigo ante un comportamiento antijurídico o ilícito. Para la exigencia de las responsabilidades penales que pudieran derivarse del incumplimiento de aquella obligación, el legislador ha previsto otro tipo de medida como es la deducción del oportuno testimonio de particulares [art. 92.4 d) LOTC], Circunscribe el ámbito subjetivo de aplicación de la medida de suspensión a las autoridades o empleados públicos responsables del incumplimiento de la resolución dictada por el Tribunal en el ejercicio de su jurisdicción, así declara que «sólo podrá aplicarse, cuando esté en la esfera de actuación de la autoridad o empleado públicos concernidos el cumplimiento de la resolución de que se trate y se acredite su voluntad deliberada y persistente de no atender al mismo ..., sin que pueda extenderse a autoridades, empleados públicos u otras personas ajenas a dicho ámbito de responsabilidad»

Considera que la suspensión, por lo que se refiere a su duración temporal, «queda circunscrita necesariamente» al «tiempo preciso para asegurar la observancia del pronunciamiento del Tribunal», no pudiendo «extenderse ni prolongarse más allá de ese lapso de tiempo», 'es una medida que habrá de levantarse tan pronto como cese la voluntad incumplidora de la autoridad o empleado público responsable del cumplimiento de la resolución' de conformidad con el inciso final del art. 92.4 b) LOTC.

La medida, además, solo se aplicará si resulta idónea para la finalidad para la que ha sido prevista por el legislador: garantizar la efectividad y el cumplimiento de las resoluciones dictadas por el TC en el ejercicio de su jurisdicción mediante la remoción de quien obstaculiza su debida observancia. Únicamente se puede adoptar previo cumplimiento de los requisitos y condiciones que dispone el citado art. 92.4 b) LOTC

- En cuanto a la constitucionalidad de la medida contemplada en el art. 92.4 c) LOTC, la ejecución sustitutoria como medida a la que el Tribunal puede recurrir para instar el cumplimiento de las resoluciones recaídas en los procesos constitucionales, requiriendo la colaboración del Gobierno de la Nación a fin de que, en los términos fijados por aquél, adopte las medidas necesarias para asegurar el cumplimiento de sus resoluciones, el TC indica que es a él a quien corresponde elegir la ejecución sustitutoria cuando pueda resultar una medida de ejecución idónea y procedente para el cumplimiento de las resoluciones del Tribunal, quien habrá de valorar el caso concreto, atendiendo a las circunstancias concurrentes en el mismo, de manera que el Gobierno actuará si es requerido por este Tribunal y en la forma y con el alcance que éste determine para garantizar la efectividad de sus resoluciones, siendo así que el control de la ejecución corresponde al TC, del que el Gobierno es, en este caso, mero colaborador.

Destaca que ya el art. 92.2 LOTC, faculta al Tribunal, con carácter general, para «recabar el auxilio de cualquiera de las administraciones y poderes públicos para garantizar la efectividad de sus resoluciones que lo prestarán con carácter preferente y urgente».

Entiende, que no cabe inferir del tenor del precepto, que la ejecución sustitutoria suponga que el Estado sustituye a la Comunidad Autónoma en el ejercicio de sus competencias, con la consiguiente vulneración del principio de autonomía, o que el Gobierno pueda llegar a ejercer potestades conferidas constitucionalmente a otros órganos o poderes.

- Por último, el TC analizó el art. 92.5 LOTC por infringir los arts. 161 y 165 CE, precepto que confiere al Tribunal la potestad de adoptar, de oficio o a instancia del Gobierno, sin oír a las partes, y cuando concurren circunstancias de especial trascendencia constitucional, las medidas necesarias a fin de asegurar el debido cumplimiento de las resoluciones que acuerden la suspensión de las disposiciones, actos o actuaciones impugnados. Su inciso final prevé que en la misma resolución en la que se acuerde la adopción de estas medidas se dará audiencia a las partes y al Ministerio Fiscal por plazo común de tres días, tras el cual el Tribunal ha de dictar resolución levantando, confirmando o modificando las medidas previamente adoptadas.

- Tras resaltar que es al Tribunal al que en exclusiva le corresponde tanto apreciar si se dan o no las circunstancias del art. 92.5 LOTC y decidir las medidas necesarias para garantizar el cumplimiento de aquellas resoluciones, declara que el Gobierno solo está habilitado para instar la actuación del Tribunal, debiendo justificar la especial trascendencia constitucional, que equipara a la idea de «supuestos de incumplimiento notorio», y proponer las medidas que considere pertinentes para asegurar el cumplimiento de aquellas resoluciones, pero en modo alguno se le confieren al Gobierno facultades decisorias; desecha que esta facultad conferida al Gobierno suponga una quiebra del principio de igualdad procesal de las partes, pues está prevista la intervención de las Comunidades Autónomas en su condición de parte en el incidente de ejecución, y además las Comunidades Autónomas en modo alguno ven menoscabada la legitimación que les reconoce el art. 161.1 c) CE para promover conflictos de competencia.

- Los votos particulares entienden que los apartados b) y c) del art. 92.4 LOTC debieron ser declarados inconstitucionales por cuanto la suspensión de funciones tiene carácter sancionador o represivo, lo que vulneraría el principio de legalidad, se puede tornar en temporalmente ilimitada al vincularse a que se haya ejecutado definitivamente la resolución incumplida y resulta desproporcionada, y respecto a la posibilidad de adoptar medidas sustitutorias a petición del Gobierno supondría la práctica inaplicación en que quedaría el art. 155 CE tras la nueva regulación del art. 92.4 c) LOTC lo que resulta incompatible con el diseño constitucional y los equilibrios procurados por el Poder constituyente entre los distintos órganos constitucionales al enfrentar este tipo de conflictos.

## DATOS SENTENCIA

Sentencia 201/2016, de 28 de noviembre.

R.A. nº. 201/2016

Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio Narváez Rodríguez

TEMA: Expulsión de extranjeros. Tutela judicial efectiva (art. 24 CE) Motivación de las resoluciones administrativas y judiciales

## ASPECTOS EXAMINADOS

- Mediante decreto, la Subdelegación del Gobierno resolvió, al amparo del art. 57.2 de la Ley Orgánica sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (LOEx), «la expulsión del territorio nacional del recurrente, de nacionalidad marroquí, prohibiéndosele la entrada en España por un periodo de 5 años, a contar desde la fecha en que se lleve a efecto la expulsión, así como la extinción de la autorización de residencia que tiene concedida». La resolución afirmaba que el recurrente «ha sido condenado por conducta dolosa que constituye en nuestro país delito sancionado con una pena privativa de libertad superior a un año» y que «[l]as alegaciones formuladas por el interesado en el procedimiento tramitado no han desvirtuado los hechos antes indicados ya que no consta que los antecedentes penales hayan sido cancelados respondiendo los mismos a una conducta del interesado que representa una amenaza real y suficientemente grave para el orden público y la seguridad pública», y añade que «[e]n la instrucción del expediente de expulsión se ha tomado en consideración los elementos siguientes: la permanencia en territorio español, la edad de la persona implicada, las consecuencias para él y para los miembros de su familia y los vínculos con el país de residencia o la ausencia de vínculos con el país de origen».

- El actor alegaba: era residente de larga duración, vivía en España desde hacía veinte años, no contaba con vínculo alguno con su país de origen, tenía residencia fija en España, donde se encontraba empadronado con su familia, su padre, madre y hermanos tenían la nacionalidad española y que sufría una enfermedad mental por la que había sido civilmente incapacitado y estaba sujeto a la tutela de su hermano.

- Frente a la resolución indicada, el interesado presentó recurso potestativo de reposición reiterando sus alegaciones. Desestimado el recurso por los mismos argumentos, presentó demanda contenciosa-administrativa que fue desestimada por el JCA por considerar que constaba en el expediente condenas a varios años de prisión por diferentes delitos, sin que dichos antecedentes figuren cancelados, por lo subsumió los hechos en la causa de expulsión prevista en el art. 57.2 LOEx aplicable al extranjero que haya sido condenado «por conducta dolosa que constituya en nuestro país delito sancionado con pena privativa de libertad superior a un año, salvo que los antecedentes penales hubieran sido cancelados». Igualmente, entendió que no procedía la valoración de las circunstancias de arraigo en el supuesto de expulsión del art. 57.2 LOEX., incluso tratándose de residentes de larga duración y, al no tratarse la de una sanción, no era necesaria la ponderación de las circunstancias personales del actor.

- Interpuesto recurso de apelación, el TSJ lo desestimó por considerar que la resolución administrativa, que acuerda la expulsión del territorio nacional, se fundamenta en lo previsto en el art. 57.2 LOEx, precepto que no contempla una sanción de expulsión, sino una «consecuencia legal asociada a la imposición de la pena privativa de libertad».

- Los órganos judiciales consideraron, igualmente, que la Administración, al adoptar la decisión de expulsión al amparo del art. 57.2 LOEx, no tenía por qué realizar ponderación alguna relativa a las circunstancias personales, pues le bastaba, de acuerdo con el precepto, la simple constatación de la existencia de una condena no cancelada por delito doloso castigado con pena de prisión superior a un año de modo que, solo si la medida impuesta por la Administración hubiera tenido naturaleza sancionadora, habría sido precisa una motivación adicional sobre la proporcionalidad de la «sanción de expulsión» en relación con las circunstancias personales y familiares, como contempla el art. 57.5 LOEx.

- El demandante de amparo consideró que las resoluciones administrativas y judiciales habían vulnerado su derecho a la tutela judicial efectiva, en su vertiente de derecho a obtener una resolución motivada, al haber adoptado y confirmado, respectivamente, una decisión de expulsión de un residente de larga duración sin previa acreditación del peligro que éste puede representar para el orden y la seguridad públicos y sin haber procedido a la ponderación de sus circunstancias, en especial de su arraigo personal y familiar, y, en particular, de su condición de persona incapacitada judicialmente por razón de enfermedad mental (sujeta a la tutela de su hermano y carente de todo vínculo con su país de origen). También estimaba que se había vulnerado su derecho a una «vida digna» y a su integridad (art. 15 CE), así como su derecho a la intimidad familiar del artículo 18 CE, en relación con el art. 39 CE, al no haberse valorado su situación de especial vulnerabilidad y su arraigo familiar en España.

- El TRIBUNAL CONSTITUCIONAL estima el amparo acordando la retroacción de las actuaciones al momento anterior a dictarse sentencia por el JCA por falta de motivación de las resoluciones judiciales.

- Recuerda su doctrina sobre la motivación de las resoluciones administrativas: «el deber de motivación en el ámbito administrativo con relevancia constitucional no solo se produce en el supuesto de las sanciones administrativas y que «frente a la regla general, conforme a la cual el deber de motivación de los actos administrativos es un mandato derivado de normas que se mueven en el ámbito de lo que venimos denominando legalidad ordinaria, en determinados supuestos excepcionales tal deber alcanza una dimensión constitucional que lo hace fiscalizable a través del recurso de amparo constitucional». También hemos reiterado en dicha resolución que esto ocurre

precisamente cuando los actos administrativos limitan o restringen «el ejercicio de derechos fundamentales» pues en tal caso la actuación de la Administración «es tan grave que necesita encontrar una especial causalización y el hecho o el conjunto de hechos que lo justifican deben explicarse con el fin de que los destinatarios conozcan las razones por las cuales su derecho se sacrificó y los intereses a los que se sacrificó» (STC 131/2016, FJ 6).

- Declara que «la expulsión del extranjero con residencia de larga duración supone «una clara limitación a derechos fundamentales del actor que, como consecuencia de acordarse su expulsión del territorio nacional, se ha visto privado de su autorización de residencia, lo que implica la alteración de su propia condición de ciudadano y de la posibilidad del ejercicio de los derechos y libertades inherentes a la misma, aparte de las consecuencias que la medida tiene en su vida familiar» (STC 131/2016, de 18 de junio, FJ 6), lo que hace que sea extensible a dicha medida ese deber constitucional de motivación al margen de su eventual naturaleza jurídica sancionadora»
- Constata que las resoluciones administrativas son estereotipadas de manera que, por su generalidad, serían aplicables a todo tipo de supuestos y que no analizan el caso concreto. No valoraron las particularidades expuestas por el recurrente en su recurso administrativo, de manera que no cumplieron con su deber de motivación.
- Igualmente, declara que las resoluciones judiciales impugnadas excluyen cualquier ponderación de las circunstancias personales y familiares del recurrente al entender que la expulsión del art. 57.2 LOEx no es una sanción, interpretación que no acepta «[a]l estar en juego, asociados a derechos fundamentales como los contemplados en los arts. 18.1 y 24.2 CE (STC 46/2014, FJ 7), una pluralidad de intereses constitucionales como el de protección social, económica y jurídica de la familia (art. 39.1 CE)», es preciso en todo caso «ponderar las circunstancias de cada supuesto» y «tener en cuenta la gravedad de los hechos» (STC 46/2014, de 7 de abril, FJ 7 y 131/2016, de 18 de junio, FJ 6). Omitieron cualquier motivación sobre estas circunstancias.
- Concluye el Alto Tribunal declarando que «ciertamente «las resoluciones administrativas que no tienen carácter sancionado, como son las impugnadas en este caso, no pueden vulnerar el art. 24 CE» pero que «sí lo han hecho en el presente supuesto los órganos judiciales que en su labor de fiscalización de los actos administrativos recurridos se han opuesto a la ponderación de las circunstancias personales del recurrente bajo una interpretación de la norma que no respeta el canon constitucional de motivación del derecho a la tutela judicial efectiva. Así, las Sentencias también impugnadas en esta sede, se han limitado a confirmar las resoluciones administrativas sin ponderar las especiales circunstancias personales del demandante de amparo, cuando la norma legal aplicable consentía una interpretación que hubiera permitido tal ponderación».

## DATOS SENTENCIA

Caso CANALAS C/ RUMANÍA

Sentencia de 6 de diciembre de 2016, Sección Cuarta.

Caso nº. 20323/2014

TEMA: Derecho a no sufrir tratos degradantes: condiciones de la prisión. Derecho a la vida privada: denegación de permiso de salida a interno en Centro Penitenciario, para asistencia al funeral de su madre.

## ASPECTOS EXAMINADOS

- El presente caso afecta al derecho a no sufrir trato degradante (art. 3 de la Convención) y al derecho al respeto a la vida privada (art. 8). Se trata de un rumano condenado en Bihor a pena de diez años de prisión por tentativa de homicidio agravado. El demandante se queja de las condiciones de su prisión, de la falta de luz y ventilación, de la pobre condición de la comida, del tamaño de la celda (9 metros cuadrados con otros tres internos al principio y más tarde a una celda de 20 metros cuadrados con otros once prisioneros) en relación con la duración de su condena. El Gobierno afirma que no es cierto, que las celdas tenían 20 metros cuadrados y 8 camas, con ventilación e iluminación natural y artificial. El 21 de marzo de 2014 el demandante reclama al Gobernador de su prisión que autorizara una salida para poder asistir al funeral de su madre, pero su petición se rechazó sobre la base de que la pena a la que había sido condenado era demasiado larga, demasiado largo el periodo que le quedaba por cumplir y que había ya disfrutado de un permiso ese mismo mes. Las denuncias por abuso de autoridad contra el Gobernador fueron desestimadas y archivadas.

- En relación con la primera queja sobre las condiciones de la prisión que considera el demandante contrarias al art. 3 de la Convención señala el TEDH que ese artículo impone a los Estados la obligación positiva de asegurar que una persona esté detenida en condiciones compatibles con la dignidad humana, indicando que en el presente caso un espacio personal disponible inferior a los 3 metros cuadrados supone una fuerte presunción de vulneración del citado art. de la Convención. El Gobierno no aporta datos para refutar los del demandante señalando además el TEDH que se han observado ya situaciones que coinciden que las alegadas por el demandante en la prisión de Oradea, en que cumplía su condena. Por ello entiende que se ha producido una violación del art. 3.

- En cuanto a la denegación de la autorización para asistir al funeral de su madre, el TEDH considera que debe ser considerada una interferencia con el derecho del demandante al respeto a la vida privada del art. 8 de la Convención, entrando a analizar si esa interferencia estaba o no justificada y si era necesaria en una sociedad democrática. Aun valorando que la extensión de la condena y la perturbación del orden público podían ser fines legítimos para la interferencia, el Estado ha de demostrar que las mismas respondían a una necesidad imperiosa, observándose que las autoridades no contemplaron la posibilidad de establecer una escolta que vigilara al demandante durante la ceremonia. Se considera que las razones esgrimidas para denegar el permiso no son suficientes para considerar la denegación necesaria en una sociedad democrática. Se condena a Rumanía por vulneración del art. 8 de la Convención.

## DATOS SENTENCIA

Caso OSMANOGLU Y KOCABAS C/ SUIZA  
Sentencia de 10 de enero de 2017. Sección Tercera  
Caso nº. 29086/2012

TEMA: Derecho a libertad de pensamiento, conciencia y religión: sanción por la negativa paterna a que sus hijas participen en clases de natación mixtas por motivo religioso

## ASPECTOS EXAMINADOS

- Los demandantes son dos ciudadanos suizos que asimismo tienen nacionalidad turca. Los solicitantes son matrimonio y viven en Basilea desde 1999. Tienen tres niñas, dos de las cuales fueron inscritas en una escuela primaria de Basilea. Las clases de natación son parte obligatoria del curso, aunque podría concederse una exención por el cantón a partir de la pubertad. Los demandantes, fervientes practicantes del islam se negaron a enviar a sus hijas de 9 y 11 años a clases de natación mixtas, por lo que al negarse la escuela a dejarlas exentas consideraron vulnerados sus derechos. El Cantón de Basilea les conminó a llevar a las niñas a clase de natación bajo amenaza de una multa por cada niño si no respetaban la obligación de asistir. Pese a varios intentos de conciliación, las niñas continuaron sin asistir a natación y se impuso a los padres una multa de 350 francos suizos por niña por el abandono de sus responsabilidades parentales. El recurso de los demandantes fue desestimado al no entenderse vulnerado el derecho a la libertad de conciencia y creencia dado que la decisión de multar estaba sostenida con sólidos argumentos jurídicos siendo la educación física parte del programa obligatorio en la escuela primaria y que las excepciones de asistencia a la piscina están previstas como posibles desde la pubertad (a partir aproximadamente de los 12 años) pero no antes, indicando que entre los fines de la educación en la escuela está una función de integración de los alumnos.

Los demandantes sostienen ante el TEDH que los cursos de natación no son susceptibles de limitar su formación y que en Basilea hay muchas escuelas que no proporcionan clases de natación por falta de piscinas disponibles. Insisten en que las dos niñas asisten a clases de natación en una piscina privada para la comunidad musulmana asegurando que aprenden a nadar. Consideran que el interés público no puede ser invocado en el presente caso para interferir en el derecho a la libertad religiosa, aportando el dato del escaso número de musulmanes que no envían a sus hijas a piscinas mixtas en el colegio. Indican que están perfectamente integrados en Basilea desde hace muchos años aceptando plenamente el sistema jurídico suizo con sus principios democráticos y constitucionales. Y señalan que otros padres fundamentalistas cristianos u ortodoxos que siguen las mismas reglas de pudor obtienen excepciones. El Gobierno esgrime el argumento de que la escuela se enfrenta a una realidad multicultural, cambiante (hay ahora más de 400.000 musulmanes en Suiza) y que solo de esa manera su futura participación en la vida económica, social y cultural y su integración en Suiza, la paz social y la igualdad de oportunidades puede ser garantizada al tiempo que niega exenciones para solicitantes de otras religiones y no se impone un tipo específico de traje de baño (incluyendo el burkini).

- El Tribunal considera que la negativa a proporcionar a las niñas una exención a la obligatoriedad de las clases persigue objetivos legítimos de integración en el sentido del art. 9.2 de la Convención. Señala que el pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura son características de una sociedad democrática y que cualquier interferencia en el ejercicio de la libertad religiosa ha de estar justificada. Se considera que en el presente caso las decisiones de los Tribunales suizos están fundadas, que se ofrecieron medidas para mitigar el impacto de las clases de natación en las niñas (el uso del burkini), que no hay datos de actitud intolerante contra estudiantes por razones religiosas, que las multas impuestas son proporcionadas al fin perseguido que es el de la socialización y buena integración de los niños. Por ello no se considera que se haya vulnerado el art. 9 de la Convención.

DATOS SENTENCIA

Caso KOLOMENSKIY C/ RUSIA

Sentencia de 13 de diciembre de 2016. Sección Tercera.

Caso nº. 27297/2007

TEMA: Tratos inhumanos y degradantes: condiciones de la prisión. Derecho a la libertad y seguridad. prisión acordada sin indicación de las razones ni límites de la duración de la medida. Derecho de Defensa: vista de la apelación sin presencia del letrado de la defensa

ASPECTOS EXAMINADOS

- En este periodo se han dictado más de 5 sentencias contra Rusia por vulneración del art. 3 (prohibición de tratos inhumanos o degradantes) y del art. 5.1 (derecho a la libertad y seguridad). Esta sentencia es representativa. En este caso, el demandante es un ciudadano ruso sospechoso de apropiación indebida de dinero de una compañía. Fue detenido el 1 de junio de 2006 e ingresado en prisión provisional, apelando esa decisión sobre la base entre otros aspectos de que no había intentado presionar a un testigo al que llamó sino solicitar información sobre el proceso, y que no asistió a una citación con la investigación porque no había recibido a tiempo la citación. El Tribunal de apelaciones desestimó sus pretensiones –sin fundamentar y sin fijar límites de tiempo- por lo que continuó en prisión. El 26 de octubre de 2006 fue condenado por blanqueo de 247.000 rublos (unos 6.200 euros), sentencia que fue anulada en apelación sobre la base de un defecto procesal. El 3 de julio de 2007 fue condenado por apropiación indebida a pena de un año y seis meses de prisión, sentencia confirmada en apelación.
- El demandante se queja de las condiciones en las que estuvo preso (hacinamiento, sin ventilación, compartiendo celda con fumadores, falta de alimentos los días que fue trasladado a declarar), de que las condiciones de su detención fueron ilegales, que la extensión de la prisión fue irrazonable, que las apelaciones no fueron rápidas, que se habían resuelto en ausencia y además que se había vulnerado su derecho a la presunción de inocencia.
- En relación con las condiciones de su detención, se hace constar que el demandante no había sido alimentado en los días en que había de asistir a vistas, reconociendo el Gobierno que las condiciones de su detención no satisfacían las exigencias del art. 3 por lo que el Gobierno estaba preparado para pagar 6.500 euros en concepto de reparación. Se condena a Rusia por el art. 3 de la Convención. Se condena a Rusia asimismo por no proporcionar efectivo recurso (art. 13) en relación con la vulneración sufrida respecto del art. 3.
- Se considera también que se ha vulnerado el derecho a la libertad personal al haber sido detenido e ingresado en prisión sin indicación de las razones ni límites de la duración de la medida, indicando el Tribunal que Rusia ha sido condenada ya en diversas ocasiones por esa razón. Por otra parte, se añade que la duración de los procedimientos de revisión de la situación de prisión del demandante no pueden ser considerados compatibles con las exigencias del art. 5.4 de la Convención, señalando además que en la vista de la apelación estuvo presente el Fiscal, que informó en favor del mantenimiento de su situación procesal, pero no el abogado de la defensa con lo cual se vulneró el principio de igualdad de armas.
- Rusia es condenada a pagar 22.500 euros al demandante por daño moral y costas.

## DATOS SENTENCIA

Caso BELANE NAGY C/ HUNGRÍA

Sentencia de 13 de diciembre de 2016. Gran Cámara.

Caso nº. 53080/2013

TEMA: Derecho a la Propiedad y expectativa equiparable: prestación por invalidez concedida que se suprime por modificación de los métodos de evaluación.

## ASPECTOS EXAMINADOS

- La demandante, ciudadana y residente húngara nacida en 1959 tuvo una vida laboral hasta 1997, percibiendo más tarde una prestación por desempleo. El 16 de octubre de 2001 solicitó una pensión de invalidez en base a una pérdida de su capacidad para trabajar en un 67 por ciento debido a diversas dolencias. Fue evaluada en 2003, 2006 y 2007. Pero en 2008 se modifica el método para evaluar el deterioro de la salud para el trabajo y la demandante fue evaluada con una merma de su capacidad del 40 por ciento. El gobierno sostiene que la demandante había mejorado y ésta sostiene que no mejoró en absoluto y que simplemente se cambió el método utilizado para evaluar. Conforme a su nuevo nivel de discapacidad, se le retiró su derecho a la pensión de invalidez, lo que fue recurrido por esta pero sus recursos fueron desestimados. Las periciales ordenadas por el Tribunal acreditan que la demandante no había mejorado significativamente desde 2007 y que había sido el cambio metodológico lo que producía diversos resultados. Se ordenó a la demandante que devolviera las prestaciones recibidas desde el 1 de febrero de 2010 (unos 200 euros mensuales). En 2011 se sometió nuevamente a evaluación en la que resultó con una merma de capacidad del 50 por ciento, lo que le daría derecho a una pensión de invalidez que a pesar de ello no recibe. Una normativa de 2012 exigió criterios adicionales para la pensión como eran que los interesados tuvieran al menos 1095 días cubiertos por la seguridad social en los cinco años anteriores a la solicitud. La demandante no tenía el periodo de cobertura requerido y su solicitud se desestimó.

- La demandante se queja de su pérdida de ingresos por el nuevo sistema y por el hecho de que la nueva normativa le impone condiciones que no puede cumplir. La Sala considera apropiado examinar la denuncia basada en el art. 1 del Protocolo 1º a la Convención, que establece la protección al derecho de propiedad y que establece que nadie puede ser privado de sus bienes salvo por causa de interés público y de acuerdo a las condiciones previstas en la ley y a los principios generales del derecho internacional, sin perjuicio del derecho de los estados a dictar leyes necesarias para reglamentar el uso de los bienes de acuerdo con el interés general o para garantizar el pago de los impuestos, de otras contribuciones o de las multas.

La Sala en primera instancia decidió que la prestación por discapacidad en forma de pensión o prestación derivaba de un derecho adquirido conforme al derecho interno en el sentido de que cuando una persona ha hecho las contribuciones establecidas tendría derecho a la misma si su situación sanitaria lo requiriera. Las contribuciones de la demandante durante su vida laboral dieron lugar a una expectativa legítima de recibir prestaciones por incapacidad. Por tanto, la privación afectaba al art. 1 del Protocolo 1º a la Convención, y consideró que la modificación del método de evaluación no podía extinguir esa legítima expectativa, así como el cambio drástico en las condiciones para la percepción lesionaba también su derecho.

Para el Gobierno húngaro esa sentencia es incompatible con la jurisprudencia del Tribunal, y supone para los Estados una carga financiera excesiva provocando un efecto de congelación de situaciones y de legislaciones que impide la reforma de los sistemas de seguridad social. Sostiene que la Convención no garantiza ningún derecho de propiedad independientemente del derecho interno de los estados soberanos.

- La Gran Cámara señala que el término "propiedad" del Protocolo no se limita a los bienes materiales y en determinadas condiciones una "expectativa legítima" de obtener un bien puede gozar de la protección del art. 1 del Protocolo. Esa expectativa legítima es algo más concreto que una mera esperanza y ha de estar basada en una disposición legal o acto jurídico, tal como una decisión judicial. Recuerda la Gran Cámara que el art. 1 del Protocolo no impone ninguna restricción a la libertad de los Estados para decidir si tienen o no algún tipo de régimen de seguridad social o de elegir el tipo o el importe de las prestaciones. Pero si un Estado tiene en vigor una legislación que prevé el pago de una prestación de asistencia social, dicha legislación debe considerarse como generadora de un interés de propiedad que alcanza el art. 1 del Protocolo. Se señala que la privación de la totalidad de una pensión es probable que infrinja las previsiones del art. 1, mientras que las reducciones razonables es probable que no lo hagan, sin perjuicio de que estas cuestiones han de analizarse en concreto en la búsqueda de un equilibrio justo. En el presente caso se considera que la normativa de 2012 quiebra el equilibrio justo entre los intereses en juego al privar por completo del derecho a una prestación a la demandante. Se condena a Hungría. La sentencia cuenta con siete opiniones disidentes.

DATOS SENTENCIA

Caso BODET C/ BÉLGICA

Sentencia de 26 de enero de 2017. Sección Segunda.

Caso nº. 78480/2013

TEMA: Derecho a un juicio justo. Imparcialidad del Jurado

ASPECTOS EXAMINADOS

- El demandante fue condenado por homicidio premeditado de la hija de su pareja el 20 diciembre de 2012, y sentenciado a cadena perpetua con un mínimo de 15 años revisable a partir de entonces. Dos días después de su condena, el día 22 de diciembre, se publicó en un periódico una entrevista a un anónimo miembro del jurado que le condenó. Ese anónimo jurado declaró que hubo de contener sus emociones cuando declaró el acusado, al que quería golpear cuando declaró. El condenado y demandante recurrió sobre la base de que el anónimo jurado había mostrado subjetiva animadversión y parcialidad contra él y su derecho a ser considerado inocente. Su pretensión fue desestimada en casación.
- El TEDH señala que las declaraciones sobre un caso, hechas por un juez o jurado juzgando un caso, antes, durante o después del juicio pueden indicar la existencia de parcialidad u hostilidad contra el enjuiciado. Son cuestiones a analizar en el contexto del caso. En el caso presente las declaraciones se realizan cuando acabó el juicio y el jurado no tenía entonces ningún papel judicial que desempeñar. Leyendo la entrevista en su conjunto el TEDH considera que no puede deducirse que el jurado tuviera animadversión contra el acusado cuando comenzó el juicio, sino que se desarrolló su convicción en el curso del proceso. En el proceso belga, el jurado lo componen doce jurados que deliberan sobre los hechos, y luego se les unen tres jueces profesionales para motivar la sentencia y decidir la pena. No se considera perjudicada la imparcialidad del Tribunal en este caso, ni violada la presunción de inocencia del demandante.

DATOS SENTENCIA

Caso GENGOUX C/ BÉLGICA

Sentencia de 17 de enero de 2017. Sección Cuarta.

Caso nº. 42079/12

TEMA: Tratos inhumanos o degradantes: mantenimiento de la reclusión pese a la grave enfermedad que padecía que ocasiona su fallecimiento

ASPECTOS EXAMINADOS

- La controversia concierne al mantenimiento en detención del padre del recurrente, un hombre gravemente enfermo.
- La Corte juzgando que no es posible establecer un nexo de conexión entre el encarcelamiento del padre del recurrente y su fallecimiento, el TEDH estima determinante que el padre del recurrente no ha sufrido una infección o una deficiencia inmunitaria en razón de la metástasis provocada por su cáncer que era preexistente a su reclusión.
- El TEDH concluye que no se estaba en presencia de una situación que reclamase la adopción de otras medidas que las que fueron adoptadas, y que el mantenimiento en reclusión del padre del recurrente, no obstante, su estado de salud y la evolución de aquél no ha constituido un tratamiento inhumano o degradante.

## DATOS SENTENCIA

Caso PARADISO Y CAMPANELLY C/ ITALIA

Sentencia de 24 de enero de 2017. Gran Cámara.

Caso nº. 25358/2012

TEMA: Derecho al respeto a la vida privada y familiar: gestación subrogada: La intromisión en el derecho a la vida familiar de los demandantes fue necesaria en una sociedad democrática ya que las razones aducidas fueron relevantes y suficientes.

## ASPECTOS EXAMINADOS

- Este caso afecta al derecho al respeto a la vida privada y familiar, art. 8 de la Convención. Los demandantes son un matrimonio italiano que viven en Colletorto (Italia). Tras intentar infructuosamente tener un hijo, los demandantes iniciaron los trámites para adoptar obteniendo la autorización de los Tribunales italianos para adoptar un menor en el extranjero. Como no conseguían ser elegibles para ello intentaron la gestación de un niño en Rusia con una madre de alquiler y semen debidamente conservado del Sr. Campanelli. Encontraron una madre de alquiler en mayo de 2010 y tras un exitoso proceso de fertilización in vitro –y uno pago de 50.000 euros- dos embriones fueron implantados en la misma, que dio a luz en febrero de 2011. El mismo día, la madre de alquiler dio su consentimiento por escrito para que el niño fuera registrado como hijo de los demandantes. La Sra. Paradiso viajó a Moscú y el niño fue registrado como hijo de los demandantes en Moscú. La certificación rusa señalaba que los demandantes eran los padres del niño, y fue certificada conforme a apostilla de La Haya. El niño fue traído por la Sra. Paradiso a Italia el 30 de abril de 2011. Sin embargo, el Consulado Italiano en Moscú fue informado el día 2 de mayo que el certificado ruso de nacimiento contenía información falsa.

- El 5 de mayo se abrieron diligencias penales en Italia contra los demandantes por alteración de estado civil y falsedad documental. Al tiempo, la Fiscalía instó la dación en adopción del menor, al considerarlo en estado de abandono según la ley. En julio de 2011 se realizaron pruebas de ADN al menor que evidenciaron la falta de vínculos genéticos con el Sr. Campanelli. La clínica rusa reconoció la existencia de un error, pero no fue capaz de identificar quién lo cometió. La Corte de Menores acordó que el niño fuera removido de la guarda de los demandantes y entregado a los servicios sociales, sobre la base de la ilegalidad de haber traído directamente un niño desde Rusia haciéndolo pasar por su hijo. Tras valorar los efectos de la separación para el menor concluyeron que la poca edad del mismo –y tan solo ocho meses de convivencia con los demandantes- permitía la entrega a los servicios sociales. Los Tribunales italianos desestimaron las apelaciones indicando que el Certificado de nacimiento ruso era ilegal por lo que se ordenó un nuevo Certificado indicando que el niño era hijo de personas desconocidas, nacido en Moscú el 27 de febrero y otorgado un nuevo nombre. Finalmente, el niño fue adoptado por otra familia. El TEDH, en su sentencia de fecha 27 de enero de 2015, consideró que se había producido una vulneración del art. 8 en relación a las medidas adoptadas sobre el menor. El Gobierno solicitó que el caso fuera remitido a la Gran Cámara bajo el art. 43 de la Convención, lo que se concedió el 1 de junio de 2015.

- Italia prohíbe las técnicas de reproducción de madres de alquiler realizadas por los demandantes, reconociendo la Gran Cámara el legítimo deseo de las autoridades de preservar la exclusiva competencia del Estado para reconocer las relaciones de paternidad con el fin de proteger a los menores. Se considera la intromisión en el derecho a la vida familiar de los demandantes (que estos consideran gravísima e irreversible) como necesaria en una sociedad democrática ya que las razones aducidas fueron relevantes y suficientes. Se toma en consideración la falta de vínculos genéticos, la quiebra de la legalidad italiana y el escaso tiempo de convivencia con el menor. Se señala que la interferencia en la vida privada de los demandantes es acorde con la ley, con un propósito legítimo y necesaria en una sociedad democrática (para reestablecer la legalidad y los intereses del niño). Y se añade que permitir la continuidad del menor con los demandantes equivale a legalizar la situación creada por ellos en violación de normas importantes del derecho nacional.

- Se considera que no ha habido vulneración del art. 8 de la Convención. La sentencia cuenta con cinco votos disidentes.



## DATOS SENTENCIA

Sentencia Nº 721/2016

RECURSO DE CASACION Nº 2987/2014

Fecha Sentencia: 5/12/2016

Ponente Excmo. Sr. D.: Eduardo Baena Ruiz

TEMA: Responsabilidad civil de los progenitores de un menor de edad. Interrupción de la prescripción por seguirse diligencias preliminares en la Fiscalía de Menores respecto a un menor de edad inferior a catorce años

## ASPECTOS EXAMINADOS:

- Interrupción de la prescripción por seguirse diligencias preliminares en la Fiscalía de Menores respecto a un menor de edad inferior a catorce años: El inicio del cómputo para el ejercicio de la acción civil, será el día de notificación del decreto de la fiscalía de menores acordando el archivo e informando que se puede ejercer acciones civiles contra el representante legal del menor.
- La doctrina sobre la interrupción de la prescripción, que ahora nos ocupa, no encuentra excepción por razón del resultado que la denuncia debería tener, esto es, incluso porque la denuncia llegue a archivarse. Si se atiende a las circunstancias concretas que rodearon el ejercicio de la acción y a la función informadora que debe desplegar el principio general de buena fe en la interpretación y aplicación del mencionado instituto (SSTS de 11 de diciembre de 2012, 21 de junio de 2013, 2 de diciembre de 2013 y 14 de enero de 2014), el motivo del recurso debe desestimarse.
- La demandante, lega en derecho, acude, en lo que es una máxima de experiencia, a denunciar la grave lesión sufrida por su hijo, y lo hace ante la Guardia Civil que levanta el oportuno atestado, sin recibir indicación sobre la inutilidad de la denuncia. El atestado fue remitido a la Fiscalía de menores que abrió las oportunas diligencias, sin decidir de plano el archivo de las mismas en atención a la edad del menor. La actora, pues, confió en las instituciones, a la espera de que decidiesen sobre el hecho denunciado. No puede predicarse de ella que obrase de modo negligente o con falta de lealtad procesal. Si ha visto retrasado el ejercicio de la acción no se ha debido ni a su dejadez ni a su ausencia de voluntad en la conservación de la misma sino a la tardía respuesta que recibió sobre su denuncia.

**DATOS SENTENCIA**

Sentencia Nº 14/17

RECURSO DE CASACION Nº 1148/2016

Fecha Sentencia: 13/1/2017

Ponente Excmo. Sr. D: Francisco Javier Arroyo Fiestas

TEMA: Privación patria potestad del hijo propio por condena por abusos sexuales en la persona de la hija de su pareja, habida en una anterior relación.

**ASPECTOS EXAMINADOS:**

- Abusos sexuales en la persona de la hija de su pareja, habida en una anterior relación. Privación de la patria potestad de hijo habido con su pareja: Quien ha incurrido en una grave agresión sexual a la hija de su pareja pone en un riesgo y peligro cierto a su propio hijo, con el que convivió escaso tiempo en régimen familiar. Se ha acreditado que no reúne las características propias de un buen padre de familia, por lo que se afectaría gravemente el interés de su propio hijo si se permitiese el ejercicio de la patria potestad por quien es evidente que no está capacitado para el cumplimiento de las obligaciones de cuidado y respeto de un menor (art. 170 del C. Civil). Para la privación de la patria potestad no es necesario que la agresión o incumplimiento de deberes tenga como sujeto pasivo directo al hijo, sino como se refiere en las sentencias citadas, también se puede inferir de la agresión a la madre o, como en este caso, a una hermana. En la misma línea STS nº711/2016, de 25 de noviembre.

**DATOS SENTENCIA**

Sentencia Nº 748/16

RECURSO DE CASACION Nº409/2016

Fecha Sentencia: 21/12/2016

Ponente Excmo. Sr. D.: Antonio Salas Carceller

TEMA: Guarda y custodia compartida: no procede por concurrencia de circunstancias que alteran la vida normal del menor

**ASPECTOS EXAMINADOS:**

- Residencia de los progenitores en distintas poblaciones con una distancia de cincuenta kilómetros: No procede el establecimiento del régimen de guarda y custodia compartida por afectar negativamente al menor. Resulta así que, aunque concurren varios de los requisitos que normalmente habrían de dar lugar al establecimiento del régimen de custodia compartida, existe una circunstancia que lo desaconseja por suponer una alteración de la vida normal de la menor, sobre todo cuando ya alcanza edad escolar, ya que ambos progenitores residen en poblaciones que distan entre sí unos cincuenta kilómetros y ello supondría que en semanas alternas la menor habría de recorrer esa considerable distancia para desplazarse al colegio.

**DATOS SENTENCIA**

Sentencia Nº 743/2016

RECURSO DE CASACION Y EXTRAORDINARIO POR INFRACCION PROCESAL Nº 939/2016

Fecha Sentencia: 21/12/2016

Ponente Excmo. Sr. D.: Antonio Salas Carceller

TEMA: Caducidad de la acción de impugnación de paternidad

**ASPECTOS EXAMINADOS:**

- Carga de la prueba sobre el "Dies a Quo" para el ejercicio de la acción de impugnación de paternidad: Como se deriva de lo dispuesto por el artículo 217 LEC, basta al demandante con fijar el dies a quo que considera aplicable para el inicio del cómputo del plazo de caducidad, siendo así que para apreciar que la acción caducó previamente a su ejercicio deberá quedar acreditado que tal fijación no es la correcta y, en lo que a este caso interesa, que el demandante tenía efectivo conocimiento de que no era el padre biológico de la menor desde una fecha anterior a la que él afirma –que es la de la obtención del resultado de la prueba biológica-.

- Sostener lo contrario, obligaría al demandante a la realización de una prueba imposible por su parte, consistente en demostrar un hecho negativo referido a que no tenía conocimiento del hecho de no ser el padre de la menor desde un momento anterior al de la práctica de la prueba biológica. El propio principio de facilidad probatoria a que se refiere el artículo 217.7 LEC determina claramente que la carga de la prueba sobre la existencia de tal conocimiento anterior ha de corresponder a quien sostiene la existencia de la caducidad.

**DATOS SENTENCIA**

Sentencia Nº 752/16

RECURSO DE CASACION Nº 2272/2015

Fecha Sentencia: 22/12/2016

Ponente Excmo. Sr. D.: José Antonio Seijas Quintana

TEMA: Pensión alimentos hijos menores de edad

**ASPECTOS EXAMINADOS:**

- Suspensión de la prestación de alimentos por falta de recursos del alimentante: La sentencia no extingue los alimentos. Los deja en suspenso, con carácter muy excepcional, con criterio restrictivo y temporal. Estamos, como dice la sentencia de 2 de marzo de 2015, «ante un escenario de pobreza absoluta que exigiría desarrollar aquellas acciones que resulten necesarias para asegurar el cumplimiento del mandato constitucional expresado en el artículo 39 CE y que permita proveer a los hijos de las presentes y futuras necesidades alimenticias hasta que se procure una solución al problema por parte de quienes están en principio obligados a ofrecerla, como son los padres.»

## DATOS SENTENCIA

Sentencia Nº 725/2016

RECURSO DE CASACION Y EXTRAORDINARIO POR INFRACCION PROCESAL Nº 2528/2014

Fecha Sentencia: 7/12/2016

Ponente Excmo. Sr. D.: Antonio Salas Carceller

TEMA: Derecho al honor: proceso penal previo a instancia M. Fiscal: computo plazo

## ASPECTOS EXAMINADOS:

- Caducidad de la acción. Proceso penal previo a instancia del Ministerio Fiscal: La doctrina sostenida por esta sala que únicamente se pronuncia en tal sentido cuando se trata de delitos perseguibles sólo a instancia de parte (sentencia núm. 285/2009, de 29 de abril) y no cuando –como ocurrió en el caso- se actuó penalmente a instancia del Ministerio Fiscal.

- En consecuencia, no puede considerarse que la acción civil había caducado en el momento de la interposición de la demanda, ya que no habían transcurrido cuatro años desde la finalización del proceso penal, y por ello dicha consideración no puede justificar la desestimación de la demanda.

## DATOS SENTENCIA

Sentencia Nº 8/2017

RECURSO DE CASACION Y EXTRAORDINARIO POR INFRACCION PROCESAL Nº 1734/2014

Fecha Sentencia: 13/1/2017

Ponente Excmo. Sr. D.: Francisco Javier Orduña Moreno

TEMA: Contratos celebrados con los consumidores. Préstamos Hipotecarios

## ASPECTOS EXAMINADOS:

- Requisitos de aplicación del Real Decreto-Ley 6/2012, de 9 marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos: La inaplicación del citado Real Decreto al presente caso resulta clara tanto con relación al Preámbulo de la norma, esto es, a la finalidad que la informa, como con relación a lo expresamente previsto en su artículo 3 -d-, que exige que el préstamo garantizado con hipoteca recaiga sobre la única vivienda en propiedad del deudor y sea «concedido para la adquisición de la misma

**DATOS SENTENCIA**

Sentencia nº 5/16

CNº 5/2016

Fecha 15/12/2016

Ponente Excmo. Sr. D.: Alberto Aza Arias

TEMA: Conflicto de jurisdicción

**ASPECTOS EXAMINADOS:**

- Conflicto de jurisdicción entre el Juzgado de lo Mercantil y el Ministerio de Fomento en un procedimiento concursal en fase de liquidación: Corresponde al Juzgado de lo Mercantil la jurisdicción para seguir conociendo de la fase de liquidación del Procedimiento de Concurso, salvando, en todo caso, las potestades administrativas sobre la liquidación de la concesión, su rescate y la asunción, en su caso, de su explotación, determinación de las indemnizaciones pertinentes y demás previsiones contenidas en la legislación aplicable; sin que sea procedente la inhibición instada por el Ministerio de Fomento.

- El Juzgador concursal no sustituye a la Administración en la declaración de resolución de la concesión, no se arroga unas prerrogativas propias de la Administración, sino que simplemente se limita a aplicar la norma y a dar noticia de que la concesión se ha resuelto por así disponerlo la ley. El Juez concursal no acuerda la resolución, sino que se limita a trasladar en sede concursal los efectos y consecuencias derivados de la extinción de la concesión por ministerio legal; cuestión distinta es que una vez producida la disolución y extinción de la concesión, sea preciso proceder a su liquidación. En definitiva, ni el Juez concursal ha declarado la resolución de la concesión, ni el órgano administrativo puede reclamar una potestad, la de declarar resuelto el contrato, cuando su resolución se ha producido por ministerio de la ley y se ha acordado por el Juez del concurso, también por así disponerlo la ley, la disolución de la sociedad.

- En la misma línea Sentencia 5 de diciembre 2016, Conflicto nº 6/16.

**DATOS SENTENCIA**

Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Gran Sala

Asuntos acumulados: C /154/15, C-307/15 y C - 308/15

Fecha sentencia: 21 de diciembre de 2016

TEMA: Cláusula abusiva: efectos de la declaración de nulidad

**ASPECTOS EXAMINADOS:**

- Cláusula abusiva. Efectos de la declaración de nulidad: El artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, debe interpretarse en el sentido de que se opone a una jurisprudencia nacional que limita en el tiempo los efectos restitutorios vinculados a la declaración del carácter abusivo, en el sentido del artículo 3, apartado 1, de dicha Directiva, de una cláusula contenida en un contrato celebrado con un consumidor por un profesional, circunscribiendo tales efectos restitutorios exclusivamente a las cantidades pagadas indebidamente en aplicación de tal cláusula con posterioridad al pronunciamiento de la resolución judicial mediante la que se declaró el carácter abusivo de la cláusula en cuestión.

**DATOS SENTENCIA**

Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Sala Segunda  
Asuntos acumulados: C 238/15  
Fecha sentencia: 14 de diciembre de 2016

TEMA: Procedimiento prejudicial: Libre circulación de personas. Igualdad de trato Ayuda económica para estudios superiores

**ASPECTOS EXAMINADOS:**

- El artículo 7, apartado 2, del Reglamento (UE) n.º 492/2011 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de abril de 2011, relativo a la libre circulación de los trabajadores dentro de la Unión, debe interpretarse en el sentido de que se opone a una legislación de un Estado miembro, como la controvertida en el litigio principal, que supedita la concesión de una ayuda económica para estudios superiores a los estudiantes no residentes al cumplimiento del requisito de que al menos uno de sus progenitores haya trabajado en ese Estado miembro durante un período mínimo e ininterrumpido de cinco años en el momento de solicitar la ayuda económica, pero que no contempla tal requisito en relación con los estudiantes que residen en el territorio de dicho Estado miembro, con el fin de estimular el aumento de la proporción de residentes con un título de enseñanza superior.

**DATOS SENTENCIA**

Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Sala Segunda  
Asuntos acumulados: C 401/15 a C 403/15  
Fecha sentencia: 15 de diciembre de 2016

TEMA: Procedimiento prejudicial: Libre circulación de personas. Igualdad de trato Ayuda económica para estudios superiores. Requisito de filiación. Concepto de "hijo". Hijo del cónyuge o de la pareja registrada

**ASPECTOS EXAMINADOS:**

- El artículo 45 TFUE y el artículo 7, apartado 2, del Reglamento (UE) n.º 492/2011 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de abril de 2011, relativo a la libre circulación de los trabajadores dentro de la Unión, deben interpretarse en el sentido de que debe entenderse por hijo de un trabajador transfronterizo, que puede beneficiarse indirectamente de las ventajas sociales a las que se refiere el artículo 7, apartado 2, del Reglamento n.º 492/2011, como la financiación de los estudios acordada por un Estado miembro a los hijos de los trabajadores que ejerzan o hayan ejercido su actividad en dicho Estado, no sólo el hijo que tenga un vínculo de filiación con este trabajador, sino también el hijo del cónyuge o de la pareja registrada de dicho trabajador, cuando éste provee a la manutención del hijo. Esta última exigencia resulta de una situación de hecho, cuya apreciación incumbe a la administración y, en su caso, a los órganos jurisdiccionales nacionales, sin que sea necesario que determinen los motivos de esta manutención, ni que calculen de forma precisa su cuantía.

**DATOS SENTENCIA**

Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Sala Tercera

Asuntos: C – 395/15

Fecha sentencia: 1 de diciembre de 2016

**TEMA:** Procedimiento prejudicial. Prohibición de discriminación por motivos de discapacidad. Existencia de una “discapacidad”. Despido de un trabajador en situación de incapacidad temporal, con arreglo al Derecho nacional, de duración incierta

**ASPECTOS EXAMINADOS:**

- La Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, debe interpretarse en el sentido de que:
- El hecho de que el interesado se halle en situación de incapacidad temporal, con arreglo al Derecho nacional, de duración incierta, a causa de un accidente laboral no significa, por sí solo, que la limitación de su capacidad pueda ser calificada de «duradera», con arreglo a la definición de «discapacidad» mencionada por esa Directiva, interpretada a la luz de la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad, aprobada en nombre de la Comunidad Europea por la Decisión 2010/48/CE del Consejo, de 26 de noviembre de 2009.
- Entre los indicios que permiten considerar que tal limitación es «duradera» figuran, en particular, el que, en la fecha del hecho presuntamente discriminatorio, la incapacidad del interesado no presente una perspectiva bien delimitada en cuanto a su finalización a corto plazo o el que dicha incapacidad pueda prolongarse significativamente antes del restablecimiento de dicha persona.
- Al comprobar ese carácter «duradero», el juzgado remitente debe basarse en todos los elementos objetivos de que disponga, en particular, en documentos y certificados relativos al estado de dicha persona, redactados de los conocimientos y datos médicos y científicos actuales.

**DATOS SENTENCIA**

Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Sala Primera

Asuntos: C – 532/15 y C-538/15

Fecha sentencia: 8 de diciembre de 2016

**TEMA:** Procedimiento prejudicial. Servicios prestados por los procuradores. Arancel. Órganos jurisdiccionales: Imposibilidad de apartarse de dicho arancel

**ASPECTOS EXAMINADOS:**

- El artículo 101 TFUE, en relación con el artículo 4 TUE, apartado 3, debe interpretarse en el sentido de que no se opone a una normativa nacional, como la controvertida en el litigio principal, que somete los honorarios de los procuradores a un arancel que sólo puede alterarse en un 12 % al alza o a la baja, habiendo de limitarse los órganos jurisdiccionales nacionales a verificar su aplicación estricta, sin poder apartarse, en circunstancias excepcionales, de los límites fijados en dicho arancel.

## DATOS SENTENCIA:

Sentencia Nº: 975/2016

RECURSO CASACION (P) Nº:10221/2016 P

Fecha Sentencia: 23/12/2016

Ponente Excmo. Sr. D.: Alberto Jorge Barreiro

TEMA: Derecho a la igualdad: doctrina constitucional. Derecho a la tutela judicial efectiva: denegación de acceso integro al expediente policial: Normativa extranjera y española y jurisprudencia de esta Sala sobre ese particular. Complicidad y autoría en delitos de tráfico de drogas: doctrina jurisprudencial. Tentativa inacabada en lugar de delito consumado: Jurisprudencia de esta Sala sobre la tentativa en los delitos de tráfico de drogas.

## ASPECTOS EXAMINADOS

- Derecho a la igualdad: El Tribunal Constitucional, en su sentencia 161/2008, de 2 de diciembre, recopilando su jurisprudencia sobre la materia, recuerda que la vulneración del derecho a la igualdad en la aplicación judicial de la ley (art. 14 CE) se produce cuando un mismo órgano judicial se aparta de forma inmotivada de la interpretación de la ley seguida en casos esencialmente iguales; de modo que son requisitos de la apreciación de dicha vulneración la existencia de igualdad de hechos (por todas, SSTC 210/2002; 91/2004; 132/2005); de alteridad personal en los supuestos contrastados (SSTC 150/1997; 64/2000; 162/2001; 229/2001; 46/2003); de identidad del órgano judicial, entendiéndose por tal la misma Sección o Sala aunque tenga una composición diferente (SSTC 161/1989; 102/2000; 66/2003); de una línea doctrinal previa y consolidada, o un precedente inmediato exactamente igual desde la perspectiva jurídica con la que se enjuició, que es carga del recurrente acreditar (por todas, SSTC 132/1997; 152/2002; 117/2004; 76/2005; 31/2008); y, finalmente, el apartamiento inmotivado de dicha línea de interpretación previa o del inmediato precedente, pues lo que prohíbe el principio de igualdad en aplicación de la ley "es el cambio irreflexivo o arbitrario, lo cual equivale a mantener que el cambio es legítimo cuando es razonado, razonable y con vocación de futuro, esto es, destinado a ser mantenido con cierta continuidad con fundamento en razones jurídicas objetivas que excluyan todo significado de resolución ad personam" (STC 117/2004; en sentido similar, entre otras, SSTC 25/1999; 122/2001; 150/2004; 76/2005; 58/2006; 67/2008). Remarca también la Jurisdicción Constitucional que el principio de igualdad no da cobertura a un "imposible derecho a la igualdad en la ilegalidad", o "igualdad contra ley", de modo que aquel a quien se aplica la ley no puede considerar violado el citado principio constitucional por el hecho de que la norma no se aplique a otros que asimismo la han incumplido, ni puede pretender específicamente su impunidad por el hecho de que otros hayan resultado impunes, pues la impunidad de algunos "no supone que en virtud del principio de igualdad deba declararse la impunidad de otros que hayan participado en los mismos hechos"; de modo que cada cual responde de su propia conducta con independencia de lo que ocurra con los otros (SSTC 51/1985, 40/1989, 21/1992, 157/1996, 27/2001 y 181/2006).

- Derecho a la tutela judicial efectiva: Normativa extranjera y española y jurisprudencia de esta Sala sobre ese particular. Las cuestiones jurídicas que suscita la defensa del acusado cuando alega que se le ha denegado el acceso al expediente policial en toda su plenitud, y en concreto al contenido de las bases policiales con el fin de obtener las notas y minutas relacionadas con las declaraciones de algunos de los testigos policiales, han sido tratadas sustancialmente en la sentencia de esta Sala 795/2014, de 20 de noviembre.

En ese precedente jurisprudencial se precisan y esclarecen los siguientes aspectos relativos a la queja procesal que formula ahora la parte recurrente:

a) El Convenio del Consejo de Europa sobre el Acceso a los Documentos Públicos, STCE num. 205, hecho en Tromsø el 18 de junio de 2009, precisa la ratificación de diez Estados miembros para su entrada en vigor, cifra aún no conseguida en esa data; y España en todo caso no lo ha ratificado. Además, su artículo 3.c) permite limitar el acceso con el fin de proteger la prevención, la investigación y la persecución de actividades criminales; expresamente indica en su informe explicativo que dar libre acceso a dichos documentos podría, por ejemplo, interferir con las investigaciones, sustraerse a la justicia o dar lugar a la destrucción de pruebas.

b) El artículo 18.4 CE reconoce el habeas data cuando establece que "la ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos"; interposición legislativa que se cumplimenta en la actualidad con la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, que en su artículo 2.2.c) excluye expresamente del régimen de protección de los datos personales que tutela a los ficheros establecidos para la investigación del terrorismo y las formas graves de delincuencia organizada.

c) La Ley 31/2010, de 27 de julio, sobre simplificación del intercambio de información e inteligencia entre los servicios de seguridad de los Estados miembros de la Unión Europea, que incorpora a nuestro ordenamiento jurídico la Decisión Marco del Consejo 2006/960/JAI, de 18 de diciembre, también conocida como "iniciativa sueca", meramente incluye la tarea de inteligencia a la vez que desarrolla y hace más fluidas las previsiones de intercambio de información para prevenir e investigar infracciones criminales y el suministro espontáneo de información en el ámbito de cooperación policial, previstas en los arts. 39 y 46 del Convenio de Aplicación del Acuerdo de Schengen de 19 de junio de 1990, a los que en este estricto ámbito deroga en su mayor parte. Pues bien, el Convenio Schengen y la Decisión Marco 2006/960/JAI (al igual que el Convenio Europol y la Decisión 2009/371/JAI, de 6 de abril de 2009, por la que se crea la Oficina Europea de Policía, que sustituye al Convenio) remiten en el tema

de protección de datos al Convenio del Consejo de Europa para la protección de las personas con respecto al tratamiento automatizado de datos de carácter personal, hecho en Estrasburgo el 28 de enero de 1981, STCE num. 108, cuyo artículo 9.2 establece la posibilidad de excepcionar la aplicación de los derechos allí reconocidos cuando sea necesario en una sociedad democrática, entre otros supuestos, para la represión de las "infracciones penales"; expresión que su informe explicativo precisa que abarca tanto las investigaciones criminales como las persecuciones penales. Tal como el legislador español optó en el citado art. 2 LOPD, en los términos expresados.

d) Normativa interna a la que igualmente remite el artículo 36 del Reglamento (CE) num. 515/97 del Consejo de 13 de marzo de 1997, relativo a la asistencia mutua entre las autoridades administrativas de los Estados miembros y a la colaboración entre éstas y la Comisión con objeto de asegurar la correcta aplicación de las reglamentaciones aduanera y agraria, modificado por el Reglamento (CE) num. 807/2003 del Consejo y el Reglamento (CE) num. 766/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo.

e) Posteriormente, la Unión Europea aprobó la Decisión Marco 2008/977/JAI del Consejo de 27 de noviembre de 2008, relativa a la protección de datos personales tratados en el marco de la cooperación policial y judicial, en materia penal, que no ha sido objeto de implementación en nuestro ordenamiento interno; y si bien ya ha transcurrido con creces el tiempo fijado de transposición, su contenido no puede ser objeto de aplicación, por cuanto la doctrina sobre la "interpretación conforme" del TJUE, plasmada en el asunto María Pupino, no permite un resultado contra legem del ordenamiento interno (& 47 STJUE, de 16 de junio de 2005); y dado el contenido del reiterado artículo 2 de la Ley de Protección de Datos, la investigación de un delito de tráfico de drogas en cantidad de notoria importancia con relaciones en el extranjero que determinan el aviso de las autoridades de otro país excluye su eficacia en esta concreta cuestión hasta que medie su incorporación a nuestro ordenamiento interno.

En cuanto a la directiva 2012/13/UE relativa al derecho a la información en los procesos penales, destaca la sentencia 795/2014 las dos finalidades que establece en lo concerniente al acceso a los materiales del expediente procesal: la impugnación de la privación de libertad (art. 7.1) y la salvaguardia de la equidad del proceso y preparación de la defensa, que concreta en el derecho a acceder a la totalidad de las pruebas materiales, como, por ejemplo, fotografías, grabaciones de sonido o de vídeo, en posesión de las autoridades competentes a favor o en contra de dichas personas (art. 7.2), con la debida antelación para un ejercicio efectivo de los derechos de la defensa (art. 7.3). Por tanto, se proyecta sobre la totalidad de las pruebas materiales, pero no incluye las fuentes u origen de la investigación estrictamente policial.

La sentencia 795/2014 recuerda también que ya la Real Orden de 4 de octubre de 1861, extendiendo lo dispuesto en las de 6 de julio de 1850 y 31 del propio mes de 1851, dispensaba a los comisarios e inspectores de policía de revelar en juicio el nombre de sus confidentes, y lo mismo se vino previniendo en disposiciones posteriores que reglamentaron los servicios de policía y vigilancia; también la jurisprudencia de esta Sala (SSTS de 7 de octubre de 1889, 13 de noviembre de 1890, 9 de abril de 1968, 22 de marzo de 1986 ó 635/2008 de 3 de octubre) afirmó la impertinencia de las preguntas dirigidas a estos fines "salvo determinadas circunstancias"; y el acuerdo sobre principios básicos de actuación de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, publicado por Orden de 30 de septiembre de 1981 con carácter provisional hasta que se dictara la norma legal de rango adecuado, adoptó la Resolución 690 del Consejo de Europa relativa a la Declaración sobre la Policía, estableciendo —principio número quince— que los miembros de dichos Cuerpos no están obligados a revelar la identidad o circunstancias de aquellas personas que colaboran con ellos "salvo cuando su actuación hubiera dado lugar a la comisión de hechos punibles".

En consonancia y coherencia con lo anterior, la Ley Orgánica de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad dedica un capítulo, a modo de código deontológico, a los que titula "Principios básicos de actuación", que sigue las pautas marcadas en la citada resolución del Consejo de Europa y en el "Código de conducta para los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley" de la Asamblea de las Naciones Unidas, imponiendo a los miembros de los cuerpos policiales un "absoluto" respeto a la Constitución —que por mor del principio de igualdad no consiente parcelas de inmunidad—, donde asimismo les sigue eximiendo de revelar las fuentes de información "salvo que el ejercicio de sus funciones o las disposiciones de la ley les imponga actuar de otra manera" (artículo 5.1 y 5).

Incide también la STS 795/2014 en que la fase preliminar de las investigaciones la Policía utiliza múltiples fuentes de información: la colaboración ciudadana, sus propias investigaciones e, incluso, datos suministrados por colaboradores o confidentes policiales. La doctrina jurisprudencial del TEDH ha admitido la legalidad de la utilización de estas fuentes confidenciales de información, siempre que se utilicen exclusivamente como medios de investigación y no tengan acceso al proceso como prueba de cargo (Asuntos Kostovski, de 20 de noviembre de 1989 -& 44-, o Windisch, de 27 de septiembre de 1990 -& 30-). Dicho de otro modo: la fase previa a la investigación que no se vierte sobre el proceso y que, por ende, carece de virtualidad como fuente de prueba, no integra el "expediente" preciso para el efectivo ejercicio de defensa.

Y lo mismo ha de entenderse desde la perspectiva del artículo 6.3 CEDH. Y así, en la sentencia Zaivecs contra Letonia, de 31 de julio de 2007, el TEDH niega en un proceso por falta (contravención) de desacato que exista indefensión en el hecho de entregar un dossier de siete folios dos días antes de la vista, tiempo que considera suficiente para preparar la defensa (& 45); y en la sentencia del caso Öcalam contra Turquía, de 12 de marzo de 2003, se identifica el expediente (vd. & 160) con los elementos de prueba y la documentación referida a los mismos, más concretamente a los presentados por la acusación. De igual modo en el caso Kamasinski contra Austria, de 19 de diciembre de 1989, en el & 87, se indica como finalidad del acceso al dossier el poder controlar las pruebas

de cargo. Lo que efectivamente incluye la oportunidad de familiarizarse con el expediente a los efectos de la preparación de su defensa con el resultado de las investigaciones realizadas durante el proceso (caso Foucher contra Francia, de 18 de marzo de 1997, o Leas contra Estonia, de 6 de marzo de 2012).

Por todo lo expuesto, la impugnación referente a la negativa de la incorporación a la causa de las notas y minutas internas que los funcionarios hubieran aportado a sus superiores para confeccionar las diligencias policiales no conlleva la vulneración en el presente caso de ningún derecho fundamental.

— Complicidad y no de coautoría. Diferencia entre ambas en el delito de tráfico de drogas. En el ámbito concreto del delito contra la salud pública de tráfico de drogas, se subraya en las sentencias de esta Sala la dificultad de apreciar tal forma de participación en el delito de tráfico de drogas del artículo 368 del Código Penal, dada la amplitud con la que se describe el tipo penal, en el que prácticamente se viene a utilizar un concepto extensivo de autor, de forma que la complicidad queda reducida a supuestos de contribución de segundo orden no comprendida en ninguna de las modalidades de conducta descritas en el artículo 368, y generalmente incluidas dentro de los supuestos encuadrados en la llamada doctrina del "favorecimiento del favorecedor", con la que se hace referencia a conductas que sin promover, favorecer o facilitar directamente el consumo ilegal, auxilian a quien ejecuta los verdaderos actos típicos conforme al citado artículo 368 (SSTS núm. 93/2005, de 31-1; 115/010, de 18-2; 473/2010, de 27-4; 1115/2011, de 17-11; y 207/2012, de 12-3).

Y así, se afirma que respecto de la complicidad en sentido estricto esta Sala, ante casos de auxilio mínimo en los actos relativos al tráfico de drogas, que se vienen incluyendo en la gráfica expresión de "favorecimiento del favorecedor", viene optando por permitir, cuando se trata de supuestos de colaboración de poca relevancia, como ocurre, por ejemplo, en caso de tenencia de la droga que se guarda para otro de modo ocasional y de duración instantánea o casi instantánea, o en el hecho de simplemente indicar el lugar donde se vende la droga, o en el solo acompañamiento a ese lugar (STS 1276/2009, de 21-12).

En las sentencias de esta Sala se han señalado como casos de auxilio mínimo o colaborador de escasa relevancia incluibles en el concepto de complicidad, entre otros, los siguientes: a) el mero acompañamiento a los compradores con indicación del lugar donde puedan hallar a los vendedores; b) la ocultación ocasional y de poca duración de una pequeña cantidad de droga que otro poseía; c) la simple cesión del domicilio a los autores por pura amistad para reunirse sin levantar sospechas; d) la labor de recepción y desciframiento de los mensajes en clave sobre el curso de la operación; e) facilitar el teléfono del suministrador y precio de la droga; f) realizar llamadas telefónicas para convencer y acordar con tercero el transporte de la droga; g) acompañar y trasladar en su vehículo a un hermano en sus contactos para adquisición y tráfico; h) la colaboración de un tercero en los pasos previos para la recepción de la droga enviada desde el extranjero, sin ser destinatario ni tener disponibilidad efectiva de la misma (SSTS 312/2007, de 20-4; 960/2009, de 16-10; 656/2015, de 10-11; y 292/2016, de 7-4).

- Tentativa inacabada en lugar de delito consumado. Jurisprudencia de esta Sala sobre la tentativa en los delitos de tráfico de drogas. El criterio fundamental del concierto previo al inicio del transporte entre los remitentes de la droga los sujetos que han de encargarse de su recepción e introducción en el territorio español. Aquí se trata de dos acusados que, después de averiarse el velero que estaba destinado a transportar la droga desde altamar hasta las costas gallegas, y cuando ya el barco nodriza estaba a la espera de descargar la mercancía en la embarcación auxiliar, fueron contactados con el fin de que consiguieran una embarcación que sustituyera a la averiada. Realizaron gestiones en ese sentido, pero no consta que obtuvieran resultado alguno. De hecho, no accedió ninguna embarcación al barco nodriza, que fue finalmente abordado por los funcionarios del Servicio de Vigilancia Aduanera. Ninguno de los dos recurrentes había tenido contacto de ninguna índole con la operación de transporte de la droga con anterioridad a que ésta llegara al punto de contacto de altamar y se averiara el velero que habría de trasladarla hasta el litoral gallego.

Según la jurisprudencia de esta Sala, el delito contra la salud pública de tráfico de sustancias estupefacientes existe desde que uno de los autores pone en marcha el mecanismo de transporte de la droga que el receptor había previamente convenido. Comienza, pues, la ejecución del delito con la materialización o realización del plan por uno de los coautores (generalmente desconocido); es decir, con la adquisición de la posesión de la droga con miras a ejecutar el plan común. Por lo cual, la apreciación de la tentativa requiere, con arreglo a la doctrina jurisprudencial, no haber participado en las operaciones previas al transporte ni llegar a tener la disponibilidad efectiva de la droga. Se trata, pues, del supuesto de quien o quienes, totalmente ajenos al concierto inicial para el transporte, intervienen después mediante una actividad netamente diferenciada.

En la sentencia 115/2015, de 5 de marzo, al resumir la doctrina de esta Sala se afirma (con cita de la sentencia 2354/2001, de 12-12) que en los supuestos de envío de droga desde el extranjero la tentativa es admisible cuando concurren en la conducta del acusado los siguientes requisitos: 1º) no haber intervenido en la operación previa destinada a traer la droga desde el extranjero; 2º) no ser el destinatario de la mercancía; y 3º) sin que llegue a tener disponibilidad efectiva de la droga intervenida, por ser detenido antes de hacerse cargo efectivo de la misma. De la propia redacción literal se desprende —precisa la STS. 426/2007, de 16.5— que tales requisitos deben darse de manera conjunta.

Y en la STS. 205/2008, de 24 de abril, que se cita en la 115/2015, se advierte que "...se deben distinguir dos posiciones distintas: a) Si el acusado ha participado en la solicitud o en la operación de importación, o figura como destinatario de la sustancia, es autor del delito en grado de consumación, por tener la posesión mediata de la droga y ser un cooperador necesario y voluntario en una operación de tráfico; b) si la intervención del acusado tiene lugar después de que la sustancia se encuentre en nuestro país, habiéndose solicitado su colaboración por un tercero, sin haber intervenido en la operación previa, sin ser destinatario de la mercancía y sin llegar a tener la disponibilidad de la droga intervenida, se trata de un delito intentado.

Estas pautas interpretativas se repiten en numerosas sentencias de esta Sala (405/1997, 835/2001, 1233/2002, 1673/2003, 1110/2004, 895/2008, 980/2009, 1047/2009, 672/2010, 127/2011, 604/2014 y 714/2016, entre otras).

...

Sin embargo, la jurisprudencia también afirma repetidamente que en los delitos cometidos mediante el transporte a distancia de la droga las personas que entran a colaborar o realizar su acción delictiva ya cuando la droga ha sido transportada, y que por lo tanto no intervienen en acuerdo previo alguno a su transporte, no pueden considerarse como autores de un delito consumado si no llegan ni a contribuir en los actos de transporte ni a tener después disposición de la sustancia estupefaciente.

Así las cosas, se está ante un supuesto de tentativa previsto en el art. 16.1 del C. Penal, que ha de ponerse en relación con los arts. 368, penúltimo inciso, y 370.3 del C. Penal. Pues, en primer lugar, estos dos acusados no intervinieron en plan o concierto previo alguno para que la droga fuera transportada desde Sudamérica hasta una zona próxima a las costas españolas donde pudiera ser descargada. Sólo intervinieron en los hechos tras frustrarse la recogida de la cocaína por el velero que había sido contratado al efecto, y ello sucedió después de que el transporte de la droga hubiera sido pactado y materializado hasta llegar a la zona donde se ubicó el barco "Riptide". En segundo lugar, NNB e IGV no eran los destinatarios de la mercancía ni sabían nada de la operación hasta que se les encomendó buscar un barco. Y, en tercer lugar, no llegaron en ningún momento a tener disponibilidad efectiva de la droga intervenida, por no haber obtenido resultado alguno en su intento de conseguir un barco que posibilitara el acercamiento de la droga hasta las costas gallegas. Ciertamente, realizaron actos encauzados a tal fin, pero sin que llegaran ni a transportar ellos la droga ni tampoco a facilitar o favorecer que otros realizaran el transporte, ya que no consta que consiguieran resultado alguno en su intento de conseguir que el transporte de cocaína se consumara en la segunda etapa de acercamiento a la costa que tenían prevista las dos organizaciones implicadas. Pues la primera se había cubierto merced a la intervención de los acusados condenados por delito consumado, pero la segunda (desde el punto de encuentro en alta mar hasta la costa española) no se llegó a materializar.

**DATOS SENTENCIA:**

Sentencia N°: 972/2016

RECURSO CASACION N°:163/2016

Fecha Sentencia: 21/12/2016

Ponente Excmo. Sr. D.: Andrés Palomo Del Arco

TEMA: Robo con fuerza: Dependencia de casa habitada: garaje comunitario vivienda en propiedad horizontal. Pleno no jurisdiccional de 15 de diciembre de 2016 (Aunque por error la sentencia lo cita como de 2015).

**ASPECTOS EXAMINADOS**

- Proyectado sobre el caso de los garajes comunes sitios en edificio de propiedad horizontal, debe concluirse que le son predicables las circunstancias que sustentan la especial protección de las dependencias de casa habitada:

- incremento del posible riesgo para las personas moradoras de las diversas viviendas del edificio donde el garaje se ubica, dada su inmediata proximidad y posibilidad de coincidencia en el curso de la perpetración delictiva; tratándose además del emplazamiento de todo el inmueble donde más desprotegidos se encuentran los moradores;

- potencial afectación a su intimidad, no solo por la inmediata proximidad del domicilio, sino por estar necesariamente conectada con la intimidad domiciliaria, a modo de prolongación de la misma, por la necesaria exhibición de horarios de llegada y salida, paquetes y bultos que se portan o quiénes fueren los acompañantes; que en el uso normal del garaje restan reservados para quienes no tienen acceso autorizado al mismo.

Consecuentemente, y como se concluyó en el Pleno de esta Sala Segunda de 15 de diciembre de 2015, los garajes comunes sitios en edificio de propiedad horizontal, tienen la consideración de dependencia de casa habitada, siempre que tengan las características siguientes:

a) contigüidad, es decir, proximidad inmediata, absoluta, extrema o directa con la casa habitada; que obviamente puede ser tanto horizontal como vertical;

b) cerramiento, lo que equivale a que la presunta dependencia esté cerrada, aunque no sea necesario que se halle techada ni siquiera murada;

c) comunicabilidad interior o interna entre la casa habitada y la presunta dependencia; es decir, que medie, puerta, pasillo, escalera, ascensor o pasadizo internos que unan la dependencia donde se comete el robo con el resto del edificio como vía de utilizable acceso entre ambos.

d) unidad física, aludiendo al cuerpo de la edificación.

**DATOS SENTENCIA:**

Sentencia Nº: 919/2016

RECURSO CASACION Nº:428/2016

Fecha Sentencia: 07/12/2016

Ponente Excm. Sra. D<sup>a</sup>.: Ana María Ferrer García

**TEMA:** Estafa: víctima parcialmente incapaz: engaño bastante. Subtipo agravado de aprovechamiento de las circunstancias psicofísicas

**ASPECTOS EXAMINADOS**

Estafa respecto de víctimas incapaces. La jurisprudencia de esta Sala, en los casos de incapaces parciales, es decir cuando no concurre una incapacidad formal, legalmente declarada, ha incardinado los hechos en el delito de estafa, precisamente por tratarse de personas a las que se debe convencer acerca de la necesidad de desplegar un comportamiento, efecto del error, que les induzca a disponer en su perjuicio. El engaño "bastante" a los efectos de estimar concurrente el elemento esencial de la estafa, aquél que es suficiente y proporcional para la efectiva consumación del fin propuesto, debiendo tener la suficiente entidad para que en la convivencia social actúe como estímulo eficaz del traspaso patrimonial, valorándose dicha idoneidad tanto atendiendo a módulos objetivos como en función de las condiciones personales del sujeto engañado y de las demás circunstancias concurrentes en el caso concreto ( STS 634/2000 de 26 de junio). En el supuesto que nos ocupa, como explicó la Sala sentenciadora en su fundamento de derecho segundo, "el engaño precisamente consistió en el auxilio y ayuda que desinteresadamente se ofrecieron a prestarle los acusados acompañando al Sr. XXX a las entidades bancarias, y a la localidad de NNN para poder ir a su casa y ante aquel altruismo no hizo sospechar nada anómalo en él".

Subtipo agravado del artículo 250 1.6 CP. Doctrina de la Sala. En este caso se da. Los acusados no solo se aprovecharon de las circunstancias físico-psíquicas de la víctima para quebrar su confianza. Existió el plus que justifica la aplicación de esta agravación en cuanto actuaron en el contexto de especial confianza y accesibilidad que propició el que fueran los responsables del centro asistencial en el que, por su especial idoneidad, fue ingresado aquél por sus familiares cercanos. Así, la especial relación personal entre la víctima y los defraudadores, apoderado y gerente de la residencia donde estaba ingresado el anciano, no fue la base del engaño, que se sustentó en la fragilidad mental del mismo y las maniobras fraudulentas de los condenados, aunque sin duda facilitó el expolio. Y, como dijo en un supuesto muy similar la STS 1038/2003 de 16 de julio "es precisamente este abuso de las relaciones personales, que no integra el engaño, pero lo facilita, lo que el Legislador estima que debe ser sancionado de modo agravado".

**DATOS SENTENCIA:**

Sentencia Nº: 964/2016

RECURSO CASACION Nº:18/2016

Fecha Sentencia: 20/12/2016

Ponente Excmo. Sr. D.: Julián Sánchez Melgar

**TEMA:** Recurso de Casación: contra Autos de la Audiencia Provincial que confirma el sobreseimiento libre dictado por el Juzgado de lo Penal, en asunto que no hubiera tenido casación

**ASPECTOS EXAMINADOS**

- Recurso frente a un Auto de la Audiencia Provincial dictado en apelación, que confirma el sobreseimiento libre por prescripción dictado por el Juzgado de lo Penal, en asunto que no hubiera tenido casación. Acuerdo Plenario de 9 de febrero de 2005: Nueva situación tras la modificación operada por la Ley 41/2015, de 5 de octubre:

- Tras la modificación operada por la Ley 41/2015, de 5 de octubre, con entrada en vigor a partir del día 6 de diciembre de 2015, los requisitos del sobreseimiento libre recurrible en casación por infracción de ley, son los siguientes: haberse dictado un auto definitivo (es decir, no impugnabile mediante recurso ordinario), dictado por una Audiencia Provincial o por la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, que suponga la finalización del proceso por falta de jurisdicción o por sobreseimiento libre (con análogos efectos a los de una sentencia absolutoria), y contra una persona encausada mediante una resolución judicial que suponga una imputación fundada.

- Se reproducen las dos primeras condiciones de nuestro Acuerdo Plenario de 2005, pero no el tercer requisito: «que el auto haya sido dictado en procedimiento cuya sentencia sea recurrible en casación», y ello lógicamente es consecuencia de lo dispuesto en el art. 847.1 b), pues ahora las sentencias dictadas en apelación frente a las dictadas por un Juzgado de lo Penal, tendrán acceso al recurso de casación, si bien únicamente por infracción de ley. Pero ello lo serán únicamente los procedimientos incoados a partir del día de su entrada en vigor, es decir, del 6 de diciembre de 2015.

- No hay recurso de casación contra un auto dictado en apelación en el que se confirma por el Tribunal Provincial la decisión del Juzgado de lo Penal acordando el archivo por prescripción de los hechos denunciados, cuando el asunto principal no hubiera tenido acceso al recurso de casación.

**DATOS SENTENCIA:**

Sentencia Nº: 965/2016

RECURSO CASACION Nº:506/2016

Fecha Sentencia: 21/12/2016

Ponente Excmo. Sr. D.: Julián Sánchez Melgar

TEMA: Declaración de la víctima: parámetros apreciación credibilidad. Declaración de victima menor de edad: previsión de imposibilidad de su práctica en juicio oral: prueba preconstituida.

**ASPECTOS EXAMINADOS**

Los parámetros que rigen la apreciación de la credibilidad de la declaración de la víctima, son los siguientes:

a) Subjetivamente, debe analizarse si ha existido una previa relación nociva de donde pueda deducirse que el testimonio de la víctima responde a motivos espurios.

b) Objetivamente, debe constatarse si lo declarado por la víctima denunciante es creíble en sí mismo, esto es, se trata de la narración de algo que se sostiene en su estructura racional, algo que se ha venido también llamando verosimilitud de lo expuesto como relato histórico de lo acontecido.

c) Temporalmente, debe contar con cierta proximidad y reiteración, de tal modo que no se trate de un relato perdido en el tiempo, que impida la defensa de tales imputaciones por parte del denunciado; tampoco se trata de la mimética repetición de lo acontecido como si de un disco rayado se tratara.

c) Formalmente, ha de haber sido corroborado mediante marcadores objetivos, interrelacionados, y externos a la víctima. Y tales corroboraciones, no lo son: a') la confesión a otros de lo que la ofendida les cuenta, sean familiares más o menos próximos o amigos, pues eso nada corrobora, sino que supone la misma expresión de su repetición; b') los dictámenes periciales de credibilidad de la víctima menor, pues estos informes lo que evalúan es su potencial capacidad de fabulación, no la realidad misma de lo que narra la persona informada.

- Testificación de la víctima menor (ahora mayor de edad, pero incapacitada judicialmente): victimización secundaria. - Estudio de los arts. 448, 777.2 y 797.2 de la LECrim. Art. 26.1 de la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la Víctima del Delito: La exigencia de los arts. 448, 777.2 y 797.2 LECrim. acerca de que se prevea la «imposibilidad» de practicar una prueba testifical en el juicio oral para quedar justificada su práctica adelantada durante la fase sumarial –con todas las garantías que tales preceptos establecen–, no puede ya ser interpretada sino con posible inclusión en tal hipótesis de los casos de niños víctimas de delitos sexuales. Serán, pues, las circunstancias del caso las que, mediante un razonable equilibrio de los derechos en conflicto, aconsejen o no la ausencia del menor en el juicio, valorando las circunstancias concurrentes para, en caso de estimarse procedente su ausencia, evitar así los riesgos de la victimización secundaria, especialmente importantes en menores de muy corta edad.

Sentencia Nº: 974/2016  
RECURSO CASACION Nº: 1331/2016  
Fecha Sentencia: 23/12/2016  
Ponente Excmo. Sr. D.: Manuel Marchena Gómez

TEMA: Jurisdicción Española: límites territoriales: principio de personalidad activa. Singularidad de la persecución transnacional del delito de blanqueo de capitales

#### ASPECTOS EXAMINADOS

- Capacidad jurisdiccional de los tribunales españoles para conocer de delitos de protección de la fauna – pesca de austromerluza-, falsedad, blanqueo de capitales y organización ilícita, cometidos en aguas marinas internacionales por barcos españoles bajo pabellón guineano de conveniencia, pesqueros que fueron sorprendidos por una patrullera neozelandesa y trasladados a un puerto vietnamita.
- El principio de personalidad (art. 23.2 LOPJ) no ofrece cobertura para afirmar la capacidad de jurisdicción. Este principio actúa como excepción al criterio de territorialidad y asocia la aplicación de la ley penal de un Estado a la condición de ciudadano de éste, más allá del lugar en el que se encuentre en territorio extranjero. La doctrina alude a dos modalidades, un principio de personalidad activa, que mira preferentemente al sujeto de la acción delictiva y un principio de personalidad pasiva, que se centra en el sujeto ofendido.
- Desde la perspectiva que ahora nos interesa –la que es propia del principio de personalidad activa- la extensión de la jurisdicción española impone, por definición, la referencia que proporciona otro Estado que, conforme al primero de los presupuestos exigidos por el apartado a), ha de contar con una legislación penal que incrimine en su propio territorio la conducta imputada. La doble incriminación actúa, por tanto, como "condictio sine qua non" para que el delito cometido fuera de España por un español o por un extranjero que hubiera adquirido la nacionalidad con posterioridad al hecho imputado, pueda ser investigado y enjuiciado por los tribunales españoles. De forma bien plástica podría decirse que el ciudadano español o el extranjero naturalizado que viajan más allá de nuestras fronteras, no llevan en su mochila un código penal con vocación de reprimir hechos cometidos allí donde tales conductas no han sido penalmente desvaloradas por el legislador del país de destino. De ahí la trascendencia de la doble incriminación como elemento llamado a contrarrestar cualquier tentación de vigencia ultraterritorial de la ley penal, más allá de la referencia axiológica que impone la naturaleza de los bienes jurídicos tutelados.
- Delito de blanqueo de capitales: mayores matices sugiere el delito de blanqueo de capitales (arts. 301 y ss del CP). En efecto, el apartado 4º del art. 301 establece que "el culpable será igualmente castigado, aunque el delito del que provinieren los bienes, o los actos penados en los apartados anteriores hubiesen sido cometidos, total o parcialmente, en el extranjero". Se trata, por tanto, de una disposición de claro sabor procesal que ha sido incluida en el código penal con notoria descolocación sistemática. La redacción de este precepto sugiere que el delito de blanqueo se sujeta a un incondicionado criterio de persecución extraterritorial, equiparando la tutela penal del equilibrio del sistema financiero a la que reclaman otros bienes jurídicos de incuestionada validez para la comunidad nacional. Sin embargo, por mayor interés que revele el legislador en sortear los límites ordinarios en la aplicación de la ley penal, mal puede hablarse de una actividad de blanqueo de capitales si las ganancias no provienen de un delito. La necesidad de un delito antecedente –una actividad delictiva dice textualmente el art. 301 del CP- opera como una exigencia del tipo, sin el cual el juicio de subsunción se desmorona. Y parece evidente que el carácter conexo del delito de blanqueo de capitales, tal y como está anunciado en la querrela, no puede proclamarse en ausencia de un delito principal calificable como tal en el lugar de comisión o, al menos, perseguible en nuestro sistema.

## DATOS SENTENCIA:

Sentencia Nº: 967/2016

RECURSO CASACION Nº: 1015/2016

Fecha Sentencia: 21/12/2016

Ponente Excmo. Sr. D.: Julián Sánchez Melgar

TEMA: Actuaciones policiales: Obtención por la policía judicial del número de PIN de equipo de telecomunicación: no se necesita autorización judicial. Trafico de drogas: Coautoría por convivencia y Encubrimiento

## ASPECTOS EXAMINADOS

- Obtención por la policía judicial del número de PIN de la BlackBerry, al no haberse explicado por los funcionarios policiales el modo de obtener tal dato que fue previo a la petición de la autorización judicial de sus comunicaciones, lo que fue concedido por el Juzgado de Instrucción. Esta cuestión ya ha sido resuelta por esta Sala Casacional mediante STS 551/2016, de 22 de junio. En ella se dice que el número de PIN es un dato de acceso a la terminal telefónica citada, cuyo conocimiento no requiere autorización judicial, por no tratarse de dato alguno relativo al secreto de las comunicaciones en su vertiente constitucional. Dijimos ya en tal resolución judicial, que, en cierta manera, aunque no sea exactamente lo mismo, se parece o guarda relación analógica con la obtención de los números correspondientes al chasis del terminal (IMEI), o a la tarjeta telefónica (IMSI). Son claves de acceso para proceder con el número telefónico que se concede para su explotación a una operadora telefónica, y que para acceder al contenido mismo de las conversaciones o mensajes entrantes o salientes es necesario obtener la oportuna autorización judicial. La nueva regulación en esta materia, operada por LO 13/2015 se refiere a la obtención de tales claves de acceso a los terminales telefónicos como número interno de identificación internacional de una tarjeta telefónica, confirmando nuestra doctrina casacional.

- Es decir, no solamente no se necesita autorización judicial para obtener el IMSI (International Mobile Subscriber Identity) o IMEI (International Mobile Equipment Identity), sino, en general, de cualquier medio técnico que, de acuerdo con el estado de la tecnología, sea apto para identificar el equipo de comunicación utilizado o la tarjeta utilizada para acceder a la red de telecomunicaciones. A esto se refiere la ley para permitir, en consecuencia, la averiguación de otras claves de acceso al terminal del investigado, conforme a lo razonado anteriormente. Y con ello sin duda la Ley de Enjuiciamiento Criminal se está refiriendo a esos terminales BlackBerry, cuya numeración previa (número PIN) para obtener el acceso a la comunicación misma mediante la pertinente autorización judicial, es totalmente necesario. Esas son las etiquetas técnicas y en general cualquier medio que, de acuerdo con el estado de la tecnología, sea apto para identificar el equipo de comunicación utilizado o la tarjeta utilizada para acceder a la red de telecomunicaciones. Y tal posibilidad está avalada, como decimos, por el nuevo texto legal, que equipara el IMSI o el IMEI a otros sistemas similares, autorizando a las fuerzas de seguridad en la averiguación de los delitos cuya investigación les compete, sin autorización judicial, la obtención de tales números, «tales como la numeración IMSI o IMEI y, en general, de cualquier medio técnico que, de acuerdo con el estado de la tecnología, sea apto para identificar el equipo de comunicación utilizado o la tarjeta utilizada para acceder a la red de telecomunicaciones». Es decir, un número o una clave que sea apta para identificar un equipo de telecomunicaciones, añadiendo por si no estuviera suficientemente claro: «o para el acceso» a la tarjeta utilizada para poder llamar o enviar o recibir mensajes que lógicamente es lo mismo que «para acceder a la red de telecomunicaciones». En otras palabras: no puede conceptuarse una mayor facilidad de interceptación a los usuarios de compañías telefónicas convencionales que a los poseedores de esos otros terminales que sirven exactamente para lo mismo.

- En el caso enjuiciado, no existe el más mínimo dato, que permita sostener que la policía obtuviera el referido PIN de manera irregular, o ilícita y en tal caso, es de aplicación la doctrina establecida en la STS 454/2015, de 10 de julio, con cita de la STS 877/2014, de 22 de diciembre.

- Coautoría por convivencia: nuestra sentencia 93/2015, de 17 de febrero, declara que la convivencia con el vendedor sin prueba adicional, es insuficiente para condenar por tráfico de drogas. Y la Sentencia 490/2014, de 17 de junio, con cita de la 163/2013, de 23 de enero, precisa que el simple conocimiento y tolerancia son insuficientes para afirmar la coautoría. Véase la STS 858/2016, de 14 de noviembre.

- Encubrimiento: El tipo que define el delito de encubrimiento no requiere necesariamente la destrucción de aquello que compromete al autor, sino su ocultamiento; en efecto, tal tipo penal se refiere específicamente al ocultamiento del cuerpo, los efectos o los instrumentos del delito, «para impedir su descubrimiento». No existe en los hechos probados ningún aserto que permita suponer que el ocultamiento se realiza para beneficiarse en el futuro con el producto de las sustancias o el dinero producto de su venta, sino que, como se dice en el factum, lo era «para ocultar la sustancia estupefaciente que había en su interior». Nuestra jurisprudencia admite la excepcionalidad de esta conducta, pero también su posibilidad. Así hemos dicho que (STS 22-9-2014 y STS 394/2015, de 17 de junio) pueden existir supuestos de hechos muy concretos en los que cabría construir la figura del encubrimiento en la modalidad de ocultar o inutilizar los efectos o instrumentos del delito para impedir su descubrimiento, relegando a esta modalidad aquellas conductas consistentes en destruir la droga con el fin de frustrar o dificultar la intervención de las autoridades encargadas de la investigación.

En el caso de autos, no se expone en momento alguno del factum, que su comportamiento esté presidido por la intención de continuar con el delito, sino por el de ocultar la droga, sin más adjetivación, con la finalidad de encubrir a su pareja, los hechos se encuadran en el delito de encubrimiento, del art. 451.2º, a lo sumo en grado de tentativa, pues no puede olvidarse que nada pudo hacer, al ser descubierta y detenida por la policía cuando llegaba a la vivienda, y por lo demás tales hechos se encuentran incurso en la excusa absolutoria del art. 454 del Código Penal, y tal delito no ha sido ni siquiera acusado, siendo de carácter heterogéneo.

## DATOS SENTENCIA:

Sentencia Nº: 968/2016

RECURSO CASACION (P) Nº:10505/2016 P

Fecha Sentencia: 21/12/2016

Ponente Excmo. Sr. D.: Andrés Martínez Arrieta

TEMA: Asesinato. Jurado: contenido de la proposición sobre culpabilidad. Coautoría

## ASPECTOS EXAMINADOS

- Asesinato de la Presidenta de la Diputación de León. Tribunal de Jurado. Contenido de la proposición al Jurado sobre la culpabilidad. La proposición de culpabilidad del artículo 52 LOTJ es una conclusión que tiene la consideración de planteamiento general y final sobre el enjuiciamiento. Ha de ser coherente con los pronunciamientos sobre los hechos anteriores, de manera que después de preguntar sobre los hechos que conforman el relato fáctico, el Jurado ha de responder sobre una consideración de culpabilidad que responde a un planteamiento no sólo fáctico, sino global que comprenda la tipicidad objetiva y subjetiva, la antijuridicidad y las exigencias valorativas de algunos tipos penales, como la gravedad, la participación, etc., precisas para la subsunción. No es, desde luego, un pronunciamiento de subsunción, pero tampoco lo es de puro hecho, sino que conforma como se ha señalado un pronunciamiento general y final de concurrencia de los elementos de la tipicidad precisos para la subsunción. En la inteligencia del precepto ha de partirse de que el relato fáctico ya ha sido declarado en las anteriores proposiciones. Por ello, el pronunciamiento de culpabilidad debe ser congruente con el contenido fáctico del objeto del veredicto, que es objeto de las anteriores proposiciones pues de no ser así, el acta del veredicto tendría que ser devuelta por el magistrado-presidente por contradicción interna, conforme al art. 63.1,d). Tampoco será preciso incluir en su redacción la concurrencia de todos los elementos del tipo ni los presupuestos de las posibles causas de exención. Estos extremos forman parte de las proposiciones de hechos que conforman el objeto del veredicto. La decisión final sobre la culpabilidad comporta una valoración que, teniendo en cuenta tales decisiones anteriores, se pronuncia por la condena o absolución. En otros términos, el Jurado no sólo se pronuncia sobre la realidad histórica que se le presenta como objeto de su juicio, también debe decidir sobre si la persona a la que se le imputan ciertos hechos con relevancia penal es, además, culpable por su participación en el hecho respecto del que el magistrado presidente ha admitido la acusación, conforme ordena el art. 3-2 de la LOTJ, lo que supone un examen completo de la relación fáctica, de la tipicidad subjetiva, de la concurrencia de la antijuridicidad y de la concurrencia de las valoraciones que contienen algunos tipos penales. En consecuencia, que el Jurado declare que el acusado es culpable, en los términos exigidos en el art. 52.2. d) implica que no concurre ningún presupuesto de exclusión, porque el resultado, en los términos exigidos por la tipicidad le es atribuible, porque no concurre ninguna circunstancia de exclusión de la antijuridicidad del hecho, y tampoco ninguna exclusión de la culpabilidad del autor. Presunción de inocencia. Alternativa propuesta por la parte.

- La participación en un delito no es sólo causalidad. El inductor, por ejemplo, una vez que ha inducido ni ejecuta, ni domina el concreto hecho, y es partícipe. El organizador de un hecho delictivo puede, o no, realizar un aporte causal. Pueden ser autores de un delito caracterizado por una infracción del deber sin realizar un aporte causal, o en los delitos cometidos desde las denominadas estructuras organizadas o desde estructuras de poder, el delito se realiza sin una actuación causal de quien puede resultar responsable. Consecuentemente, la causalidad no es el único fundamento de la responsabilidad penal.

En la dogmática penal se abre paso una construcción de la autoría superadora del criterio causal. Como resultado lógico del carácter normativo de la acción penal, la configuración de la autoría desde la infracción de deberes, y desde la imputación objetiva, explicando la causalidad, se afirma que la mera contribución al resultado no es el único criterio de atribución de la responsabilidad penal, como autor o como partícipe, pues ésta se determina por una infracción de deber o por la organización del peligro. La intervención en la organización del peligro, incluso sin actuación en fase ejecutiva, puede configurar una responsabilidad penal. De la misma manera, el encubridor como responsable de un delito autónomo solo entrará en acción cuando la organización del delito haya terminado, pues el organizador de un hecho delictivo puede ser responsable del delito, por el peligro inherente a la organización, con independencia de que aporte algo a la ejecución del delito.

Consecuentemente, un acto posterior a la consumación realizada por una persona que ha intervenido en la organización no es encubrimiento sino participación.

**DATOS SENTENCIA:**

Sentencia Nº: 960/2016

RECURSO CASACION (P) Nº: 10295/2016 P

Fecha Sentencia: 20/12/2016

Ponente Excmo. Sr. D.: Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre

TEMA: Declaración de coimputado: valor probatorio, aunque se deriven beneficios penológicos de su delación

**ASPECTOS EXAMINADOS**

- Contra la salud pública. Declaración del coimputado. El hecho de que se deriven beneficios penológicos de su delación no debe llevar necesariamente a negar valor probatorio a su declaración. Su participación en los hechos delictivos no supone la invalidez de su testimonio. Parámetros constitucionales para su valoración. Necesidad de una mínima corroboración por dato externo a la propia declaración, como es el caso la ocupación de la droga en la casa en la que el recurrente admitió su presencia y las llamadas telefónicas ese mismo día entre todos los acusados.
- Presunción de inocencia en casación. Doctrina de la Sala.
- Complicidad y cooperación necesaria. La actuación de éste acusado posibilitando la conexión entre compradores y vendedores y estando presente en la reunión en que acordó la operación, debe considerarse esencial. Subtipo atenuado del art. 368.2 CP. La cantidad de cocaína imposibilita la apreciación, al no darse la escasa entidad del hecho.

**DATOS SENTENCIA:**

Sentencia Nº: 961/2016

RECURSO CASACION Nº:1027/2016

Fecha Sentencia: 20/12/2016

Ponente Excmo. Sr. D.: Perfecto Andrés Ibáñez

TEMA: Descubrimiento y revelación de secretos: toma superficial de conocimiento.

**ASPECTOS EXAMINADOS**

- Art. 197,2 Cpenal. Toma de conocimiento ilegítima de datos reservados, mediante el acceso injustificado a un archivo, que, no obstante, su ilegitimidad, no estuvo presidido por el propósito de causar (y no causó) un perjuicio, en el sentido requerido por el precepto. El uso de los verbos apoderarse, utilizar, modificar y alterar, demanda el establecimiento con los datos de una relación de cierta intensidad, en algunos casos incluso manipuladora, a la que no es asimilable una mera toma superficial de conocimiento sin ulterior proyección práctica.

**DATOS SENTENCIA:**

Sentencia Nº: 952/2016

RECURSO CASACION Nº:934/2016

Fecha Sentencia: 15/12/2016

Ponente Excm. Sra. D<sup>a</sup>.: Ana María Ferrer García

**TEMA:** Prevaricación urbanística. Arbitrariedad. Elemento subjetivo. Licencia de primera ocupación. Inhabilitación especial para empleo o cargo público: alcance

**ASPECTOS EXAMINADOS**

- Prevaricación urbanística. La jurisprudencia de esta ha puesto de relieve que tal delito es una especialidad del más genérico de prevaricación penado en el artículo 404, a cuya penalidad remite en parte y de cuya naturaleza y requisitos participa.

En el delito de prevaricación urbanística que nos ocupa la injusticia de la resolución debe venir de la vulneración de la legalidad urbanística aplicable al caso, ya sean unas normas subsidiarias, ya normas con rango de Ley, y ya en cuanto al fondo de la resolución, ya en cuanto a la competencia o el procedimiento, pues todas ellas constituyen el derecho urbanístico aplicable. Se trata de prevaricación especial por razón de la materia sobre la que se realiza, la normativa urbanística, en la que la conducta típica consiste en informar o resolver favorablemente a sabiendas de su injusticia. En ambos casos, el contenido de la acción es similar al de la prevaricación genérica, pues la arbitrariedad es una forma de injusticia. De ahí que pueda ser aplicada a esta especial prevaricación especial la jurisprudencia de esta Sala sobre aquella.

Como el elemento subjetivo viene legalmente expresado con la locución "a sabiendas", se puede decir que se comete el delito de prevaricación previsto en el art. 404 CP -y, por su expresa conexión, del art. 320 CP - cuando la autoridad o funcionario, teniendo plena conciencia de que resuelve al margen del ordenamiento jurídico y de que ocasiona un resultado materialmente injusto, actúa de tal modo porque quiere ese resultado, anteponiendo el contenido de su voluntad a cualquier otro razonamiento o consideración.

En este caso no se puede poner en cuestión la plena conciencia del acusado en torno a la ilegalidad de su actuación y, con ella, de su manifiesta injusticia, cuando desatendió todos los informes técnicos y jurídicos que así se lo advertían. En estas condiciones concedió licencias de primera ocupación de 498 viviendas, 10 áticos, más otras para naves industriales y locales de negocio. Licencia de primera ocupación que es aquella que verifica que un edificio terminado se ajusta al proyecto y a la licencia de obras, y autoriza su ocupación como apto según las determinaciones urbanísticas, ambientales y de seguridad de su destino específico. Este tipo de licencias se encuentran incluidas en el ámbito de aplicación del artículo 320 CP.

- Alcance de la inhabilitación especial para empleo o cargo público. Tomando en consideración que los hechos por los que ha sido condenado están directamente relacionados con su función municipal, la inhabilitación que se acuerda ha de quedar limitada al cargo de Alcalde, Teniente de Alcalde, Concejal o cualquier otro de naturaleza electiva y ámbito local que implique una participación en el Gobierno Municipal, sin exceder los términos en que ha sido solicitado por la acusación el acotamiento, y en la línea ya marcada de antiguo por esta Sala.

## DATOS SENTENCIA:

Sentencia Nº: 953/2016

RECURSO CASACION Nº:986/2016

Fecha Sentencia: 15/12/2016

Ponente Excm. Sra. D<sup>a</sup>.: Ana María Ferrer García

TEMA: Agresión sexual a menor de 13 años. Acceso bucal recíproco. Intimidación y prevalimiento: distinción

## ASPECTOS EXAMINADOS

- Agresión sexual a menor de 13 años. Acceso carnal por vía bucal recíproco. De acuerdo con doctrina de esta Sala, unánime desde el Pleno no Jurisdiccional de 25 de mayo de 2005, es equivalente acceder carnalmente a hacerse acceder. En definitiva, habrá acceso carnal tanto cuando la víctima es penetrada (supuesto ordinario), como cuando es el autor el que obliga o compele al sujeto pasivo ("sujeto pasivo" del delito, pero no de la "relación" ni del "acceso" en los que ostenta el papel de "sujeto activo") a introducirle, en este caso, el pene en la boca.

- Intimidación: la empleada en los delitos de agresión sexual no ha de ser de tal grado que presente caracteres irresistibles, invencibles o de gravedad inusitada. Basta que sea suficiente y eficaz en la ocasión concreta para alcanzar el fin propuesto, paralizando o inhibiendo la voluntad de resistencia de la víctima y actuando en adecuada relación causal, tanto por vencimiento material como por convencimiento de la inutilidad de prolongar una oposición de la que, sobre no conducir a resultado positivo, podrían derivarse mayores males.

- La línea divisoria entre la intimidación y el prevalimiento puede ser difícilmente perceptible en los casos límite como lo es la diferencia entre un consentimiento cercenado por la amenaza de un mal y el viciado que responde al tipo del abuso, donde la víctima en alguna medida también se siente intimidada. Sin embargo, este elemento debe tener relevancia objetiva y así debe constatarse en el hecho probado. Lo relevante es el contenido de la acción intimidatoria llevada a cabo por el sujeto activo más que la reacción de la víctima frente a aquélla. El miedo es una condición subjetiva que no puede transformar en intimidatoria una acción que en sí misma no tiene ese alcance objetivamente. La voluntad de los niños es más fácil de someter y de ahí que amenazas que ante un adulto no tendrían eficacia intimidante sí las adquieren frente a la voluntad de un menor. En este caso el relato de hechos probados describe una intimidación idónea para vencer la resistencia de la víctima, distinta de la que sustentó la agravación por aplicación del artículo 183. 4 d). La amenaza con pegarle "si no lo hacía", es decir, si no se prestaba a masturbar a su abuelo, incluida la felación, o no permitió que éste lo hiciera con él, supuso el anuncio de un mal posible e inminente, con entidad objetiva y suficiente gravedad para vencer la resistencia de un niño de 10 años, cuando procede precisamente de la persona encargada de su cuidado y con quien se encuentra a solas. Intimidación compatible con el abuso por parte del acusado de su parentesco, en cuanto que éste fue el que propició los encuentros con el niño y las condiciones en que estos se produjeron.

## DATOS SENTENCIA:

Sentencia Nº: 944/2016

RECURSO CASACION Nº:699/2016

Fecha Sentencia: 15/12/2016

Ponente Excmo. Sr. D.: Pablo Llarena Conde

TEMA: Derecho de Defensa: derecho a ser informado de la acusación. Prevaricación Administrativa: requisitos: Cámaras de la Propiedad Urbana. Malversación de caudales públicos: fondos de naturaleza pública: criterio de destino. Apropiación Indevida de bienes encontrados no susceptibles de ocupación o de bienes recibidos por error: referencia al dinero.

## ASPECTOS EXAMINADOS

Derecho de Defensa: derecho a ser informado de la acusación. Exigencia del conocimiento de que se es el sujeto pasivo del procedimiento y de cuál es el factum objeto de proceso, no del juicio de subsunción típica que puedan merecer unos acontecimientos cuyas circunstancias concretas están todavía pendientes de ser esclarecidas y definidas. No es constitucionalmente imprescindible que la imputación quede plenamente fijada en el acto de imputación ante el Juez de Instrucción, pudiéndose concretar a lo largo de la instrucción hasta el escrito de calificaciones provisionales. Denuncia que contiene además el fáctum que sostiene la condena. Doctrina constitucional.

- Prevaricación Administrativa: Cámaras de la Propiedad Urbana: Decisión de naturaleza administrativa, en procesos de decisión tomados en entidades de derecho público vinculadas o dependientes de las Administraciones Públicas, concretamente en corporaciones públicas de base privada. Cámaras de la Propiedad Urbana. Su extinción no supuso la pérdida de su naturaleza pública y adquisición de una naturaleza privada, sino que supuso que eran Corporaciones de Derecho Público, con personalidad jurídica extinguida y en liquidación. De otro lado, precisamente porque confluían en las extintas Cámaras la gestión de intereses públicos y privados, su proceso liquidador quedaba sujeto a la tutorización de la Administración Autónoma y al específico régimen jurídico que regula su actuación.

- Malversación de caudales públicos: fondos de naturaleza pública: criterio de destino Apropiación de patrimonio que, al menos en parte, está afecto al interés colectivo inherente a la personalidad jurídico-pública de la corporación. No necesidad de que los caudales estén incorporados en los fondos públicos: criterio de destino, para la conformación de los caudales como públicos.

- Apropiación Indevida de bienes encontrados no susceptibles de ocupación o de bienes recibidos por error: interpretación del art. 254 CP tras reforma LO 1/2015. Eliminación de la concreta referencia al dinero, que sí existe en la tipificación de la apropiación indebida con quebranto del deber de custodia que se contemplada en el artículo 253 y que existía también en el art. 254 conforme a la redacción que se deroga. El concepto de bienes muebles debe entenderse que abarca el dinero, tanto la moneda de curso legal, cuanto el llamado dinero bancario.

## DATOS SENTENCIA:

Sentencia Nº: 927/2016

RECURSO CASACION (P) Nº:10458/2016 P

Fecha Sentencia: 14/12/2016

Ponente Excm. Sra. D<sup>a</sup>.: Ana María Ferrer García

TEMA: Expulsión de extranjeros: nuevo régimen legal tras reforma LO 1/15: fines de prevención general y especial de la pena prevista por el legislador. Responsabilidad personal subsidiaria: Alcance del artículo 55.3 CP.

## ASPECTOS EXAMINADOS

- Tras la reforma operada en el artículo 89 por la LO 1/2015, se prevé la sustitución por expulsión de todas las penas superiores a un año de prisión impuestas a extranjeros, aunque su estancia en España no sea ilegal. Admite el precepto modular la medida y compatibilizarla con un cumplimiento parcial de la pena, que no podrá ser superior a los dos tercios de la misma, "cuando resulte necesario para asegurar la defensa del orden jurídico y restablecer la confianza en la vigencia de la norma infringida por el delito", e impone en todo caso la sustitución del resto de la pena cuando se haya accedido al tercer grado o se le haya concedido la libertad condicional. Los patrones normativos que permiten ahora excepcionar la inmediata expulsión en el caso de condenas superiores a un año de prisión, la defensa del orden jurídico y el restablecimiento de la confianza en la vigencia de la norma infringida, aglutinan aspectos que ya habían sido puestos de relieve por esta Sala. Especialmente la necesidad de compaginar la medida con los fines de proceso penal y las exigencias preventivo generales (confirmación de las normas que imponen el respeto a los bienes jurídicos tutelados y la desincentivación de conductas delictivas) y con el favorecimiento de la prevención especial (evitar la reiteración en el delito y procurar la reinserción social).

- En línea con ello se han apuntado como criterios a tomar en consideración a estos efectos, el de la gravedad y entidad del delito, su forma de ejecución o los motivos del acusado y los objetivos que pretendía con la conducta delictiva. Todo ello con el fin de evitar que la expulsión, por su lenidad, pueda frustrar los fines de prevención general y especial de la pena prevista por el legislador para cada caso, que de esta manera dejaría de cumplir sus funciones en un grado no permisible por el ordenamiento jurídico. Cuando, como en este caso, la sustitución de la pena por la expulsión se plantea para supuestos de tráfico de cantidades intermedias de cocaína muy próximas a la notoria importancia, excluiría el efecto coercitivo y disuasorio de la norma penal, ya que los ciudadanos procedentes de países donde se produce o se comercializa tal sustancia, adquirirían la convicción de que tienen una especie de licencia para la comisión de acciones delictivas de esa naturaleza al irrogárseles como única consecuencia negativa la devolución a su país de origen. Tal situación de impunidad desactivaría los fines de prevención general y especial de las penas previstas por el legislador.

- La Sala sentenciadora supeditó la expulsión al cumplimiento de la mitad de la pena. En la opción más ventajosa para el acusado se le intervinieron 742,31 gramos puros de cocaína. Razonó a la hora de individualizar la pena, que concretaba ésta "atendiendo a la gran cantidad de sustancias intervenidas y a su pureza, de lo que se deduce además la importancia del acto de tráfico" (fundamento cuarto). Argumento que, aunque no se reprodujera expresamente, presidió también la decisión adoptada en el párrafo siguiente del mismo fundamento, al concretar las condiciones en las que había de operar la sustitución de esa pena por expulsión, con un alcance más restrictivo que la petición del Fiscal. Las sentencias integran un todo, por lo que lo decidido respecto a las condiciones de cumplimiento de una pena, no puede desvincularse de lo especificado a la hora de individualizar la misma. De ahí que debemos rechazar la denunciada falta de motivación y cualquier tipo de indefensión vinculada a la misma.

- Responsabilidad personal subsidiaria: Alcance del artículo 55.3 CP. Con el fin de unificar distintas interpretaciones del citado precepto, el Pleno no jurisdiccional de esta Sala 2<sup>a</sup> de 1 de marzo de 2005 acordó: "La responsabilidad personal subsidiaria de la pena de multa debe sumarse a la pena privativa de libertad a los efectos del límite del art. 53 CP". El sentido de tal acuerdo, que mantiene toda su vigencia, fue el de, frente a una interpretación literal o estrictamente formal del mencionado precepto, dar prevalencia al espíritu y finalidad de la norma, y ante la distorsión provocadora de agravios comparativos (art. 14 CE) acudir al que, en el plano hermenéutico, resulta el más respetuoso con el principio de proporcionalidad de las penas y de culpabilidad. Agravios que se producirían si el condenado a 5 años y 1 día estuviera exento del arresto sustitutorio y el condenado a 5 años o menos tuviera que cumplir, aunque ello implicara rebasar los 5 años.

## DATOS SENTENCIA:

Sentencia Nº: 920/2016

RECURSO CASACION Nº:604/2016

Fecha Sentencia: 12/12/2016

Ponente Excmo. Sr. D.: Andrés Martínez Arrieta

TEMA: Delito contra la propiedad intelectual: publico nuevo. Blanqueo de dinero: evitación doble punición: teoría actos copenados

## ASPECTOS EXAMINADOS

- Delito contra la propiedad intelectual. "El enlace a una obra protegida por su titular rellena la tipicidad del delito contra la propiedad intelectual porque propicia, en detrimento de los derechos de los titulares, una comunicación de un contenido protegido que no ha sido autorizado a su difusión de manera libre por los titulares". "En la conformación de la tipicidad ha de ponerse el acento en lo que la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea denomina "público nuevo". Es por ello que en la anterior sentencia de esta Sala se instó del tribunal de instancia un esclarecimiento de estos apartados fácticos precisos para la subsunción, y el tribunal de instancia lo ha realizado, delimitando el ámbito de la propiedad intelectual, las revistas, periódicos y libros difundidos por los acusados, y la supresión de las condiciones de acceso y disfrute de la obra protegida impuestas por su titular, en un apartado que no es objeto de discusión en la sentencia por la vía procedente".

- Blanqueo de dinero. "esta Sala ha precisado la necesidad de restringir la tipicidad del blanqueo para evitar lo que sugiere el Ministerio fiscal en su informe, que todo delito con consecuencias económicas encuentre una doble tipicidad en el delito originario y en el blanqueo y la restricción ha de encontrarse, bien en la teoría de los actos copenados, como se ha sugerido en alguna Sentencia de esta Sala, como dijimos en la STS 858/2013, de 19 de noviembre, que: "En los casos en los que existe identidad entre las ganancias y beneficios resultantes de un delito y la realización de actos de conversión y transmisión sobre esos mismos bienes, no cabe la doble punición, del mismo hecho, como agotamiento del delito originario y como blanqueo de dinero, pues el mismo patrimonio es objeto de una doble punición penal. Esa doble punición lesionaría el non bis in ídem y, además, ya aparece contemplado y recogido en la penalidad del delito antecedente como pena de comiso y entrega la pena pecuniaria, por lo tanto, ya está penado".. En la jurisprudencia de esta Sala se ha buscado la restricción de la aplicación del autoblanqueo exigiendo una finalidad de ocultamiento o de encubrir. "Lo determinante -remarca la sentencia 265/2015 - debe ser la aplicación del criterio que exige que la finalidad u objeto de ocultar o encubrir bienes, o ayuda al responsable de la acción delictiva de la que proceden, esté presente en todo caso para que la conducta integre el tipo delictivo sancionado".

**DATOS SENTENCIA:**

Sentencia N°: 917/2016

RECURSO CASACION N°:933/2016

Fecha Sentencia: 02/12/2016

Ponente Excmo. Sr. D.: Alberto Jorge Barreiro

TEMA: Delito contra la intimidad: requisito de perseguibilidad

**ASPECTOS EXAMINADOS**

- La Audiencia Provincial condenó por un delito contra la intimidad que afectó a una pluralidad de personas, consistente en que el acusado instaló microcámaras en los aseos de un colegio de enseñanza media de la ciudad de XXX, en fechas no determinadas pero comprendidas entre principios de 2013 y el 26 de marzo de 2014. Por ese procedimiento consiguió obtener la captación de imágenes de las mujeres que accedían a los aseos, a quienes grabó desnudas o semidesnudas, atentando así contra su intimidad corporal.

- El recurso se centró en denunciar la falta de cumplimentación del requisito de procedibilidad o perseguibilidad que se contempla en el art. 201 del C. Penal, al entender la parte recurrente que el perdón en la vista oral del juicio de las dos personas que denunciaron era suficiente para entender que faltaba el requisito de procedibilidad y que además se había extinguido la acción penal. Se desestima el recurso por hallarnos ante un supuesto en que el número de personas ofendidas es elevado y además una gran parte de ellas no podrían determinarse. El interés general o supraindividual que contempla el legislador en casos singulares desplaza de forma clara al de las dos personas que renunciaron al ejercicio de la acción penal a título particular en la vista oral, una de las cuales afirmó incluso que sí estimaba que los hechos debían investigarse hasta el final. Por lo cual, es claro que se está ante el supuesto previsto en el apartado 2 del art. 201 del C. Penal, tal como consideró la Audiencia.

**DATOS AUTO****CUESTION COMPETENCIA**

N° de Recurso:20757/2016

Fecha Auto: 14/12/2016

Ponente Excmo. Sr. D.: Joaquín Giménez García

TEMA: Competencia Territorial: nuevos criterios Ley 41/15 sobre conexidad delictiva

**ASPECTOS EXAMINADOS**

La Ley 41/15, de 5 de octubre, ha introducido importantes modificaciones en la LECRIM en materia de conexidad delictiva. El nuevo art. 17 establece como regla general el que cada delito dará lugar a la formación de una causa, y elimina como causa de conexión la simple analogía o relación entre sí de los diversos delitos que se imputen a una persona, cuya acumulación solamente se justifica cuando sean de la competencia del mismo órgano judicial y a instancias del Ministerio Fiscal el Juez lo considere más conveniente para el esclarecimiento de los hechos y la determinación de las responsabilidades procedentes, salvo que suponga excesiva complejidad o dilación para el proceso. Y al tiempo de ello, se suprime el art. 300, en el que se disponía que los delitos conexos se comprenderán en un solo proceso. Tales modificaciones responden a la finalidad de hacer más rápida y eficaz la sustanciación de los procesos, pretendiendo de esa manera, según se dice en su Preámbulo, evitar el automatismo en la acumulación de causas y la elefantiasis procesal que se pone de manifiesto en los denominados macroprocesos. Finalidad a la que ya atendía Jurisprudencia anterior a dicha reforma al resolver las cuestiones de competencia territorial que se venían planteando entre distintos Juzgados.

## DATOS SENTENCIA:

Sentencia Nº: 980/2016

RECURSO CASACION Nº:1498/2016

Fecha Sentencia: 11/01/2017

Ponente Excmo. Sr. D.: Manuel Marchena Gómez

TEMA: Diligencias de investigación del Ministerio Fiscal: no son susceptibles de generar actos de prueba.

## ASPECTOS EXAMINADOS

- Diligencias de investigación del fiscal: arts. 5 del EOMF y 773.2 LECRIM. No son susceptibles de generar actos de prueba: no erró la Audiencia Provincial cuando proclamó la inidoneidad como prueba preconstituida del dictamen pericial elaborado en el marco de las diligencias preliminares practicadas por el Fiscal Jefe del área de Martaró. La ausencia de Letrado durante el desarrollo de todas y cada una de esas diligencias –singularmente, las de carácter personal- y, sobre todo, su naturaleza ajena al genuino concepto de acto procesal, impiden ver en ese dictamen de los expertos una fuente de prueba susceptible de integrarse en el material valorable por el órgano decisorio.

- Acaso convenga insistir en que su falta de virtualidad probatoria no se vincula tan solo al debate acerca de la necesidad, la conveniencia o la renunciabilidad de la asistencia letrada en el momento de la confección del cuerpo de escritura que sirvió de base para la elaboración del informe pericial. La limitación de sus efectos está relacionada con la imposibilidad de alterar el valor de esas diligencias, que agotan su funcionalidad cuando sirven de respaldo a la decisión del Fiscal de archivar la denuncia o promover el ejercicio de las acciones penales que estime pertinentes. Las diligencias de investigación practicadas por el Ministerio Público al amparo de los arts. 5 del EOMF y 773.2 de la LECrim, no pueden aspirar a transmutar su naturaleza y convertirse en actos de prueba. Lo impide el concepto mismo de acto procesal, íntimamente ligado a los principios constitucionales que informan el ejercicio de la genuina función jurisdiccional.

- Esa limitación funcional, sin embargo, no puede ser utilizada como excusa para prescindir de la asistencia letrada o para diluir la vigencia de los principios de contradicción y proporcionalidad. Por más que la naturaleza de esas diligencias sea puramente instrumental y por más que se ciñan a "preparar lo preparatorio" –la decisión del Fiscal sobre el ejercicio de la acción penal "prepara" la actividad del Juez encaminada a "preparar" el juicio oral-, la investigación a un ciudadano sospechoso de haber cometido un delito sólo puede explicarse como expresión del poder del Estado y, como tal, ha de ajustarse a los límites definidos por nuestro sistema constitucional.

- De lo que se trata es de responder al interrogante acerca de si el estándar constitucional de garantías para el investigado penal ha de modularse, admitiendo incluso su relajación, en función del modelo de investigación en el que se desarrolle la práctica de aquellas diligencias. Y ya anticipamos que ni la LECrim, ni la Ley 50/1981, 30 de diciembre, por la que se aprueba el EOMF, ni, en fin, las circulares e instrucciones dictadas para lograr la uniformidad en la actuación de los Fiscales, avalan esa convencional e interesada división entre las garantías del "preinvestigado" cuando comparece ante el Fiscal y las garantías del investigado cuando es llamado ante la autoridad judicial. La Sala no puede identificarse con el criterio que late en el recurso del Ministerio Público, según el cual, cuando la investigación se dirige por el Fiscal las garantías constitucionales se difuminan y devienen renunciables. Ya encierra una extravagancia legislativa que nuestro sistema admita la posibilidad de que el ciudadano al que se impute un delito sea sometido a una investigación inicial de naturaleza preparatoria (arts. 5 del EOMF y 773.2 LECrim) de una segunda etapa, también de naturaleza preparatoria (arts. 299 y 771.1 LECrim). Cuando "lo preparatorio precede a lo preparatorio", no resulta fácil encontrar justificada esa doble secuencia sobre la que se construye la fase de investigación del hecho imputado. Está claro, sin embargo, que las dudas para explicar nuestra singularidad no pueden resolverse degradando funcionalmente el primer escalón de la actuación del Estado –eso es, no otra cosa, lo que define la "prefase de investigación" desarrollada por el Fiscal-, de suerte que el ciudadano pueda ser despojado del irrenunciable cuadro de garantías que le asisten cuando es llamado para responder de algún hecho de significación penal y que le es indiciariamente atribuido.

## DATOS SENTENCIA:

Sentencia Nº: 988/2016

RECURSO CASACION (P) Nº:10342/2016 P

Fecha Sentencia: 11/01/2017

Ponente Excmo. Sr. D.: Cándido Conde-Pumpido Tourón

TEMA: Abuso sexual pedófilo: tocamientos sexuales a niños dormidos. Pornografía infantil

## ASPECTOS EXAMINADOS

- Abuso sexual pedófilo. Tocamientos sexuales a niños dormidos. La indemnidad sexual equivale a la intangibilidad, constituyendo una manifestación de la dignidad de la persona y tutelando el derecho al correcto desarrollo de la sexualidad, sin intervenciones forzadas, traumáticas o solapadas en la esfera íntima de los menores que pueden generar huellas indelebles en su psiquismo. La actuación del acusado, efectuando tocamientos en las partes íntimas de los menores mientras éstos dormían, afecta a su indemnidad sexual, pues el sueño no excluye totalmente la sensibilidad, ni cabe excluir que los tocamientos les despertasen o, en cualquier caso, les dejasen recuerdos y sentimientos que perjudicasen su desarrollo, generando temores más o menos conscientes, que vinculasen la sexualidad con la indefensión y el abuso. En consecuencia, el tipo penal aplicable en estos supuestos es el art 183 1 CP 2015, como interesa el Ministerio Público, y no el 181 1º, como estima erróneamente el Tribunal de Instancia.

- Pornografía infantil.- El que las víctimas menores de trece años estuviesen dormidas, no excluye la comisión del delito de utilización de menores de edad con fines pornográficos, cuando el hecho probado declara acreditado que el acusado grababa los tocamientos que realizaba, que incluían lametazos y frotamientos del pene en los genitales de los menores, con una cámara de rayos infrarrojos de visión nocturna, que recogía con gran definición sus acciones sobre las partes íntimas de los jóvenes agraviados. El párrafo a) del art 189 1º CP incluye la utilización de menores para elaborar cualquier clase de material pornográfico, y en el caso actual es claro que las grabaciones, en un soporte adecuado para su posterior visionado, de actos notoriamente sexuales, realizados sobre los cuerpos y específicamente sobre los genitales de menores dormidos o casi dormidos, constituye un material de naturaleza pornográfica, preparado concienzudamente por el acusado, que escogió el momento adecuado, se aprovisionó del instrumental procedente y utilizó sus propias maniobras abusivas sobre los menores para obtener un material apto para ser reproducido indefinidamente, en el que los menores eran víctimas pasivas, cosificadas y condenadas a que sus imágenes en situaciones de obligada indignidad y sumisión sexual, pudiesen ser reproducidas indefinidamente por y ante cualquiera.

**DATOS SENTENCIA:**

Sentencia N°: 997/2016

RECURSO CASACION (P) N°:10292/2016 P

Fecha Sentencia: 17/01/2017

Ponente Excmo. Sr. D.: Cándido Conde-Pumpido Tourón

TEMA: Terrorismo: Art. 579 bis nº 4. Norma penal más favorable. Atenuante aplicable aplicable a los delitos de promoción o participación en organización terrorista.

**ASPECTOS EXAMINADOS**

1°.- El nuevo párrafo 4° del art. 579 bis C.P. introducido por la reforma operada por la L.O. 2/2015 de 30 de marzo, constituye una norma penal más favorable aplicable tanto a los hechos enjuiciados tras su entrada en vigor, como a los ya sentenciados, bien por la vía de la casación o bien mediante la revisión de sentencias cuando las condenas sean firmes, y estén ejecutándose.

2°.- Como se establece expresamente en el texto de la misma, esta atenuación es aplicable a todos los delitos previstos en el Capítulo VII, referido a las organizaciones y grupos terroristas y a los delitos de terrorismo, incluidos los delitos de promoción o participación en organización o grupo terrorista sancionados en el art. 572.

3°.-Para la aplicación de esta atenuación podrá tomarse en consideración el dato de si la rama de la organización terrorista en la que se integra el acusado o condenado es precisamente aquella que realiza de modo efectivo la acción armada o atentado violentos, o una de las organizaciones dependientes que se integran en el entramado de la organización armada para cooperar con sus fines. En este último caso habrá de valorarse tanto la actividad que realiza el acusado o condenado dentro de la organización, grupo o sector en el que se integra, como la relevancia o entidad de las funciones o misiones que desarrolla este sector de la organización dentro del conjunto del entramado terrorista.

4°.- Sin que en ningún caso pueda estimarse que el mero hecho de que el sector de la organización en que se integra el acusado no utilice armas o explosivos ni realice atentados terroristas, determine por si solo la aplicación de la atenuación, siendo necesario evaluar caso por caso los criterios anteriormente señalados".

## DATOS SENTENCIA:

Sentencia Nº: 4/2017

RECURSO CASACION Nº:1619/2016

Voto Particular

Fecha Sentencia: 18/01/2017

Ponente Excmo. Sr. D.: Manuel Marchena Gómez

TEMA: Delito de enaltecimiento del terrorismo o humillación de las víctimas (art. 578 CP): criterios interpretativos

## ASPECTOS EXAMINADOS

- Delito de enaltecimiento del terrorismo o humillación de las víctimas (art. 578 CP): la interpretación de un precepto como el art. 578 del CP no está exenta de dificultades. De una parte, porque no faltan autorizados juristas que estiman que el delito de enaltecimiento del terrorismo o de desprecio y humillación a las víctimas representa la negación de los principios que han de informar el sistema penal. De otra, porque la necesidad de ponderar en nuestro análisis los límites a la libertad de expresión y de hacerlo a partir de la equívoca locución "–discurso del odio–" con la que pretende justificarse la punición, no hacen sino añadir obstáculos a la labor interpretativa. Las dificultades se multiplican cuando de lo que se trata es de determinar, como en tantas otras ocasiones, el alcance de lo intolerable.
- De ahí la importancia de no convertir la libertad de expresión -y los límites que ésta tolera y ampara- en el único parámetro valorativo para discernir cuándo lo inaceptable se convierte en delictivo. No todo exceso verbal, ni todo mensaje que desborde la protección constitucional, pueden considerarse incluidos en la porción de injusto abarcada por el art. 578 del CP. Nuestro sistema jurídico ofrece otras formas de reparación de los excesos verbales que no pasa necesariamente por la incriminación penal. El significado de principios como el carácter fragmentario del derecho penal o su consideración como "ultima ratio", avalan la necesidad de reservar la sanción penal para las acciones más graves. No todo mensaje inaceptable o que ocasiona el normal rechazo de la inmensa mayoría de la ciudadanía ha de ser tratado como delictivo por el hecho de no hallar cobertura bajo la libertad de expresión. Entre el odio que incita a la comisión de delitos, el odio que siembra la semilla del enfrentamiento y que erosiona los valores esenciales de la convivencia y el odio que se identifica con la animadversión o el resentimiento, existen matices que no pueden ser orillados por el juez penal con el argumento de que todo lo que no es acogible en la libertad de expresión resulta intolerable y, por ello, necesariamente delictivo.
- Tampoco ayuda a la labor exegética la extendida invocación de los nocivos efectos del "discurso del odio" como razón justificadora de su punición. De nuevo hemos de apartarnos de la tentación de construir el juicio de tipicidad trazando una convencional y artificiosa línea entre el "discurso del odio" y la "ética del discurso". El derecho penal no puede prohibir el odio, no puede castigar al ciudadano que odia. Por si fuera poco, el vocablo discurso, en su simple acepción gramatical, evoca un acto racional de comunicación cuya punición no debería hacerse depender del sentimiento que anima a quien lo pronuncia. Tampoco puede afirmarse un único significado a una locución "–discurso del odio–" cuyo contenido está directamente condicionado por la experiencia histórica de cada Estado. El discurso del odio puede analizarse en relación con problemas étnicos, religiosos, sexuales o ligados a la utilización del terrorismo como instrumento para la consecución de fines políticos. El legislador ha querido que el mensaje de odio que socava las bases de la convivencia y que humilla a las víctimas del terrorismo tenga un tratamiento específico en el art. 578, con una sistemática singularizada frente al tipo previsto en el art. 510 del mismo texto punitivo.
- Otro hecho complica, todavía más si cabe, nuestro análisis. Y es que la extensión actual de las nuevas tecnologías al servicio de la comunicación intensifica de forma exponencial el daño de afirmaciones o mensajes que, en otro momento, podían haber limitado sus perniciosos efectos a un reducido y seleccionado grupo de destinatarios. Quien hoy incita a la violencia en una red social sabe que su mensaje se incorpora a las redes telemáticas con vocación de perpetuidad. Además, carece de control sobre su zigzagueante difusión, pues desde que ese mensaje llega a manos de su destinatario éste puede multiplicar su impacto mediante sucesivos y renovados actos de transmisión. Los modelos comunicativos clásicos implicaban una limitación en los efectos nocivos de todo delito que hoy, sin embargo, está ausente. Este dato, ligado al inevitable recorrido transnacional de esos mensajes, ha de ser tenido en cuenta en el momento de ponderar el impacto de los enunciados y mensajes que han de ser sometidos a valoración jurídico-penal.
- Esta Sala no puede identificarse con una interpretación del art. 578 del CP que para su aplicación exija la valoración de un dictamen pericial sobre la etiqueta que el autor reivindica para su propia obra artística. Entre otras razones, porque esos complementos explicativos no se incluyen en el mensaje de burla. Éste llega a la víctima en su integridad, sin matices aclaratorios de la verdadera intención del autor que los suscribe. La memoria de su propia tragedia no adquiere otra tonalidad cuando el dictamen pericial concluye que ha sido expresado con sátira o que es fruto de la crítica ácida. Afirmaciones como las difundidas en la red por César Montaña alimentan el discurso del odio, legitiman el terrorismo como fórmula de solución de los conflictos sociales y, lo que es más importante, obligan a la víctima al recuerdo de la lacerante vivencia de la amenaza, el secuestro o el asesinato de un familiar cercano.

- Los hechos, por tanto, han de ser calificados como constitutivos del delito de enaltecimiento del terrorismo o humillación de las víctimas previsto y penado en el art. 578 del CP. La Sala no aprecia la continuidad delictiva, reclamada por el Fiscal. Ni cada una de aquellas expresiones integra un delito autónomo ni su conjunto puede recibir el tratamiento que el art. 74 del CP dispensa al delito continuado. El propósito es el mismo y las distintas frases no son sino secuencias naturales –cronológicamente no coincidentes- de idéntico discurso

#### DATOS SENTENCIA:

Sentencia Nº: 989/2016

RECURSO CASACION Nº:971/2016

Fecha Sentencia: 12/01/2017

Ponente Excmo. Sr. D.: Cándido Conde-Pumpido Tourón

TEMA: Imparcialidad del Tribunal: doctrina general. Presunción de inocencia y declaración de la víctima en delitos sexuales: parámetros de control. Prueba pericial: Valor de las peritaciones sobre veracidad del testimonio

#### ASPECTOS EXAMINADOS

- Imparcialidad del Tribunal. - Doctrina general. - Han de considerarse, con carácter general, como contaminantes, los supuestos en los que el Tribunal de apelación revoca una decisión de sobreseimiento, y ordena al Instructor, en contra de su criterio, la continuación del procedimiento contra un investigado, entrando a valorar la consistencia de las pruebas o indicios existentes contra el mismo en el procedimiento. Atendiendo a las circunstancias del caso, cabe estimar que las dos Magistradas que dictaron la sentencia impugnada, incluida la Presidenta del Tribunal y la ponente de la citada resolución, habían ya prejuzgado los hechos pues el juicio expresado en las resoluciones dictadas durante la Instrucción, revocando por dos veces el sobreseimiento en contra del criterio del Instructor y del propio Ministerio Público, apenas difiere del expresado en la sentencia condenatoria. Procede, en consecuencia, estimar el motivo y apreciar el vicio denunciado de falta de imparcialidad del Tribunal.

- Presunción de inocencia y declaración de la víctima en delitos sexuales. La tutela efectiva de los/las menores frente a los abusos sexuales debe constituir, y constituye, una de las principales preocupaciones de esta Sala, pero evidentemente no puede excluir nuestra obligación de garantizar los derechos constitucionales de los ciudadanos, específicamente en un ámbito tan fundamental como la presunción de inocencia, que constituye la base esencial del Estado de Derecho.

- Parámetros de control.- Para verificar la estructura racional del proceso valorativo de la declaración testimonial de la víctima, el Tribunal Supremo viene estableciendo ciertas notas o parámetros que, sin constituir cada una de ellas un requisito o exigencia necesaria para la validez del testimonio, coadyuvan a su valoración, pues la lógica, la ciencia y la experiencia nos indican que la ausencia de estos requisitos determina la insuficiencia probatoria del testimonio, privándole de la aptitud necesaria para generar certidumbre. Estos parámetros consisten en el análisis del testimonio desde la perspectiva de su credibilidad subjetiva, de su credibilidad objetiva y de la persistencia en la incriminación. Estos parámetros de valoración constituyen una garantía del derecho constitucional a la presunción de inocencia, en el sentido de que frente a una prueba única, que procede además de la parte denunciante, dicha presunción esencial solo puede quedar desvirtuada cuando la referida declaración supera los criterios racionales de valoración que le otorgan la consistencia necesaria para proporcionar, desde el punto de vista objetivo, una convicción ausente de toda duda racional sobre la responsabilidad del acusado. La deficiencia en uno de los parámetros no invalida la declaración, y puede compensarse con un reforzamiento en otro, pero cuando la declaración constituye la única prueba de cargo, un insuficiente cumplimiento de los tres parámetros de contraste impide que la declaración inculpativa pueda ser apta por sí misma para desvirtuar la presunción de inocencia, como sucede con la declaración de un coimputado sin elementos de corroboración, pues carece de la aptitud necesaria para generar certidumbre.

-Valor de las peritaciones sobre veracidad del testimonio. Es cierto, como señala la Sala sentenciadora, que esta misma Sala ha destacado que los dictámenes periciales sobre veracidad del testimonio no son determinantes en la valoración probatoria. Pero la Sala de Instancia interpreta esta doctrina jurisprudencial en sentido contrario al que le corresponde. Nuestra doctrina, desde la perspectiva de la presunción constitucional de inocencia, insiste en que es el Tribunal el que debe adquirir la convicción razonable sobre la culpabilidad para fundamentar la condena, a partir de su propia valoración probatoria, y que la ausencia de convicción que concluye en una sentencia absolutoria, no puede ser sustituida por las valoraciones periciales sobre credibilidad de un testimonio para fundamentar en vía de recurso una condena en contra del criterio valorativo del Tribunal. Pero esta doctrina no faculta al Tribunal sentenciador para fundamentar su condena en el único testimonio de la víctima, no corroborado objetivamente, mediante una valoración que debe calificarse de irracional, al prescindir absolutamente de una pluralidad de dictámenes técnicos sobre la falta de verosimilitud de dicho testimonio, fundamentados en criterios científicos, cuando los propios dictámenes acreditan, además, que no existe ningún tipo de secuela que avale la verosimilitud de la denuncia.

**DATOS SENTENCIA:**

SSentencia Nº: 979/2016

RECURSO CASACION Nº:1022/2016

Fecha Sentencia: 11/01/2017

Ponente Excmo. Sr. D.: Cándido Conde-Pumpido Tourón

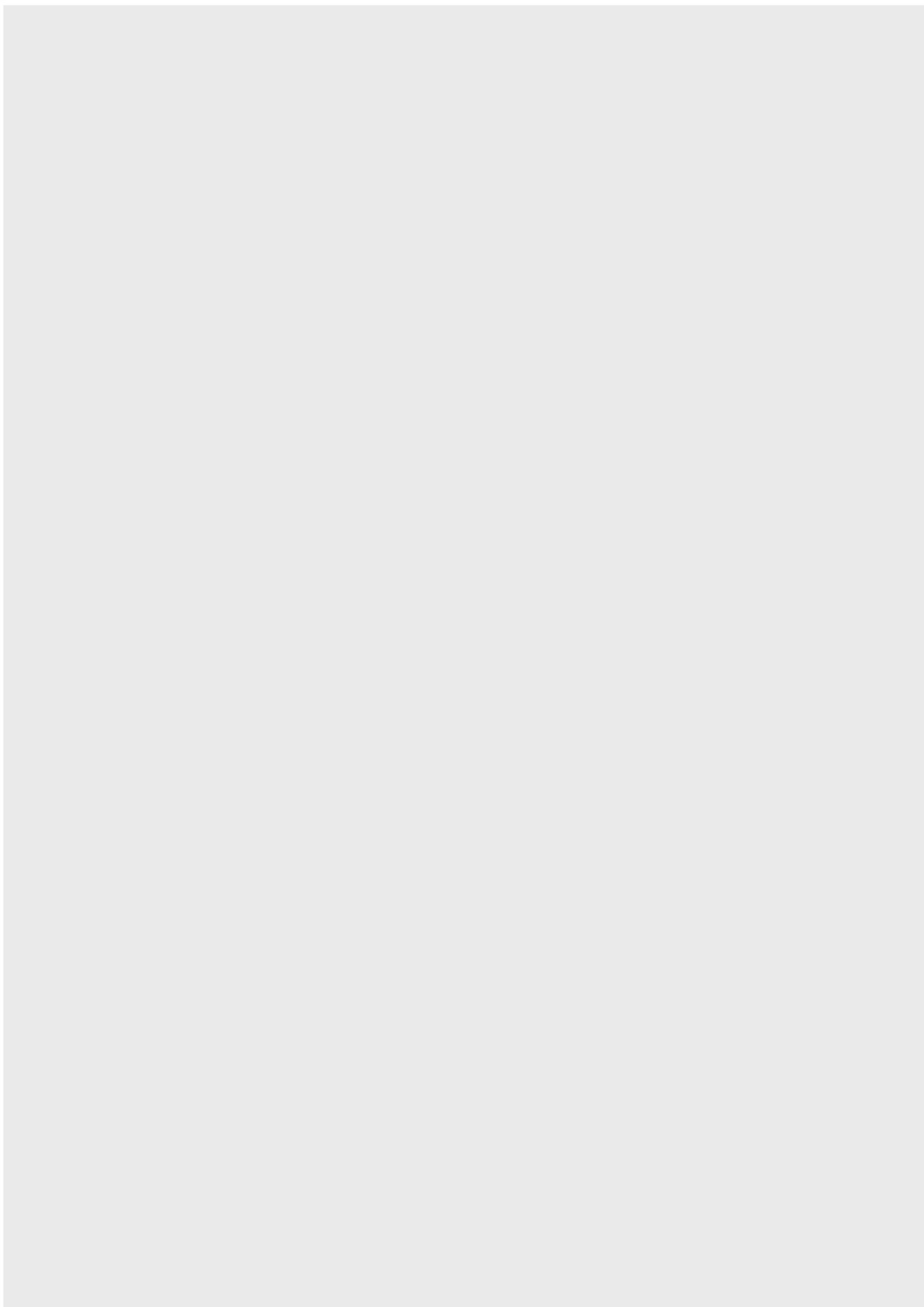
**TEMA:** Prevaricación: Participación: accesoriedad limitada. La accesoriedad de la participación impide el enjuiciamiento separado salvo supuestos excepcionales

**ASPECTOS EXAMINADOS**

- **PREVARICACIÓN.** La prevaricación constituye un delito especial propio, lo que indica que solo puede ser cometido por la persona en la que concurra una circunstancia especial, concretamente por quien se encuentre facultado para dictar la resolución administrativa supuestamente prevaricadora. En los delitos especiales solo puede ser autor el intraneus, por lo que quienes no tengan la cualidad especial del autor deben responder como partícipes. Es por ello por lo que en el caso actual el recurrente, un extraneus, ha sido acusado como cooperador necesario, es decir como partícipe y no como autor.

- Como es sabido, la participación es accesoria, es decir que el partícipe solo puede responder penalmente cuando se ha constatado la comisión de un hecho delictivo principal realizado por el autor. En la actualidad la teoría jurídica del delito aplica de forma mayoritaria, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia, la doctrina de la accesoriedad limitada, de acuerdo con la cual el partícipe responde de los hechos típicos y antijurídicos cometidos por el autor. Ello significa, en todo caso, que el partícipe solo puede ser castigado si se constata una conducta típica y antijurídica del autor, aun cuando éste no fuere culpable.

- El reflejo procesal de esta doctrina penal sustantiva es la imposibilidad de enjuiciar a un partícipe si no se enjuicia al autor. Salvo supuestos excepcionales (por ejemplo, que el autor haya sido enjuiciado y condenado con anterioridad) la accesoriedad de la participación impide el enjuiciamiento separado, pues el partícipe solo pueda ser condenado si se constata una conducta típica y antijurídica del autor, y ello exige el enjuiciamiento conjunto o prioritario de éste. En consecuencia, concurre una causa fundada que se opone a juzgar con independencia a dos acusados como autor y como cooperador necesario de un delito de prevaricación, lo que constituye motivo casacional de quebrantamiento de forma conforme al art 850 5º de la Lecrim.



**DATOS SENTENCIA:**

Sentencia N°: 983/2016

RECURSO CASACION N°:722/2016

Fecha Sentencia: 11/01/2017

Ponente Excmo. Sr. D.: José Ramón Soriano Soriano

TEMA: Atentado: elemento subjetivo. Desordenes públicos: cualificación por concurrencia de gran número de personas. Impedimento al ejercicio del derecho de reunión: compatibilidad con desordenas públicos. Agravante de discriminación ideológica

**ASPECTOS EXAMINADOS**

- Atentado: No resultan tipificados los hechos como atentado. No puede presumirse la conciencia en el acusado, de que el sujeto pasivo es una autoridad en el ejercicio de sus funciones. El dolo o elemento subjetivo del delito no se presume.
- Desordenes Públicos: No concurre en los desórdenes públicos la cualificación del artículo 557. bis 3º. La concurrencia al acto de 200 personas, puede considerarse una reunión numerosa (expresión incorporada en la reforma del Código por L.O.1/2015 de 30 de marzo) pero no puede calificarse de una "congregación del gran número de personas" en un evento o espectáculo público.
- Impedimento al ejercicio del derecho de reunión: El delito de 514.4 es compatible, en concurso ideal, con el de desórdenes públicos del artículo 557 C.P.
- Agravante de discriminación ideológica: Se aprecia la agravante de obrar por motivos de discriminación ideológica, ante la intransigencia de admitir otra opción política o ideológica, rechazándola, con medios violentos (artículo 22. 4 C.P.)

**DATOS SENTENCIA:**

Sentencia N°: 1/2017

RECURSO CASACION (P) N°:10417/2016 P

Fecha Sentencia: 12/01/2017

Ponente Excmo. Sr. D.: Perfecto Andrés Ibáñez

TEMA: Testimonio de referencia: coimputado.

**ASPECTOS EXAMINADOS**

- Testimonios de referencia con información recibida de un coimputado, sin embargo, valorable como de cargo, por la calidad y precisión de los datos y la existencia de elementos externos de corroboración bastantes.

## DATOS SENTENCIA:

Sentencia Nº: 999/2016

RECURSO CASACION Nº:997/2016

Fecha Sentencia: 17/01/2017

Ponente Excmo. Sr. D.: Luciano Varela Castro

TEMA: Estafa procesal: tipicidad antes de la LO 5/2010

## ASPECTOS EXAMINADOS

- Conviene recordar la diversidad de tipicidad de tal delito tras la reforma por Ley Orgánica 5/2010, persistente tras la Ley Orgánica 1/2015, que afectó al artículo 250.1.7ª del Código Penal. En ausencia de otra específica descripción del tipo, en la estafa sancionada con anterioridad a 2010, la modalidad procesal era una mera agravación del tipo de estafa genérica. En la redacción vigente al tiempo de los hechos la estafa procesal se adecuaba jurisprudencialmente a la estructura de producción construida así: acto engañoso-generación de error en el juez-desplazamiento patrimonial a causa de este error. El único perjuicio considerado era el del sujeto pasivo del procedimiento -demandado- que resultaba compelido a un desplazamiento patrimonial a causa del error que el autor generaba en el juez. Sujeto especial solamente podía serlo pues quien desencadenaba el error causa del desplazamiento patrimonial. El sujeto especial del tipo, solamente lo era el demandante, porque el sujeto pasivo o demandado, único en quien se residenciaba el perjuicio causado mediante desplazamiento patrimonial, no podía ser, precisamente por ello el doloso determinante del error judicial. Si el demandado causaba el error y era el demandante quien sufría el perjuicio, este perjuicio no derivaba de un desplazamiento patrimonial que tuviera la decisión judicial fruto de error como causa, sino del fracaso de la demanda y del mantenimiento de la situación precedente a ésta. Lo que se alejaba de la secuencia en la estructura del tipo antes referida.

## DATOS SENTENCIA:

Sentencia Nº: 993/2016

RECURSO CASACION (P) Nº:10282/2016 P

Fecha Sentencia: 12/01/2017

Ponente Excmo. Sr. D.: Joaquín Giménez García

TEMA: Robo con violencia, detención ilegal y homicidio en grado de tentativa. Coautoría sucesiva o adhesiva. Concurso ideal entre robo y detención ilegal. Calculo de la pena en el concurso ideal.

## ASPECTOS EXAMINADOS

- Coautoría sucesiva o adhesiva: cabe una coautoría ex ante o incluso adhesiva cuando alguno se suma, acepta y coadyuva eficazmente a un comportamiento ya realizado por otro de los copartícipes lo que patentiza la inexistencia de desviaciones no previstas en el plan a ejecutar.
- Robo con violencia e intimidación y detención ilegal. Supuestos en los que la inmovilización personal se integra como elemento del robo, y diferenciación de aquellos otros en los que se está en presencia de un concurso ideal o un concurso real de delitos
- Concurso ideal entre el delito de robo con uno de los delitos de detención ilegal, y punición separada de los otros tres delitos de detención ilegal
- Cálculo de la pena del concurso ideal. Art. 77-3º del Cpenal

DATOS AUTO

CUESTIÓN DE COMPETENCIA 54/16

Fecha auto: 10/11/16

Ponente Excmo. Sr. D. Luis María Díez Picazo Giménez

TEMA: No existe cuestión de competencia. El órgano superior la defiere al inferior. No existe cuestión sobre sucesión procesal.

ASPECTOS EXAMINADOS

- Se recurre la resolución de la directora general de Dependencia y Mayores de la Consejería de Bienestar Social de la Generalidad Valenciana, que desestima el recurso de alzada interpuesto contra la resolución del director territorial de Bienestar Social sobre revisión anual de la participación económica que debe abonar el usuario por el servicio de atención residencial.
- El juzgado de lo contencioso solicita que se declare la competencia del TSJ para que, de manera previa a la remisión de las actuaciones al juzgado, resuelva la cuestión de la sucesión procesal por causa de muerte de la recurrente. La sala conoció del fallecimiento antes de declararse incompetente.
- Debe inadmitirse la cuestión de competencia ya que la Sala del TSJ declaró la competencia objetiva del juzgado y este tiene que estar a ello sin posibilidad de plantear la cuestión. Esa subordinación no se ve alterada porque estuviera pendiente de tramitar y resolver la sucesión procesal mortis causa de la recurrente.

DATOS DECRETO

Fecha 13/12/16

D<sup>a</sup> Mercedes Fernández-Trigales Pérez

TEMA: Plazos. Presentación de escritos vía Lexnet. Rechazo de presentación manual.

ASPECTOS EXAMINADOS

- Se tuvo por no personado al Abogado del Estado por haber transcurrido el tiempo del emplazamiento. El Abogado del Estado alegó problemas en el sistema de presentación electrónica y el rechazo de la presentación del escrito manualmente.
- Se asume que el escrito fue presentado fuera de plazo, pero se invocan los problemas de rechazo que ha venido causando el sistema Lexnet sobre presentación telemática de escritos, sin que la parte que sufre el rechazo pueda saber su razón. Ello le lleva a no mantener un criterio estricto sobre el cómputo de los plazos. - Considera que la situación le puede causar indefensión a la parte, por lo que se estima el recurso en cuanto a la presentación fuera de plazo del escrito de personación, aunque no se accede a retrotraer las actuaciones, como también solicitaba la parte.



DATOS AUTO

Sala Conflictos art. 42 nº 26/16

Fecha auto: 19/12/16

Ponente Excmo. Sr. D. Pedro José Vela Torres

TEMA: Civil y Contencioso. Daños y perjuicios. Renfe Operadora y Aseguradora.

ASPECTOS EXAMINADOS

- Es una cuestión resuelta con anterioridad. La jurisdicción civil es competente para conocer de las reclamaciones de responsabilidad patrimonial por caídas o golpes en el tren o bajando del mismo. Renfe Operadora es una Entidad Pública empresarial (art. 43.1.b) LOFAGE). Su Estatuto está en el RD 2396/2004. Se rige por el derecho privado salvo en la formación de la voluntad de sus órganos, el ejercicio de sus potestades administrativas y los aspectos regulados respecto de estas entidades en la LOFAGE.
- Las Entidades Públicas Empresariales son organismos públicos a los que se encomienda la realización de actividades prestacionales, la gestión de servicios o la producción de bienes de interés público susceptibles de contraprestación y que se rigen por el Derecho privado, excepto en la formación de la voluntad de sus órganos, en el ejercicio de las potestades administrativas que tengan atribuidas y en los aspectos específicamente regulados para las mismas en la LOFAGE, sus Estatutos y la legislación presupuestaria.
- Como organismos públicos, con personalidad jurídica de Derecho público, con la consideración de Administración: los actos que realicen en tal concepto tienen la naturaleza de actos de la Administración sujetos a Derecho Administrativo, revisables por el orden jurisdiccional contencioso-administrativo. Como sociedades mercantiles están sometidas al ordenamiento jurídico privado.
- El art. 2.2 de la Ley 30/1992 disponía que las Entidades de Derecho Público, con personalidad jurídica propia, vinculadas y dependientes de cualquiera de las Administraciones Públicas, tendrán la consideración de Administración Pública, sujetando su actividad a las prescripciones de dicha Ley «cuando ejerzan potestades administrativas, sometiéndose en el resto de su actividad a lo que dispongan sus normas de creación». Actualmente, el art. 2.2.b) de la Ley 39/2015 establece que las entidades de derecho privado vinculadas o dependientes de las Administraciones Públicas, «quedarán sujetas a lo dispuesto en las normas de esta Ley que específicamente se refieran a las mismas, y en todo caso, cuando ejerzan potestades administrativas».
- El art. 4 del Real Decreto 2396/2004, de 30 de diciembre, que aprueba el Estatuto de la Entidad Pública Empresarial Renfe-Operadora, establece que se regirá por el Derecho privado, excepto en lo relativo a la formación de la voluntad de sus órganos, en el ejercicio de las potestades administrativas que tengan atribuidas y en los aspectos específicamente regulados para las entidades públicas empresariales en la LOFAGE, en la legislación presupuestaria y en este Estatuto.
- El hecho del que dimana la reclamación no guarda relación con la formación de voluntad de los órganos de Renfe y no es consecuencia del ejercicio de potestades administrativas, sino que se enmarca en la actividad de prestación del servicio ferroviario de la entidad pública empresarial Renfe-Operadora.

**DATOS AUTO**

Recurso de casación 1499/16

Fecha auto 3/11/16

Ponente Excmo. Sr. D. Jesús cubero Blas

TEMA: Inadmisión. Motivos: 88.1.a y c, 88.1.a, 88.1.c y d. Recurso de casación: crítica de la sentencia impugnada. Tutela judicial efectiva e inadmisión en casación.

**ASPECTOS EXAMINADOS**

- Motivo de casación: su expresión razonada es un elemento determinante, por lo que no es admisible el recurso en el que la parte no cumpla con las previsiones del artículo 92.1 de la LJCA, sin que el Tribunal pueda colaborar ayudando a cumplir lo que la parte ha omitido. En el caso concreto había una falta de correspondencia entre el cauce procesal elegido y la argumentación desplegada.
  - Motivos del artículo 88.1.a y c: no se alegaba un defecto de jurisdicción, sino la falta de complemento de la sentencia impugnada y su incongruencia omisiva. El motivo del apartado a) se reserva para denunciar el abuso, exceso o defecto de jurisdicción y se aplica a los supuestos de decisiones judiciales que desconocen los límites de esta jurisdicción en relación con otros órdenes y otros poderes del estado.
  - Motivos del artículo 88.1.a: se utiliza el motivo para invocar una lesión del derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en el artículo 24 de la CE al no haber admitido la sentencia una pretensión relativa a una vía de hecho. Esa pretensión no puede dilucidarse a través de este cauce procesal.
  - Motivos del artículo 88.1.c y d: se alega la infracción del derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa, tal y como se reconoce en el art. 24.2 de la CE. Esa alegación debía encauzarse a través del motivo del apartado d), ya que se trata de un vicio in iudicando. El motivo del apartado c) se refiere a un error in procedendo que sea producido en el curso del proceso o al formarse la sentencia, mientras que en el apartado d) se produce al resolver la cuestión que ha sido objeto de debate.
  - Objeto de la casación: ha de suponer una crítica de la sentencia dictada y no una argumentación más propia de un escrito de demanda. El recurso de casación queda desnaturalizado si el recurrente se limita a manifestar su discrepancia con la sentencia recurrida, pero sin razonar las infracciones que le imputa.
- Tutela judicial efectiva y admisión de casación: no se vulnera a causa de la inadmisión prevista legalmente cuando esta se funda en la existencia de una causa legal que lo justifique.



**DATOS AUTO**

Recurso de casación 3871/15

Fecha auto 3/11/16

Ponente Excmo. Sr. D. Manuel Vicente Garzón Herrero

TEMA: Admisión. Sentencia y su ejecución.

**ASPECTOS EXAMINADOS**

- Se admite a trámite el recurso porque la parte invoca el artículo 87.1.c para poner de manifiesto la contradicción existente entre el fallo de la sentencia y el auto de la Sala que acordó desestimar las medidas interesadas por la parte ejecutante, habiendo accedido la Sala en auto posterior a la aclaración solicitada, estableciendo un calendario de pagos y las cantidades a abonar. El recurso tiene por fin verificar la correlación entre el fallo de la sentencia y lo resuelto para su ejecución.

**DATOS AUTO**

Cuestión de Competencia 80/16

Fecha auto 10/11/16

Ponente Excmo. Sr. D. Luis María Díez-Picazo Giménez

TEMA: Responsabilidad patrimonial. Demanda contra dos Administraciones. Enjuiciamiento que corresponde a órganos jurisdiccionales distintos. Actuación por delegación.

**ASPECTOS EXAMINADOS**

- Se reclama responsabilidad patrimonial de la Administración por accidente sufrido al circular en bicicleta por el Parque Natural del Turia. Se inadmite por la Consellería de Infraestructuras, Territorio y Medio Ambiente de la Generalidad Valenciana. Posteriormente se amplía la demanda contra la Confederación Hidrográfica del Júcar. El acto de la Confederación ha sido dictado por delegación del Ministro de Agricultura, Alimentación y Medio ambiente, debiendo entenderse dictado por el órgano delegante.

El enjuiciamiento corresponde a dos órganos jurisdiccionales distintos.

Cuando han de analizarse decisiones adoptadas por diferentes administraciones que se fundan en la misma causa de pedir (el dato fáctico que determina la reclamación), la competencia corresponde al órgano que debe fiscalizar el acto dictado por la administración de mayor ámbito territorial; si ambas tienen el mismo, corresponde al órgano jurisdiccional de mayor jerarquía.

En el presente caso la administración de mayor ámbito es el Ministro de Agricultura, Alimentación y Medio Ambiente, por lo que la competencia corresponde a los juzgados centrales de lo contencioso administrativo.

**DATOS AUTO**

Sala especial de conflictos de competencia art. 42 LOPJ Auto nº. 22/16

Conflicto de Competencia nº. 20/16

Fecha auto 29/11/16

Ponente Excm. Sra. D<sup>a</sup>. María Luisa Segoviano Astaburuaga

TEMA: Jurisdicción contencioso administrativa y social. Impugnación de convenio colectivo: este es publicado por una resolución administrativa, que es la que directamente se impugna.

**ASPECTOS EXAMINADOS**

- Se recurre la resolución dictada por el Ayuntamiento de Madrid que desestima el recurso de reposición interpuesto contra el acuerdo de la Junta de Gobierno de Madrid que aprueba el acuerdo del personal laboral de las instalaciones deportivas municipales. El acuerdo originario se limitaba a aprobar otro anterior suscrito entre ayuntamiento y organizaciones sindicales.

- Se aplica el artículo 2.a) de la LRJS en cuanto declara la competencia de los órganos del orden social para el conocimiento de las cuestiones entre empresarios y trabajadores como consecuencia del contrato de trabajo y el ejercicio de los derechos y obligaciones en el ámbito de la relación de trabajo. Se entiende que los demandantes no están impugnando un acto administrativo concerniente a la formación de la voluntad del ayuntamiento de Madrid, aunque formalmente impugnen una resolución administrativa que se limita a aprobar el acuerdo logrado entre el ayuntamiento y las organizaciones legitimadas para suscribir un convenio colectivo respecto a determinadas condiciones de trabajo. Entiende que lo que están impugnando es el acuerdo logrado por los sujetos legitimados para negociar el convenio colectivo. Se impugnan determinados extremos del citado acuerdo en cuanto modifican acuerdos y convenios colectivos vigentes, entendiéndose que el acuerdo es nulo por no haberse seguido el procedimiento establecido para la negociación de acuerdos y convenios en virtud lo dispuesto en el art. 32 EBEP. El auto concluye que están impugnando el contenido de un acuerdo que tiene la naturaleza de convenio colectivo, para lo que resulta competente de la jurisdicción social, sin entrar a valorar la posible falta de legitimación de los actores para su impugnación, a tenor del dispuesto en el art. 165 LRJS.

- Lo anterior no se desdibuja por el hecho de que el ayuntamiento haya dictado una resolución administrativa regulada por ese ámbito jurídico. También es irrelevante que el empleador sea una persona pública o privada, ya que lo determinante es que la prestación de servicios se lleva a cabo al amparo de una relación laboral y que el objeto del proceso es la impugnación del acuerdo alcanzado entre la empresa y los sujetos colectivos legitimados para negociar el convenio.

**DATOS AUTO**

Sala especial de conflictos de competencia art. 42 LOPJ N°. 21/16

Conflicto de Competencia nº 14/16

Fecha auto 29/11/16

Ponente Excm. Sra. D<sup>a</sup>. María Luisa Segoviano Astaburuaga

TEMA: Jurisdicción contencioso administrativa y social. Reclamación frente al FOGASA por intereses devengados por un principal que corría su cargo. Silencio administrativo.

**ASPECTOS EXAMINADOS**

- En el caso de autos se había dictado resolución expresa extemporánea, por lo que el interesado no podía entender que había sido estimada por silencio administrativo. El silencio administrativo en cualquiera de sus formas ha de entenderse como la garantía que impida que los derechos de los particulares se vacíen de contenido si la administración no atiende con eficacia y celeridad sus funciones. Esa garantía solo cederá cuando exista un interés general prevalente o cuando no exista el derecho cuyo reconocimiento se postula. El silencio administrativo puede tener lugar ante cualquier clase de solicitud siempre que su contenido sea real y posible desde el punto de vista material y jurídico.

Estaríamos ante una interpretación formal del art. 142 de la Ley 30/92 si entendiésemos que la reclamación de los intereses correspondientes a una prestación que corresponde abonar al FOGASA y que este abona tardíamente debieran desgajarse del tronco principal (el importe principal que corresponde a la prestación que produce esos intereses). Todo forma parte del capital adeudado. Esos intereses se integrarían en el contenido de la ejecución que la sentencia que reconoció la deuda principal y participan de la misma naturaleza que el importe principal adeudado, siguiéndole al mismo.

Por ello, no puede derivarse la reclamación de los intereses a otro orden jurisdiccional (que en este caso sería el contencioso administrativo) porque resultaría una interpretación formalista contraria la finalidad de la norma y lesiva para el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva. Sería también excesivo porque hacerlo con cargo a la responsabilidad patrimonial de la administración tiene su propio procedimiento administrativo (art. 142 de la ley 30/92), previo al judicial.

Por ello la competente para el conocimiento de la reclamación de los intereses es la jurisdicción social. Ello no le impide el que el FOGASA sea un organismo administrativo cuya situación esté regulada por normas administrativas, ya que lo relevante es la aplicación del art. 2 LRJS, que atribuye al orden social la competencia para conocer las reclamaciones que formulen los trabajadores frente al FOGASA. Esa responsabilidad viene además atribuida por el art. 33 del Estatuto de los Trabajadores, abarcando tanto el principal como sus intereses.

**DATOS SENTENCIA**

Recurso de casación Nº. 395/16

Fecha auto 22/11/16

Ponente Excm. Sra. D<sup>a</sup>. Celsa Pico Lorenzo

TEMA: Ministerio Fiscal: criterio distinto en instancia y en casación. Enseñanza: asignatura de religión.

**ASPECTOS EXAMINADOS**

- La parte alegó que el Ministerio Fiscal había mantenido una posición distinta en la instancia y en sede casacional. La posición del fiscal es autónoma y se sujeta al principio de legalidad, por lo que puede mantener criterio distinto en instancia y en casación, lo que está expresamente amparado en el artículo 94.3 de su Reglamento Orgánico cuando se lo aconsejen las circunstancias del caso.
- El recurso lo interpuso el Arzobispado de Oviedo contra el Decreto 43/2015 de 10 de junio por el que se regula la ordenación y se establece el currículo del Bachiller en el Principado de Asturias. El Decreto se anula en la instancia en lo que respecta al primer curso de bachillerato por lo que se refiere a la enseñanza de Religión, por existir vulneración del derecho fundamental a la igualdad y no discriminación, manteniéndose en todo lo demás.
- No se incluye la enseñanza de religión dentro del horario lectivo, por lo que la enseñanza no se computa. La enseñanza de la religión es de oferta obligatoria para todos los centros y en todas las etapas educativas, pero de elección voluntaria para los alumnos (o sus padres) de forma que en ningún caso se produzca discriminación tanto por una u otra opción. Quienquiera que opte por la asignatura de religión puede hacerlo, lo mismo que puede optar por no cursarla quien así lo desee, respetándose así tanto el art. 14 como el 16 de la Constitución. Tanto unos alumnos como otros se encontrarán en idéntica situación a la hora de ser calificadas las materias elegidas pertenecientes al bloque de asignaturas específicas. Todos serán evaluados en igualdad en las asignaturas específicas. No se vislumbra con tal regulación que la no previsión de una asignatura complementaria o alternativa a la religión con igual carga lectiva vulnere el principio de igualdad. La asignatura de religión constituye una materia evaluable, de oferta obligada y de libre elección, al igual que las otras que puede escoger quien no desee cursarla

## DATOS SENTENCIA

Sentencia nº 990/16

Fecha Sentencia: 23/11/16

Recurso de casación en unificación de doctrina nº 3818/14

Ponente Excmo. Sr. D. Ángel Antonio Blasco Pellicer

TEMA: Prestación de orfandad

## ASPECTOS EXAMINADOS

- El tema objeto de debate en el presente recurso de casación para la unificación de doctrina consiste en determinar si la actora tiene derecho a la prestación de orfandad de acuerdo con la nueva redacción del artículo 175 LGSS, introducida por la Ley 27/11, de 1 de agosto, de conformidad con la DT 6ª Bis LGSS.

- Consta en la sentencia recurrida que la actora tenía 23 años a la fecha del fallecimiento de su padre y le fue denegada la pensión de orfandad por el INSS por no cumplir las exigencias legales relativas a la edad. En la redacción dada por la Ley 27/11 se establece: "Si el huérfano estuviera cursando estudios y cumpliera los 25 años durante el transcurso del curso escolar, la percepción de la pensión de orfandad se mantendrá hasta el día primero del mes inmediatamente posterior al del inicio del curso académico". La DT 6ª Bis LGSS regula la aplicación paulatina del límite de edad, y la DA 1ª de la Ley 27/11 da nueva redacción a los apartados 1 y 2 del art. 175 LGSS y establece: "1. Tendrán derecho a la pensión de orfandad, en régimen de igualdad, cada uno de los hijos del causante, cualquiera que sea la naturaleza de su filiación, siempre que, al fallecer el causante, sean menores de veintiún años o estén incapacitados para el trabajo y que el causante se encontrase en alta o en situación asimilada al alta. Será de aplicación, asimismo, a las pensiones de orfandad lo previsto en el segundo párrafo del número 1 del artículo 174 de esta Ley.

2. En los casos en que el hijo del causante no efectúe un trabajo lucrativo por cuenta ajena o propia, o cuando realizándolo, los ingresos que obtenga resulten inferiores, en cómputo anual, a la cuantía vigente para el salario mínimo interprofesional, también en cómputo anual, podrá ser beneficiario de la pensión de orfandad, siempre que en la fecha de fallecimiento del causante, aquél fuera menor de 25 años Si el huérfano estuviera cursando estudios y cumpliera 25 años durante el transcurso del curso escolar, la percepción de la pensión de orfandad se mantendrá hasta el día primero del mes inmediatamente posterior al del inicio del siguiente curso académico."

- La Sala sigue doctrina ya establecida en sentencia de 18/09/14 (rec. 3217/13), entre otras, y establece que, partiendo de los preceptos de aplicación, se plantea por el recurrente, quien se hallaba cursando estudios universitarios en la fecha en la que es dado de baja con efectos del 10 de agosto de 2011 en el percibo de la pensión de orfandad de la que era beneficiario, justificando el INSS su resolución en la edad del demandante, 22 años cumplidos el 7 de agosto de 2011, que nos hallamos ante un supuesto de laguna legislativa desde la publicación de la ley 27/2011 de 2 de agosto hasta el 1 de enero de 2012, siendo ese el periodo durante el que el actor contaba 22 años. La laguna afectaría a las situaciones comprendidas entre agosto de 2011 y enero de 2012 que quedarían desprotegidas. La modificación que la Disposición Adicional Primera de la Ley 27/2011 de 2 de agosto introdujo en el art. 175 LGSS abrió la posibilidad de que aquellos huérfanos que hubieran superado la edad límite de 21 años para el disfrute de la pensión de orfandad y que estuvieran comprendidos en alguno de los dos supuestos que contempla pudieran acceder al beneficio siempre que fueran menores de 25 años. Dicha modificación tuvo su entrada en vigor por mandato de la Disposición Final 12ª de la Ley 27/2011 de 1 de agosto el día de la publicación de la citada Ley, lo que acaeció el 2 de agosto. La mejora así creada sobre el sistema anterior fue objeto de desarrollo a través de la Disposición Transitoria Sexta Bis en la que se contempla su aplicación paulatina.

- La Sala, ante la posibilidad de que exista tal laguna normativa o una dificultad en la interpretación, acude a las reglas genéricas que rigen en nuestro Derecho cuando una insuficiente, oscura o desafortunada redacción de las normas sugieren su contradicción con la lógica y con los Principios Generales del Derecho, afirmando que la reforma que amplía el beneficio hasta los 25 años, tiene su fecha límite referencial en el 1 de enero de 2014 y es precisamente la coincidencia entre el nuevo límite de edad, 25 años y la fecha de cumplimiento, 2014, la que viene a romper la aparente incongruencia. Que se trata de realizar una lectura en retroceso de las normas aplicables, situando al final de su trayectoria en el 1-1-2014. En esa fecha, quienes se encontrarán cursando el curso escolar y a lo largo del mismo cumplieran 25 años, conservan el beneficio hasta el día primero del mes inmediato posterior al del inicio del siguiente año académico. El mismo beneficio se aplica a quienes cumplan 24 años a lo largo del curso académico en 2013, 23 años en 2012 y a quienes cumplen 22 a lo largo del curso en 2011, pues el hecho de fijar una edad, la de 25, unida a un año 2014, solo tiene sentido si se considera destinada a proteger a quien cumple la edad límite en la redacción anterior en 2011, prolongando su condición de beneficiario hasta los 25 años.

**DATOS SENTENCIA**

Sentencia nº. 999/16

Fecha Sentencia: 28/11/16

Recurso de casación en unificación de doctrina nº 101/15

Ponente: Excmo. Sr. D. Jesús Gullón Rodríguez

TEMA: CESIÓN ILEGAL (cosa juzgada)

**ASPECTOS EXAMINADOS**

- Se trata de una demanda de reclamación de la condición de trabajadores indefinidos no fijos sobre la base de que se había producido cesión ilegal entre los demandados. En esta sentencia se resuelve la cuestión referida a la incidencia que, desde la perspectiva de la cosa juzgada positiva prevista en el art. 222.4 LEC, y como antecedente lógico, haya de tener en la pretensión de los demandantes de que se les reconozca el derecho a encontrarse en situación de trabajadores indefinidos no fijos del Ayuntamiento de Sevilla por cesión ilegal de trabajadores, y el efecto que haya de surtir la sentencia previa dictada en proceso de despido colectivo entre las mismas partes en la que se declaró la nulidad del mismo por diversos defectos graves en la tramitación del despido, y en la que se extendió la responsabilidad de sus consecuencias a los dos demandados porque se apreció que entre la empresa Sevilla Global SAM y el Ayuntamiento de Sevilla se había producido una situación de la que se deducía que el empresario real de los trabajadores despedidos por la Sociedad Municipal era el Ayuntamiento de Sevilla, pero en la que se excluía de manera expresa y directa la situación de cesión ilegal de trabajadores desde la primera al segundo.

- Se hace referencia en la sentencia a la extensa doctrina de la Sala sobre el alcance interpretativo del nº 4 del art. 222 LEC, y en la que entre otras afirmaciones se asevera que la diversidad de acciones no impide la estimación de cosa juzgada cuando la razón y causa de pedir es la misma, por lo que no es el nombre ni la naturaleza declarativa o constitutiva de la acción ni el hecho de que se añada un nuevo pedimento de condena lo que puede impedir la identidad de la causa petendi, sino que a este respecto lo decisivo es si los hechos y fundamentos de las peticiones son los mismos en lo que afecta a la cuestión planteada; es bastante con que se produzca una declaración precedente que actúe como elemento condicionante y prejudicial de la resolución que ha de dictarse en el nuevo juicio.

- Pone de manifiesto la Sala que a pesar de que los trabajadores de la empresa Sevilla Global pretendieron en todo momento -también en el despido colectivo- acogerse a su postulada condición de trabajadores indefinidos no fijos del Ayuntamiento, esa posibilidad se excluyó expresamente en la sentencia que constituye ahora el precedente lógico que se acoge, y más específicamente de que en ningún caso hubo cesión ilegal de trabajadores en las relaciones habidas entre las dos demandadas. Resulta evidente que la insoslayable existencia de la resolución en la que se resuelve definitivamente sobre la adecuada extinción de la relación laboral de todos los trabajadores de la empresa Sevilla Global -también de los actores hoy recurrentes- sería de ineludible atención en los autos ya que resulta el precedente lógico al que se refiere el art. 222.4 LEC

**DATOS SENTENCIA**

Sentencia nº: 1064/16

Fecha Sentencia: 16/12/16 (SENTENCIA DE PLENO)

Recurso de casación nº 65/16

Ponente: Excmo. Sr. D. Jordi Agustí Juliá.

**TEMA:** DESPIDO COLECTIVO ADMINISTRACIÓN PÚBLICA (prueba pericial, revisión fáctica, buena fe negociada, documentación en el período de negociación, insuficiencia presupuestaria, órgano competente para la adopción de la medida de despido, vulneración principio de igualdad)

**ASPECTOS EXAMINADOS**

- La sentencia tiene por objeto una demanda de Despido Colectivo planteada por Sindicatos y el Comité de Empresa frente al Ayuntamiento de Estepona. Como antecedentes de este pleito hay que tener en cuenta que por sentencia de la Sala General del Supremo de 2-diciembre-2014 (recurso 97/2013) se dictó sentencia anulando la dictada por el TSJ en esta causa para que, con señalamiento de nuevo día para la celebración de juicio, la Sala de instancia valore y admita, en su caso, la prueba pericial que intentó presentar en su día la parte actora. La nueva sentencia dictada por el TSJ que es objeto del presente recurso declara el despido efectuado por el Ayuntamiento como ajustado a derecho.

- En el recurso los Sindicatos solicitan la nulidad de actuaciones y la reposición de los Autos al momento anterior a la celebración del juicio en atención a lo que califican como "sorpresa admisión por la Sala de un contra-informe pericial presentado por el Ayuntamiento demandado". La Sala, tras examinar el art. 93 LRJS que regula la prueba pericial, pone de manifiesto que la práctica de esta prueba se hará en el juicio oral con la ratificación de los peritos, regulación que se tiene que completar con las disposiciones de la Ley de Enjuiciamiento Civil (artículo 427 y concordantes), de aplicación supletoria. De esta normativa se deduce que los informes periciales serán sometidos al principio de contradicción entre la partes, y en cuanto al plazo para la presentación de las pruebas y su entrega a las otras partes (art. 124 LRJS), la Sala viene considerando que el incumplimiento del plazo (cinco días) no es por sí solo causa suficiente para declarar su inadmisión, siempre y cuando no se haya ocasionado indefensión, en cuyo caso la parte afectada podrá solicitar un plazo supletorio para alegaciones conforme establece el art. 87.6 LRJS. Finaliza la sentencia examinada manifestando que la sentencia razona suficientemente la admisión de dicha prueba y fundamenta de manera motivada que tal admisión no ha ocasionado indefensión a las partes, lo que lleva a la desestimación del motivo.

- En cuanto a la revisión fáctica propuesta la Sala hace un examen exhaustivo de la doctrina sobre la materia haciendo referencia a la sentencia de Pleno de fecha 18 de julio de 2014 (recurso casación 11/2013), en la que se recuerdan los requisitos: a) Que se concrete con claridad y precisión el hecho que haya sido omitido o introducido erróneamente en el relato fáctico. b) Que tal hecho resulte de forma clara, patente y directa de la prueba documental obrante en autos, sin necesidad de argumentaciones o conjeturas. c) Que se ofrezca el texto alternativo concreto que deba figurar en la narración que se tilda de equivocada, bien sustituyendo o suprimiendo alguno de sus puntos, bien complementándolos. d) Que tal hecho tenga trascendencia para modificar el fallo de instancia.

- Igualmente se recuerda que una cosa es el error en la apreciación de la prueba que de haberse producido mostraría un relato histórico hecho en términos equivocados, y otra muy distinta que la valoración jurídica de los comportamientos conduzca a resultados que el recurso considere erróneos, aun cuando el conjunto fáctico se halle acreditado en forma impecable (STS/IV 20-marzo-2012 - rco 40/2011); debiendo rechazarse las pretensiones que instan una nueva valoración de las pruebas porque en este caso la actuación de la parte sería la propia de un recurso ordinario de apelación, no del extraordinario de casación, olvidando también que en el proceso laboral la valoración de la prueba en toda su amplitud únicamente viene atribuida por el art. 97.3 LRJS al Juzgador de instancia.

- En cuanto al valor probatorio de los documentos sobre los que debe apoyarse la pretensión, deben tener una eficacia radicalmente excluyente, contundente e incuestionable, de tal forma que el error denunciado emana por sí mismo de los elementos probatorios invocados, sin necesidad de argumentos, deducciones, conjeturas o interpretaciones valorativas. Por otra parte, la revisión fáctica no puede fundarse en el mismo documento -salvo supuestos de error palmario- en que se ha basado la sentencia impugnada para sentar sus conclusiones, ya que como la valoración de la prueba corresponde al juzgador y no a las partes, no es posible sustituir el criterio objetivo de aquel por el subjetivo juicio de evaluación personal del recurrente. También se recuerda que el error en la apreciación de la prueba sólo se puede basar en prueba documental, en ningún caso, a diferencia del recurso de suplicación, en la prueba pericial. Se alude igualmente a la imposibilidad de alegar prueba negativa, así como que el error ha de recaer sobre un hecho, lo que excluye de la revisión la redacción de cualesquiera normas de derecho y su exégesis.

- Se examina también en la sentencia la vulneración del art. 51 ET en relación con el derecho a la negociación colectiva que se encuentra regulado en el art. 37 de la Constitución española, y concretamente con una negociación efectiva dentro del principio general de la buena fe en el período de consultas, cuya falta conllevaría la nulidad el expediente como consecuencia de lo previsto igualmente el art. 124.11 de la LRJS. Se hace una

exégesis de la Jurisprudencia sobre la materia haciendo hincapié en que la expresión legal ofrece una innegable generalidad pero no es sino una mera especificación del deber general de buena fe que corresponde al contrato de trabajo (art. 1258 CC y 89.1 ET); que su objetivo es la consecución de un acuerdo y que durante el período de consultas debe versar la negociación como mínimo sobre las posibilidades de evitar o reducir los despidos colectivos y de atenuar sus consecuencias mediante el recurso a medidas sociales de acompañamiento. Se concluye que no ha existido en el supuesto de autos infracción del deber de negociación.

- También se examina la documentación que debe aportarse al inicio del período de consultas, recordando la Jurisprudencia sobre la materia que se regula en el art. 6 del RD 801/11 y cuya finalidad es la de que los representantes de los trabajadores tengan una información suficientemente expresiva para conocer las causas de los despidos y poder afrontar el periodo de consultas adecuadamente, recordando asimismo que no todo incumplimiento de las previsiones contenidas en aquel precepto puede alcanzar la consecuencia de nulidad que se pueda desprender del art. 124 LRJS sino tan sólo aquella que sea trascendente a los efectos de una negociación adecuadamente informada.

- Se entra también en el examen de la infracción del artículo 34 de la Ley General de Presupuestos del Estado, en relación con las causas económicas, y en concreto con el requisito de que la insuficiencia presupuestaria ha de ser sobrevenida y persistente, pues no podría procederse al despido de empleados públicos sin cumplirse con esas exigencias. También se acude a la Jurisprudencia al respecto con examen de la DA 20ª que se añade al Estatuto de los Trabajadores por la Ley 3/12 de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, y que establece como causa económica de los despidos en las Administraciones Públicas el que se produzca en las mismas una situación de insuficiencia presupuestaria sobrevenida y persistente para la financiación de los servicios públicos correspondientes, afirmando que en todo caso se entenderá que la insuficiencia presupuestaria es persistente si se produce durante tres trimestres consecutivos. Se establece asimismo la exigencia de que en todo el Sector Público los despidos colectivos han de efectuarse en el marco de los mecanismos preventivos y correctivos regulados en la normativa de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera de las Administraciones Públicas. En cuanto a lo que debe configurarse como insuficiencia presupuestaria se ha resuelto a través del RD 1483/12 y en cuanto a su persistencia "si se produce durante tres trimestres consecutivos", se está refiriendo exclusivamente al déficit presupuestario sobrevenido en un único ejercicio; en cuanto a que la insuficiencia sea sobrevenida entiende la Sala que no parece que, dada la referencia directa a los presupuestos, deba tener una interpretación ajena a la propia normativa presupuestaria, no entendiéndolo simple o exclusivamente como un hecho o suceso repentino e imprevisto, y en relación a que ha de ser sobrevenida para poder justificar un despido colectivo económico en una Administración pública entiende la Sala que se refiere a que debe afectar concretamente a "la financiación de los servicios públicos correspondientes".

- Se examina asimismo en la sentencia la infracción del art. 22 de la Ley 7/1985 de Bases del Régimen Local en referencia a la competencia para la adopción de la Medida de Despido Colectivo al haberse solicitado la nulidad del ERE por cuanto se adopta la medida por un órgano manifiestamente incompetente, el Alcalde, por defender que la competencia corresponde al Pleno Municipal en los Ayuntamientos. La Sala indica que la cuestión se centra en determinar si es aplicable al caso la previsión contenida en el art. 50.10 del RD 2568/1986 por el que se aprueba el Reglamento de Organización y Funcionamiento del Régimen Jurídico de las Entidades Locales, concluyendo que tras la derogación efectuada por la Ley 57/03 de la exigencia al Alcalde de que someta el despido a la ratificación del Pleno, bastando con la dación de cuenta, el despido decidido por aquel no da lugar a la improcedencia por defecto de forma.

- Finalmente examina la Sala la denuncia de discriminación entre el personal laboral y el funcionario y por haber entre las personas despedidas un número importante de afectados de las candidaturas (PSOE e IU) distintas del partido que gobierna el municipio (PP). Estas denuncias son desestimadas por la Sala que hace un exhaustivo examen de la Jurisprudencia de la propia Sala y el TC sobre la materia.

**DATOS SENTENCIA**

Sentencia nº. 1090/16. Sentencia de Pleno

Fecha Sentencia: 21/12/16

Recurso de casación nº 131/16

Ponente: Excm. Sra. D<sup>a</sup> Rosa María Virolés Piñol

TEMA: DESPIDO COLECTIVO (buena fe negocial, control judicial)

**ASPECTOS EXAMINADOS**

- La sentencia hace un exhaustivo examen sobre la aportación documental en el período de consultas y la necesidad de negociar con buena fe. Aplicando la doctrina jurisprudencial al supuesto de autos entiende la Sala que hay que estimar que hubo información suficiente, pues además de la exigida en la Ley (memoria explicativa e informe técnico), la empresa hizo entrega a los RLT de determinada documentación complementaria, sin que la negativa a entregar el informe de prevención de riesgos laborales o el demostrativo de las sanciones impuestas por Metro ante la existencia de descubiertos en alguna estación, aunque ciertamente puede ser reprobable, no vicia de nulidad el proceso negociador. Por otro lado, tampoco puede apreciarse mala fe en la negociación, puesto que, conforme al relato de hechos probados, no concurren datos para poder apreciar la concurrencia de mala fe durante la negociación, puesto que ésta existió como lo demuestra el contenido de las cuatro reuniones celebradas al efecto, proponiendo por la empresa un acuerdo, aunque inasumible por la contraparte por su onerosidad, que en definitiva comportó diálogo y negociación entre las partes negociadoras. Lo que se produjo no fue más que un desencuentro de posturas, por lo que se impone el rechazo del alegato de ausencia de buena fe en la negociación.

- A continuación la sentencia entra en el examen del control judicial del despido y se afirma por la Sala que el respeto al art. 4 del Convenio 158 OIT impide aceptar que el control judicial del despido se limite a comprobar si concurren las circunstancias definidoras de una situación económica negativa, sino que sirve para determinar si concurre el nexo de razonabilidad entre lo pretendido -un determinado número de extinciones contractuales- y la causa desencadenante -una circunstancia económica y productiva- (STS/4<sup>a</sup>/Pleno de 25 junio 2014, rec. 165/2013). Por ello considera inadmisibles, tanto el extraordinariamente limitado papel que de manera formal se atribuye a los Tribunales en el Preámbulo de la Ley 3/2012, como la discrecionalidad absoluta que, en todo caso, solo corresponde al empresario cuando medie causa legalmente descrita (STS/4<sup>a</sup>/Pleno de 17 julio 2014, rec. 32/2014). Que la aplicación de esta doctrina que permite incluir dentro del control judicial el análisis sobre la adecuación, razonabilidad y la proporcionalidad de la medida extintiva en términos de sacrificios de las partes, conduce a la estimación parcial de las demandas, porque no puede dejar de ser sorprendente que a 58 de los 67 trabajadores finalmente despedidos, la extinción de su contrato se justifique en la deficitaria situación atravesada en los servicios de vigilancia de Metro de Madrid, cuando ellos no prestaban servicios para éste y además lo hacían en sectores de la empresa que atravesaban una buena situación económica, aunque ésta, no haya sido la causa del despido; y por otro lado, no es razonable el despido de los 9 trabajadores de Metro, cuando según se consta acreditado, realizan con habitualidad horas extras y se están produciendo, de manera frecuente, descubiertos en la prestación de servicios comprometidos por su peligrosidad, al haberse reducido de manera drástica el número de vigilantes. Y si, además, ello va acompañado del hecho de que la empresa ha realizado 104 contrataciones en el periodo de tiempo que media entre el 1 de noviembre de 2014 y el 17 de septiembre de este año, entiende el Alto Tribunal que es acertada la sentencia de instancia que llega a la conclusión de que no concurren las causas alegadas en el despido colectivo.

**DATOS SENTENCIA**

Sentencia nº: 1101/16

Fecha Sentencia: 21/12/16

Recurso de casación en unificación de doctrina nº 2225/15

Ponente: Excmo. Sr. D. José Luis Gilolmo López

TEMA: Prestación a favor de familiares: presentación demanda antes del fallecimiento: no cumple requisitos

**ASPECTOS EXAMINADOS**

- La cuestión planteada en el recurso consiste en determinar si tiene derecho a pensión en favor de familiares la hija que convivía con el padre desde hacía dos años y que estaba tramitando su divorcio, sin derecho a pensión compensatoria, cuando el padre falleció el 14 de enero de 2014, antes de transcurrir un mes desde la presentación de las demandas de divorcio por quienes con él convivían, prestación que le fue denegada por el INSS por estar casada al tiempo del hecho causante.

- Se trata de la aplicación del art. 176, 2 y 4 LGSS que concede la prestación a los hijos o hermanos de beneficiarios de pensiones contributivas de jubilación e invalidez que hayan convivido con el causante, sean mayores de 45 años solteros, divorciados o viudos, y carezcan de medios propios de vida.

- La Sala, tras un examen del precepto entiende que el nº 4 se refiere a quienes reúnen la condición legal de divorciados y no a quienes están pendientes de la resolución de una demanda de la que pueden desistir antes de recaer sentencia, es decir, que la prestación se reconoce en los supuestos de crisis matrimonial legalizada, aunque siempre quepa la posibilidad de reconciliación, porque mientras tanto los deberes del marido subsisten y se entiende que la mujer vive a su cargo y que puede reclamarle alimentos (arts. 142 y 143 CC).

- Justifica la Sala que se haya producido en la Jurisprudencia una flexibilización del requisito de tener reconocida pensión compensatoria a la viuda, cuando la demanda de divorcio, tras la suscripción del oportuno convenio regulador, se presentó antes de enero de 2008 y su resolución posterior por sentencia afectaba a la aplicación de la transitoria 18ª de la LGSS, porque entiende que se trata de supuestos diferentes, incluso se trata de prestaciones distintas

**DATOS SENTENCIA**

Sentencia nº 1105/16

Fecha Sentencia: 21/12/16

Recurso de casación en unificación de doctrina nº 3508/15

Ponente Excmo. Sr. D. Ángel Antonio Blasco Pellicer

TEMA: Despido (contenido de la carta de despido individual derivado de despido colectivo)

**ASPECTOS EXAMINADOS**

- Se resuelve en esta sentencia sobre una demanda de despido individual derivado del despido colectivo efectuado por la empresa, en el que no hubo acuerdo y que acabó siendo declarado ajustado a derecho por sentencia firme. Los trabajadores afectados fueron relacionados nominativamente en la memoria explicativa entregada a los representantes de los trabajadores, a quienes también se les entregaron los criterios de selección.

- Se debate acerca de si el contenido de la carta de despido es suficiente y cumple las exigencias procedimentales del art. 53.1 ET. Entiende la Sala del Alto Tribunal que se cumplen tales exigencias si en la carta figuran las causas entendidas como la descripción de la situación de la empresa, su evolución y su influencia en la necesidad de amortizar puestos de trabajo mediante la adopción de la decisión extintiva que se comunica; argumenta la sentencia que no es necesario alegar ni acreditar los motivos de la elección del trabajador. Concluye la sentencia que la comunicación individual al trabajador afectado por un despido colectivo tiene por obligada indicación, exclusivamente, la expresión de la concreta causa motivadora del despido en términos compatibles con el derecho de defensa del interesado.

- Los argumentos en los que basa la Sala tal conclusión son:

a) que la referencia a la causa en la carta del despido objetivo (art. 53.1.a) ET) es equivalente a hechos que lo motivan en el disciplinario.

b) que al tratarse de un despido objetivo en ejecución de un despido colectivo existen negociaciones previas y el proceso negociador supone una diferencia que ha de tener reflejo en las exigencias de la comunicación formal

c) que la mejora introducida por la reforma de 2012, extendiendo a la comunicación individual del despido -en los despidos colectivos- la formalidad propia de la establecida para el despido objetivo (lo que no ocurría con anterioridad, porque la comunicación individual carecía de formalidad alguna), no puede distorsionarse llegando al injustificado extremo interpretativo de entender que el despido colectivo pase a tener aún mayor formalidad que el despido objetivo y que se limita a la exclusiva referencia a la causa.

## DATOS SENTENCIA

Sentencia nº. 1118/16

Fecha Sentencia: 27/12/16

Recurso de casación en unificación de doctrina nº 3132/15

Ponente: Excmo. Sr. D. Jesús Gullón Rodríguez

TEMA: PRESTACIÓN DE DESEMPLEO (importe de la prestación en los contratos a tiempo parcial o mixtos)

## ASPECTOS EXAMINADOS

- El problema que resuelve el recurso consiste en determinar el importe de la prestación contributiva de desempleo que haya de percibir el beneficiario cuando ha mediado un trabajo a tiempo parcial como precedente temporal determinante de las cotizaciones efectuadas con arreglo al mismo, y particularmente el modo de determinar el importe de los topes mínimos y máximos previsto en el nº 3 del art. 211 LGSS.

- La Sala compara la redacción del art. 211 vigente hasta el 15 de julio de 2012 que vino motivada por la creación de un nuevo parámetro para la determinación de los niveles de ingresos o de la intensidad de la protección social (el IPREM) y que llevó a que desapareciera del art. 211.3 la alusión al SMI y que establecía que "La cuantía máxima de la prestación por desempleo será del 175 por ciento del indicador público de rentas de efectos múltiples, salvo cuando el trabajador tenga uno o más hijos a su cargo; en tal caso, la cuantía será, respectivamente, del 200 por ciento o del 225 por ciento de dicho indicador.

La cuantía mínima de la prestación por desempleo será del 107 por ciento o del 80 por ciento del indicador público de rentas de efectos múltiples, según que el trabajador tenga o no, respectivamente, hijos a su cargo.

En caso de desempleo por pérdida de empleo a tiempo parcial, las cuantías máxima y mínima a que se refieren los párrafos anteriores se determinarán teniendo en cuenta el indicador público de rentas de efectos múltiples en función de las horas trabajadas"

Tras la reforma introducida por el RDL 20/12, establece el precepto que "En caso de desempleo por pérdida de empleo a tiempo parcial o a tiempo completo, las cuantías máximas y mínimas de la prestación, contempladas en los párrafos anteriores, se determinarán teniendo en cuenta el indicador público de rentas de efectos múltiples calculado en función del promedio de las horas trabajadas durante el período de los últimos 180 días, a que se refiere el apartado 1 de este artículo, ponderándose tal promedio en relación con los días en cada empleo a tiempo parcial o completo durante dicho período".

- Desde los parámetros legales la Sala argumenta: 1º) que el primer paso para conocer el alcance de la prestación contributiva por desempleo total (no parcial) viene dado por el establecimiento del tiempo de su duración, aplicándose para ello la escala del art. 210.1 LGSS. 2º) que a continuación procede determinar el importe de la base reguladora de la prestación, en la forma que se desprende del art. 211.1 LGSS, obteniendo el promedio de la base por la que se haya cotizado por dicha contingencia durante los últimos 180 días del período a que se refiere el apartado 1 del artículo 210. 3º) que, hallados esos dos parámetros, la operación siguiente es la de establecer el importe de la prestación que, como establece el art. 211.2, se determinará aplicando a la base reguladora los siguientes porcentajes: El 70 por 100 durante los ciento ochenta primeros días y el 50 por 100 a partir del día ciento ochenta y uno. 4º) que existe un tercer elemento que, en su caso, habrá de tenerse en cuenta para el cálculo del importe y que parte de la base de que en las prestaciones por desempleo contributivo existen unos topes o límites máximos y mínimos, que no pueden ser ignorados o rebasados y que se regulan en el número 3 del art. 211 LGSS, y en ese caso, y desde la literalidad del precepto, la cuantía máxima de la prestación será el 175 por 100 calculada desde el indicador público de rentas de efectos múltiples (IPREM), salvo cuando el trabajador tenga uno o más hijos a su cargo; en tal caso, la cuantía será, respectivamente, del 200 por 100 o del 225 por 100 de dicho indicador. En el supuesto de que no existan hijos a cargo el tope mínimo que resultaría de aplicación sería el 80% del IPREM del año en el que se reconoció la prestación. 5º) que a partir de aquí es donde entraría en juego el cuarto elemento para el cálculo del importe de la prestación en el caso de la existencia de un contrato de trabajo a tiempo parcial, y como novedad, tras la reforma introducida por el RDL 20/12, también para los contratos a tiempo completo con periodos trabajados a tiempo parcial, y aunque la redacción del precepto, afirma la Sala, exige una lectura reposada para su entendimiento, la realidad prevista por la norma es que en los casos de contratos a tiempo parcial o mixtos, habrá que establecer ese índice de temporalidad de los últimos 180 días trabajados para proyectarlos únicamente sobre el cálculo del IPREM aplicable, y después observar si se rebasan los topes previstos en los dos párrafos anteriores, de forma que no se trata de aplicar ese índice sobre la base reguladora, lo que implicaría una doble reducción (la del número 2 del 70% para los primeros 180 días y del 50% para el resto, y sobre ella el 60% de índice de temporalidad correspondiente a los 180 últimos días cotizados), sino de observar esos topes máximos en función de los periodos, los tiempos cotizados.

- Finalmente la Sala concluye que el precepto no se opone a lo dispuesto en la cláusula 4 de la Directiva 97/81 relativa al Acuerdo marco sobre el trabajo a tiempo parcial, en la que se contiene el principio de no discriminación en las condiciones de empleo de los trabajadores a tiempo parcial, y ello porque la actividad que llevan a cabo durante un número de horas o de días inferior a un trabajador a tiempo completo hace que no resulte contrario al principio de igualdad de trato el establecimiento de tales topes legales para el percibo de las

prestaciones y la consecuencia de que tengan un techo o un suelo diferentes, acordes precisamente con la actividad y en proporción a la misma, opción normativa basada precisamente en esa diferencia, en esa ausencia de elementos comparables que desembocan en un trato diferente a la hora de fijar las condiciones del percibo de las cantidades máximas o mínimas, pero no discriminatorio sino objetivamente justificado, cuando además, la previsión de llevar a cabo el cálculo de referencia en función del promedio de las horas trabajadas durante el periodo de los últimos 180 días, se refiere tanto a los supuestos de pérdida de empleo a tiempo parcial como a los de tiempo completo.

## DATOS SENTENCIA

RECURSO DE CASACIÓN 14/2016.

Sentencia nº. 138/16

Fecha Sentencia: 10/11/2016.

Ponente, Excma. Sra. D<sup>a</sup>. Clara Martínez de Careaga y García.

TEMA: Delito de abandono de un servicio de armas.

## ASPECTOS EXAMINADOS

- Carácter permanente del servicio de armas. En esta sentencia se expone sintéticamente la doctrina de la Sala Quinta sobre este asunto, resulta interesante reproducir la fundamentación jurídica aquí empleada donde textualmente se argumenta lo siguiente:

<<...Con el cuarto y último motivo de recurso, también por infracción de ley, formulado al amparo del artículo 849.1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, el recurrente alega indebida aplicación del tipo penal por el que ha sido sancionado, sosteniendo que el servicio que abandonó no puede ser considerado como servicio de armas toda vez que él entregó su arma a las 9 de la mañana, siendo así que no entraba " en el punto o garita hasta las 13 horas".

La sorprendente alegación no puede ser acogida.

En primer lugar, consta en el relato de hechos probados, ya inamovible, que el recurrente tenía designado el día 31 de julio de 2014 servicio de 24 horas como miembro de la guardia de seguridad de su Compañía, que dicho servicio comenzaba a las 8 de la mañana y que el recurrente comenzó a prestarlo con normalidad. La hora exacta, dentro de dicha guardia en que tuviera que personarse en un concreto punto o garita dentro del acuartelamiento resulta indiferente a los efectos de examinar el abandono del servicio, que insistimos, duraba 24 horas.

Mas irrelevante, aún resulta el hecho de que, cuando se presentó en el botiquín, al poco tiempo de iniciar el servicio, la Cabo Eburne, le pidiera -al advertir que su comportamiento no era normal y que no razonaba de forma coherente-, que le entregara el arma reglamentaria, pues es claro que el servicio de guardia de seguridad tiene la consideración de servicio de armas durante todo su desarrollo, con independencia de las incidencias que durante el mismo se produzcan.

Esta Sala viene de manera reiterada declarando, interpretando lo dispuesto en el art. 16 del Código Penal Militar, "que los servicios de armas tiene carácter permanente desde su comienzo hasta la total terminación de los mismos (SS 04.05.1989; 10.02.1992; 19.05.1993; 30.01.1995; 26.01.1999 y 20.11.2002, entre otras), de manera que iniciado uno de estos servicios su naturaleza no varía en el curso del mismo porque alguno de los cometidos ordenados con tal carácter pudiera desempeñarse sin dotación de armamento, mientras no se haya concluido el servicio en su conjunto" (STS 5ª de 2 de junio de 2014 , en la que, a su vez, se cita la de 14 de enero de 2004).

La jurisprudencia de esta Sala no solo ha afirmado el carácter permanente del servicio de armas sino que ha ido elaborando una doctrina relacionando qué servicios concretos deben ser tenidos como de armas, y así se incluyen : "la Guardia de Prevención (Sentencia de 13 de abril de 2009 ); las Patrullas de servicio de seguridad antiterrorista en la vía del ferrocarril de alta velocidad (Sentencia de 6 de octubre de 2007); las Guardias de Seguridad, (Sentencias de 7 de febrero de 2005 y 20 de febrero de 2007); el Oficial de Servicio (Sentencias de 3 de diciembre de 1999, 14 de enero de 2004 , 28 de enero y 18 de abril de 2005, y 31 de enero de 2006 ); el Suboficial de la Guardia de Seguridad (Sentencia de 22 de febrero de 1995); las Guardias de honor (Sentencia de 3 de noviembre de 2008); o la realización de un ejercicio de orden cerrado, en cuanto que acto preparatorio del servicio de armas " (Sentencia de 2 de junio de 2014 , citada). Procede, por todo ello, la desestimación del motivo y del recurso...>> (Fundamento Jurídico 5º).

DATOS SENTENCIA  
RECURSO DE CASACIÓN 29/2016.  
Sentencia nº. 154/16  
Fecha Sentencia: 13/12/2016.  
Ponente: Excmo. Sr. Javier Juliani Hernán.

TEMA: Delito de deslealtad. Doctrina jurisprudencial.

#### ASPECTOS EXAMINADOS

- El artículo 55 del nuevo Código Penal Militar tipifica el conocido como delito de deslealtad disponiendo que "El militar que sobre asuntos del servicio diere a sabiendas información falsa o expidiere certificado en sentido distinto al que le constare será castigado con la pena de seis meses a cuatro años de prisión. En situación de conflicto armado o estado de sitio se impondrá la pena de prisión de tres a diez años. En todo caso se podrá imponer, además, la pena de pérdida de empleo. En todos los supuestos previstos en éste artículo, se impondrá la pena inferior en grado cuando el culpable se retractare, manifestando la verdad a tiempo de que surta efectos". En esta Sentencia se realiza una síntesis de la doctrina jurisprudencial existente sobre esta figura delictiva, que no ha variado en el nuevo Código Penal Militar, incidiendo en la problemática que genera el elemento subjetivo del tipo. Interesa reproducir los siguientes fragmentos:

<<...Pues bien, insiste el recurrente en que el certificado que aportó no era falso y que lo presentó en la Unidad "con plena convicción de que el aprobado era real", afirmando que "no habiendo quedado probada la concurrencia de dolo en la presentación por el recurrente de la certificación en la Unidad de destino no cabe entender concurre el elemento subjetivo del tipo del delito de deslealtad".

Recordaremos que en el delito de deslealtad se trata de preservar la lealtad como valor esencial, que exige la veracidad en los asuntos del servicio. Así, en Sentencia de 2 de diciembre de 2005, reiterábamos que en la jurisprudencia de esta Sala "el citado delito está conectado con la protección del bien jurídico del deber de lealtad del militar, que se concreta en la exigencia de exactitud de las informaciones que transmite al mando en virtud de sus obligaciones" y hacíamos hincapié en que la lealtad en el ámbito castrense constituye un valor relevante en las Fuerzas Armadas, "que debe presidir las relaciones entre las personas integradas en la organización militar, especialmente cuando están enmarcadas en el ámbito de la jerarquía y tiene su componente nuclear en el deber de informar verazmente en los asuntos del servicio".

Y decíamos en Sentencia de 2 de octubre de 2007 que "el reproche penal se asienta en el grave quebranto de la relación de confianza en el ámbito funcional que se produce cuando se facilita información falsa o desnaturalizada sobre asuntos del servicio (Sentencia de 1 de diciembre de 2005) y que el bien jurídico protegido en este tipo delictivo es plural, pues aunque se trata de mantener la lealtad funcional exigible a los militares en lo que concierne a la realización de los actos del servicio, la finalidad última es la de preservar el propio interés del servicio y que éste no llegue a perjudicarse como consecuencia de la conducta inveraz (Sentencia de 3 de mayo de 2007)".

También hemos venido afirmando que -como apunta el recurrente- el delito de deslealtad es esencialmente doloso y el dolo forma parte del tipo subjetivo en cuanto elemento del mismo. Es por ello que se exige el elemento intencional de faltar a sabiendas a la verdad con la finalidad de engañar o confundir al destinatario de la información.

Pero el dolo no puede ser directamente probado y la inferencia de ese elemento subjetivo ha de extraerse del conjunto de circunstancias que hayan rodeado los hechos y de la propia actuación del actor. Y aquí resulta evidente que el procesado sabía que la certificación que presentaba no se correspondía con la realidad de su situación personal, sin reunir los requisitos que se le exigían. Como señala la Fiscalía Togada "nadie mejor que el propio condenado podía saber que carecía del nivel de estudios y titulación requeridos, y, sin embargo, se presentó a la convocatoria para el expresado ingreso en la escala de Suboficiales, aportando un documento que, contrariando la verdad, certificaba haber superado unas pruebas de acceso a los ciclos formativos de grado superior de formación profesional que no había aprobado".

Lo que nos lleva a concluir que, siendo la inferencia realizada por la sentencia de instancia plenamente racional, la tipicidad de la conducta ha de ser corroborada por subsumirse los hechos en el tipo penal militar aquí aplicado, consistente en proporcionar información falsa a sabiendas sobre asuntos del servicio. Por lo que el presente motivo y, en definitiva, el recurso han de rechazarse...>> (Fundamento Jurídico 2º).

## DATOS SENTENCIA

Sentencia nº 252/2016, de 16-11-2016

SAP Baleares, Sec 2ª

Ponente: Ilma. Sra. Dña. De la Serna de Pedro, Mónica

TEMA: Nulidad. Declaración de menor investigado en sede policial

## ASPECTOS EXAMINADOS

- Se confirma la absolución por nulidad declarada por el Juez al estimar toda la prueba viciada por tener su origen en una declaración autoinculpatoria de los menores investigados que prestaron ante la Policía Local sin información de derechos ni asistencia letrada.

"...el ser menor de edad no supone ser acreedor de derechos y garantías en menor medida. Además, el olvido del Legislador en la Ley Orgánica 5/2000, al no señalar cómo debe declarar un menor sospechoso no detenido, no debe de interpretarse en forma que restrinja los derechos y garantías del menor sospechoso de estar incurso de un delito, sino que debe dar lugar a la aplicación de los mecanismos de integración del ordenamiento jurídico. Así, la disposición final 1ª de la propia Ley Orgánica 1/2000 dispone que "tendrán el carácter de normas supletorias, para lo no previsto expresamente en esta Ley Orgánica, y, en el ámbito del procedimiento, la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en particular lo dispuesto para los trámites del procedimiento abreviado regulado en el título III del libro IV de la misma." Por tanto, como quiera que la Ley Orgánica 5/2000 no dice cómo debe tener lugar la declaración de un menor sospechoso de un delito que no está detenido, debemos de acudir a lo previsto en el artículo 767 Lecrim, el cual, en sede de proceso penal abreviado establece que "desde la detención, o desde que de las actuaciones resultare la imputación de un delito contra persona determinada será necesaria la asistencia letrada. La Policía Judicial, el Ministerio Fiscal, o la autoridad judicial recabarán de inmediato del Colegio de Abogados la designación de un abogado de oficio, si no lo hubiere nombrado ya le interesado."

- Dicho esto, entendemos como evidente que las menores precisaron para sus declaraciones ante los Agentes de Policía Local de XXX de adecuada información de sus derechos y particularmente de asistencia letrada, cosa que ni se les ofreció. Así, debe recordarse que el artículo 11 de la Ley Orgánica 6/1985 de 1 de julio, del Poder Judicial dispone que "en todo tipo de procedimiento se respetarán las reglas de la buena fe. No surtirán efecto las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando los derechos o libertades fundamentales." En tal sentido, no pueden sino ser tenidas por nulas y no utilizables las declaraciones prestadas por las menores en dependencias policiales. Como señalaba la STS que al comienzo hemos citado, del artículo 11 de la LOPJ se ha derivado la llamada doctrina de los frutos del árbol envenenado, doctrina que implica que no pueden ser tenidas como pruebas válidamente obtenidas, en este caso en el ámbito del proceso penal, aquéllas en cuya obtención se han vulnerado derechos o libertades fundamentales. Y en este sentido, con arreglo al artículo 24 de la Constitución, la asistencia de Letrado no es una cuestión de legalidad ordinaria, sino puramente constitucional; es más, pocas cosas hay más relevantes en el marco de los derechos y garantías penales que justamente la asistencia y asesoramiento de letrado en las diligencias tanto judiciales como policiales.

- El siguiente paso es determinar si la nulidad de las diligencias de interrogatorio de las menores contamina el resto del material probatorio. Y la respuesta no puede ser sino afirmativa. En este sentido, y como señala el Tribunal Supremo en la sentencia anteriormente mencionada, "ha de recordarse que la prohibición de valoración referida a las pruebas obtenidas indirectamente mediante la utilización de fuentes de información procedentes de pruebas ilícitas constituye la regla general, que solo cabe exceptuar cuando concurra un supuesto específico de desconexión, que debe constatarse en cada caso, identificando con claridad el supuesto aplicado y especificando las razones que justifican su utilización." Y en el presente caso no podemos apreciar un supuesto de desconexión toda vez que como señala la STC Pleno, 81/1998 de 2 de abril, "en supuestos como el aquí examinado, es decir, en los casos en que se plantea la dependencia o independencia de determinada actividad probatoria respecto de la previa vulneración de un derecho fundamental, hemos de empezar delimitando la zona problemática. Las pruebas puestas, desde la perspectiva constitucional, en tela de juicio, no resultan por sí mismas contrarias a un proceso con todas las garantías. Sólo en virtud de su origen inconstitucional -como ponen de manifiesto los recurrentes- pueden quedar incluidas en la prohibición de valoración. En consecuencia, si desde la perspectiva natural las pruebas de que se trate no guardasen relación alguna con el hecho constitutivo de la vulneración del derecho fundamental sustantivo, es decir, si tuviesen una causa real diferente y totalmente ajena al mismo, su validez y la consiguiente posibilidad de valoración a efectos de enervar la presunción de inocencia sería, desde esta perspectiva, indiscutible.". Así, debe valorarse, que ciertamente las declaraciones de las menores constituyeron el origen de la investigación de estos hechos, y que lo que reveló los hechos que se han enjuiciado es justamente lo que declararon las menores. Es decir, que no es que la información obtenida de las diligencias nulas de interrogatorio a las menores fuera meramente corroboradora o coadyuvante a una investigación ya en curso de la Policía Local de Son Servera, sino que fue lo obtenido de las diligencias realizadas con vulneración de derechos fundamentales, lo que dio lugar a la obtención de todas las pruebas contra las acusadas. En su consecuencia, todo el material probatorio que se practicó en plenario, y que deriva básicamente de las declaraciones policiales de las menores, no puede ser utilizado como medio de prueba válidamente obtenido."

## DATOS SENTENCIA

Sentencia nº 246/2016, de 19-10-2016

AP de Valladolid, Sección 2ª

Ponente: Ilmo. Sr. D. Donis Carracedo, Miguel.

TEMA: Costas. Necesidad de petición de parte

## ASPECTOS EXAMINADOS

- Sentencia de conformidad que impone también al menor las costas de los actores civiles no pedidas expresamente. Se estima el recurso dejando sin efecto la condena en costas por infracción del principio dispositivo e incongruencia extra petita.

"...La más reciente jurisprudencia del TS (entre otras, las recentísimas STS 14-9, 26-7 o 25-5-2.016) relativa a la imposición de costas de la acusación particular, pero extrapolable a las del actor civil a partir del art. 240,3 LECr (entre otras, STS 4-11 y 29-2.015 o 25-10-2.012), afirma la exigencia de su petición expresa para una efectiva condena por este concepto, no precisamente en base al principio acusatorio, al resultar estas ser un gravamen y no una sanción, pero sí conforme a la aplicación de los principios civiles dispositivo y rogatorio susceptibles de aplicarse también en el ámbito penal, aun cuando respecto a esa materia y en el ámbito civil no sean estos de aplicación, a tenor de lo establecido en los arts. 209,4 LEC o 394 LEC y concordantes, resultando a partir de estos la obligatoriedad de imponer costas, salvo en los casos (entre otros) de existencia de dudas de hecho o Derecho.

En base a dicho principio dispositivo de naturaleza civil, ni el proceso puede comenzar por iniciativa del órgano judicial (a diferencia del de oficialidad de la acción, propio del penal), ni puede el Juzgador ir más allá de lo pretendido o pedido.

En el caso concreto, ni en el escrito a partir del cual todas las partes formalizaron y firmaron una concreta conformidad, ni posteriormente en la preceptiva audiencia (art. 37 LORPM), cuando ese escrito se matizó con otras cuestiones de participación/calificación y fue homologado judicialmente, por parte de la representación de los actores civiles se hizo una expresa solicitud acerca de la concreta condena en costas.

Y la anterior inacción no debió ser validada a partir de la providencia de 6-7-2.016, máxime cuando la sentencia in voce dictada en aludida audiencia fue declarada firme (paso aproximado 2:42 y ss), a través de cuyo proveído y no obstante se dio traslado al actor civil al objeto que alegare "... lo que estime oportuno sobre la imposición de las costas... ", siendo precisamente a partir de un escrito datado el 7-7-2.016 (folio 38) cuando dicha representación las solicitó expresamente, motivando que en la sentencia escrita y datada el 13-7-2.016 incluyera este concepto. Incluso la STS de 25-11-2.003 concretó, que ni siquiera el informe final sería momento procesal oportuno para introducir en el debate contradictorio dicha pretensión.

Lo anterior implicó la infracción de mencionado principio dispositivo, como la concurrencia de incongruencia extra petita ( art. 218 LEC y en relación al 4 LEC) en la sentencia ya documentada, acaso al partir su emisor de muy comprensibles presupuestos basados en la justicia material, pero que se oponen en el caso a la legalidad por lo expuesto, con el fin que los perjudicados, quienes se encontraban pacíficamente en su domicilio cuando el menor cometió los actos por los que fue condenado, no tuvieran que pechar con las consecuencias siempre gravosas derivadas de soportar un proceso, como los gastos a que se han visto involuntariamente forzados a efectuar por la actuación, sin causa alguna, de dicho menor. Cuanto antecede motiva la ESTIMACIÓN del recurso..."

## DATOS SENTENCIA

Sentencia nº 140/2016, de 29-9-2016

SAP Cuenca, Sec 1ª

Ponente: Ilmo. Sr. D. Casado Delgado, Ernesto

TEMA: Vista de apelación del art. 41 LORPM. Publicidad de sesiones

## ASPECTOS EXAMINADOS

- Se desestima la petición de la defensa de celebrar la vista del recurso del art. 41 LORPM a puerta cerrada. La vista enalzada tiene un exclusivo carácter jurídico y la regla general es la publicidad de los juicios, por lo que toda excepción a tal regla debe fundarse en circunstancias igualmente excepcionales, que no concurren en este caso.

“...Se interesó por la defensa del menor que se celebrase la Vista a puerta cerrada en el cuerpo del recurso y se reiteró en el acto de la Vista, pretensión que no puede tener acogida. Por lo que respecta a la petición de que el Juicio Oral se celebre a puerta cerrada, en línea con lo preceptuado en el art. 120.1 de la Constitución, cuando dispone que “las actuaciones judiciales serán públicas, con las excepciones que prevean las leyes de procedimiento”, el art. 232 de la LOPJ establece en su primer inciso que “las actuaciones judiciales serán públicas, con las excepciones que prevean las leyes de procedimiento”, si bien especifica en su segundo apartado que “excepcionalmente, por razones de orden público y de protección de los derechos y libertades, los Jueces y Tribunales, mediante resolución motivada, podrán limitar el ámbito de la publicidad y acordar el carácter secreto de todas o parte de las actuaciones”, mientras que por su parte el art. 680 de la LECRIM determina que “los debates del juicio oral serán públicos, bajo pena de nulidad”, añadiendo en el siguiente inciso que “podrá, no obstante, el Presidente mandar que las sesiones se celebren a puerta cerrada cuando así lo exijan razones de moralidad o de orden público, o el respeto debido a la persona ofendida por el delito o a su familia” y que “para adoptar esta resolución, el Presidente, ya de oficio, ya a petición de los acusadores, consultará al Tribunal, el cual deliberará en secreto, consignando su acuerdo en auto motivado, contra el que no se dará recurso alguno”. Por su parte, el artículo 35.2 de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores, establece “... El Juez podrá acordar, en interés de la persona imputada o de la víctima, que las sesiones no sean públicas...”. De los preceptos citados resulta que el derecho del procesado a un juicio público, tiene una serie de limitaciones que además de las establecidas en los mismos incluyen, de acuerdo con lo preceptuado en el art. 10.2 de la Constitución, las que figuran en los Tratados Internacionales ratificados por el Estado Español, y en concreto las recogidas en el art. 14.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 19 de diciembre de 2006 y en el art. 6.1 Convenio de Roma de 4 de noviembre de 1950 para la Protección de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales. Dispone el primer artículo que “Todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia. Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil. La prensa y el público podrán ser excluidos de la totalidad o parte de los juicios por consideraciones de moral, orden público o seguridad nacional en una sociedad democrática, o cuando lo exija el interés de la vida privada de las partes o, en la medida estrictamente necesaria en opinión del tribunal, cuando por circunstancias especiales del asunto la publicidad pudiera perjudicar a los intereses de la justicia”. Por su parte, según el art. 6.1 del Convenio Europeo de Protección de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales “Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa, públicamente y dentro de un plazo razonable, por un Tribunal independiente a imparcial, establecido por la ley, que decidirá los litigios sobre sus derechos y obligaciones de carácter civil o sobre el fundamento de cualquier acusación en materia penal dirigida contra ella. La sentencia debe ser pronunciada públicamente, pero el acceso a la Sala de Audiencia puede ser prohibido a la prensa y al público durante la totalidad o parte del proceso en interés de la moralidad, del orden público o de la seguridad nacional en una sociedad democrática, cuando los intereses de los menores o la protección de la vida privada de las partes en el proceso así lo exijan o en la medida considerada necesaria por el Tribunal, cuando en circunstancias especiales la publicidad pudiera ser perjudicial para los intereses de la justicia”. Por su parte, el Tribunal Constitucional (Sala Primera) en Sentencia de fecha 29/04/96 se expresa en los siguientes términos: “2. La decisión de celebrar el juicio a puerta cerrada supone una excepción del derecho a un juicio público que reconoce y ampara el art. 24.2 C.E., derecho que tiene por finalidad, según tiene declarado este Tribunal (STC 96/1987), proteger a las partes frente a una justicia sustraída al conocimiento público y mantener la confianza de la comunidad en los Tribunales. Sin embargo, no se trata de un derecho absoluto, y así resulta de lo dispuesto al respecto por la Declaración Universal de Derechos Humanos y por los tratados internacionales sobre esta materia suscritos por España, conforme a los que deben interpretarse los derechos fundamentales reconocidos en nuestro texto constitucional, por imperativo del art. 10.2 de la propia C.E. En efecto, del art. 29, en relación con el art. 10, ambos de la Declaración Universal, del art. 14.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y del art. 6.1 del Convenio Europeo de Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, se deduce que el derecho a un juicio público y, en concreto, el acceso del público y de la prensa a la Sala de audiencia, durante

la celebración del juicio oral, puede ser limitado o excluido, entre otras, por razones de orden público justificadas en una sociedad democrática, que estén previstas por las leyes. Así lo ha declarado, igualmente, este Tribunal en reiteradas decisiones (ATC 96/1981, SSTC 62/1982, 96/1987 y 176/1988), confirmando la validez de las excepciones al principio de publicidad del proceso establecidas en el art. 232 de la L.O.P.J. y en el art. 680 de la L.E.Crim. En el mismo sentido se pronuncia en la STC (Sala Primera) de fecha 19 de abril de 2004. Finalmente, el Tribunal Supremo en Sentencia de 31 de octubre de 2006 (Recurso nº 1873/2005) se pronuncia en el siguiente sentido: El motivo tercero por vulneración del art. 24 CE. al amparo del art. 852 LECrim, en base a que el Tribunal y pese a la petición expresa de la parte hoy recurrente de que la vista se celebrase a puerta cerrada, dadas las características del delito y la edad de la víctima, tres años, y, por tanto, menor de edad, acordó vista Pública con avenencia del Ministerio Fiscal y de la defensa, vulnerándose flagrantemente el derecho a la tutela judicial efectiva y protección de los derechos del menor, a su honor e intimidad ( art. 20.4 C E.). El motivo no debe ser estimado. La STS. 121/2002 de 1.2 recuerda que como establece la STC. 65/92 de 29.4 "la decisión de celebrar el juicio a puerta cerrada supone una excepción del derecho a un juicio público que reconoce y ampara el art. 24.2 CE, derecho que tiene por finalidad, según tiene declarado este Tribunal -sentencia TC. 96/1997 - proteger a las partes frente a una justicia sustraída al conocimiento público y mantenida la confianza de la comunidad en los Tribunales". Una de las máximas garantías del proceso sobre todo en el orden jurisdiccional penal, es el principio de publicidad establecido en los arts. 680 LECrim., 232 LOPJ. y 120 CE, elevándolo el art. 24.2 CE. al rango de derecho fundamental y dicho principio ocupa, sin duda, una posición institucional destacada en el Estado de Derecho y constituye uno de los medios de preservar la confianza en los tribunales ( SSTEDH casos Preeto y Axem, ambos de 8.12.83). Es cierto que, sin embargo, no se trata de un derecho absoluto por cuanto la interpretación del art. 24.2 CE. ha de hacerse a partir de su art. 10.2, de acuerdo con los Tratados Internacionales y todos ellos son coincidentes -como expresó la STC 62/82 de 15.10 -, en reconocer el derecho, pero también sus limitaciones. Del art. 14.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y art. 6.1 Convenio Europeo de Protección de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, se deduce que el derecho a un juicio público y en concreto, el acceso del público y de la prensa a la Sala de audiencia, durante la celebración del juicio oral, puede ser limitado o excluido, entre otras, por razones de orden público justificadas en una sociedad democrática que estén previstas en las Leyes. Así lo ha declarado igualmente el Tribunal Constitucional en reiteradas decisiones - ATC. 96/81 y SS. 61/82, 96/87, 176/88), confirmando la validez de las excepciones al principio de publicidad del proceso establecidas en el art. 232 LOPJ) y en el art. 680 LECRIM entre otros, cuando así lo exijan razones de moralidad o de orden público o el respeto debido a la persona ofendida por el delito o su familia. La moral como límite de la publicidad ha sido constitucionalmente reconocida ( STC. 62/82) y figura entre las previstas en el art. 6.1 del Convenio, así como los intereses de la justicia. Se trata -nos dice la STS. 651/2000 de 5.4 - de encontrar un razonable equilibrio, de acuerdo con el principio de proporcionalidad, en los casos de conflicto entre derechos fundamentales como son, de una parte, los del acusado, a un proceso con todas las garantías, y, por otra, los que tiene la víctima a la intimidad personal y a la seguridad e, incluso, a la integridad física y moral ( arts. 18, 17, 15 CE), conflicto que alcanza su máxima tensión precisamente cuando es un menor el que ha sufrido agresiones sexuales, y todo ello con la finalidad de evitar, en lo posible, lo que se ha llamado segunda victimización o plus de afectividad causados a la menor por el propio procedimiento judicial, del que se han hecho eco en los últimos tiempos las más variadas instancias institucionales y sociales". Expuesto lo anterior, ya consideramos en el momento de la Vista que ésta se celebrase en audiencia pública y ahora lo reiteramos en atención a un doble argumento: a) de un lado, por cuánto en la primera instancia se celebró la Vista en audiencia pública mientras que la Vista en la presente alzada tenía un exclusivo carácter jurídico; b) por cuanto que, siendo la regla general que los juicios sean públicos, toda restricción del mismo debe ser aplicada con carácter excepcional en base a circunstancias igualmente excepcionales, que no se han ofrecido a este Tribunal.

**DATOS SENTENCIA**

Sentencia núm. 747/2016  
Fecha de sentencia: 21/12/2016  
Tipo de procedimiento: CASACIÓN  
Número del procedimiento: 3453/2015  
Ponente: Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana

TEMA: Oposición a resolución administrativa sobre menores. Guardador de hecho. Interés del menor

**ASPECTOS EXAMINADOS**

- En el caso se reconoce y se acredita la desatención moral y material de la madre hacia su hija desde su nacimiento y la entrega de la niña a una persona que nunca estuvo en el seguimiento previo al parto de la madre por parte de los servicios de la Junta y que se hace cargo inicialmente de la niña («de un modo ilícito, si no penalmente si al menos civilmente», como reconoce la sentencia), a espaldas de la Administración, garante por ministerio de la ley del interés superior del menor, a la que se hurta de la posibilidad de evaluar la idoneidad de la persona a cuyo cargo se pone, según el artículo 22.2 de la LO 1/1996.
- Se conoce y se objetiva en definitiva el interés de NNN en el momento en que se la declara en situación de desamparo en el marco de la función protectora que tiene en comendada en este caso la Junta de Comunidades, y no se acredita, al examinar la impugnación de la declaración de desamparo interpuesta al amparo del artículo 172 CC, que este interés sea distinto en razón al cambio de circunstancias producido con posterioridad al momento en que se produjo la declaración, antes al contrario: la cronicidad de la situación familiar, los antecedentes de la madre y la revocación de las medidas adoptadas, supondría un periodo de adaptación sumamente prolongado y negativo para la menor, como se argumentó en la primera instancia.

**DATOS SENTENCIA**

Sentencia núm. 720/2016  
Fecha de sentencia: 01/12/2016  
Tipo de procedimiento: CASACIÓN  
Número del procedimiento: 2213/2014  
Ponente: Excmo. Sr. D. Francisco Marín Castán

TEMA: Oposición a resolución administrativa en materia de protección de menores-"extranjero indocumentado cuya minoría de edad no pueda ser establecida con seguridad":

**ASPECTOS EXAMINADOS**

No tiene la condición de indocumentado quien posea pasaporte expedido por las autoridades de su país de origen (Senegal) acreditando su minoría de edad.

Lo relevante es que nos encontramos nuevamente ante un caso en que el interés casacional, por oposición a la doctrina jurisprudencial de esta sala, es notorio (sentencia 733/2015, de 21 de diciembre), dada la identidad sustancial de la controversia y de los hechos que la sustentan con la cuestión jurídica debatida y los hechos que apoyaron otros recursos de casación resueltos por esta sala con un criterio jurídico opuesto al seguido por la sentencia recurrida, esto es, apreciando la no conformidad a Derecho de la decisión administrativa de someter a pruebas de edad a menores extranjeros no acompañados que se encuentren en situación irregular en España para averiguar su edad real cuando tal decisión se haya adoptado prescindiendo, sin justificación razonable, del valor de los documentos aportados (en este caso un pasaporte) en el que conste su minoría de edad.

Puesto que de los hechos probados se desprende que el hoy recurrente contaba con pasaporte válido de la República de Senegal cuando se presentó en dependencias policiales, según el cual era menor de edad, resulta de aplicación la doctrina jurisprudencial sentada por las sentencias de Pleno de esta sala 452/2014, de 23 de septiembre y 453/2014, de 24 de septiembre, reiterada en interés casacional por las más recientes sentencias 11/2015, de 16 de enero, 13/2015, de 16 de enero, 318/2015, de 22 de mayo, 320/2015, de 22 de mayo, 319/2015, de 23 de mayo, 368/2015, de 18 de junio, 411/2015, de 3 de julio y 507/2015, de 22 de septiembre, cuya aplicación al presente caso determina, sin necesidad de más razonamientos que los que en ellas se exponen, la estimación del recurso.

## B.- RESEÑA DE ARTÍCULOS DOCTRINALES DE ESPECIAL INTERÉS

- “El abuso del sistema penal”, por José Luis DÍEZ RIPOLLÉS. Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología RECPC 19-01 (2017).
- “Justicia penal y unión europea: un breve balance en clave de derechos”, por Marien AGUILERA MORALES Diario LA LEY, nº 8883, de 16 de diciembre de 2016
- “Intervención judicial de comunicaciones vs. registro remoto sobre equipos informáticos: los puntos de fricción”, por José Luis RODRÍGUEZ LAINZ. Diario LA LEY, nº 8896, de 9 de enero de 2017
- “Derecho penal y solidaridad. Sobre el estado de necesidad y la omisión del deber de socorro”, por Wolfgang FRISCH. Indret Revista para el Análisis del Derecho. Nº4, 2016
- “Los límites temporales a la reclusión penitenciaria: diagnóstico, análisis y propuestas jurisprudenciales”, por Emilio SÁEZ MALCEÑIDO. Ponencias Formación Continuada de Fiscales. 4 de abril de 2016 Curso “Novedades legislativas en materia de ejecución”.
- “La suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad en el nuevo código penal”, por Natividad PLASENCIA DOMÍNGUEZ. Ponencias Formación Continuada de Fiscales. 4 de abril de 2016 Curso “Novedades legislativas en materia de ejecución”
- “La expulsión judicial sustitutiva de la pena de prisión”, por Antonio Jesús HUÉLAMO BUENDÍA. Ponencias Formación Continuada de Fiscales. 4 de abril de 2016. Curso “Novedades legislativas en materia de ejecución”.
- “Víctimas y ejecución de la responsabilidad civil en el proceso penal”, por Juan Manuel FERNÁNDEZ APARICIO. Ponencias Formación Continuada de Fiscales. 4 de abril de 2016. Curso “Novedades legislativas en materia de ejecución”.
- “La condición de perseguibilidad del art.228 CP en el delito de impago de pensiones”, por Gemma GALLEGO SÁNCHEZ. Revista de Jurisprudencia. Número 1, diciembre 2016.
- “La ejecución de las medidas de seguridad”, por Pablo GÓMEZ ESCOLAR MAZUELA. Ponencias Formación Continuada de Fiscales. 4 de abril de 2016 Curso “Novedades legislativas en materia de ejecución”
- “El indulto”, por Manuel Carlos JIMÉNEZ ALARCÓN. Ponencias Formación Continuada de Fiscales. 4 de abril de 2016 Curso “Novedades legislativas en materia de ejecución”.
- “La decisión de suspender la ejecución de una pena privativa de libertad: nuevos contornos jurídicos”, por Julián SÁNCHEZ MELGAR. Revista de Jurisprudencia número 2.
- “Posibilidad de guarda y custodia compartida o régimen visitas normalizado con hijo lactante o de corta edad” Coordinador José María PRIETO FERNÁNDEZ-LAYOS. Revista de Derecho de Familia número 47, diciembre 2016.
- “La reforma procesal. Incorporación al proceso de datos de tráfico; preservación específica de datos informáticos (arts. 588 ter J y 588 octies de la Ley de Enjuiciamiento Criminal)”, por Juan Francisco RIOS PINTADO. Ponencias Formación Continuada de Fiscales 10 de marzo de 2016. Jornadas de Especialistas en Criminalidad Informática.
- “La reforma procesal. Registro de sistemas informáticos, ampliación del registro a otros sistemas. El registro remoto de dispositivos informáticos (arts. 588 sexies y 588 septies LEcrim)”, por Cándido CONDE-PUMPIDO TOURÓN Ponencias Formación Continuada de Fiscales 10 de marzo de 2016. Jornadas de Especialistas en Criminalidad Informática.
- “Aplicación de plazos legales en investigaciones de ciber delitos (art.324) causas de especial complejidad”, por Ana Belén FARRERO RUA. Ponencias Formación Continuada de Fiscales 10 de marzo de 2016. Jornadas de Especialistas en Criminalidad Informática.

“La remisión de los atestados por fuerzas y cuerpos de seguridad (art. 284 L.E.Crim): utilidad, problemas y soluciones”, por Fernando CABEDO VILLAMÓN. Ponencias Formación Continuada de Fiscales 10 de marzo de 2016. Jornadas de Especialistas en Criminalidad Informática.

“Investigación tecnológica de delitos: disposiciones comunes e interceptaciones telefónicas y telemáticas”, por Eloy VELASCO NÚÑEZ. Ponencias Formación Continuada de Fiscales 10 de marzo de 2016. Jornadas de Especialistas en Criminalidad Informática.

“Los delitos de odio en el Código Penal tras la modificación operada por LO 1/2015. Breve referencia a su relación con el delito del art. 173 CP”, por Manuel Jesús DOLZ LAGO. Ponencias Formación Continuada de Fiscales .11 febrero 2016. Jornadas de Especialistas en Tutela Penal de la Igualdad y contra la Discriminación

Los artículos de la Revista de Jurisprudencia pueden descargarse a texto completo en la base de datos de El Derecho (pestaña bibliografía -revistas).

Los artículos de la Revista de Derecho de Familia pueden descargarse a texto completo en la base de datos de El Derecho (pestaña bibliografía -revistas).

Los artículos de la Revista para el análisis del Derecho InDret pueden consultarse a texto completo en [www. indret.com](http://www.indret.com)

Las Ponencias del Centro de Estudios Jurídicos pueden descargarse a texto completo en <http://fiscal.es> sección documentos subsección ponencias formación continuada

## NOVEDADES LEGISLATIVAS

### A.- NOVEDADES LEGISLATIVAS

#### A.1.- ESTATALES

Real Decreto-ley 1/2017, de 20 de enero, de medidas urgentes de protección de consumidores en materia de cláusulas suelo.

#### A.2.- AUTONÓMICAS

##### ANDALUCIA

Ley 9/2016, de 27 de diciembre, de Servicios Sociales de Andalucía.

##### CASTILLA LA MANCHA

Ley 4/2016, de 15 de diciembre, de Transparencia y Buen Gobierno de Castilla-La Mancha.

# Índice

Índice referencial por materias

**ABANDONO SERVICIO DE ARMAS**

- Elementos del tipo: Guardia de seguridad tiene la consideración de servicio de armas

Sec. Militar STS 138/16 – 10/11/16

**ABUSO SEXUAL**

- Pedófilo: tocamientos sexuales a niños dormidos

Sec. Penal STS 988/16 – 11/01/17

**ACCIONES****- Derecho al honor**

> Caducidad: proceso penal previo a instancia M. Fiscal: cómputo del plazo

Sec. Civil STS 725/16 – 07/12/16

**- Filiación**

> Caducidad acción impugnación: carga de la prueba “dies a quo”

Sec. Civil STS 743/16 – 21/12/16

**ACTUACIONES POLICIALES**

- Obtención numero PIN terminal telefónico: innecesaridad de autorización judicial previa

Sec. Penal STS 967/16 – 21/12/16

**AGRAVANTES**

- Agravante de discriminación ideológica

Sec. Penal STS 983/16 – 11/01/17

**AGRESIÓN SEXUAL**

- A menor de 13 años. Acceso carnal vía bucal reciproco

Sec. Penal STS 953/16 – 15/12/16

- A menor de 13 años. Intimidación y prevalimiento

Sec. Penal STS 953/16 – 15/12/16

**ALIMENTOS**

- Suspensión de la prestación por falta de recursos del alimentante: carácter temporal, restrictivo y excepcional

Sec. Civil STS 752/16 – 22/12/16

**APROPIACION INDEBIDA**

- De bienes encontrados no susceptibles de ocupación o de bienes recibidos por error: referencia al dinero.

Sec. Penal STS 944/16 – 15/12/16

**ARANCEL**

- Servicios prestados por Procuradores. Imposibilidad de los órganos jurisdiccionales de apartarse del arancel

Sec. Civil STJUE C-532/15 – 08/12/16

**ASESINATO:**

- Coautoría: acto posterior a la consumación realizada por persona que ha intervenido en la organización: no encubrimiento sino participación

Sec. Penal STS 968/26 – 21/12/16

**ATENTADO**

- Atentado: elemento subjetivo: no se presume

Sec. Penal STS 983/16 – 11/01/17

**ATENUANTES****- Menor gravedad**

> Art. 574 bis 4º. aplicable a delitos de promoción o participación en organización o grupo terrorista

Sec. Penal STS 997/16 – 17/01/16

**AUTORIA**

- Autoría y complicidad en delitos de tráfico de drogas:  
doctrina de la Sala Sec. Penal STS 975/16 – 23/12/16
- Coautoría: acto posterior a la consumación realizada por  
persona que ha intervenido en la organización: no encubrimiento  
sino participación Sec. Penal STS 968/26 – 21/12/16
- Coautoría sucesiva o adhesiva: Robo con violencia, detención  
ilegal y homicidio en grado de tentativa. Sec. Penal STS 993/16 – 12/01/17
- Participación: prevaricación. Delito especial propio. Accesoriedad  
impide enjuiciamiento separado salvo casos excepcionales Sec. Penal STS 979/16 – 11/01/17

**BLANQUEO DE CAPITALS**

- Evitación de una doble punición: teoría de los actos copenados Sec. Penal STS 920/16 – 12/12/16
- Persecución transnacional delito Blanqueo capitales: singularidad Sec. Penal STS 974/16 – 23/12/16

**CADUCIDAD**

- Derecho al honor: proceso penal previo a instancia M. Fiscal:  
cómputo del plazo Sec. Civil STS 725/16 – 07/12/16

**CESION ILEGAL DE TRABAJADORES**

- Efecto positivo de la cosa juzgada Sec. Social STS 999/16 – 28/11/16

**COAUTORIA**

- Por convivencia: Trafico drogas: necesidad de prueba adicional Sec. Penal STS 967/16 – 21/12/16

**CONCURSO IDEAL**

- Calculo de la pena en el concurso ideal. Sec. Penal STS 993/16 – 12/01/17
- Concurso ideal entre el delito de robo con uno de los delitos de  
detención ilegal, y punición separada de los otros tres delitos de  
detención ilegal Sec. Penal STS 993/16 – 12/01/17

**CONEXIDAD**

- Competencia Territorial: Nuevos criterio Ley 41/15 sobre  
conexidad delictiva Sec. Penal ATS 20757/16 – 14/12/16

**CONFLICTO DE JURISDICCION**

- Concurso: Juez de lo Mercantil y M<sup>a</sup> Fomento: compete a Juez  
conocer fase de liquidación: la concesión administrativa se ha  
resuelto por disposición legal no por la resolución del Juez Sec. Civil STS 5/16 – 15/12/16

**CONSUMIDORES**

- Cláusulas abusivas: efectos declaración nulidad Sec. Civil STJUE C-154/15 – 21/12/16
- Préstamo con garantía hipotecaria: inaplicación RD 6/12  
de medidas urgentes protección deudores hipotecarios sin  
recursos: préstamo para adquisición y única vivienda Sec. Civil STS 8/17 – 13/01/17

**COSA JUZGADA**

- Efecto positivo de la cosa juzgada: No Cesión Ilegal Sec. Social STS 999/16 – 28/11/16

**COSTAS**

- Necesidad de petición de parte: principio dispositivo e  
incongruencia extra petita Sec. Menores SAP 246/16 – 19/10/16

**CUESTION DE COMPETENCIA**

- Jurisdicción social y contencioso administrativa: reclamación frente FOGASA por intereses devengados: silencio administrativo y resolución expresa extemporánea Sec. Cont-Adm. ATS 21/16 – 29/11/16
- Jurisdicción social y contencioso administrativa: impugnación convenio colectivo publicado por resolución administrativa Sec. Cont-Adm. ATS 20/16 – 29/11/16
- No existe cuestión: el órgano superior la defiende al inferior Sec. Cont-Adm. ATS 54/16 – 10/11/16
- Nuevos criterio Ley 41/15 sobre conexidad delictiva Sec. Penal ATS 20757/16 – 14/12/16
- RENFE Operadora: Jurisdicción Civil: competente para reclamaciones de responsabilidad patrimonial salvo aspectos formación voluntad de sus órganos y ejercicio potestades administrativas Sec. Cont-Adm. ATS 26/16 – 19/12/16
- Responsabilidad Patrimonial: demanda contra dos Administraciones distintas: actuación por delegación: enjuiciamiento por órgano jurisdiccional de mayor ámbito territorial o de mayor jerarquía Sec. Cont-Adm. ATS 80/16 – 10/11/16

**DECLARACIONES**

- Coimputado: Valoración: no exclusión por el hecho de que se deriven beneficios penológicos de su delación Sec. Penal STS 960/16 – 20/12/16
- Menor investigado en sede policial: nulidad: sin asistencia letrada ni información de derechos Sec. Menores SAP 252/16 – 16/11/16
- Presunción de inocencia y declaración de la víctima en delitos sexuales: parámetros de control Sec. Penal STS 989/16 – 12/01/17
- Víctima: parámetros valoración credibilidad Sec. Penal STS 965/16 – 21/12/16

**DELITO CONTRA LA INTIMIDAD**

- Requisito de perseguibilidad: perdón de una parte de los afectados Sec. Penal STS 917/16 – 02/12/16

**DELITO CONTRA LA PROPIEDAD INTELECTUAL**

- Tipicidad: Concepto de “público nuevo”. Sec. Penal STS 920/16 – 12/12/16

**DELITO DE ENALTECIMIENTO DEL TERRORISMO O HUMILLACION DE LAS VICTIMAS**

- Delito de enaltecimiento del terrorismo o humillación de las víctimas (art. 578 CP): criterios interpretativos Sec. Penal STS 4/1/ - 18/01/17

**DELITO DE IMPEDIMENTO AL DERECHO DE REUNION**

- Impedimento al ejercicio del derecho de reunión: compatibilidad con desordenas públicos. Sec. Penal STS 983/16 – 11/01/17

**DERECHO A LA IGUALDAD**

- Trafico de drogas: caracteres y doctrina constitucional Sec. Penal STS 975/16 – 23/12/16
- Derecho a la Igualdad y no discriminación Sec. Cont-Adm. STS 2491/16 – 22/11/16

**DERECHO A LA LIBERTAD DE CONCIENCIA Y RELIGION**

- Sanción por negativa paterna a enviar a sus hijas a clases de natación mixta por motivos religiosos Sec. TEDH STEDH 29086/12 – 10/01/17

**DERECHO A LA LIBERTAD Y SEGURIDAD**

- Detención y prisión sin indicación de las razones ni límites de la duración de la medida Sec. TEDH STEDH 27297/07 – 13/12/16

**DERECHO A LA PROPIEDAD**

- “Propiedad” para el Protocolo no se limita a los bienes materiales y en determinadas condiciones una “expectativa legítima” de obtener un bien puede gozar de la protección del art. 1 del mismo

Sec. TEDH STEDH 53080/13 – 13/12/16

**DERECHO AL RESPETO A LA VIDA PRIVADA**

- Denegación de permiso de salida para asistir al funeral por el fallecimiento de la madre del interno
- Gestación subrogada: incumplimiento normas estatales: intromisión en el derecho a la vida familiar de los demandantes necesaria en una sociedad democrática por razones relevantes y suficientes.

Sec. TEDH STEDH 20323/14 – 6/12/16

Sec. TEDH STEDH 25358/12 – 24/01/17

**DERECHO A UN TRIBUNAL IMPARCIAL**

- Imparcialidad del Jurado. Manifestaciones de un miembro del jurado una vez finalizado el juicio y dictada sentencia
- Imparcialidad del Tribunal. Doctrina general

Sec. TEDH STEDH 78480/13 – 26/01/17  
Sec. Penal STS 989/16 – 12/01/17

**DERECHO DE DEFENSA**

- Derecho de Defensa: derecho a ser informado de la acusación.
- Vista de Apelación sin la presencia de Letrado de la Defensa

Sec. Penal STS 944/16 – 15/12/16  
Sec. TEDH STEDH 27297/07 – 13/12/16

**DESEMPLEO**

- En contratos trabajo y cotización a tiempo parcial: cálculo del porcentaje de parcialidad nuevo art. 211.3 LGSS

Sec. Social STS 1118/16 – 27/12/16

**DESCUBRIMIENTO Y REVELACIÓN DE SECRETOS**

- Acceso injustificado a archivo: toma de superficial de conocimiento sin proyección práctica ulterior

Sec. Penal STS 961/16 – 21/12/16

**DESLEALTAD**

- Tipicidad de la conducta: doctrina jurisprudencial

Sec. Militar STS 154/16 – 13/12/16

**DESORDENES PUBLICOS**

- Impedimento al ejercicio del derecho de reunión: compatibilidad con desordenas públicos.
- Desordenes públicos: cualificación por concurrencia de gran número de personas.

Sec. Penal STS 983/16 – 11/01/17

Sec. Penal STS 983/16 – 11/01/17

**DESPIDO**

- Contenido de la carta de despido individual derivado de despido colectivo
- Despido de un trabajador en situación de incapacidad temporal, con arreglo al Derecho nacional, de duración incierta

Sec. Social STS 1105/16 – 21/12/16

Sec. Civil STJUE C-395/15 – 01/12/16

**DESPIDO COLECTIVO**

- Administración Pública: Buena fe negocial
- Buena fe negocial
- Control judicial del despido: ámbito
- Documentación en el periodo de negociación
- Órgano competente para adopción medida despido

Sec. Social STS 1064/16 – 23/11/16

Sec. Social STS 1090/16 – 21/12/16

Sec. Social STS 1090/16 – 21/12/16

Sec. Social STS 1064/16 – 23/11/16

Sec. Social STS 1064/16 – 23/11/16

**DILIGENCIAS DE INVESTIGACION**

- Del Fiscal: arts. 5 EOMF y 773.2 LECRIM. No son susceptibles de generar actos de prueba

Sec. Penal STS 980/16 – 11/01/17

**DISCRIMINACION**

- Prohibición. Despido de un trabajador en situación de incapacidad temporal, con arreglo al Derecho nacional, de duración incierta

Sec. Civil STJUE C-395/15 – 01/12/16

**ENCUBRIMIENTO**

- Requiere ocultación, pero no necesariamente destrucción de lo que compromete al autor  
- Tráfico de drogas: excepcionalidad

Sec. Penal STS 967/16 – 21/12/16

Sec. Penal STS 967/16 – 21/12/16

**ENSEÑANZA**

- Currículo bachillerato. Asignatura de Religión. Derecho a la Igualdad y no discriminación

Sec. Cont-Adm. STS 2491/16 – 22/11/16

**ESTAFA**

- Víctima parcialmente incapaz. Engaño bastante  
- Subtipo agravado abuso relaciones personales

Sec. Penal STS 919/16 – 07/12/16

Sec. Penal STS 919/16 – 07/12/16

**ESTAFA PROCESAL**

- Diversidad de tipicidad tras la reforma por Ley Orgánica 5/2010

Sec. Penal STS 999/16 – 17/01/17

**EXPULSION DE EXTRANJEROS**

- Administrativa. No carácter sancionatorio. Deber de motivación de las resoluciones administrativas y judiciales. Ponderación de circunstancias personales: residente de larga duración  
- Sustitutiva de pena privativa de libertad: nuevo régimen legal tras reforma LO 1/15: fines de prevención general y especial de la pena prevista por el legislador.

Sec. Const. STC 201/16 – 28/11/16

Sec. Penal STS 927/16 – 14/12/16

**FILIACION****- Acción de impugnación**

> Caducidad de la acción: carga de la prueba “dies a quo”

Sec. Civil STS 743/16 – 21/12/16

**GUARDA Y CUSTODIA**

- Compartida: no procede por concurrir circunstancias que alteran la vida normal del menor (distancia entre los domicilios de los progenitores de 50 Km.)

Sec. Civil STS 748/16 – 21/12/16

**INHABILITACIÓN ESPECIAL PARA CARGO O EMPLEO PÚBLICO**

- Alcance en delito de Prevaricación urbanística

Sec. Penal STS 952/16 – 15/12/16

**INTERVENCION COMUNICACIONES**

- Obtención número PIN terminal telefónico: innecesaridad de autorización judicial previa: no afectación secreto comunicaciones

Sec. Penal STS 967/16 – 21/12/16

**JURADO**

- Contenido de la proposición al Jurado sobre la culpabilidad

Sec. Penal STS 968/16 – 21/12/16

**JURISDICCION**

- Capacidad jurisdiccional Tribunales Españoles para conocer delitos cometidos en aguas internacionales contra la fauna: ámbito del principio de personalidad pasiva Sec. Penal STS 974/16 – 23/12/16
- Juzgado de lo Mercantil: fase de liquidación Pcdto. de Concurso. Sec. Civil STS 5/16 – 15/12/16
- Persecución transnacional delito Blanqueo capitales: singularidad Sec. Penal STS 974/16 – 23/12/16

**LIBRE CIRCULACION DE PERSONAS**

- Procedimiento prejudicial: Igualdad de trato: Ayuda económica para estudios superiores Sec. Civil STJUE C-238/15 – 14/12/16
- Procedimiento prejudicial: Igualdad de trato: Ayuda económica para estudios superiores. Requisito de filiación. Concepto de “hijo” Hijo del cónyuge o de la pareja registrada Sec. Civil STJUE C-401/15 – 15/12/16

**MALVERSACION DE CAUDALES PUBLICOS**

- Fondos de naturaleza pública: criterio de destino. Sec. Penal STS 944/16 – 15/12/16

**MENORES**

- Costas: Necesidad de petición de parte: principio dispositivo e incongruencia extra petita Sec. Menores SAP 246/16 – 19/10/16
- Declaración Menor investigado en sede policial: nulidad: sin asistencia letrada ni información de derechos Sec. Menores SAP 252/16 – 16/11/16
- Guarda y custodia Compartida: no procede por concurrir circunstancias que alteran la vida normal del menor (distancia entre los domicilios de los progenitores de 50 Km.) Sec. Civil STS 748/16 – 21/12/16
- Oposición a resolución administrativa en materia de protección de menores-"extranjero indocumentado cuya minoría de edad no pueda ser establecida con seguridad": no quien posea pasaporte expedido por las autoridades de su país de origen (Senegal) acreditando su minoría de edad. Sec. Menores STS 720/16 – 01/12/16
- Oposición a resolución administrativa sobre menores. Guardador de hecho. Interés del menor Sec. Menores STS 747/16 – 21/12/16
- Patria Potestad: Privación respecto del hijo propio por condena por abusos sexuales en la persona de la hija de su pareja, habida en una anterior relación. Sec. Civil STS 14/17 – 13/01/17
- Recurso de apelación. Vista de Apelación. Menores. Publicidad de sesiones Sec. Menores SAP 140/16 – 29/09/16
- Responsabilidad civil de los padres de un menor de 14 años: interrupción prescripción por seguirse diligencias preliminares en la Fiscalía de Menores Sec. Civil STS 721/16 – 05/12/16
- Suspensión de la prestación alimentos por falta de recursos del alimentante: carácter temporal, restrictivo y excepcional Sec. Civil STS 752/16 – 22/12/16

**MINISTERIO FISCAL**

- Diligencias investigación del Fiscal: arts. 5 EOMF y 773.2 LECRIM. No son susceptibles de generar actos de prueba Sec. Penal STS 980/16 – 11/01/17
- Criterio distinto al mantenido en la instancia: posibilidad prevista en el Estatuto Orgánico Sec. Cont-Adm. STS 2491/16 – 22/11/16

**MULTAS COERCITIVAS**

- Ejecución de las resoluciones del Tribunal Constitucional.  
Constitucionalidad: Facultad de imposición de multas coercitivas Sec. Const. STC 215/16 – 15/12/16

**NULIDAD**

- Costas: necesidad de petición de parte: principio dispositivo e incongruencia extra petita. Sec. Menores SAP 246/16 – 19/10/16
- Declaración Menor investigado en sede policial: sin asistencia letrada ni información de derechos: Nulidad Sec. Menores SAP 252/16 – 16/11/16

**PATRIA POTESTAD**

- Privación respecto del hijo propio por condena por abusos sexuales en la persona de la hija de su pareja, habida en una anterior relación. Sec. Civil STS 14/17 – 13/01/17

**PLAZOS**

- Presentación escritos. Lexnet: problemas presentación telemática y rechazo presentación manual escritos Sec. Cont-Adm. DTO – 13/12/16

**PORNOGRAFÍA INFANTIL**

- Utilización de menores con fines pornográficos Sec. Penal STS 988/16 – 11/01/17

**PRINCIPIO DISPOSITIVO**

- Imposición costas no pedidas: Nulidad. Necesidad de petición de parte: principio dispositivo e incongruencia extra petita Sec. Menores SAP 246/16 – 19/10/16

**PRESCRIPCIÓN**

- Responsabilidad civil de los padres de un menor de 14 años: interrupción por seguirse diligencias preliminares en la Fiscalía de Menores Sec. Civil STS 721/16 – 05/12/16

**PRESTACIONES**

- **En favor de familiares**
- > Exigencias Sec. Social STS 1101/16 – 21/12/16
- **Orfandad**
- > Determinación límite edad Ley 27/2011. Criterios interpretación Sec. Social STS 990/16 – 23/11/16

**PRESTACION POR DESEMPLEO**

- En contratos trabajo y cotización a tiempo parcial: cálculo del porcentaje de parcialidad nuevo art. 211.3 LGSS Sec. Social STS 1118/16 – 27/12/16

**PRESUNCIÓN DE INOCENCIA**

- Presunción de inocencia y declaración de la víctima en delitos sexuales: parámetros de control Sec. Penal STS 989/16 – 12/01/17

**PREVARICACION**

- Delito especial propio. Participación: accesoriedad limitada. La accesoriedad de la participación impide enjuiciamiento separado, salvo casos excepcionales Sec. Penal STS 979/16 – 11/01/17

**PREVARICACION ADMINISTRATIVA**

- Prevaricación Administrativa: requisitos: Cámaras de la Propiedad Urbana Sec. Penal STS 944/16 – 15/12/16

**PREVARICACION URBANÍSTICA**

- Arbitrariedad. Elemento subjetivo. Licencia de primera ocupación. Inclusión en el tipo penal del art. 320 CP

Sec. Penal STS 952/16 – 15/12/16

**PRUEBA**

- Diligencias investigación del Fiscal: arts. 5 EOMF y 773.2 LECRIM. No son susceptibles de generar actos de prueba

Sec. Penal STS 980/16 – 11/01/17

**PRUEBA PERICIAL**

- Valor de las peritaciones sobre veracidad del testimonio

Sec. Penal STS 989/16 – 12/01/17

**PRUEBA TESTIFICAL**

- Preconstituida: previsión imposibilidad de su práctica en juicio oral: menores: victimización secundaria

Sec. Penal STS 965/16 – 21/12/16

- Testimonio de referencia: coimputado: supuesto en que es valorable como prueba de cargo

Sec. Penal STS 1/17 – 12/01/17

**RECURSO DE APELACION**

- Vista de Apelación. Menores. Publicidad de sesiones

Sec. Menores SAP 140/16 – 29/09/16

**RECURSO DE CASACIÓN**

- Ámbito de los motivos del recurso. Objeto del recurso

Sec. Cont-Adm. ATS 1499/16 – 03/11/16

- Contra auto A.P. confirmatorio del sobreseimiento libre dictado por J. Penal. Reforma Ley 41/2015

Sec. Penal STS 964/16 – 20/12/16

- Correlación entre fallo y lo resuelto para su ejecución

Sec. Cont-Adm. ATS 3871/15 – 03/11/16

- Inadmisión y Tutela judicial efectiva

Sec. Cont-Adm. ATS 1499/16 – 03/11/16

**RESPONSABILIDAD CIVIL**

- De los padres de un menor de 14 años: interrupción prescripción por seguirse diligencias preliminares en la Fiscalía de Menores

Sec. Civil STS 721/16 – 05/12/16

**RESPONSABILIDAD PERSONAL SUBSIDIARIA**

- Por impago de multa: Alcance del artículo 55.3 CP.

Sec. Penal STS 927/16 – 14/12/16

**ROBO****- Con fuerza**

> Garaje comunitario: dependencia casa habitada

Sec. Penal STS 972/16 – 21/12/16

**SENTENCIA**

- De conformidad: Nulidad imposición Costas no pedidas: necesidad de petición de parte: principio dispositivo e incongruencia extra petita

Sec. Menores SAP 246/16 – 19/10/16

**SOBRESEIMIENTO****- Libre**

> Recurso contra auto A.P. confirmatorio del dictado por J. Penal. Reforma Ley 41/2015

Sec. Penal STS 964/16 – 20/12/16

**SUSPENSION**

- Ejecución de las resoluciones del Tribunal Constitucional. Constitucionalidad: Facultad de imposición de la medida de suspensión autoridades o empleados públicos

Sec. Const. STC 215/16 – 15/12/16

**TENTATIVA**

- Tentativa inacabada en delitos de tráfico de drogas:  
Doctrina de la Sala

Sec. Penal STS 975/16 – 23/13/16

**TERRORISMO**

- Atenuante menor gravedad: 574 bis 4º. aplicable a delitos de promoción o participación en organización o grupo terrorista
- Delito de enaltecimiento del terrorismo o humillación de las víctimas (art. 578 CP): criterios interpretativos

Sec. Penal STS 997/16 – 17/01/16

Sec. Penal STS 4/1/ - 18/01/17

**TRAFICO DE DROGAS**

- Autoría y complicidad: doctrina de la Sala
- Delito consumado y tentativa inacabada. Doctrina de la Sala

Sec. Penal STS 975/16 – 23/12/16

Sec. Penal STS 975/16 – 23/13/16

**TRATO INHUMANO O DEGRADANTE**

- Condiciones de cumplimiento de la pena privativa de libertad
- Condiciones del centro penitenciario
- Mantenimiento de la prisión pese a la grave enfermedad que padecía

Sec. TEDH STEDH 20323/14 – 6/12/16

Sec. TEDH STEDH 27297/07 – 13/12/16

Sec. TEDH STEDH 42079/12 – 17/01/17

**TRIBUNAL CONSTITUCIONAL**

- Ejecución de las resoluciones del Tribunal Constitucional.  
Constitucionalidad: Facultad de imposición de multas coercitivas, de la medida de suspensión autoridades o empleados públicos; adopción medidas necesarias asegurar cumplimiento de las resoluciones que acuerden la suspensión de las disposiciones, actos o actuaciones impugnados.

Sec. Const. STC 215/16 – 15/12/16

**TUTELA JUDICIAL EFECTIVA**

- Denegación de acceso ilimitado al expediente policial: normativa extranjera y nacional. Doctrina de la Sala

Sec. Penal STS 975/17 – 23/12/16

AUTORES

Javier Huete Nogueras  
Fiscal de Sala Coordinador de Menores  
Coordinador del Boletín y autor de la Sección Penal

Francisco Moreno Carrasco,  
Fiscal del Tribunal Supremo  
autor de la Sección Contencioso Administrativo

Begoña Polo Catalan  
Fiscal del Tribunal Supremo  
autora de la Sección Civil

Salvador Viada Bardají  
Fiscal del Tribunal Supremo  
autor de la Sección del Tribunal Europeo de Derechos Humanos

María Asunción Gómez Martín  
Fiscal del Tribunal Supremo  
autora de la Sección de lo Social

Pablo Vicente Conteras Cerezo  
Fiscal de la Fiscalía ante el Tribunal Constitucional  
autor de la Sección Constitucional

José Miguel de la Rosa Cortina  
Fiscal de Sala Jefe de la Secretaría Técnica  
autor de la Sección Secretaría Técnica

Francisco Manuel García Ingelmo  
Fiscal adscrito al Fiscal de Sala Coordinador de Menores  
autor de la Sección Menores

Adolfo Luque Regueiro  
Comandante Auditor, Fiscal de la Sala Quinta del Tribunal Supremo  
autor de la Sección de lo Militar