



BOLETÍN DE JURISPRUDENCIA
FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

nº 61
JULIO DE 2018

■	Civil
■	Constitucional
■	Contencioso-Administrativo
■	Menores
■	Penal
■	Secretaría Técnica
■	Social
■	Tribunal de Justicia de la Unión Europea
■	Tribunal Europeo de Derechos Humanos
■	Militar

JULIO 2018
número 61



BOLETÍN DE JURISPRUDENCIA FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

SECCIÓN TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

SECCIÓN TEDH

SECCIÓN CIVIL

SECCIÓN PENAL

SECCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

SECCIÓN SOCIAL

SECCIÓN MILITAR

SECCIÓN MENORES

SECRETARÍA TÉCNICA

SECCION TJUE

ÍNDICE POR MATERIAS

AUTORES

DATOS SENTENCIA

Sentencia (Pleno) Nº. 72/2018

Fecha Sentencia: 21 de junio de 2018

Cuestión de Inconstitucionalidad núm. 1393-2018

Ponente: Excmo. Sr. D. Alfredo Montoya Melgar.

TEMA

Constitucionalidad del art. 188, apartado primero, párrafo primero de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social (LJS), por posible vulneración del artículo 24.1 CE.

ASPECTOS EXAMINADOS

- Régimen de impugnación de las resoluciones de los secretarios judiciales (actualmente letrados de la Administración de Justicia) en la jurisdicción social.
- Antecedentes del caso

La decisión se adopta tras el planteamiento de una cuestión interna de inconstitucionalidad (art. 55.2 LOTC) en el seno de un recurso de amparo cuya demanda alega la vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), en su vertiente de acceso a los recursos, por resultar falta de motivación e incongruente la respuesta dada por el Letrado de la Administración de Justicia de la Secretaría de la Sección Segunda de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo, que acuerda tener por no formalizado el escrito de la recurrente, de impugnación al recurso de casación para la unificación de doctrina deducido en su contra.

- Dudas del órgano proponente

El Auto de planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad considera que el artículo 188, apartado primero, párrafo primero LJS, podría vulnerar el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), en la medida en que excluye la posibilidad de que el decreto del Letrado de la Administración de Justicia que resuelve el recurso de reposición contra sus propias diligencias de ordenación —y, entre ellas, la que resuelve sobre el cumplimiento del trámite de presentación del escrito de impugnación del recurso de casación para unificación de doctrina, como sucede en el proceso a quo—, sea revisado por el Juez o Tribunal a través de un recurso directo de revisión. Entiende que se priva con ello al justiciable de la posibilidad de someter a la decisión última del titular del órgano una cuestión que afecta a un derecho fundamental, en el caso, la vulneración del derecho al recurso, faceta del derecho a la tutela judicial efectiva que garantiza el artículo 24.1 CE. Recuerda el Auto que la STC 58/2016, de 17 de marzo, ha declarado inconstitucional y nulo el primer párrafo del artículo 102 bis.2 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa (LJCA), en la redacción dada por la Ley 13/2009, de 3 de noviembre, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva oficina judicial, cuya redacción es idéntica a la del precepto de la Ley reguladora de la jurisdicción social aquí cuestionado.

- Estimación de la cuestión: inconstitucionalidad y nulidad del párrafo primero del artículo 188.1 LJS.

La clave de la cuestión planteada la ubica el Tribunal Constitucional en determinar si la previsión contenida en el primer párrafo del artículo 188.1 LJS es compatible con el derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión que garantiza el artículo 24.1 CE y con el principio de exclusividad de la potestad jurisdiccional consagrado por el artículo 117.3 CE.

El Tribunal Constitucional recuerda que, como señala su STC 58/2016, FJ 7, “el derecho fundamental garantizado por el artículo 24.1 CE comporta que la tutela de los derechos e intereses legítimos de los justiciables sea dispensada por los Jueces y Tribunales, a quienes está constitucionalmente reservada en exclusividad el ejercicio de la potestad jurisdiccional (art. 117.3 CE). Este axioma veda que el legislador excluya de manera absoluta e incondicionada la posibilidad de recurso judicial contra los decretos de los Letrados de la Administración de Justicia resolutorios de la reposición”, como acontece en el cuestionado apartado primero del artículo 188.1 LJS. “Entenderlo de otro modo supondría admitir la existencia de un sector de inmunidad jurisdiccional, lo que no se compadece con el derecho a la tutela judicial efectiva (así, STC 149/2000, de 1 de junio, FJ 3, para otro supuesto de exclusión de recurso judicial) y conduce a privar al justiciable de su derecho a que la decisión procesal del Letrado de la Administración de Justicia sea examinada y revisada por quien está investido de jurisdicción (esto es, por el Juez o Tribunal), lo que constituiría una patente violación del derecho a la tutela judicial efectiva (SSTC 115/1999, de 14 de junio, FJ 4, y 208/2015, de 5 de octubre, FJ 5)”.

Aplicando el mismo criterio acaba por declarar que el párrafo primero del artículo 188.1 LJS (“Contra el decreto resolutorio de la reposición no se dará recurso alguno, sin perjuicio de reproducir la cuestión al recurrir, si fuere procedente, la resolución definitiva”) incurre en insalvable inconstitucionalidad “al crear un espacio de inmunidad jurisdiccional incompatible con el

derecho fundamental a la tutela judicial efectiva y la reserva de jurisdicción a los Jueces y Tribunales integrantes del poder judicial". El precepto cuestionado, "en cuanto excluye del recurso judicial a determinados decretos definitivos del Letrado de la Administración de Justicia (aquellos que resuelven la reposición), cercena ... el derecho del justiciable a someter a la decisión última del Juez o Tribunal, a quien compete de modo exclusivo la potestad jurisdiccional, la resolución de una cuestión que atañe a sus derechos e intereses y legítimos" (STC 58/2016, FJ 7).

De acuerdo con este planteamiento declara la inconstitucionalidad y nulidad del párrafo primero del artículo 188.1 LJS, precisando que, en tanto el legislador no se pronuncie al respecto, el recurso judicial procedente frente al decreto del Letrado de la Administración de Justicia resolutorio de la reposición ha de ser el directo de revisión al que se refiere el propio artículo 188.1 LJS.



DATOS SENTENCIA

Sentencia Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Sala Primera
 Asunto acumulado: C 335/17
 Fecha sentencia: 31 de mayo de 2018.

TEMA

Cooperación judicial en materia civil: Derecho de visita de los abuelos.

ASPECTOS EXAMINADOS

- **Cooperación judicial en materia civil: Derecho de visita de los abuelos:** El concepto de derecho de visita del artículo 1, apartado 2, letra a), y del artículo 2, puntos 7 y 10, del Reglamento (CE) n.º 2201/2003, de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, por el que se deroga el Reglamento (CE) n.º 1347/2000, debe interpretarse en el sentido de que incluye el derecho de visita de los abuelos a sus nietos.

DATOS SENTENCIA

Sentencia Tribunal de Justicia de la Unión Europea. (Gran Sala)
 Fecha Sentencia: 5 de junio de 2018
 Asunto C 210/16.

TEMA

Protección de datos de carácter personal. Facebook. Orden por la que se solicita la desactivación de una página de Facebook (fan page) que permite recoger y tratar determinados datos vinculados a los visitantes de esa página.

ASPECTOS EXAMINADOS

- **Responsable del tratamiento de datos personales:** 1) El artículo 2, letra d), de la Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre de 1995, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos, debe interpretarse en el sentido de que el concepto de «responsable del tratamiento», en el sentido de esa disposición, comprende al administrador de una página de fans alojada en una red social.
- **Autoridades nacionales de control :** 2) Los artículos 4 y 28 de la Directiva 95/46 deben interpretarse en el sentido de que, cuando una empresa establecida fuera de la Unión dispone de varios establecimientos en diversos Estados miembros, la autoridad de control de un Estado miembro está facultada para ejercer los poderes que le confiere el artículo 28, apartado 3, de la mencionada Directiva respecto a un establecimiento de esa empresa situado en el territorio de ese Estado miembro, aun cuando, en virtud del reparto de funciones dentro del grupo, por un lado, este establecimiento únicamente se encarga de la venta de espacios publicitarios y de otras actividades de marketing en el territorio de dicho Estado miembro y, por otro lado, la responsabilidad exclusiva de la recogida y del tratamiento de los datos personales incumbe, para todo el territorio de la Unión, a un establecimiento situado en otro Estado miembro.
 3) El artículo 4, apartado 1, letra a), y el artículo 28, apartados 3 y 6, de la Directiva 95/46 deben interpretarse en el sentido de que, cuando la autoridad de control de un Estado miembro pretende ejercer frente a una entidad establecida en el territorio de ese Estado miembro los poderes de intervención contemplados en el artículo 28, apartado 3, de la referida Directiva debido a infracciones de las normas relativas a la protección de datos personales cometidas por un tercero responsable del tratamiento de esos datos que tiene su domicilio en otro Estado miembro, dicha autoridad de control es competente para apreciar, de manera autónoma respecto de la autoridad de control de este último Estado miembro, la

legalidad del referido tratamiento de datos y puede ejercer sus poderes de intervención frente a la entidad establecida en su territorio sin instar previamente la intervención de la autoridad de control del otro Estado miembro.

DATOS SENTENCIA

Sentencia Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Gran Sala)
 Fecha Sentencia: 5 de junio de 2018
 Asunto C 673/16.

TEMA

Derecho de los ciudadanos de la Unión a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros. Miembros de la familia del ciudadano de la Unión. Concepto de “cónyuge”. Matrimonio entre personas del mismo sexo.

ASPECTOS EXAMINADOS

- El concepto de «cónyuge» al que se refiere dicha disposición designa a una persona unida a otra por vínculo de matrimonio (véase, en este sentido, la sentencia de 25 de julio de 2008, Metock y otros, C-127/08, EU:C:2008:449, apartados 98 y 99). En cuanto a si este concepto incluye al nacional de un tercer Estado, del mismo sexo que el ciudadano de la Unión, con el cual ha contraído matrimonio en un Estado miembro de conformidad con el Derecho de ese Estado, debe recordarse ante todo que el concepto de «cónyuge» en el sentido de la Directiva 2004/38 es neutro desde el punto de vista del género y puede, por tanto, incluir al cónyuge del mismo sexo del ciudadano de la Unión de que se trate.
- 1) En una situación en la que un ciudadano de la Unión ha hecho uso de su libertad de circulación, desplazándose y residiendo de forma efectiva, de conformidad con los requisitos establecidos en el artículo 7, apartado 1, de la Directiva 2004/38/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros por la que se modifica el Reglamento (CEE) n.º 1612/68 y se derogan las Directivas 64/221/CEE, 68/360/CEE, 72/194/CEE, 73/148/CEE, 75/34/CEE, 75/35/CEE, 90/364/CEE, 90/365/CEE y 93/96/CE, en un Estado miembro distinto de aquel del que es nacional, y ha desarrollado o consolidado en esas circunstancias una convivencia familiar con un nacional de un tercer Estado del mismo sexo, al que está unido por un matrimonio legalmente contraído en el Estado miembro de acogida, el artículo 21 TFUE, apartado 1, debe interpretarse en el sentido de que se opone a que las autoridades competentes del Estado miembro del que el ciudadano de la Unión es nacional denieguen la concesión de un derecho de residencia en el territorio de dicho Estado miembro al nacional de un tercer Estado debido a que el Derecho de ese Estado miembro no contempla el matrimonio entre personas del mismo sexo.
- 2) El artículo 21 TFUE, apartado 1, debe interpretarse en el sentido de que, en circunstancias como las que son objeto del litigio principal, el nacional de un tercer Estado, del mismo sexo que el ciudadano de la Unión, que ha contraído matrimonio con este en un Estado miembro de conformidad con el Derecho de ese Estado tiene derecho a residir por más de tres meses en el territorio del Estado miembro del que el ciudadano de la Unión es nacional. Este derecho de residencia derivado no podrá estar sujeto a requisitos más estrictos que los establecidos en el artículo 7 de la Directiva 2004/38.

DATOS SENTENCIA

Sentencia Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Gran Sala)
 Fecha Sentencia: 5 de junio de 2018
 Asunto C 677/16

TEMA

Contrato de trabajo: Indemnización en el supuesto de extinción de un contrato fijo por concurrir una causa objetiva. Inexistencia de indemnización al finalizar un contrato de interinidad.

ASPECTOS EXAMINADOS

- La cláusula 4, apartado 1, del Acuerdo Marco sobre el trabajo de duración determinada, celebrado el 18 de marzo de 1999, que figura en el anexo de la Directiva 1999/70/CE del Consejo, de 28 de junio de 1999, relativa al Acuerdo Marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre el trabajo de duración determinada, debe interpretarse en el sentido de que no se opone a una normativa nacional que no prevé el abono de indemnización alguna a los trabajadores con contratos de duración determinada celebrados para cubrir temporalmente un puesto de trabajo durante el proceso de selección o promoción para la cobertura definitiva del mencionado puesto, como el contrato de interinidad de que se trata en el litigio principal, al vencer el término por el que estos contratos se celebraron, mientras que se concede indemnización a los trabajadores fijos con motivo de la extinción de su contrato de trabajo por una causa objetiva.

DATOS SENTENCIA

Sentencia Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Gran Sala)

Fecha Sentencia: 19 de junio de 2018

Asunto C-181/16.

TEMA

Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea: Adopción de una decisión de retorno antes de que la autoridad responsable resuelva el recurso contra la denegación de la solicitud de protección internacional. Principio de no devolución. Derecho a la tutela judicial efectiva. Autorización a permanecer en un Estado miembro.

ASPECTOS EXAMINADOS

- Procede responder a la cuestión prejudicial que la Directiva 2008/115, en relación con la Directiva 2005/85, y a la luz del principio de no devolución y del derecho a la tutela judicial efectiva, consagrados en los artículos 18, 19, apartado 2, y 47 de la Carta, debe interpretarse en el sentido de que no se opone a que la autoridad decisoria adopte una decisión de retorno en virtud del artículo 6, apartado 1, de la Directiva 2008/115, contra un nacional de un tercer país que ha presentado una solicitud de protección internacional, a partir del momento en el que deniega esa solicitud o unida a esa denegación en el marco de un único acto administrativo y, por tanto, antes de que se resuelva el recurso jurisdiccional contra dicha denegación, siempre que el Estado miembro de que se trate garantice, en particular, que se suspendan todos los efectos jurídicos de la decisión de retorno a la espera del resultado de dicho recurso, que el solicitante pueda beneficiarse durante ese período de los derechos que se derivan de la Directiva 2003/9 y que pueda invocar cualquier cambio en las circunstancias que se produzca después de la adopción de la decisión de retorno y que pueda incidir de forma significativa en la apreciación de su situación de conformidad con la Directiva 2008/115, en particular, con su artículo 5, extremo que corresponde comprobar al órgano jurisdiccional nacional.

DATOS SENTENCIA

Sentencia Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Gran Sala)

Fecha Sentencia: 26 de junio de 2018

Asunto C 451/16.

TEMA

Discriminación directa por razón de sexo. Igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de seguridad social. Requisitos para el reconocimiento del cambio de sexo: Normativa nacional que supedita este reconocimiento a la anulación de un matrimonio anterior al cambio de sexo: Denegación de una pensión estatal de jubilación a una persona que ha cambiado de sexo a partir de la edad de jubilación de las personas del sexo adquirido.

ASPECTOS EXAMINADOS

- De la jurisprudencia del Tribunal de Justicia se desprende que una normativa nacional que supedita la obtención de una prestación de pensión a un requisito relativo al estado civil no puede sustraerse a la observancia del principio de no

discriminación por razón de sexo, reconocido en el artículo 157 TFUE en el ámbito de la remuneración de los trabajadores (véase, en este sentido, por lo que respecta al artículo 141 CE, la sentencia de 7 de enero de 2004, K. B., C 117/01, EU:C:2004:7, apartados 34 a 36). De ello se deduce que, al ejercer su competencia en el ámbito del estado civil, los Estados miembros deben cumplir el artículo 4, apartado 1, de la Directiva 79/7, que aplica el principio de no discriminación por razón de sexo en materia de seguridad social.

- En el presente asunto, la normativa nacional controvertida en el litigio principal supedita la obtención por una persona que haya cambiado de sexo de una pensión estatal de jubilación a partir de la edad legal de jubilación de las personas del sexo que haya adquirido, en particular, al requisito de la anulación del matrimonio eventualmente celebrado antes del cambio de sexo. Por el contrario, según consta en los autos que obran en poder del Tribunal de Justicia, este requisito de anulación del matrimonio no es aplicable a la persona que haya conservado su sexo de nacimiento y esté casada, que puede obtener así dicha pensión de jubilación al alcanzar la edad legal de jubilación de las personas pertenecientes a ese sexo, con independencia de su estado civil. Por consiguiente, esta normativa nacional confiere un trato menos favorable a las personas que hayan cambiado de sexo después de haberse casado que a las personas que hayan conservado su sexo de nacimiento y estén casadas. Este trato menos favorable se basa en el sexo y puede constituir una discriminación directa en el sentido del artículo 4, apartado 1, de la Directiva 79/7
- La Directiva 79/7/CEE del Consejo, de 19 de diciembre de 1978, relativa a la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de seguridad social, en particular su artículo 4, apartado 1, primer guion, en relación con sus artículos 3, apartado 1, letra a), tercer guion, y 7, apartado 1, letra a), debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional que exige que una persona que ha cambiado de sexo cumpla no solo criterios de carácter físico, social y psicológico, sino también el requisito de no estar casada con una persona del sexo que ha adquirido a raíz del cambio de sexo, para poder optar a una pensión estatal de jubilación a partir de la edad legal de jubilación de las personas del sexo adquirido.



DATOS SENTENCIA

Caso: Fundación Zehra y otros c. Turquía

Fecha sentencia: 10 de julio de 2018

Demanda nº 51595/07.

TEMA

Libertad de asociación (artículo 11 CEDH). Disolución de una fundación cuya finalidad oculta (no declarada en sus estatutos) era la creación de un Estado kurdo fundado en la sharía. No violación del artículo 11 CEDH.

ASPECTOS EXAMINADOS

- Son demandantes, la fundación «Zehra Eğitim Vakfı» (fundación Zehra para la educación y la cultura) y 6 ciudadanos turcos. La fundación fue creada en 1989 con la finalidad de mutua ayuda cultural y económica en sus miembros y contribuir al desarrollo científico, social y económico de Turquía. En 2000, a petición del Ministerio del Interior, sus actividades fueron controladas por tres inspectores que concluyeron que sus estructuras locales habrían llevado a cabo actividades ilegítimas, apartándose de su objeto social y de los fines contemplados en sus estatutos. El año siguiente se planteó acción dirigida a su disolución ante el Tribunal ordinario correspondiente.
El Tribunal estimó, en 2005, que la finalidad verdadera y no declarada de la Fundación era difundir el plan del teólogo Said Nursi, a saber, la creación de un estado kurdo fundado en la sharía, y hacer apología de sus enseñanzas como opuestas al régimen republicano y defensoras de un Estado teocrático y totalitario. La sentencia fue confirmada en casación. La Fundación fue disuelta y sus 25 bienes inmuebles transferidos a la dirección general de fundaciones.
En 2014, a solicitud de los fundadores todavía en vida, fue registrada en el registro de fundaciones en base a una nueva ley, promulgada en 2013. De sus bienes inmuebles confiscados, 22 fueron restituidos. Los otros 3 habían sido puestos a disposición de otros servicios públicos durante ese tiempo.
- Los demandantes, invocando el artículo 11 CEDH, se quejan de la disolución de la fundación, de su inactividad entre 2005 y 2013, y de la falta de restitución de 3 de sus bienes, invocando también los artículos 6 (derecho a un proceso equitativo) y 13 (protección de la propiedad) CEDH.
- El TEDH recuerda que la democracia representa, sin ninguna duda, un elemento fundamental del orden público europeo, y que se presenta como el único modelo político contemplado por el Convenio. Por lo tanto, ninguna formación está autorizada a prevalerse de las disposiciones del Convenio para debilitar o destruir los ideales y valores de una sociedad democrática. Una formación en la que los responsables inciten a recurrir a la violencia o proponen un proyecto político que no respete la democracia o que se dirija a su destrucción o al desconocimiento de los derechos y libertades que reconoce, puede ser sancionada por estos motivos conforme a los criterios establecidos en el número 2 del artículo 11 CEDH. En este punto se diferencia la libertad de asociación de la libertad de expresión.
- En el caso, el TEDH encuentra que la injerencia (la disolución de la fundación, con interrupción de sus actividades durante más de 7 años, y la falta de restitución de algunos de sus bienes) estaba prevista por la ley con los fines siguientes: la protección de derechos y libertades de otros, la defensa del orden y el mantenimiento de la seguridad pública. También observa que las jurisdicciones nacionales han ordenado la disolución de la fundación fundándose en los escritos publicados en el boletín oficial (Zehra Bülteni) de la fundación, procediendo a un examen selectivo de las publicaciones litigiosas para no tomar en cuenta aquéllas en las que la imputación a la fundación fuera dudosa. Las jurisdicciones internas han estimado, entre otras cosas, que conforme a su contenido los textos publicados tendrían claramente como objetivos últimos la instalación de un sistema estatal basado en la sharía y la apertura de establecimientos de enseñanza secundaria o superior dirigidos a preparar cuadros aptos para la instauración de un Estado basado en el régimen de la sharía –para reemplazar un Estado de régimen democrático, laico y pluralista– y compuesto de ciudadanos de origen kurdo. A sus ojos, estos dos puntos eran muestra de una oposición neta a los principios de laicidad y de democracia pluralista.
- A este respecto, el TEDH constata que ningún elemento en la causa permite pensar que las jurisdicciones nacionales hayan procedido a una interpretación de los hechos no pertinente o irrazonable, y precisa que una fundación que tenga como verdadera finalidad la instauración de la sharía en un Estado parte del Convenio, difícilmente puede pasar como una asociación conforme al ideal democrático subyacente al conjunto de la CEDH. En cuanto a las actividades de la fundación, dirigidas a la creación de establecimientos de enseñanza con la finalidad de oponerse a los principios de laicidad y de

democracia pluralista (principios calificados de indeseables en los textos del boletín, según los Tribunales), el TEDH estima que las autoridades judiciales, cuando tomaron las medidas incriminadas, puede considerarse que han cumplido su obligación de velar para que el programa de educación nacional se organice de manera objetiva, crítica y pluralista, permitiendo a los alumnos desarrollar un sentido crítico, especialmente respecto al hecho religioso, en una atmósfera serena, resguardada de todo proselitismo.

- Por otra parte, el TEDH señala que la expresión de ideas y opiniones contrarias al principio de laicidad no es merecedora de sanciones penales en Turquía desde 1991. Esta situación es conforme con la jurisprudencia del TEDH sobre la libertad de expresión, según la cual en las democracias pluralistas incluso las ideas que se apartan de un régimen democrático pueden ser expresadas en debates abiertos al público mientras no produzcan un discurso de odio o no inciten a la violencia. Dicho esto, el TEDH recuerda que esta interpretación de la libertad de expresión no impide a los Estados contratantes tomar medidas para asegurar que una fundación no pone su patrimonio al servicio de un proyecto político de enseñanza que sería contrario a los valores de la democracia pluralista y que desconociera los derechos y libertades garantizadas por el Convenio.
- El TEDH considera que, como las actividades de la fundación demandante han mostrado que perseguía un objetivo distinto del declarado en los estatutos, las autoridades podían legítimamente intervenir para poner fin a esta divergencia, sin que fuera necesario esperar a la realización del objetivo oculto, a saber, crear establecimientos de enseñanza y propagar entre los estudiantes ideas opuestas al régimen democrático pluralista. En consecuencia, las jurisdicciones nacionales no han sobrepasado su margen de apreciación cuando han estimado que existía una necesidad social imperiosa (para salvaguardar la naturaleza específica de la educación en una sociedad pluralista, defender el orden público y proteger los derechos ajenos) de impedir que la fundación demandante realizara su proyecto oculto poniendo por obra actividades de enseñanza secundaria y universitaria con la finalidad última de instaurar un régimen fundado sobre la sharía.
- El TEDH considera también que, como la fundación demandante ha debido quedar inactiva solamente durante un periodo limitado, y como la mayor parte de sus bienes le han sido restituidos y que los pocos que han quedado a disposición de los servicios públicos lo han sido después de una selección basada en un criterio objetivo previsto por la ley, la medida cuestionada no era desproporcionada para la finalidad perseguida. Las injerencias, en el caso concreto, respondían a una necesidad social imperiosa, eran proporcionadas a los fines perseguidos, y podían ser consideradas como necesarias en una sociedad democrática en el sentido del artículo 11.2 del Convenio.
- No ha existido, por tanto, violación del artículo 11 CEDH, sin que sea necesario examinar la queja bajo la óptica de los otros artículos invocados.

DATOS SENTENCIA

Caso: Hovhannisyán c. Armenia
 Fecha sentencia: 19 de julio de 2018
 Demanda nº 18419/13.

TEMA

Prohibición de tratos inhumanos o degradantes (artículo 3 CEDH) en el lugar de trabajo, aspecto procesal.

ASPECTOS EXAMINADOS

- La demandante Aida Hovhannisyán, ciudadana armenia, denuncia haber sido agredida por sus superiores, en su lugar de trabajo, en el curso de una disputa sobre su informe de apreciación.
- En enero de 2012, la Sra. Hovhannisyán, inspectora del Ministerio de Protección del Medio Ambiente, denunció a la policía que su Jefe de División y el Adjunto del mismo, le habían sujetado las manos e insultado cuando ella rechazó entregar su informe de apreciación antes de añadir sus objeciones. A iniciativa del policía encargado de la investigación, le fue realizado un examen médico que apreció que presentaba hematomas en los brazos. Fueron interrogados sus superiores y colegas, que refutaron su versión de los hechos, y el investigador rechazó iniciar procedimiento penal.
- La Sra. Hovhannisyán recurrió esta decisión ante el Fiscal, que decidió no iniciar ningún procedimiento penal por falta de pruebas. La demandante recurrió a las jurisdicciones internas argumentando que el Fiscal no había tenido en cuenta el resultado del examen médico. Las jurisdicciones nacionales rechazaron su queja y sus posteriores recursos, juzgando que la decisión del Fiscal era correcta.

- La demandante invoca el artículo 3 CEDH (prohibición de tratamientos inhumanos o degradantes), manteniendo que sus superiores (funcionarios públicos) la habían maltratado y humillado deliberadamente en el lugar de trabajo, y que las autoridades habían faltado a su obligación de llevar a cabo una investigación efectiva sobre sus alegaciones.
- El TEDH recuerda que los malos tratos deben alcanzar un grado mínimo de importancia para que puedan ser considerados incluidos en el artículo 3 CEDH, aunque ese mínimo es relativo y depende de las circunstancias. Se ha considerado trato degradante el que causa en la víctima sentimientos de miedo, angustia e inferioridad; si humilla o rebaja (a los ojos de la víctima o de otras personas), sea o no ese el objetivo; si rompe o lleva a romper la resistencia física o moral de la víctima, o a actuar contra su voluntad o conciencia; o si muestra falta de respeto o disminuye la dignidad humana de la víctima. Y reitera que cuando un particular presenta una queja razonable de haber sido seriamente maltratado por la policía u otros agentes del Estado infringiendo el artículo 3 CEDH, debe llevarse a cabo una investigación oficial efectiva, es decir, adecuada (capaz de llegar a determinar los hechos, determinar si están o no justificados, y a identificar y castigar a los responsables), aunque esta investigación es una obligación de medios y no de resultados; meticulosa, sin descansar en conclusiones apresuradas o infundadas para cerrar la investigación, recogiendo y asegurando todas las pruebas sobre el incidente, por lo que cualquier deficiencia en la investigación la expone a no alcanzar este standard.
- En este caso se alcanza la mínima gravedad puesto que, en la denuncia, a ojos de la víctima ha existido un tratamiento humillante o degradante, siendo indiferente que se haya cometido por agentes estatales o por particulares. Pero no se acredita una investigación sobre el origen de las equimosis más allá de las declaraciones de superiores y compañeros (que son subordinados de los denunciantes) que negaron la versión de la demandante, por lo que ha quedado sin explicación el origen de las lesiones. No se han asegurado la prueba de forma que los testigos puedan declarar sin problemas por la sujeción a sus superiores; y tampoco se han investigado las contradicciones de los denunciados o la precisión de sus declaraciones.
- Por lo que el TEDH considera que ha existido violación del artículo 3 CEDH en su aspecto procesal. La falta de investigación efectiva no permite concluir fuera de toda duda que haya existido un tratamiento contrario al artículo 3 CEDH en su aspecto sustantivo. Otorga a la demandante una indemnización de 3.000 € por daño no pecuniario.



DATOS SENTENCIA

Sentencia Nº 403/18
 RECURSO DE CASACION E INFRACCION PROCESAL Nº 4360/2017
 Fecha Sentencia: 27/06/2018
 Ponente Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana.

TEMA

Discapacidad.

ASPECTOS EXAMINADOS

- **Prorroga de la patria potestad de un hijo discapacitado de padres divorciados:** La declaración de la capacidad no es un efecto del procedimiento matrimonial, sino una consecuencia del pronunciamiento que limita la capacidad del hijo, a partir de una situación nueva como es la mayoría de edad alcanzada por el hijo, la extinción de la medida referida a la guarda y custodia de los hijos, y las circunstancias concurrentes de salud, lo que ha sido determinante para la rehabilitación de la patria potestad, en aplicación del artículo 171 del CC, atendiendo, después, a la regla del artículo 156 del CC sobre el ejercicio.
- **Interés superior del discapaz:** Este interés no es más que la suma de distintos factores que tienen en común el esfuerzo por mantener al discapaz en su entorno social, económico y familiar en el que se desenvuelve y como corolario lógico su protección como persona especialmente vulnerable en el ejercicio de los derechos fundamentales a la vida, salud e integridad, a partir de un modelo adecuado de supervisión para lo que es determinante un doble compromiso, social e individual por parte de quien asume su cuidado (sentencias 635/2015, de 19 de noviembre; 373/2016, de 3 de junio).

DATOS SENTENCIA

Sentencia Nº 396/18
 RECURSO DE CASACION Nº 3426/2015
 Fecha Sentencia: 26 /6/2018
 Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Marín Castán.

TEMA

Condiciones generales de la contratación.

ASPECTOS EXAMINADOS

- **Efectos de la declaración de nulidad de una cláusula suelo por falta de transparencia:** Una vez declarada la nulidad de la cláusula suelo por su carácter abusivo, procede devolver la totalidad de las cantidades indebidamente cobradas en aplicación de dicha cláusula suelo. En la misma línea SSTs nº123/2017, de 24 de febrero; 475/2017, de 20 de julio; 481/2017, de 20 de julio; 485/2017, de 20 de julio; 486/2017, de 20 de julio, y 3/2018, de 10 de enero.

DATOS SENTENCIA

Sentencia Nº 420/18
 RECURSO DE CASACION Nº 2593/17
 Fecha Sentencia: 03/07/2018
 Ponente Excmo. Sr. D. Rafael Sarazá Jimena.

TEMA

Derecho de asociación. Partidos Políticos: cómputo del plazo de caducidad de la acción de anulación del acuerdo por contrariedad a los estatutos.

ASPECTOS EXAMINADOS

- **Inicio del cómputo del plazo de caducidad de la acción de anulación del acuerdo por contrariedad a los estatutos:** Este tribunal, al interpretar el art. 40.3 LODA en lo relativo al momento inicial del plazo de caducidad del ejercicio de la acción de anulación del acuerdo por contrariedad a los estatutos, ha sentado la siguiente doctrina, que viene recogida en la sentencia 155/2016, de 15 de marzo: La regla general es que el cómputo del plazo de ejercicio de la acción de impugnación debe hacerse desde la fecha de adopción del acuerdo, porque se trata de un plazo de caducidad y dicho día es el señalado en el art. 40.3 LODA.
- **Excepción a la regla general:** Junto a esta regla general, como excepción, en determinados casos, para evitar la indefensión y no propiciar abusos, el dies a quo puede ser el de la notificación del acuerdo disputado. La existencia de esa excepción no puede confundirse con la posibilidad de dejar al arbitrio del asociado el inicio del plazo de ejercicio de la acción de impugnación, cuando no pone ningún interés en tomar conocimiento de un acuerdo cuya existencia ha de tener por cierta o incluso obstaculiza que le sea notificado el contenido del acuerdo.

DATOS AUTO

Competencia territorial nº 102/2018

Fecha auto 04 /7/2018

Ponente: Sr. D. José Antonio Seijas Quintana.

TEMA

Competencia territorial: aceptación de herencia por el tutor.

ASPECTOS EXAMINADOS

- **Autorización judicial para aceptación de herencia por el tutor:** La norma aplicable lo será la del art. 62 LJV, y no el 94, por cuanto aquel dispone «que para la obtención de autorización o aprobación judicial para realizar actos de disposición, gravamen u otros que se refieran a los bienes o derechos de menores o personas con capacidad modificada judicialmente, la competencia corresponde al juzgado del domicilio o, en su defecto, de la residencia del menor o persona con capacidad modificada judicialmente». Por todo lo cual, la competencia corresponde al Juzgado del domicilio/residencia de la persona tutelada.

DATOS SENTENCIA

Sentencia núm. 283/2018

Fecha de sentencia: 13/06/2018

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION (P)

Número del procedimiento: 10054/2018

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

TEMA

Prueba Pericial: Valor dictámenes periciales. Informes periciales de inteligencia. Declaración en sede policial no ratificada. No puede valorarse como elemento corroborador de la declaración de coimputado. Valor probatorio de la prueba de ADN. Delito artículo 483 CP 1973; detención ilegal no dar razón del paradero de la víctima y sin acreditar su puesta en libertad. Problemas que plantea. No es un delito de sospecha.

ASPECTOS EXAMINADOS

- Dictámenes periciales: Sobre los dictámenes periciales- en SSTs 546/2016 de 21 junio, 386/2017 de 24 mayo, hemos señalado que la pericia –como destaca la doctrina- es una prueba de apreciación discrecional o libre y no legal o tasada, por lo que, desde el punto de vista normativo, la Ley precisa que “el Tribunal valorará los dictámenes periciales según las reglas de la sana crítica” (art. 348 de la LEC), lo cual, en último término, significa que la valoración de los dictámenes periciales es libre para el Tribunal, como, con carácter general, se establece en el art. 741 de la LECrim. para toda la actividad probatoria, sin que pueda olvidarse, ello, no obstante, la interdicción constitucional de la arbitrariedad de los poderes públicos (art. 9.3 C.E.).

El Tribunal es, por tanto, libre a la hora de valorar los dictámenes periciales; únicamente está limitado por las reglas de la sana crítica –que no se hallan recogidas en precepto alguno, pero que, en definitiva, están constituidas por las exigencias de la lógica, los conocimientos científicos, las máximas de la experiencia y, en último término, el sentido común- las cuáles, lógicamente, le imponen la necesidad de tomar en consideración, entre otros extremos, la dificultad de la materia sobre la que verse el dictamen, (a este respecto se ha de reconocer que el peritaje psiquiátrico es el más transcendental, complicado y difícil de todos los peritajes forenses), la preparación técnica de los peritos, su especialización, el origen de la elección del perito, su buena fe, las características técnicas del dictamen, la firmeza de los principios y leyes científicas aplicados, los antecedentes del informe (reconocimientos, períodos de observación, pruebas técnicas realizadas, número y calidad de los dictámenes obrantes en los autos, concordancia o disconformidad entre ellos, resultado de la valoración de las otras pruebas practicadas, las propias observaciones del Tribunal, etc.); debiendo éste, finalmente, exponer en su sentencia las razones que le han impulsado a aceptar o no las conclusiones de la pericia (STS. 1103/2007 de 21.12). No se trata de pruebas que aporten aspectos fácticos, sino criterios que auxilian al órgano jurisdiccional en la interpretación y valoración de los hechos, sin modificar las facultades que le corresponden en orden a la valoración de la prueba.

Y en cuanto a su valor como documento se le reconoce cuando:

a) Existiendo un solo dictamen o varios absolutamente coincidentes, y no disponiendo la Audiencia de otras pruebas sobre los mismos elementos fácticos, el Tribunal haya estimado el dictamen o dictámenes coincidentes como base única de los hechos declarados probados, pero incorporándolos a dicha declaración de un modo incompleto, fragmentario, mutilado o contradictorio, de modo que se altere relevantemente su sentido originario.

b) Contando solamente con dicho dictamen o dictámenes coincidentes y no concurriendo otras pruebas sobre el mismo punto fáctico, el Tribunal de instancia haya llegado a conclusiones divergentes con las de los citados informes, sin expresar razones que lo justifiquen (SSTS. 534/2003 de 9.4, 58/2004 de 26.1, 363/2004 de 17.3, 1015/2007 de 30.11, 6/2008 de 10.1, y AATS. 623/2004 de 22.4, 108/2005 de 31.11, 808/2005 de 23.6, 860/2006 de 7.11, 1147/2006 de 23.11, o sin una explicación razonable (SSTS. 182/2000 de 8.2, 1224/2000 de 8.7, 1572/2000 de 17.10, 1729/2003 de 24.12, 299/2004 de 4.3, 417/2004 de 29.3). En ambos casos cabe estimar acreditado documentalmente el error del tribunal. En el primer caso porque, asumiendo el informe, el texto documentado de éste permite demostrar que ha sido apreciado erróneamente al incorporarlo a los hechos probados de un modo que desvirtúa su contenido probatorio. En el segundo, porque, al apartarse del resultado único o coincidente de los dictámenes periciales, sin otras pruebas que valorar y sin expresar razones que lo justifiquen, nos encontramos –como dice la STS. 310/95 de 6.3, ante un discurso o razonamiento judicial que es contrario a las reglas de la lógica, de la experiencia o de los criterios firmes del conocimiento científico, esto es, se evidencia un razonamiento abiertamente contrario a la exigencia de racionalidad del proceso valorativo STS. 2144/2002 de 19.12).

Fuera de estos casos las pericias son un medio de prueba de carácter personal, aunque con características propias que deben ser valoradas en función de las conclusiones expuestas por sus redactores y suficientemente contratadas en el momento del juicio oral.

- Informes periciales de inteligencia, habrá que precisar, completando la doctrina jurisprudencial que se cita transcribiendo la sentencia de esta Sala de 11 enero 2017, que, sobre estos dictámenes emitidos por miembros de las fuerzas de Seguridad, abundan los precedentes de esta Sala relacionados con el valor probatorio de esa clase de informes (vid SSTS 870/2012 de 5 diciembre, 134/2016 del 24 febrero). No existe en nuestro derecho la figura del "consejero técnico", propia de otros sistemas procesales de nuestro entorno. No resulta fácil, desde luego, calificar como prueba pericial, sin otros matices, las explicaciones ofrecidas por los agentes de policía acerca de la forma de actuar de determinadas organizaciones o bandas criminales. Lo cierto es, sin embargo, que la reforma de la centenaria Ley de Enjuiciamiento Civil ensanchó el espacio funcional reservado al perito. Ya no se trata de suplir las carencias del Juez o Fiscal mediante un dictamen relacionado con los "conocimientos científicos o artísticos" (art. 456 LECrim). Lo que el art. 335.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil autoriza – con incuestionable valor supletorio- se extiende, no sólo a los "conocimientos científicos o artísticos", sino a los "conocimientos técnicos o prácticos".

Es evidente, por tanto, que la colaboración de un profesional en la descripción de la metodología y de los modos de organización y funcionamiento de una estructura y unos recursos humanos puestos al servicio del delito, puede ser de una gran utilidad para el órgano decisorio. La práctica que inspira la actuación de una organización criminal puede ser descrita con una referencia simplemente empírica, nutrida por la experiencia de quien se ha infiltrado en una de esas estructuras o ha hecho de su investigación el objeto cotidiano y preferente de su actividad profesional como agente de las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado. Pero puede ser también objeto de una explicación basada en el manejo de categorías y conceptos propios de la sociología o criminología. La sofisticación de los medios empleados para la intercomunicación de los integrantes de esas bandas u organizaciones, las habituales técnicas de encriptación y, en fin, la constante tendencia a la clandestinidad, son razones suficientes para admitir una prueba pericial cuyo objeto sea ofrecer al Juez, al Fiscal y al resto de las partes, una explicación detallada de la "práctica" que anima la actividad delictiva de esas y de otras organizaciones delictivas.

- Valor corroborador de la declaración prestada en sede policial, como coimputada de la hoy testigo CCC. Debe ser descartado: En primer lugar, se trata de una declaración policial a raíz de su detención en 1995, que no fue ratificada en instrucción, ni en el juicio oral celebrado en la Audiencia Nacional en octubre 1998. Y en este extremo es doctrina jurisprudencial ya constante, tras superar algunas disensiones previas, que las declaraciones prestadas por un coimputado en las dependencias policiales no pueden ser consideradas exponentes ni de prueba anticipada ni de prueba preconstituida, en cuanto que no se efectúan en presencia de actividad judicial y por ello tampoco es dable la valoración de los agentes policiales que presenciaron la declaración, en la medida que integran la corroboración del testimonio de coimputado cuya validez probatoria ya sea descrito (SSTS 435/2015 de 9 julio, 956/2016 del 16 diciembre, 762/2016 de 13 octubre, 151/2018 de 27 marzo).

En este sentido el Pleno no jurisdiccional de esta Sala Segunda de fecha 3 junio 2015 abordó la cuestión y adoptó el siguiente acuerdo: "“las declaraciones ante los funcionarios policiales no tienen valor probatorio. No pueden operar como corroboración de los medios de prueba. Ni ser contrastadas por la vía del art. 714 LECrim. No cabe su utilización como prueba preconstituida en los términos del art. 730 LECrim. Tampoco pueden ser incorporados al acervo probatorio mediante la llamada como testigos de los agentes policiales que las recogieron...". Sin embargo, cuando los datos objetivos contenidos en la autoinculpación son acreditados como veraces por verdaderos medios de prueba, el conocimiento de aquellos datos por el declarante evidenciado en la autoinculpación puede constituir un hecho base para legitimar ilógicas inferencias. Para constatar, a estos exclusivos efectos, la validez y contenido de la declaración policial deberán prestar testimonio en juicio los agentes policiales que la presenciaron. Acuerdo que fue desarrollado por diferentes sentencias de esta Sala (entre ellas SSTS 487/2015 20 julio, 447/2015 de 29 junio, 652/2015 de 3 noviembre, 127/2016 de 23 febrero).

En segundo lugar, ya hemos señalado, es la declaración de un coimputado, en todo caso, no puede servir de elemento corroborador de la declaración heteroinculpatoria de otro coimputado.

- Valor probatorio de la prueba de ADN: debe considerarse que constituye un indicio especialmente significativo, es decir de "una singular potencia acreditativa" debiendo admitirse su efectividad para desvirtuar la presunción de inocencia en cuanto constituye prueba plena en lo que respecta a la acreditación de la presencia de una persona determinada en el lugar en que la huella genética se encuentra si éste es un objeto fijo, o permite esclarecer con seguridad prácticamente absoluta que sus manos –en el presente caso- han estado en contacto con la superficie u objeto en que aparecen, en el caso de objetos muebles móviles.

La conexión de estos datos con la atribución al titular del vestigio genético de la participación en el hecho delictivo, necesita, sin embargo, un juicio lógico deductivo, sólidamente construido, del que pueda deducirse, sin duda racional alguna que, por el lugar en que se encuentra aquel o por el conjunto de circunstancias concurrentes éste necesariamente procede del autor

del hecho delictivo. Por el contrario, cuando es factible establecer conclusiones alternativas plausibles basadas en la incertidumbre el proceso valorativo debe decantarse por una sentencia absolutoria.

En el caso presente la acusada no ha dado una explicación razonable sobre el hallazgo de su perfil genético en uno de los sobres en el que se remiten en varias cartas de D. PPP a su familia, durante el secuestro como prueba de que estaba vivo, por lo que estamos ante un indicio de singular potencia acreditativa que corrobora la declaración inculpativa realizada por XXX de este acusado.

- Delito de detención ilegal no dar razón del paradero de la víctima y sin acreditar su puesta en libertad. Aquel precepto que disponía "el reo de detención ilegal que no diera razón del paradero de la persona detenida o no acreditase haberla dejado en libertad será castigado con la pena de reclusión mayor", fue muy cuestionado por la doctrina al entender que no dejaba de ser un delito de sospecha que vulneraba los derechos constitucionales a no declarar contra sí mismo y a la presunción de inocencia y a las prescripciones que impone el principio de culpabilidad. Y es que el establecimiento de una pena tan grave como reclusión mayor y superior al homicidio, próxima a la del asesinato, parecía dar entender que se estaba presumiendo *iuri et de iure*, de forma irrefragable que se había producido la muerte del privado de libertad. Incluso ahora con la nueva redacción del artículo 166 por LO 1/2015, el reo de detención ilegal o secuestro que no da razón del paradero de la persona detenida será castigado con la pena... de 15 a 20 años en el caso de secuestro", superior a la del homicidio y ligeramente inferior-sólo en el máximo, al asesinato-.

Sin embargo, la STS de 25 de junio de 1990 en el conocido "Caso Nani" al analizar en profundidad la naturaleza de este precepto penal y su adecuación a las exigencias constitucionales, llegaba a la conclusión de que el mismo no contemplaba una condena por un delito de una sospecha de muerte, sino que lo que está sancionando es una probada y muy grave modalidad de detención ilegal.

Textualmente decía la citada resolución:

"Respecto al artículo 483 del Código Penal (actual artículo 166, equivalente al antiguo artículo 483), debemos poner de relieve lo siguiente:

- Ciertamente, la doctrina científica ha venido manteniendo la idea de que en dicho artículo se contiene una figura delictiva constitutiva de un tipo de sospecha, contrario al principio de presunción de inocencia que consagra la Constitución en su artículo 24.2 EDL 1978/3879.
- Han sido muchos los autores que han estimado inexplicable su persistencia tras la Constitución y la LO. 8/1983 de 25 de junio EDL 1983/8149 por ser un delito cualificado, no ya por el resultado, sino por la sospecha y dar entrada así al objetivismo del "versari in re ilícita".
- Los antecedentes del precepto se remontan a 1848, desapareció en el texto de 1932, volviendo a renacer en el Código de 1944.
- La presencia de nuestra Constitución que en su artículo 24.2 presume la inocencia y del artículo 1 del Código Penal EDL 1995/16398, según la reforma de 1983, que declara con rotundidad que no hay pena sin dolo o culpa y que cuando la pena venga determinada por la producción de un ulterior resultado más grave, solo se responderá de este si se hubiere causado, al menos, por culpa, hacen de manera absoluta e incondicionada incompatible cualquier modalidad de delito de sospecha con los principios informadores de nuestro Ordenamiento.
- Sin perjuicio de que, como señala la doctrina científica, el precepto resulte criticable, puede ser objeto de una interpretación diferente que, conforme al principio de conservación de las normas, al que en tantas ocasiones se refiere el Tribunal Constitucional, permita admitir su vigencia, siempre que de él se radien por completo las ideas de sospecha, de inversión de la carga de la prueba o del llamado "versari in re ilícita", al que antes se hizo referencia.
- Por consiguiente, el artículo 483 solo puede ser compatible con el nuevo orden constitucional si en él se prescinde por completo de la idea de que el plus punitivo nace de sospechar que el sujeto detenido murió.
- El tema ha de quedar centrado en orden a los valores que se protegen en el artículo 483 que venimos examinando. En él está en juego nada menos que la libertad y la seguridad, en línea con lo que la Comunidad Internacional viene demandando de manera constante y reiterada. Así, pueden citarse: Resolución 33/173, sobre personas desaparecidas, de la Asamblea de Naciones Unidas, de 20 de diciembre de 1978, Resolución del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas 1979/38, de 10 de mayo de 1979, Resolución 20 de la Comisión de Derechos Humanos adoptada en 1980 y la Recomendación R (79), sobre personas desaparecidas. De alguna manera puede encontrarse un cierto denominador común: la preocupación frente a las personas desaparecidas en circunstancias tales que provoquen temor por su seguridad física y moral.
- No contempla, por consiguiente, una condena por delito de sospecha que de serlo sería inconstitucional, sino de una probada y muy grave modalidad de detención ilegal. No se trata de un simple juego de palabras sino de profundizar en la naturaleza de este precepto penal, en función de las exigencias constitucionales. Los datos o circunstancias que sirven de base al artículo 483 han de ser probados a través de una actividad desarrollada en el juicio oral, bajo los principios de inmediación y contradicción en los mismos términos exigidos con carácter general por el Tribunal Constitucional y esta Sala.

En el hecho de no acreditar haber dejado en libertad o no dar razón del paradero de la persona detenida no puede haber, repetimos, ni sospecha ni conjetura, ni inversión de la carga de la prueba.

La acusación debe probar:

- a) La detención ilegal de la persona desaparecida.
- b) La ausencia de toda explicación razonable de la desaparición.
- c) Omisión de la puesta en libertad. Tal desaparición aumenta tan considerablemente el desvalor del hecho que, dentro de los principios de armonía, proporcionalidad y equilibrio que han de caracterizar al Ordenamiento Jurídico, resulta justificada la pena establecida por el legislador.
- j) i) Bajo estas coordenadas la aplicación de este artículo en absoluto supone, y en ello toda insistencia es poca, afirmar la muerte del detenido ni presumir que ha muerto, sino tener en cuenta las circunstancias inequívocamente gravísimas, probado el dolo del sujeto activo, que acompañan a la detención.
- k) El tema de la proporcionalidad entre el acto y la pena a él asociada se examinará más adelante.
- l) El argumento, ya señalado, que conduce a una recta interpretación del artículo 483 del Código Penal EDL 1995/16398 está lleno de buen sentido y racionalidad. La desaparición de la persona que se encuentra bajo el dominio de quien la privó de su libertad aumenta de relieve cuando se trata de una detención ilegal en su origen o en su desarrollo, teniendo en cuenta que respecto de él adquirió una posición especial que la doctrina lo identifica a la del garante, figura tan de actualidad en el moderno Derecho Penal en el sentido de que a partir de ese momento responde no solo de la legalidad de la detención, lo que es obvio, sino también del hecho de no devolverle la libertad como debió hacer. La Ley Penal establece una pena progresiva más alta en función del tiempo que dura la detención ilegal y nadie discute la legitimidad de tal agravación y fija, por último, una pena superior cuando ni siquiera se conoce cuánto va a durar la privación puesto que el hecho probado afirma que no se conoce el paradero del detenido. No hay en el precepto sospechas de muerte ni siquiera de atentado a la integridad, sino constatación de un hecho indiscutible: que al detenido no se le puso en libertad.
- m) La Constitución que es, en definitiva, un catálogo de valores objeto de protección ha situado a la persona humana, a su libertad y seguridad, y también por encima de todo su personalidad, como valor prioritario. Sus mandatos y sus principios son signo inequívoco de que así es y por tanto los preceptos objeto de estudio en este recurso y en concreto el artículo 483 en relación con los que le preceden representan una proyección penal absolutamente coherente con nuestra Ley Fundamental.

Por estas razones, concluye la Sala que "no estima procedente plantear la cuestión de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional, porque, como ya se ha insistido, el artículo 483 aplicable al caso que ahora se debate y de cuya validez depende sin duda el fallo, admite una interpretación que, desterrando toda responsabilidad basada en la sospecha, es coherente con el sistema de valores y bienes jurídicos establecido en nuestra Ley Fundamental (artículo 163 CE EDL 1978/3879. y artículos 35 y ss de la LO. 2/1979 de 3 de octubre del Tribunal Constitucional EDL 1979/3888, no modificada en este punto por la LO. 6/1988 de 9 de junio EDL 1988/12005)".

Interpretación esta que fue ratificada en los autos del Tribunal constitucional 419 y 420/90 de 28 noviembre, resolviendo demanda de amparo contra la anterior sentencia del caso "Nani", en cuanto posible quebranto del derecho a la presunción de inocencia y negó que tal vulneración se produjera.

El no acreditar haber dado el sujeto activo la libertad al detenido no ha sido interpretado en el presente caso como imposición al recurrente de una carga probatoria que no le corresponde: la de no puesta en libertad del detenido. Esa no puesta en libertad ha de ser probada por la acusación, incluso frente al silencio del acusado, cuyo descargo es meramente facultativo no integrando sus explicaciones el tipo penal. Se ha probado suficientemente la existencia de la detención, la no puesta en libertad y la desaparición, a través de los datos indiciarios consistentes en que el detenido no ha sido vuelto a ver por sus lugares habituales y que, se ha puesto en marcha un infructuoso mecanismo de búsqueda. Al haberse probado suficientemente los datos que han servido de base a la condena, no se ha invertido la carga de la prueba, ni se ha interpretado el precepto –lo que resultaría contrario a la CE– como un delito de sospecha en el que la ausencia de explicación razonable de la desaparición integraría el tipo penal y fuera suficiente para la condena. Ello permite rechazar que la aplicación del precepto al recurrente haya violado el derecho fundamental a la presunción de inocencia.

Pues bien, en el caso presente en el relato fáctico se describen los elementos del tipo del artículo 483. Así en cuanto a la privación de libertad se considera probado como la dirección de la organización terrorista GRAPO decidió privar de libertad al empresario don PPP exigiendo su familia el pago de una suma de dinero como condición para su puesta en libertad.

A continuación, se describe cómo se desarrolló la operación con la intervención sucesiva de dos comandos, uno encargado de la aprehensión material, compuesto por personas que ya han sido condenados por estos hechos, entre ellas XXX, que lo trasladarían hasta Lyon (Francia), donde se encargarán de su custodia el mencionado XXX y los hoy acusados JJJ y MMM, en una vivienda previamente alquilada por estos últimos.

Y por lo que se refiere al segundo elemento del hecho de no dar razón de paradero o no acreditar haberlo dejado en libertad, también se declara probado que a la tercera semana de estar privado de libertad, el Sr. PPP desapareció, sin que se tenga

constancia de su paradero, y JJJ y MMM quienes sabedores de su destino, no han facilitado el mismo, abandonando el lugar del secuestro con el pretexto de que la acusada MMM se encontraba aquejada de una grave enfermedad que le obligaba a volver a España. El día 26-7-1995, rescindieron el contrato de arrendamiento de la vivienda sita en el nº 5 de la rue de la Batterie, del barrio de Bron (Lyon-Francia).

Posteriormente, en la creencia de que el Sr. PPP sería entregado, aunque ya había desaparecido, su esposa, reunió 400 millones de pesetas, exigidas por el G.R.A.P.O. para la puesta en libertad de D. PPP, que fueron entregadas en París a los ya penados por estos hechos EEE y XXX, el día 9-8-1995.

Consecuentemente concurriendo los elementos que configuran el tipo delictivo del artículo 483 CP, no puede entenderse aplicable la prescripción alegada, dando por reproducido lo ya argumentado en el motivo primero del recurso interpuesto por el anterior recurrente JJJ.

DATOS SENTENCIA

Sentencia núm. 284/2018

Fecha de sentencia: 13/06/2018

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION (P)

Número del procedimiento: 10621/2017 P

Ponente: Excmo. Sr. D. Vicente Magro Servet.

TEMA

Delitos continuados de abuso sexual continuado con prevalimiento. Valoración de la declaración de las menores sobre los hechos e informe de los peritos psicólogos que examinaron a las menores. Interés del menor en delitos contra la indemnidad sexual de los menores

ASPECTOS EXAMINADOS

- Valoración de la declaración de las menores sobre los hechos e informe de los peritos psicólogos que examinaron a las menores: notemos que nos encontramos con la declaración de dos niñas respecto a episodios ocurridos durante un periodo largo de tiempo, lo que, en ocasiones, lleva a que sea complicado para una menor fijar con absoluto detalle el espacio temporal de la duración y concreción. Lo que ambos Tribunales han evaluado es si las menores han podido fabular o faltar a la verdad, y ello se descarta en la pericial llevada a cabo con absoluta profesionalidad e imparcialidad, sometiendo a las menores a un examen para evaluar si han podido fantasear los hechos, o faltar a la verdad por venganza o resentimiento, pero nada de eso se concluye, dado que las conclusiones son a favor de la absoluta verosimilitud de las declaraciones, sin que puntuales discrepancias puedan hacer dudar de la verosimilitud, sobre todo. Y esto es importante, cuando se trata de menores que han rememorado episodios de abusos sexuales, actos absolutamente desconocidos para ellas, en muchos casos, -aunque el recurrente alegue que los desgarrs pueden ser debidos a conductas sexuales de las menores, algo rechazable- y sin que en un primer momento conozcan el alcance o gravedad de un acto que en casos similares al actual son realizados por sus propios padres, lo que agrava la situación, al contar éstas con la convicción que puede alcanzar una menor de la falta de maldad de los mismos. Es por ello, por lo que el prevalimiento de estas conductas conlleva una perversidad y maldad tales que permiten llegar a vencer una inicial resistencia de las menores por la circunstancia de ser su familiar, y en este caso su propio padre, quien lleva a cabo estas rechazables y execrables conductas de realización de prácticas sexuales con sus propios hijos...

A lo que hay que atender es si, con arreglo a las preguntas que hacen los profesionales, pueden desprenderse rasgos o indicios de faltar a la verdad derivado de móviles espurios que tiendan a hacer ver que están mintiendo por alguna razón. Ambos Tribunales han descartado que las menores estén faltando a la verdad, sino que, lejos de ello, y tras un esfuerzo de los profesionales en preguntarles sobre hechos que las menores desean desterrar de su mente llegan a una conclusión de veracidad en sus exposiciones acerca de cómo ocurren los hechos, pudiendo existir, siempre, como es lógico, diferencias de matiz, pero más aún cuando se trata de hechos cometidos sobre dos menores. La tendencia psicológica a olvidar en personas mayores que sufren estos mismos hechos, puede acrecentarse en menores de edad, cuyo cerebro puede llevar un episodio de bloqueo mental que les hace querer anular lo vivido. Por ello, los interrogatorios de los profesionales y la comparación con declaraciones previas pueden venir rodeadas de ciertas contradicciones que no tienen la relevancia expuesta por el recurrente para entender que la valoración es errónea...

Se trata, pues, de incidir en las dificultades atinentes a la concreción exacta del momento de cada hecho, teniendo en cuenta que se trata de una continuidad delictiva, lo que dificulta la apreciación por las menores de datos que se repiten de forma

habitual y puede que en diferentes momentos del día, por lo que no puede exigirse a unas menores una concreción de momentos que son crueles para ellas y que tratan de olvidar, como hemos expuesto, pero, sobre todo, estas dificultades se acrecientan en episodios de continuidad delictiva de abusos sexuales, lo que dificulta poder extraer de las declaraciones de las menores una exactitud absoluta de momentos, tiempos y lugares en relación a hechos de abusos sexuales que quieren olvidar de su memoria.

- Valoración del interés superior del menor.

Al mismo tiempo, y manteniendo la convicción del Tribunal acerca de cómo ocurrieron los hechos, y moviéndonos en el terreno de la presunción de inocencia que se alega hay que situar dos parámetros concretos de referencia, que son:

1. El de la víctima, a través del superior interés del menor y
2. El del acusado, mediante la presunción de inocencia

No se trata en estos casos de que para tratar al primero se tenga que echar por tierra el segundo, sino que confluyen en igualdad de importancia tanto los derechos de las víctimas menores, como el del acusado al de presunción de inocencia.

Y en el primero hay que tener en cuenta las especiales características de la víctima menor que es más vulnerable que otras víctimas del delito. Y más en delitos contra la indemnidad sexual, ante hechos que ellos desconocen, que no saben su significado por su corta edad, y que cuando, como aquí ocurre, el delito lo comete una persona de su entorno todavía les cuesta mucho más denunciarlo por esos miedos o temores a que, encima, les puedan regañar, no creerles, y por ello guardan silencio que luego, como aquí ocurre, puede venírseles en contra por un mal entendido derecho a la presunción de inocencia, porque el interés del menor debe entenderse desde la posición del menor como testigo, pero un testigo que es víctima, y que lo es de un hecho tan grave para ellos como el ataque a la indemnidad sexual.

Por ello, en los casos de abusos sexuales a menores debe tenerse y tomarse en consideración el interés superior del menor del art. 3 de la Convención de Derechos del Niño de 20 noviembre 1989 y el art. 2 de la Ley Orgánica 1/1996, 15 enero, según redacción dada por Ley Orgánica 8/2015.

Así las cosas, la doctrina científica más autorizada en este tema de tratamiento de abusos sexuales a menores destaca que:

- a) El superior interés del menor primará sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir, debiendo valorarse en relación con él aquellos intereses y los derechos fundamentales de otras personas que pudieran verse afectados (art. 2.1 y 4)
- b) Se ofrecen por el legislador los criterios generales de interpretación y los específicos para el caso concreto, teniendo en cuenta los elementos generales que determina (art. 2.2 y 3).

En el tratamiento de los delitos de abusos sexuales a menores existen dos derechos, como hemos expuesto: el de la víctima, a través del superior interés del menor y el del acusado, mediante la presunción de inocencia. Así, como apunta la mejor doctrina estos casos se deben analizar reconociendo el valor del testimonio de los menores, desde su aproximación criminológica integrante de las máximas de la experiencia, sin que el derecho a la presunción de inocencia se erija como elemento neutralizador, sino como un derecho no contrapuesto al interés superior del menor.

Lo que aquí subyace, pues, es la discusión sobre las aportaciones externas al argumento con el que se justifica la conclusión probatoria centrado en la aceptación como creíbles de los testimonios de las menores frente a otros elementos probatorios que el recurrente alega de descargo. Pero el motivo cuestiona la aceptabilidad de lo que las menores manifestaron, pero el Tribunal consideró creíble lo que expusieron, y ello no supone vulneración del derecho a la presunción de inocencia, sino que supone inmediateción, en primer lugar, pero, también, la tutela al interés superior del menor. Un interés que en casos similares se centra en la opción de su credibilidad con relación a cómo contó los hechos, valorando las dificultades que esta declaración para ellos conlleva, e incidiendo en que en algunos momentos hasta puedan existir ciertas contradicciones que vienen motivadas más por la crudeza de los hechos que han vivido y las dudas que en su cerebro existen cuando han querido olvidarlo en su fuero interno, pero que hechos posteriores repetitivos hacen que decidan contarlos a alguien, generalmente, incluso, a ajenos a su círculo familiar, dado que suele ser uno de quienes están en ese círculo el autor del hecho, y en su conciencia le hace dudar de que le crean, o de que se vayan a adoptar represalias, ya que, incluso, los autores de estos hechos suelen apercibirles de que no digan nada.

Por ello, la doctrina sobre este tipo de hechos apunta que la credibilidad de un testigo es en gran medida tributaria de la inmediateción en la recepción de su testimonio y, en principio, es cuestión ajena al control de la corrección de las conclusiones probatorias desde la perspectiva de la garantía de presunción de inocencia. A salvo, claro es, de que aquella credibilidad aparezca fuertemente debilitada por razones perceptibles fuera de la inmediateción en la percepción del testimonio cuestionado. Porque en este caso habrá de acudir a aquel canon de lógica y experiencia común o general, que avale internamente la coherencia entre la conclusión probatoria y los datos que afectan a dicha credibilidad del testigo.

DATOS SENTENCIA

Sentencia núm. 287/2018

Fecha de sentencia: 14/06/2018

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION (P)

Número del procedimiento: 10111/2018 P

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

TEMA

Abusos sexuales a menor de 16 años. Aplicación subtipo agravado art. 183.4 d), prevaleciéndose de una relación de superioridad. Concurrencia.

ASPECTOS EXAMINADOS

- Abusos sexuales a menor de 16 años. Hemos de partir de que la fecha de los hechos 4 abril 2016 resulta aplicable la redacción dada al artículo 183 por LO. 1/2015 de 30 marzo –que modificó la anterior de la reforma LO 5/ 2010, en el extremo de elevar la edad de la víctima, de menor de 16 años, en lugar de menor de 13-y que en el apartado primero castiga como responsable de un delito de abusos sexuales, con una pena de dos a seis años. Además, en el apartado 4 d) se impone la pena en su mitad superior “cuando para la ejecución del delito el responsable se haya prevalido de una relación de superioridad o parentesco por ser ascendiente o hermano, por naturaleza o adopción o afines, o la víctima.
Al tratarse de menores de 16 años, el artículo 183-al igual que el antiguo artículo 181.2, redacción anterior LO 5/2010-, establece como decíamos en SSTs 476/2006 del 2 mayo y 517/2016 de 14 junio, una presunción "iuris et de iure" sobre la ausencia de consentimiento por resultar los supuestos contemplados incompatibles con la consciencia y la libre voluntad de acción exigibles. Hay presunción porque efectivamente se eleva a verdad jurídica lo que realmente es sólo posible, y siendo iuris et de iure, no se permite, en principio, indagar las condiciones del menor para confirmar la existencia de esa capacidad que la Ley considera incompleta, porque en estas edades o los estímulos sexuales son todavía ignorados o confusos o, en todo caso, si son excitados, no pueden encontrar en la inmadurez psíquico-física del menor contraestímulos suficientemente fuertes y adecuados, lo que implica que dicho menor es incapaz para autodeterminarse respecto del ejercicio de su libertad sexual, negándole toda la posibilidad de decidir acerca de su incipiente dimensión sexual y recobrando toda su fuerza el argumento de la intangibilidad o indemnidad como bien jurídico protegido.
Consecuentemente, en los supuestos de menor de 16 años, nos encontramos ante una incapacidad del sujeto pasivo para prestar un consentimiento válido (art. 181.2), resulta irrelevante el consentimiento de aquél en mantener relaciones, toda vez que por debajo de ese límite legalmente previsto, se considera la menor con una voluntad carente de la necesaria formación para poder ser considerada libre y aunque acceda o sea condescendiente con el acto sexual, no determina, en forma alguna, la licitud de éste.
Es decir, lo que la Ley no presume, propiamente, es la ausencia de consentimiento en el menor, ya que éste puede consentir perfectamente la realización de un acto sexual, esto es, tiene consentimiento natural, pero si presume la falta de capacidad de consentimiento jurídico y en virtud de esa presunción legal, éste se tendría como inválido, carente de relevancia jurídica. Doctrina que sigue siendo aplicable tras la reforma LO 1/2015, si bien la elevación de la edad, hasta menores de 16 años, ha llevado al legislador a excluir la responsabilidad penal por los delitos previstos en el Capítulo II tres, en los casos de consentimiento libre del menor de esa edad “cuando el autor sea una persona próxima al menor de edad por edad y grado de desarrollo madurez –por ejemplo, compañeros de colegio-.
- Aplicación subtipo agravado art. 183.4 d), prevaleciéndose de una relación de superioridad: en el artículo 183.4 d) se agrava la pena cuando el autor se haya prevalido de una relación de superioridad para la ejecución del delito, supuesto que presenta diferencias sustanciales con el previsto en el artículo 181.3, en el que también se contempla un prevalimiento, aunque en esta ocasión dirigido a obtener el consentimiento de la víctima, al aprovechar el autor una situación de superioridad manifiesta que coarte la libertad de aquella. En el primer caso, el sujeto se aprovecha de una relación de superioridad que le facilita la comisión del delito, facilitación que no opera sobre la base de obtener el consentimiento de la víctima, que siendo menor de 16 años nunca podría considerarse válido, sino en atención a las circunstancias que esa relación de superioridad trae consigo. En este sentido, en la STS nº 739/2015, de 20 de noviembre, se señalaba, en relación al artículo 183.4.d), que “el prevalimiento o abuso de superioridad se refiere a la ejecución del hecho y no al consentimiento de la víctima”. De la misma forma, la STS nº 957/2013, de 17 de diciembre, en la que, ya en relación con la redacción del precepto tras la reforma de la LO 5/2010, se decía que “Esta circunstancia exige una cierta preeminencia del autor sobre la víctima y que esta ventaja haya sido utilizada o aprovechada por el autor para realizar el acto objeto de imputación”.

Pues bien, esa diferencia de edad entre víctima y agresor es una circunstancia que puede tenerse en cuenta para valorar la concurrencia de superioridad. En efecto a la doctrina sentada en las SSTs si 690/2017 de 13 octubre y 159/2017 del 14 marzo, que el Ministerio Fiscal cita en el recurso. Así la primera de ellas, fundamento derecho tercero, recuerda que la cualificación del artículo 183.4), es plenamente aplicable, pues frente a un abuso sexual estándar o no cualificado, el caso de autos presenta caracteres que hacen plenamente aplicable la figura delictiva cualificada (prevalimiento de una relación de superioridad). La convivencia y trato cuasifamiliar con el acusado, hasta el punto de considerarlo la perjudicada como tío suyo, y la diferencia de edad, la niña de cinco años el acusado de 49, favorecían sobremanera la comisión del delito, lo que permite aplicar la cualificación.

Y la segunda STS 159/2017, insiste en que existía la relación de superioridad, que, por otro lado, no se niega, dada la diferencia de edad y la relación cuasi familiar. Y el acusado la utilizó al aceptar que, sobre la base de la confianza puesta en él por aquellas razones, la menor compartiera su cama esa noche, y al aprovecharse de esta circunstancia para realizar los tocamientos que se describen en el relato fáctico. Es claro que la ejecución de los hechos, tal como se han descrito, no estaba al alcance de cualquiera, y que el acusado se prevaleció de las circunstancias para ejecutarlos con mayor facilidad.

Doctrina que sería aplicable al caso presente al ser patente que la situación de la víctima en el momento de los abusos era de total dependencia respecto al condenado pues no solo carecía de capacidad de oponerse o resistirse a la acción de CCC (acción que no podía entender en su significado sexual), sino que se trataba de la persona que convivía en su casa con su madre y de quien en ese momento estaba a cargo de las tres hermanas sin que hubiese nadie más en la casa, lo que le investía de autoridad (reconocida por la madre de la víctima en su declaración, inicio de la página 8 de la sentencia, suponiendo que el estado de la menor se debía a haber sido reñida o castigada por CCC) e impedía el recurso a otra persona mayor ante la acción de la que fue víctima.

De todas estas circunstancias se aprovechó el condenado para llevar a cabo los actos relatados en el hecho probado segundo (actos que de otra forma no habría podido realizar), lo que constituye el prevalimiento de la relación de superioridad que tenía, tal y como se contempla en el artículo 183.4.d) CP.

DATOS SENTENCIA

Sentencia núm. 290/2018

Fecha de sentencia: 14/06/2018

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION

Número del procedimiento: 103/2017

Ponente: Excmo. Sr. D. Alberto Jorge Barreiro.

TEMA

Derecho a la intimidad: apertura de archivos de email. Prueba ilícita: declarada en la sentencia. Requisitos para apreciar la complicidad en lugar de la coautoría o la cooperación necesaria. Delito Fiscal: No cabe apreciar el delito fiscal continuado en lugar del concurso real de delitos. Atenuante analógica de cuasi-prescripción. Responsabilidad civil subsidiaria de las sociedades que intervinieron en los hechos y responsabilidad civil solidaria impuesta a una respecto de las restantes responsables subsidiarias

ASPECTOS EXAMINADOS

- Son recurridas en la causa las condenas por tres delitos fiscales relativos al Impuesto de Sociedades contra cinco acusados y otra condena por delito fiscal por el impago del Impuesto sobre la Renta de persona física contra uno solo de los acusados. El núcleo de las defraudaciones fiscales consistió en que los gestores, representantes y titulares de la empresa que construyó y vendió el complejo urbanístico de Marbella, con el fin de evitar pagar el Impuesto de Sociedades correspondiente a la venta de los 72 apartamentos de lujo (cada uno valía alrededor de 1.500.000 euros de media), realizaron dos operaciones simuladas: una de compra de acciones de la entidad vendedora del terreno por una suma de 40 millones de euros, y otra de compraventa de futuro de acciones de Google por un importe de 35 millones de euros. Con esas operaciones pretendían justificar unas pérdidas societarias ficticias por 75 millones de euros, que trasladaron a los ejercicios fiscales de los años 2005, 2006 y 2007. Con lo cual evitaron pagar más de quince millones de euros en concepto de Impuesto de Sociedades. En la sentencia de casación se absuelve del primer delito fiscal (año 2005) porque (fundamento duodécimo) se considera acreditado que la compra real del terreno en el año 2001 superó los 14 millones de euros y no fue por tanto de 1.187.479 euros. Al reducir la base imponible correspondiente a la liquidación tributaria de ese año arroja un saldo negativo, con lo que procede absolver de ese primer delito. No así de los otros dos.

- Derecho a la intimidad: apertura de archivos de email: No procede declarar la nulidad de la apertura de los archivos de emails, pues había sido autorizada por el Juez de Instrucción, por lo que no habría vulneración del derecho fundamental a la intimidad ni al secreto de las comunicaciones. Sí cabría objetar un supuesto de indefensión por no haber sido citado debidamente el interesado para la práctica de la apertura a su presencia, como señala la parte en el recurso. Sin embargo, se hace una referencia genérica a una hipotética indefensión, sin que se concreten las razones por las que se considera material y efectiva. La queja del recurrente es meramente retórica sin que llegue a argumentarse con datos singularizados mediante los que se signifique cómo se plasmó ello en un cercenamiento del derecho de defensa y cómo influyó su falta de presencia en la diligencia a la hora de orientar y materializar sus alegaciones defensivas dentro del procedimiento penal.
 - Prueba ilícita: declarada en la sentencia. Se descarta la nulidad de todo el procedimiento por la utilización de prueba ilícita, debido a que 18 de los 128 tomos de la causa corresponden a comisiones rogatorias remitidas a Panamá y a Uruguay que han sido declaradas ilícitas por el TC de Panamá y por un Tribunal ordinario de Uruguay. Nulidades que han sido ratificadas por otra Sección de la AP de Málaga en apelación. El Tribunal sentenciador aplazó la resolución de la cuestión previa de las consecuencias de esas nulidades para resolverlas en sentencia, donde fueron confirmadas ambas nulidades. El problema se suscita al haber operado la Agencia Tributaria con esas comisiones para elaborar los informes periciales que fue aportando en el curso de la causa, informes que también operaron en la vista oral del juicio, ya que hasta sentencia no se dirimió la cuestión. La Audiencia la resolvió salomónicamente absolviendo por los delitos fiscales relacionados con el impago del Impuesto sobre la Renta, menos en un caso, y por el contrario consideró que el contenido de las comisiones rogatorias no era necesario para fundamentar la condena por los delitos fiscales relativos al Impuesto de Sociedades. La sentencia sólo dedica unas cuantas líneas a la materia, sin embargo, la decisión adoptada tiene cierta lógica y el problema se aborda en el fundamento quinto de la sentencia de casación: Frente a las alegaciones y objeciones de fondo que hace la parte recurrente para cuestionar la pericia de la Agencia Tributaria por hacer en su dictamen referencias a las comisiones rogatorias practicadas en Panamá y Uruguay, sobre todo en la primera de ambas, es importante recordar la premisa de que parte la Audiencia en orden a considerar que tales comisiones no afectan al grueso de la prueba de cargo practicada en la instancia. Como ya se ha anticipado, en la sentencia se considera que con respecto a los delitos contra la Hacienda Pública referentes al Impuesto de Sociedades de la entidad BTS, la cuestión carece de relevancia. A tal efecto, sostiene la Audiencia que el material probatorio procedente de Panamá y de Uruguay está referido a cuál fue el destino del dinero transferido a esos países y a las entidades que se encuentran domiciliadas en ellos. De modo que a través de las diligencias que allí se practicaron se investigó quiénes eran los beneficiarios personales del dinero remitido desde España a aquellos dos países hispanoamericanos, aspecto que tenía trascendencia para apreciar los delitos contra la Hacienda Pública referentes al Impuesto sobre la Renta de los acusados RRR y HHH. Pues aquí considera la Audiencia que la diversa documentación intervenida y demás prueba practicada a través de tales comisiones rogatorias se estiman esenciales para evidenciar los hechos delictivos, ya que se relacionan con el destino de los fondos que —según el Ministerio Fiscal y el Abogado del Estado— fueron a parar a los referidos acusados como beneficiarios últimos a través de diversas sociedades (muy especialmente y entre otras, KKK y WWW), y que deben tributar en concepto de renta de aquellos acusados.
- En cambio, en lo relativo a la investigación del Impuesto de Sociedades el grueso de las pruebas documentales y personales se practicó en España, que es donde tenía el domicilio social la entidad BBB., y también donde obtuvo los ingresos por la venta de los apartamentos del complejo urbanístico “XXX”, y donde, obviamente, tenía que hacer sus declaraciones fiscales por tales ingresos.
- La parte recurrente cita en su escrito de recurso varias transferencias bancarias, tal como se transcribió supra, como ejemplos paradigmáticos de la relevancia del resultado de las comisiones rogatorias a Panamá y a Uruguay, especialmente al primero de ellos, para obtener la prueba incriminatoria contra los acusados. Sin embargo, ha de tenerse en cuenta que esas transferencias se realizaron desde España a ambos países y en ellas operan como cuentas de origen las correspondientes a los bancos BBVA y Banesto, cuentas que están domiciliadas en España y que son utilizadas por HHH.
- Ello constata que tanto los ingresos de la entidad BBB como todo el grueso de la documentación incriminatoria que se utiliza para averiguar y verificar las defraudaciones por el Impuesto de Sociedades, se extrae de los bancos domiciliados en España y de los registros realizados en el despacho profesional que gestionaban los acusados. De manera que todo el circuito relativo a los ingresos del dinero por la venta de los apartamentos y a su salida de España a los puntos de destino a donde es remitido, se prueba de forma sustancial mediante pruebas obtenidas en territorio español ajenas a las comisiones rogatorias. En cambio, el apartado referente al destino final del dinero y a quiénes lo acaban recibiendo para ingresarlo en sus patrimonios personales, sí aparece vinculado a las comisiones rogatorias que se citan en el escrito de recurso.
- Todo ello significa que no cabe calificar de ilícita la prueba de cargo sobre la que se sustentó la condena de los acusados por los delitos fiscales referentes al Impuesto de Sociedades. En virtud de lo razonado, es claro que el motivo no puede prosperar.
- Requisitos para apreciar la complicidad en lugar de la coautoría o la cooperación necesaria.³ Con respecto a las acciones neutrales se establece en la STS 942/2013, de 11 de diciembre, que se trata de conductas causales desde un punto de vista

natural, pero que, en tanto que pueden estar amparadas en su adecuación social, pueden no suponer un peligro (o un aumento del peligro) jurídicamente desaprobado para el bien jurídico, y, en esa medida, no resultar típicas. Se decía en la STS 34/2007, de 1 de febrero, respecto de los llamados actos neutrales que la "doctrina reciente estima que estos actos son comportamientos cotidianos, socialmente adecuados, que por regla general no son típicos. Tal es el caso del que aparece como adquirente de un inmueble en un contrato de compraventa. Lo que plantea esta cuestión es la exigencia de que toda acción típica represente, con independencia de su resultado, un peligro socialmente inadecuado. Desde este punto de partida, una acción que no representa peligro alguno de realización del tipo carece de relevancia penal. El fundamento de esta tesis es la protección del ámbito general de libertad que garantiza la Constitución". Y se argumenta, más adelante, que "... la teoría y algunas jurisprudencias europeas han elaborado diversos criterios para establecer las condiciones objetivas en las que un acto «neutral» puede constituir una acción de participación. En este sentido se atribuye relevancia penal, que justifica la punibilidad de la cooperación, a toda realización de una acción que favorezca el hecho principal en el que el autor exteriorice un fin delictivo manifiesto, o que revele una relación de sentido delictivo, o que supere los límites del papel social profesional del cooperante, de tal forma que ya no puedan ser consideradas como profesionalmente adecuadas, o que se adapte al plan delictivo del autor, o que implique un aumento del riesgo, etc. ".

La distinción entre los actos neutrales y las conductas delictivas de cooperación —afirman las sentencias 942/2013 y 487/2014— puede encontrar algunas bases ya en los aspectos objetivos, especialmente en los casos en los que la aparición de los actos, aparentemente neutrales, tiene lugar en un marco de conducta del tercero en el que ya se ha puesto de relieve la finalidad delictiva. Dentro de estos aspectos objetivos se encuentra no sólo la conducta del sujeto, aisladamente considerada, sino también el marco en el que se desarrolla. Y a ello ha de añadirse el conocimiento que el sujeto tenga de dicho marco. Pues resulta difícil disociar absolutamente aquellos aspectos objetivos de los elementos subjetivos relativos al conocimiento de que, con la conducta que se ejecuta, que es externamente similar a otras adecuadas socialmente por la profesión o actividad habitual de su autor, se coopera a la acción delictiva de un tercero.

Iguals criterios se han seguido en las sentencias 1300/2009, de 23 de diciembre, y 974/2012, de 5 de diciembre, y en las que en ellas se citan (SSTS 185/2005, 797/2006 y 928/2006).

- Delito Fiscal: No cabe apreciar el delito fiscal continuado en lugar del concurso real de delitos, que es el apreciado en la instancia. No concurren en el caso los elementos objetivos y subjetivos del delito continuado (fundamento decimo). La cuestión ha sido tratada en la sentencia 374/2017, de 24 de mayo. En ella se advierte que la jurisprudencia de esta Sala es contraria, salvo excepciones, a la aplicación de la continuidad delictiva a los supuestos de delito continuado (SSTS 1493/1999, 20/2001, 2476/2001, 1629/2001, 2115/2002, 325/2004, 952/2006, 737/2006, 952/2006, 611/2009), especificando que las sentencias que se citan en el recurso no son relevantes como apoyo a la tesis contraria. Pues la STS 1211/2002, de 29 de junio, se limita a ratificar una condena por delito continuado dictada en la instancia y la impugnación de la acusación pública se concreta en la penalidad, sin discutir la corrección en la aplicación del instituto de la continuidad delictiva. Y la segunda, la 83/2005, tenía una connotación especial al tratarse de una infracción tributaria referente a la venta de varios inmuebles en el mismo periodo impositivo.

Recuerda la sentencia 374/2017 que, por ejemplo, la STS 88/2017, de 15 de febrero, afirma que «en la Sentencia 1629/2001, de 10 de octubre, en la que se planteó expresamente el problema de la continuidad del delito fiscal, se resuelve en sentido negativo razonando que cuando el texto del art. 305 CP describe la acción como la elusión del pago de tributos se refiere a infracciones particulares que sólo pueden ser infracciones de deberes específicos propios de cada tributo, de suerte que si se presentan varias declaraciones fiscales fraudulentas referidas a distintas especies de tributos, se cometerán por regla varios hechos independientes, incluso cuando las declaraciones estén referidas al mismo ejercicio fiscal. Y si la singularidad de cada impuesto es un obstáculo para que la elusión de su pago se amalgame con la del pago de otro de distinta naturaleza, la redacción del apartado 2 del art. 305 CP lo es también —como se dijo en Sentencia de 9/03/1993— para que el impago del impuesto correspondiente a un período impositivo o declaración pierda su condición de delito independiente y se funda, en un delito continuado, con el impago del mismo impuesto correspondiente a otro período. Se establece en el mencionado apartado 2 del art. 305 CP que, a los efectos de determinar la cuantía de quince millones de pesetas (ahora 120.000 euros) a partir de la cual la defraudación a la Hacienda Pública se convierte en delito, se estará a lo defraudado en cada período impositivo o de declaración si se trata de tributos, retenciones, ingresos a cuenta o devoluciones periódicos o de declaración periódica. Resulta lógico deducir de esta norma que si las defraudaciones cometidas en distintos periodos y referidas al mismo impuesto no pueden sumarse para que la cuantía total de las mismas convierta en delito lo que de otra forma sería una pluralidad de infracciones administrativas, no puedan sumarse tampoco las cantidades defraudadas en delitos cometidos en distintos periodos para que la pluralidad de delitos sea castigada como uno solo continuado».

En el mismo sentido la sentencia 611/2008, de 29 de mayo, que recuerda la reiterada doctrina de esta Sala que limita la apreciación de la continuidad delictiva en los delitos contra la Hacienda Pública, como es exponente la Sentencia 737/2006, de 20 de junio, en la que se expresa que el motivo contradice una firme línea jurisprudencial que niega la posibilidad de delito continuado en los delitos de defraudación tributaria, cuando se refiere a distintos periodos impositivos, con la base

del principio de «estanqueidad» impositiva. Con igual criterio se expresan las SSTS 2115/2002, de 3 de enero de 2003, y 952/2006, de 6 de octubre. En la sentencia 1629/2001 se afirma que «se cometerán por regla varios hechos independientes», y la 2476/2001, nos dice que la naturaleza del tipo «... da al delito fiscal una estructura específica difícilmente compatible, con la continuidad delictiva» y ello por razón de «... la diversidad de los deberes fiscales que son vulnerados... condicionados cada uno de ellos por hechos impositivos diferentes, ejercicios temporalmente distintos e incluso plazos de declaración y calendarios diversos...».

Como antes señalamos —prosigue diciendo la sentencia 374/2017—, la hipótesis de la continuidad que se postula no sería la del número 2 del art. 305, sino la prevista en el apartado primero. La exclusión no es tanto porque el delito contra la Hacienda Pública no participe de la naturaleza de delito patrimonial, pues podía ampararse en una interpretación analógica favorecedora. La exclusión se produce porque el art. 305 CP exige como condición objetiva una cuantía defraudada, los 120.000 euros en un periodo impositivo concreto, para cuya determinación el art. 305 CP prevé unas reglas especiales de determinación ajenas a la mera causalidad de la acción realizada. Y hacen que cada hecho típico sea estanco conformado por un periodo impositivo, el año, y una cuota, 120.000 €.

La jurisprudencia de la Sala ha sido contraria a la consideración del delito fiscal como continuado, con excepciones respecto a la infracción tributaria referida al IVA y otros supuestos con periodos tributarios cortos o referidos a actuaciones generadoras de la obligación específicos, dada la especial configuración de la infracción tributaria correspondiente a estos supuestos. El delito fiscal participa de la categoría de los delitos en blanco lo que supone que la tipicidad se complementa en su conformación con la ley fiscal vigente al tiempo de su comisión y aplicable al acto imponible, y participa de los denominados delitos de infracción de deber, en tanto supone el incumplimiento del deber de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos de acuerdo a las previsiones establecidas en la ley (art. 31 CE). La redacción típica del delito fiscal, con la doble exigencia de un periodo impositivo, en el caso de un año de duración, y la exigencia de una cuota defraudada de 120.000 euros, permite establecer que en su conformación no pueden adicionarse otros impuestos distintos entre sí, que no caben formas imperfectas y que no cabe conformar la cantidad con defraudaciones de distinta anualidad. Se alude así a un criterio que en la jurisprudencia se ha identificado como de «estanqueidad» en referencia a la exigencia de una cuota tributaria defraudada, 120.000 euros, en un concreto periodo del tributo correspondiente. Esa conformación supone que cada periodo impositivo sea distinto del anterior y del subsiguiente, de manera que cada periodo impositivo habrá de comprobarse, de forma individualizada, la concurrencia del resultado defraudatorio por el importe previsto en la norma penal, los 120.000 euros. Sería ilógico que pudiera establecerse una continuidad delictiva respecto a periodos de tributación largos, como el año, pues la esencia de la continuidad radica en la proximidad temporal de las defraudaciones tributarias. En este sentido, tampoco sería lógico considerar delito continuado una defraudación tributaria de un año, seguido de otros dos en los que, por distintas razones puramente coyunturales, no se alcanzan los 120.000 euros, seguidos de un cuarto año en el que sí se produce esa defraudación.

- El delito continuado es una institución jurídica por la que diversos actos se conforman como un objeto único de valoración penal. Es por ello que, aunque no venga exigido por el precepto penal regulador de la continuidad delictiva, siempre se ha exigido una cierta conexión temporal y geográfica, pues un distanciamiento temporal o geográfico entre los diferentes hechos delictivos contemplados en su singularidad, rompe todo vínculo de unión entre las distintas acciones (STS 952/2006). En definitiva, este criterio de proximidad temporal y geográfico es un criterio de racionalidad jurídica preciso para encuadrar los distintos y plurales actos en una unidad delictiva. La propia caracterización de la continuidad delictiva hace referencia a una actuación delictiva próxima en el tiempo y el espacio, continua, que no es de aplicación a hechos separados en el tiempo. De no entenderlo así cabría considerar como delito continuado infracciones tributarias acaecidas entre varios años, cuando los periodos intermedios no reunieran la exigencia de la cuantía defraudatoria, y también nos llevaría al absurdo de proporcionar una licencia para seguir en la actividad delictiva durante periodos impositivos hasta que se produzca el reproche penal (STS 706/2013, de 3 de febrero).

Desde otra perspectiva, y analizando la cuestión desde el perfil del elemento subjetivo del delito continuado, las dos modalidades de dolo recogidas en el art. 74 del C. Penal hacen referencia a la ejecución de un plan preconcebido o al aprovechamiento de idéntica ocasión. En el primer caso se dice por la doctrina y la jurisprudencia que el autor actúa con un dolo “unitario, global o de conjunto”, y en el segundo se opera con un dolo “de continuidad o de continuación”.

Desde una perspectiva criminológica se habla en el primer supuesto del dolo propio de un delincuente planificador, y en el segundo del dolo atribuible a los delincuentes de oportunidad. Como puede fácilmente comprobarse, son modelos de delincuencia notoriamente heterogéneos.

El dolo global o de conjunto es cuestionado en general porque cuando las acciones plurales que integran la continuidad delictiva se espacian de forma dilatada en el tiempo, se considera que no cabe seguir manteniendo una voluntad inicial por haberse diluido con el devenir temporal. De tal forma que más que de un dolo global inicial con una voluntad genérica que alcance a comprender distintas decisiones adoptadas con una excesiva extensión en el tiempo, se dice con razón que ha de hablarse de una ideación intelectual de un plan delictivo, sin que se haya materializado todavía el acto de voluntad propio

de cada acción típica que se ejecuta pasado un tiempo. Estaríamos, por lo tanto, más bien ante una unidad de designio o de ideación que ante una unidad de voluntad o de resolución.

De otra parte, también ha sido cuestionada esa modalidad de dolo de conjunto o global porque favorece, merced a una ficción psíquica, al delincuente planificador que actúa con una mayor energía criminal proyectada de cara al futuro, energía que se va plasmando en diferentes acciones voluntarias ejecutadas esparcidamente en el tiempo. Ello no permite sin embargo obviar el hecho incuestionable de que cada acción que se inserta como una unidad típica en la unidad jurídica del delito continuado tiene que obedecer a una decisión singular concreta, calificable como un acto de voluntad sustancialmente autónomo del dolo global inicial. Se dificulta así de forma muy notable la posibilidad de apreciar un dolo global o de conjunto que abarque las distintas acciones típicas que integran la unidad propia de la acción por continuación, a no ser que concurra cierta conexión temporal que engarce y potencie el nexo de continuidad exigible para la unidad jurídica inherente al delito continuado.

De ahí que la jurisprudencia de esta Sala haya exigido en reiteradas sentencias una cierta proximidad temporal entre las acciones homogéneas que estructuran el delito continuado, tanto cuando contempla un delito contra la Hacienda Pública (STS 952/2006) como en otra clase de delitos diferentes al que ahora se examina (SSTS 560/2014, 500/2015, 520/2016, 909/2016 y 211/2017, entre otras muchas).

Muy expresiva sobre este particular se muestra, a pesar de su antigüedad, la sentencia de esta Sala de 4 de junio de 1990, cuando al referirse a un delito continuado contra la propiedad argumenta que la continuidad delictiva que permite valorar jurídicamente varias acciones sucesivas como una única acción requiere que el autor haya aprovechado idéntica ocasión o ejecutado un plan preconcebido.

«La idéntica ocasión —señala la sentencia citada— no se confunde con ocasiones similares ni se limita al aspecto similar exterior de los hechos, pues, si así fuera, habría que admitir la continuidad, prácticamente, en todo concurso real homogéneo. Es por ello que, en todo caso, ese aspecto exterior del hecho debe ir acompañado en un "dolo de continuación" que, en principio, no se identifica con el concepto de "plan preconcebido" que da lugar a la segunda alternativa prescrita en el art. 69 bis del Código Penal. Se trata, por lo tanto, de una ocasión que por sí misma permita una realización repetida de acciones análogas, de tal manera que el dolo de cada una de esas repetidas realizaciones aparezca como una continuación de la decisión anterior. Como es claro, ello no ocurre cuando los hechos carecen de un contexto temporal dentro del cual se pueda pensar en la continuación de un hecho ya cometido aprovechando el mantenimiento de las circunstancias que favorecieron el primero de ellos. En el presente caso, el tiempo transcurrido entre los diversos hechos de robo que se imputan al recurrente es de varios meses entre uno y otro y alcanza, en conjunto, prácticamente a un año. Por lo tanto, las circunstancias de este caso impiden aceptar que se hayan dado todos los elementos que caracterizan a la primera alternativa de continuidad establecida por el art. 69 bis del Código Penal (actual art. 74), dado que, aunque las situaciones en las que se ejecutó el hecho hayan sido similares exteriormente, no cabe admitir que el autor haya obrado con el dolo de continuación». Y prosigue diciendo la referida sentencia que «Las mismas razones explican que tampoco quepa fundamentar aquí la existencia de un "plan preconcebido" pues este concepto requiere que los hechos hayan podido ser previstos en conjunto por el autor antes de comenzar su realización. Pero, cuando las circunstancias en las que se llevó a cabo la ejecución se han presentado en un tiempo tan dilatado que no las hacía inicialmente previsibles, resulta claro que el autor no pudo haber preconcebido un plan, pues éste presupone una definición de objetivos más o menos precisos y de los medios para alcanzarlos, que no se da cuando el autor sólo tiene un proyecto más o menos indeterminado de cometer delitos desconectados entre sí».

También tiene advertido esta Sala en un supuesto de falsedad que «un plan preconcebido presupone un comienzo y un final de un número determinado de acciones y, en consecuencia, no cabe estimar que quien no ha determinado el alcance de sus acciones obre sobre la base del mismo. De lo contrario, si se admitiera que el delito continuado está referido a la realización de acciones delictivas semejantes en forma indefinida se estaría anulando toda posible aplicación del art. 73 CP en supuestos de hecho en los que incluso cabe pensar un ejercicio profesional del delito. Es decir: el dolo del autor, será considerado un dolo de continuación, cuando éste haya agrupado las distintas acciones en un único proyecto delictivo definido» (STS 643/2008, de 10-10).

En lo que se refiere al aprovechamiento de idéntica ocasión, catalogado por la doctrina como dolo de continuidad, es visto generalmente como una voluntad renovada promovida o favorecida por un mismo contexto circunstancial o por una misma situación al. En tales casos también se exige cierta conexión espacio-temporal que estructure la unidad de acción propia del delito continuado. Se destaca especialmente la relevancia del elemento cronológico, de forma que un distanciamiento notable en el tiempo induce a admitir una nueva decisión y un nuevo dolo y dificulta enormemente hablar de la renovación de un dolo precedente. Y también se suele exigir que las ocasiones que surgen no sean creadas premeditadamente por el autor (ver a este respecto STS 643/2008).

Este tipo de dolo referido a situaciones de oportunidad u ocasión es mejor visto desde la perspectiva político-criminal que el dolo planificado, al considerar que aquél trasluce una actividad delictiva que obedece a una mayor debilidad humana del

autor. Pues en general se considera que el hecho de caer en la misma tentación en situaciones de similares circunstancias es un signo de una menor culpabilidad, criterio que no se entiende aplicable al delincuente planificador.

... En el caso concreto, Por consiguiente, se está ante un supuesto en que se ha establecido una estrategia para defraudar a la Hacienda Pública española por un periodo de varios años, adoptando para ello un plan de generar con gran anticipación unas deudas aparentes a través de dos contratos simulados, con cuyo resultado ficticio consiguieron reducir sustancialmente el importe de los beneficios generados por la venta de los apartamentos de lujo del conjunto urbanístico Malibú.

Pues bien, no puede admitirse que el plan preconcebido como estrategia para defraudar a la Hacienda Pública española durante varios años constituya el soporte sobre el que se asiente el elemento subjetivo del dolo propio de un delito continuado, desplazando así el concurso real de delitos.

Ello se debe, en primer lugar, a que no se está ante un supuesto en que se diseñe un plan para ejecutar en fechas próximas o con una mínima vinculación temporal actos delictivos que se van eslabonando con el fin de generar un fraude a corto o medio plazo, sino ante un plan con el que se intenta defraudar a la Hacienda Pública a medio/largo plazo. El proyecto se materializa anualmente con la declaración fiscal del impuesto de sociedades. De tal manera que de año en año se hace una declaración fiscal fraudulenta mediante la que se aparentan cuantiosas deudas inexistentes, declaración que lleva implícitos un acto de voluntad y una decisión delictiva que genera un fraude correspondiente a la cuantía del subtipo agravado en cada uno de los dos años fiscales.

Difícilmente puede asumirse que una conducta con ese distanciamiento en el tiempo y con una secuenciación de una decisión delictiva anual pueda encuadrarse desde una perspectiva subjetiva en el concepto de delito continuado. Pues, de entenderlo así, estaríamos acogiendo como delito continuado un supuesto en que la planificación delictiva para un periodo de varios años vendría a actuar como una especie de licencia para defraudar a largo plazo, reconvirtiendo varios delitos realizados por periodos anuales en un solo delito, aunque la pena imponible se fije en su mitad superior. Se generaría así de facto un ámbito temporal de impunidad para conductas proyectables a largo plazo que resultarían legitimadas por la existencia de un plan delictivo genérico inicial.

Este Tribunal ha venido aplicando la figura del delito continuado, en lo que atañe a la unidad de acción continuada, con no poca flexibilidad y laxitud. Ahora bien, no hasta el punto de operar con un concepto de acción por continuidad delictiva en unos términos tan extremos como los que se proponen en el escrito de recurso, máxime si se pondera la configuración del elemento objetivo del tipo penal en el caso concreto (“estanqueidad” impositiva).

La estructura propia de la acción insertable en el delito continuado se halla ubicada entremedias de la unidad natural de acción y de lo que son las acciones plurales propias de un concurso real de delitos. Y esta Sala, merced a una interpretación amplia y generosa del concepto de delito continuado desde la perspectiva de la dilación temporal de las acciones plurales homogéneas integrantes de la continuidad delictiva, ha llegado a acercar la figura hasta un contorno muy próximo al del concurso real de delitos. Sin embargo, ha de entenderse que ello no permite extender el perímetro del sustrato fáctico de la continuidad delictiva hasta el punto de trasmutar una planificación delictiva genérica de varios años, que se materializa con decisiones conscientes y voluntarias anuales, en el soporte legitimador de un delito continuado.

Como se dijo supra, el dolo global, genérico o de conjunto propio del delito continuado tiene que ponerse en relación con una base naturalística u ontológica de acciones delictivas que se engargen con una mínima vinculación temporal. Y ello no puede decirse de un proyecto delictivo que ha de perpetrarse durante varios años, ensamblado mediante una decisión voluntaria anual de cometer una grave conducta fraudulenta contra la Hacienda Pública. Una conducta de esta naturaleza no puede enmarcarse en la unidad de acción continuada propia del art. 74 del C. Penal. Máxime cuando el extenso periodo de tiempo planificado con una compleja estrategia se fragmenta con un acto nuclear de voluntad defraudadora que se espacia de año en año, formalizándose la voluntad de cometer el delito en un momento puntual de cada anualidad.

A este respecto, y conectando con lo que se acaba de exponer, es claro que tampoco cabe operar en el caso con un dolo continuado basado en el aprovechamiento de la misma ocasión. Ello queda descartado, en primer lugar, porque las ocasiones no surgen de forma espontánea o casualmente, reaccionando ante ellas el autor del delito con una debilidad de voluntad que disminuya su culpabilidad, sino que todo obedece a una conducta muy poco conciliable con el vocablo “ocasión”. Y, en segundo término, porque se está ante actos de voluntad o de decisión delictiva que se perpetran anualmente, esto es, con una dilación en el tiempo que no propicia hablar de la persistencia del elemento volitivo del plan inicial, ya que el acusado tiene tiempo durante tan extenso periodo para sedimentar una decisión distinta a la que le llevó a cometer la primera acción delictiva. Máxime cuando la decisión defraudatoria se presta formalmente ante el propio Estado, que aparece representado por los funcionarios que tramitan las declaraciones fiscales.

Frente a todo ello cabe redargüir que esta Sala ha aplicado a algunas conductas delictivas la figura del delito continuado concurriendo acciones que se extienden en el tiempo durante varios años. Como ejemplo de ello pueden o deben citarse los delitos contra la libertad e indemnidad sexual. Pues no resulta extraño que conductas graves de esa índole ejecutadas por sujetos sobre otros miembros integrantes de un mismo entorno familiar incurran en actos repetidos de esa naturaleza, sobre

todo contra menores de edad, durante periodos amplios de tiempo. Sin embargo, esas actuaciones delictivas poco tienen que ver, estructural y punitivamente, con las que aquí se tratan.

En efecto, en tales casos se juzgan conductas perpetradas con regularidad en un ámbito de intimidad que asoman sorpresivamente a la luz tras varios meses o años de ejecución en la clandestinidad, sin actos concretos externos que las fragmenten o interrumpan en el tiempo. Pueden así considerarse actos de aprovechamiento de ocasión y ser así incardinados, no sin cierta dosis de distorsión conceptual, en la continuidad delictiva.

En cambio, en el ámbito del delito fiscal el sujeto activo formaliza cada año una declaración fiscal y vuelve así a evidenciar ante el representante de la Administración su voluntad de defraudar a la Hacienda Pública, con el consiguiente grave menoscabo del erario público mediante el que se atienden y satisfacen los intereses generales de la ciudadanía.

Al margen de lo anterior, también favorecen la aplicación del delito continuado en los procesos que se tramitan por delitos contra la libertad sexual las dificultades que surgen en la práctica para conseguir individualizar los diferentes episodios delictivos. Y otro tanto puede decirse en cuanto a la severa gravedad de las penas con que son castigados. Estos factores no se dan desde luego en el caso de los delitos contra la Hacienda Pública.

Por último, es importante tener presente que en la aplicación del delito continuado a las distintas figuras penales se ha de atender al sentido normativo de cada tipo, de forma que se aplique cuando se considere necesario para aprehender el nivel de injusto y de culpabilidad en cada caso. No debe pues operarse en la práctica con un exceso de normativismo que prescinda de la base naturalística conductual exigible para constatar una unidad de acción continuada, ni procede tampoco desentenderse de las consecuencias que conlleva la aplicación de tan dúctil y controvertida figura jurídica.

- No procede apreciar la atenuante analógica de cuasi-prescripción. La Jurisprudencia de esta Sala ha reconocido (STS 888/2016, de 24-11) en determinados supuestos la atenuación analógica de cuasiprescripción desde dos razones justificantes esenciales: a) que el periodo de prescripción estuviera próximo a culminarse (SSTS 77/2006, de 1-2 o 1387/2004, de 27-12), de manera que el olvido social del delito, que termina por fundamentar la extinción de la responsabilidad criminal, se percibe ya de manera marcada e intensa; y b) que la parte perjudicada haya recurrido a una dosificada estrategia para servirse del sistema estatal de depuración de la responsabilidad criminal como instrumento que potencie la incertidumbre del autor del hecho delictivo, bien como instrumento de presión para una negociación extrajudicial (STS 883/2009, de 10-9) o, lo que sería equiparable, como mecanismo con el que potenciar la vindicación del perjuicio sufrido; supuestos en los que el sistema penal está en condiciones de reequilibrar, en términos de proporcionalidad, unas estratagemas dilatorias que el ordenamiento jurídico no consiente, particularmente para los delitos públicos, respecto de los que expresamente impone su denuncia inmediata en los artículos 259 y ss. de la LECrim.

En todo caso, la Jurisprudencia ha destacado también: 1) que no cabe premiar penalmente aquellos supuestos en los que, sin más, transcurre un dilatado período de tiempo entre la comisión de los hechos y su enjuiciamiento o en los que las autoridades a las que se encomienda la persecución del delito no tienen conocimiento de su comisión y, por tanto, carecen de los elementos de juicio indispensables para la incoación del proceso penal (SSTS 1387/2004, de 27 de diciembre, 77/2006, de 1-2) o 124/2009, de 11-12; y 2) que pese a la diversidad de presupuestos entre esta atenuante innovada en la doctrina jurisprudencial citada y la atenuante de dilaciones indebidas que el legislador contempla, no es menos cierto que el fundamento de una y otra están lejos de ser disímiles y con entidad bastante como para poder apreciar ambas sin incurrir en un no aceptable bis in ídem (STS 416/2016, de 17-5).

- Responsabilidad civil subsidiaria de las sociedades que intervinieron en los hechos y responsabilidad civil solidaria impuesta a una respecto de las restantes responsables subsidiarias. Sí procede acoger el recurso de una de las sociedades al imponerle la responsabilidad civil solidaria con respecto a las restantes entidades responsables civiles subsidiarias. En la sentencia recurrida se condena a todas las entidades responsables civiles subsidiarias a que respondan solidariamente entre ellas frente a la parte perjudicada, decisión que no se considera correcta toda vez que GGG., responde subsidiariamente de la condena por responsabilidad civil que se le ha impuesto al cómplice, y como el cómplice responde subsidiariamente con respecto a los autores (art. 116.2 CP), indemnizará a los perjudicados una vez que no se pueda cobrar de los autores. Ese extremo se ha solventado especificando que en el caso de la responsabilidad civil subsidiaria de la entidad recurrente ésta sólo responderá, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 116.2 del C. Penal, una vez que no resulte factible cobrar ni de los autores ni de las entidades que responden subsidiariamente del impago de los mismos.

DATOS SENTENCIA

Sentencia núm. 295/2018

Fecha de sentencia: 19/06/2018

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION
 Número del procedimiento: 2802/2017
 Ponente: Excmo. Sr. D. Luciano Varela Castro.

TEMA

Recurso de Casación: Ámbito del motivo fundado en el art. 852 de la LECrim., una vez generalizada la segunda instancia. Presunción de inocencia. Tenencia ilícita de armas: subtipo atenuado, constancia de la no intención de usarla.

ASPECTOS EXAMINADOS

- Recurso de Casación: Ámbito del motivo fundado en el art. 852 de la LECrim., una vez generalizada la segunda instancia: El Pleno no jurisdiccional de esta Sala Segunda de 9 de junio de 2016 acordó que cuando la recurrida es una sentencia dictada en apelación por las Audiencias Provinciales, conforme al nuevo artículo 847.1, b) de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, serán admisibles, si tienen interés casacional y se acomodan al motivo del artículo 849.1 de aquella.

No obstante, cuando se trata de recurso de casación contra sentencias a las que se refiere el artículo 847.1 a) el motivo podrá fundarse tanto en infracción de ley como en quebrantamiento de forma.

La posibilidad de fundarse en el cauce habilitado por el artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal no resulta expresamente excluidas. El Tribunal Constitucional en su auto 40/2018, rechazando el recurso de amparo contra denegación de admisión de casación se plantea la cuestión de si cabe casación por vulneración de precepto constitucional ex artículo 852 si hubo segunda instancia

Aunque la pretensión de amparo concernía a un caso de inadmisión fundada en el nuevo régimen del artículo 847.1, b), cabe subrayar consideraciones de esa resolución no limitadas a tan reducida hipótesis. Así cuando recuerda la diferencia de relevancia constitucional entre el acceso a la jurisdicción y el acceso a los recursos. Y añade a ello que el recurso de casación tiene la naturaleza de recurso especial o extraordinario, lo que determina que deba fundarse en motivos tasados —numerus clausus— y que esté sometido no sólo a requisitos extrínsecos de tiempo y forma y a los presupuestos comunes exigibles para los recursos ordinarios, sino a otros intrínsecos, sustantivos, relacionados con el contenido y la viabilidad de la pretensión; de donde se sigue que su régimen procesal es más estricto por su naturaleza de recurso extraordinario (SSTC 37/1995, de 7 de febrero, FJ 5; 248/2005, de 10 de octubre, FJ 2; 100/2009, de 27 de abril, FJ 4, y 35/2011, de 28 de marzo, FJ 3).

No menos relevante es la referencia a que la praxis referida a la casación penal había venido determinada -como viene aún en relación a causas incoadas antes de la entrada en vigor de su actual redacción por ley 41/2015- en función de la garantía a toda persona declarada culpable de un delito del denominado derecho a una revisión de la causa por un Tribunal superior. De ahí que la interpretación del ámbito de control instaurado en la ley procesal para este recurso requiriese «el entendimiento más favorable a la vigencia de los derechos fundamentales afectados» (SSTC 60/1985, de 6 de mayo, FJ 2; 70/2002, de 3 de abril, FJ 7, y 136/2006, de 8 de mayo, FJ 3). El artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal introducido en nuestro ordenamiento por la disposición final duodécima de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de enjuiciamiento civil, dispone que «en todo caso, el recurso de casación podrá interponerse fundándose en la infracción de precepto constitucional». Para hacer efectivo el mandato de tutela judicial de los derechos fundamentales (art. 53.2 CE), el Tribunal Constitucional exigió reinterpretar las normas procesales reguladoras del recurso de casación penal apurando al máximo sus virtualidades «para obtener a través de él una eficaz protección del derecho a la presunción de inocencia» (FJ 2), en tanto era el único existente que permitía revisar las decisiones condenatorias adoptadas en única instancia.

Una vez generalizada la doble instancia penal por la Ley 41/2015, el legislador no se encuentra limitado por el contenido de derecho fundamental alguno al definir los casos y supuestos en los que, en el ámbito penal, cabe acudir en casación. Sería posible una vigencia del artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal no superpuesta como un motivo de casación autónomo y adicional, sino que solo significase que la concurrencia de los concretos motivos que hacen viable la impugnación en casación, sea la infracción de ley en el doble sentido del artículo 849, sea el quebrantamiento de forma, puede ser fundamentada por referencia a los preceptos constitucionales afectados por la infracción de ley sustantiva alegada.

La exposición de motivos de la citada ley 41/2015, tras referirse a la generalización de la segunda instancia, advierte de la necesidad de remodelar la casación para conseguir que cumpla de forma eficaz su función unificadora de la doctrina penal, con reforma de su ámbito material, en referencia a la admisión de la nueva casación, solo por infracción de ley del artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, contra sentencia dictadas en apelación por las Audiencias provinciales. Pero eso sí recordando que ello se hace «reservando el resto de los motivos para los delitos de mayor gravedad»-.

Ahora bien, pese a tal reserva, la interpretación del alcance de la infracción de norma constitucional ya no podrá ampararse en la ausencia de una segunda instancia, debiendo acomodarse al control estrictamente restringido al contenido constitucional invocado en el motivo

- Presunción de inocencia: Por las razones expuestas en el primero de los Fundamentos Jurídicos de esta sentencia, la invocación de esta garantía no puede seguir conduciendo a una revisión de la valoración probatoria en los mismos términos que se llevaba a cabo en el contexto procesal de ausencia de segunda instancia.

El recurso de casación no es el escenario para la actividad de reconstrucción del pasado en relación a los hechos imputados. En la casación no se practica prueba. La función de este recurso es determinar si la que se lleva a cabo en las resoluciones recurridas se acomoda a las exigencias de aquella garantía constitucional. En definitiva, sí existen razones que legitimen lo imputado y la decisión.

La garantía de presunción de inocencia implica, en efecto, una determinada relación, lógica o científica, entre el resultado de la actividad probatoria y la certeza que el tribunal que condena debe tener respecto a la verdad de la imputación formulada contra el penado.

Esa relación exige, como presupuesto, que aquella actividad probatoria se constituya válidamente por la producción de medios obtenidos de fuentes con respeto de las garantías constitucionales de los derechos fundamentales y libertades constitucionales. Y, además, que la actividad probatoria se haya llevado a cabo en juicio celebrado con publicidad y bajo condiciones de contradicción, sin quiebra del derecho a no sufrir indefensión.

La justificación de la conclusión probatoria establecerá los datos de procedencia externa aportados por medios cuya capacidad persuasoria será tributaria de la credibilidad del medio de prueba directo y de la verosimilitud de lo informado. Siquiera el juicio acerca de esa credibilidad y verosimilitud no se integra ya en la garantía de presunción de inocencia a no ser que tales juicios se muestren arbitrarios o contrarios al sentido común.

Como dijimos en nuestra STS nº 833/2017 de 18 de diciembre, cuando estamos ante una prueba directa –aquella que suministra afirmaciones relativas al hecho imputado, sin necesidad de construcciones inferenciales– la valoración de la razonabilidad del crédito que se le confiere es en buena medida tributaria de la percepción inmediata de la práctica de la prueba por el juzgador.

Pero ello no releva de la exigencia de que la impresión que así se produce en el receptor no deba revalidarse desde la perspectiva de criterios objetivos. Como tampoco sería admisible fundar la resolución en una especie de acto de fe incondicionado en la veracidad de la versión de quien se dice víctima, por repugnante que sea el hecho denunciado, la vulnerabilidad de aquella o la frecuencia de este tipo de hechos.

Desde luego, cuando de la declaración testifical se trata no parece que parámetros como persistencia, verosimilitud y ausencia de contradicciones o de motivos espurios en la declaración sean suficientes, ni los únicos atendibles, para satisfacer aquel canon que legitime esa valoración por pretendidamente racional. La justificación constitucional exigible debe ir más allá de las meras impresiones subjetivas sentidas por el receptor de la prueba. Y, desde luego, de las insistencias externas al proceso, por numerosas e incluso comprensibles que puedan ser éstas.

La racionalidad de la credibilidad otorgada al testigo, también cuando es la víctima, obliga a exponer las concretas razones por las que se pueden despejar las dudas que podían suscitar la presencia, e incluso la ausencia, de datos, susceptibles de ser alegados en descargo por la defensa del imputado. En particular en relación con el escenario o el objeto o cuerpo de la persona sobre la que recae la acción delictiva, al tiempo o después del hecho, cuando el delito sea de aquellos cuya ejecución es acompañada o seguida habitualmente de vestigios o huellas en aquellos lugares, objetos o cuerpos.

Solamente así se podrá controlar si la certeza sobre la veracidad de las afirmaciones de los hechos de que parte la recurrida cumplen o no el canon constitucional implícito en la garantía de presunción de inocencia.

La justificación interna de la decisión emplaza a una aplicación del canon que suministran la lógica y la experiencia o ciencia, de tal suerte que pueda decirse que desde aquellos datos se deba inferir que la afirmación de los hechos en los que se sustenta la condena, los elementos objetivos, pero también los subjetivos, son una conclusión coherente que, con absoluta prescindencia de la subjetividad del juzgador, generen una certeza que, por avalada por esos cánones, debe calificarse de objetiva.

Y es que, devenido claramente inconstitucional el limitar la valoración de la prueba resultante a la conciencia del juzgador o a su íntima convicción, por notoriamente insuficiente como garantía del ciudadano, aquella objetividad es la única calidad que hace merecer la aceptación de los ciudadanos, sean parte o no en el proceso, y con ello confiere legitimidad a la decisión de condena.

La certeza alcanzada puede, sin embargo, no excluir dudas, por lo demás consustanciales al conocimiento humano. Ciertamente las dudas pueden surgir por un lado respecto de aquella justificación interna, si la conclusión asumida no es la única posible, y, por otro lado, de la razonabilidad de inferencias a partir de otros datos externos con los que cabe construir tesis alternativas excluyentes de la imputación.

Suele decirse que no corresponde a este Tribunal seleccionar entre inferencias o conclusiones valorativas alternativas. Y que la de instancia debe ratificarse si es razonable. Incluso si lo fuere la alternativa. Sin embargo, esa hipótesis resulta conceptualmente imposible desde la perspectiva de la garantía constitucional. Porque si la objeción a la inferencia establecida o la hipótesis alternativa a la imputación es razonable, también son razonables las dudas sobre la afirmación

acusadora. Y entonces falta la suficiente certeza objetiva. El Tribunal, cualquiera que sea su convicción subjetiva, está en ese caso obligado constitucionalmente a dudar.

Sin que aquella duda sea parangonable tampoco a la duda subjetiva del juzgador, que puede asaltarle pese al colmado probatorio que justificaría la condena. Esta duda también debe acarrear la absolucón, pero, y de ahí la relativización antes mencionada, fuera ya del marco normativo de exigencias contenidas en el derecho fundamental a la presunción de inocencia. Y es que, desde la perspectiva de la garantía constitucional de presunción de inocencia, no importa si el Tribunal dud   o no, sino si debió dudar.

Resuelta la queja sobre licitud de los medios probatorios, el control de la valoración probatoria se limita en la casación a la justificación con la que la sentencia aquí recurrida, es decir la que resuelve la apelación, avala la legitimidad constitucional de la que llevó a cabo la sentencia de la primera instancia.

- Tenencia ilícita de armas: subtipo atenuado, constancia de la no intención de usarla. El debate debe circunscribirse solamente a si es, o no, ajustada a derecho la fundamentación de la sentencia dictada en apelación para justificar la exclusión del tipo atenuado que había decidido la sentencia de primera instancia. Es decir, si se vulnerado el artículo 565 del Código Penal citado.

Dice la sentencia del Tribunal Superior de Justicia que los hechos probados no permiten excluir la voluntad de utilizar las armas que fueron ocupadas al recurrente. Y por ello no podía aplicarse el invocado artículo 565.

En cuanto al referido a vulneración de precepto penal, el motivo no autoriza a debatir sobre la narración del hecho probado. El error ha de circunscribirse a la subsunción de aquél en la norma penal. Y la sentencia del Tribunal Superior de Justicia, en relación con el hecho declarado probado en la instancia primera, señala que la «falta de intención de usarlas» (las armas) no puede inferirse de los datos invocados por el recurrente: malas condiciones de conservación, ubicación en lugar de fácil acceso y comprobación de que el uso no había tenido lugar. Por el contrario, aquel hecho predica el correcto funcionamiento del rifle «Browning» y la pistola «Star».

Ciertamente ambas sentencias de la instancia a poco esfuerzo que aportasen para fundar su decisión, podrían enriquecer su argumentación. Con todo, el motivo no puede ser estimado. El recurrente parte de una premisa más interesada que aceptable. La tenencia de armas, a falta de constancia del dato referido a la intención del autor referida a su uso, constituye el tipo del artículo 564. Incluso si solamente se posee un arma, y tanto si se encuentra accesible a terceros como si no. Por eso son irrelevantes las quejas del recurrente sobre su no entendimiento de cuales de tales circunstancias son consideradas por la sentencia. Y ello porque, aun partiendo de la neutralidad de tales datos sobre la intención de uso, lo no discutido es que no se aporta cual sea el dato de hecho que permitiría afirmar la concurrencia del elemento cualificante del tipo atenuado del artículo 565. Es decir, falta el dato que permita afirmar la ausencia de tal intención de uso que gratuitamente alega el motivo.

DATOS SENTENCIA

Sentencia núm. 299/2018

Fecha de sentencia: 19/06/2018

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION (P)

Número del procedimiento: 10073/2018 P

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

TEMA

Asesinato. Naturaleza. Circunstancia de carácter predominante Objetivo que incorpora un especial elemento subjetivo que dota a la acción de mayor antijuricidad. Alevosía sobrevenida. Estrangulamiento. Existencias heridas de defensa. Alevosía convivencial.

ASPECTOS EXAMINADOS

- En efecto en cuanto a la alevosía hemos dicho en SSTs 703/2013 de 8 octubre, 838/2014 de 12 diciembre, 114/2015 de 12 marzo, 719/2016 del 27 septiembre, 167/2017 del 14 marzo, 240/2017 de 5 abril, que el Tribunal Supremo viene aplicándola a todos aquellos supuestos en los que por el modo de practicarse la agresión quede de manifiesto la intención del agresor de cometer el delito eliminando el riesgo que pudiera proceder de la defensa que pudiera hacer el agredido, es decir la esencia de la alevosía como circunstancia constitutiva del delito de asesinato, (art. 139.1) o como agravante ordinaria en otros delitos contra las personas (art. 22.1), radica en la inexistencia de probabilidades de defensa por parte de la persona atacada.

- En cuanto a su naturaleza, aunque esta Sala unas veces ha destacado su carácter subjetivo, lo que supone mayor culpabilidad, y otras su carácter objetivo, lo que implica mayor antijuricidad, en los últimos tiempos, aun admitiendo su carácter mixto, ha destacado su aspecto predominante objetivo pero exigiendo el plus de culpabilidad, al precisar una previa escogitación de medios disponibles, siendo imprescindible que el infractor se haya representado su modus operandi suprimiendo todo eventual riesgo y toda posibilidad de defensa procedente del ofendido y desea el agente obrar de modo consecuencia a la proyectado y representado.

En definitiva, en síntesis, puede decirse que la alevosía es una circunstancia de carácter predominantemente objetivo que incorpora un especial elemento subjetivo, que dota a la acción de una mayor antijuricidad, denotando todo riesgo personal, de modo que el lado de la antijuricidad ha de apreciarse y valorarse la culpabilidad (STS 16-10-96) lo que conduce a su consideración como mixta (STS 28-12-2000).

- Elementos: En cuanto a la "eliminación de toda posibilidad de defensa de la víctima debe ser considerada desde la perspectiva de su real eficacia, siendo compatible con intentos defensivos ínsitos en el propio instinto de conservación" (STS. 13.3.2000).

Por ello, esta Sala arrancando de la definición legal de la alevosía, refiere invariablemente la concurrencia de los siguientes elementos (SSTS. 155/2005 de 15.2, 375/2005 de 22.3):

- a) En primer lugar, un elemento normativo. La alevosía solo puede proyectarse a los delitos contra las personas.
- b) En segundo lugar, un elemento objetivo que radica en el "modus operandi", que el autor utilice en la ejecución medios, modos o formas que han de ser objetivamente adecuados para asegurarla mediante la eliminación de las posibilidades de defensa, sin que sea suficiente el convencimiento del sujeto acerca de su idoneidad.
- c) En tercer lugar, un elemento subjetivo, que el dolo del autor se proyecte no sólo sobre la utilización de los medios, modos o formas empleados, sino también sobre su tendencia a asegurar la ejecución y su orientación a impedir la defensa del ofendido, eliminando así conscientemente el posible riesgo que pudiera suponer para su persona una eventual reacción defensiva de aquél. Es decir, el agente ha de haber buscado intencionadamente la producción de la muerte a través de los medios indicados, o cuando menos, aprovechar la situación de aseguramiento del resultado, sin riesgo.
- d) Y, en cuarto lugar, un elemento teleológico, que impone la comprobación de si en realidad, en el caso concreto, se produjo una situación de total indefensión, siendo necesario que se aprecie una mayor antijuricidad en la conducta derivada precisamente del modus operandi, conscientemente orientado a aquellas finalidades (STS. 1866/2002 de 7.11).

De lo antes expuesto se entiende que la esencia de la alevosía se encuentra en el aniquilamiento de las posibilidades de defensa; o bien en el aprovechamiento de una situación de indefensión, cuyos orígenes son indiferentes (STS. 178/2001 de 13.2).

- Modalidades: Entre las distintas modalidades ejecutivas de naturaleza alevosa, esta Sala por ejemplo S. 49/2004 de 22.1, viene distinguiendo:
 - a) alevosía proditoria, equivalente a la traición y que incluye la asechanza, insidia, emboscada o celada, situaciones en que el sujeto agresor se oculta y cae sobre la víctima en momento y lugar que aquélla no espera.
 - b) alevosía súbita o inopinada, llamada también "sorpresa", en la que el sujeto activo, aun a la vista o en presencia de la víctima, no descubre sus intenciones y aprovechando la confianza de aquélla actúa de forma imprevista, fulgurante y repentina. En estos casos es precisamente el carácter sorpresivo de la agresión lo que suprime la posibilidad de defensa, pues quien no espera el ataque difícilmente puede prepararse contra él y reaccionar en consecuencia, al menos en la medida de lo posible.
 - c) alevosía de desvalimiento, que consiste en el aprovechamiento de una especial situación de desamparo de la víctima, como acontece en los casos de niños de corta edad, ancianos debilitados, enfermos graves o personas invalidas, o por hallarse accidentalmente privada de aptitud para defenderse (dormidas, drogada o ebria en la fase letárgica o comatosa).

En estos casos, hay una mayor peligrosidad y culpabilidad en el autor del hecho, que revela con estos comportamientos un ánimo particularmente ruin, perverso, cobarde o traicionero (fundamento subjetivo) y también una mayor antijuricidad por estimarse más graves y más lesivas para la sociedad este tipo de conductas en que no hay riesgo para quien delinque (fundamento objetivo).

De lo antes expuesto, se entiende que la esencia de la alevosía se encuentra en la existencia de una conducta agresiva, que tienda objetivamente a la eliminación de la defensa. Como señala la STS. 19.10.2001, es precisamente el carácter sorpresivo de la agresión lo que suprime la posibilidad de defensa, pues quien no espera el ataque difícilmente puede prepararse contra él, al menos en la medida de lo posible. Esta modalidad de la alevosía es apreciable en los casos en los que se ataca sin previo aviso.

- **Alevosía Sobrevenida:** En cuanto a la alevosía sobrevenida se produce cuando no se halla presente en el comienzo de la acción, pero tras una interrupción temporal se reanuda el ataque, aunque sea de distinta forma o modo, durante el que surge el aprovechamiento de la indefensión del agredido, propiciada por la intervención de terceros o también por el propio agente (SSTS. 1115/2004 de 11.11, 550/2008 de 18.9, 640/2008 de 8.10, 790/2008 de 18.11). Existe cuando aun habiendo mediado un enfrentamiento previo sin circunstancias iniciales alevosas, se produce un cambio cualitativo en la situación, de modo que esa última fase de la agresión, con sus propias características, no podía ser esperada por la víctima en modo alguno, en función de las concretas circunstancias del hecho, especialmente cuando concurre una alteración sustancial en la potencia agresiva respecto al instrumento utilizado, el lugar anatómico de la agresión y la fuerza empleada. (SSTS. 53/2009 de 22.10, 147/2007 de 19.2, 640/2008 de 8.10, 243/2004 de 24.2).

Ahora bien, cuando el ataque a la persona se produce desarrollándose en varios actos ejecutados sin solución de continuidad, si en el inicio de la agresión no es posible apreciar la alevosía a causa de la ausencia de sus elementos característicos, tampoco podrá estimarse su concurrencia valorando el eventual desvalimiento o situación de inferioridad en la que se encuentra la víctima en los momentos finales de la acción, pues ésta sería una consecuencia natural de los primeros actos de agresión. Por lo tanto, solo será posible apreciar la alevosía cuando la acción se haya interrumpido, para reanudarla posteriormente aprovechando la situación creada (STS. 1089/2007 de 19.12).

En igual sentido la STS. 357/2002 de 4.3, en un caso en que el acusado cogió a su esposa por el cuello presionando hasta que quedó desvanecida y como observó que seguía con vida la remató estrangulándola, no se apreció la alevosía sobrevenida, porque es preciso que se inicie una acción delictiva sin carácter alevoso y se continúe después otra distinta contra el mismo sujeto pasivo, lo que no ocurrió en el caso examinado, en el que hubo una única acción.

Es cierto que no faltan sentencias de esta Sala que entienden hay alevosía, en la modalidad de sobrevenida, en la acción de seguir golpeando a la víctima ya en el suelo e inconsciente y por tanto totalmente desvalida (SSTS. 1346/2005 de 21.10, 1271/99 de 20.9).

Esta doctrina ha sido matizada en la reciente STS. 104/2014 de 14.2 que recuerda que “Para apreciar la alevosía que convierte en asesinato el homicidio hay que atender no tanto al mecanismo concreto homicida como al marco de la total acción. Aunque a algunas modalidades específicas parece connatural la alevosía -el veneno v.gr.- ni siquiera en esos casos son inimaginables supuestos en que no hay alevosía: -violento forcejeo en el que se acaba por reducir a la víctima para hacerle ingerir por la fuerza el veneno-. En concordancia con esta premisa general no puede afirmarse apriorísticamente que un estrangulamiento sea siempre alevoso. De hecho, en la jurisprudencia encontramos casos de asfixia por estrangulamiento catalogados como alevosos frente a otros en que se calificó como homicidio (SSTS 1068/2010, 2 de diciembre y 20 de diciembre de 2006, 1279/2006 ó STS 76172007, de 26 de septiembre, 162/2009, de 12 de febrero por recoger un par de precedentes en cada dirección).

- La alevosía -la elección de una forma que tienda a eliminar las posibilidades de defensa- ha de referirse a la agresión contemplada como un todo y no a sus últimos eslabones; hay que fijarse en el episodio en su conjunto y no solo en los avatares, que preceden inmediatamente al fallecimiento. Si fuese de otra forma sería hartamente infrecuente un homicidio consumado que no pudiese ser calificado de asesinato. Si se ha alcanzado el objetivo buscado es que finalmente se han superado los eventuales mecanismos de defensa; en definitiva, que se han anulado. El fallecimiento será la prueba de que se han laminado las posibilidades defensivas. Si pudieron existir, han sido abolidas. Hay que valorar la alevosía en un juicio ex ante: situarnos al inicio de todo el episodio. El último “navajazo”, que después de una larga serie de ellos y un reñido enfrentamiento, se propina cuando la víctima ha sido despojada del arma que también portaba, y yace en el suelo malherida y ya sin la menor capacidad de reacción, no convierte en alevosa esa agresión que comenzó frente a frente y con ambos contendientes armados. El ataque que se inicia sin alevosía no se torna alevoso como consecuencia de los lances o circunstancias que pueden ir sobreviniendo, salvo cuando se produce una solución de continuidad, una cesura entre el inicial episodio y un nuevo acometimiento (alevosía sobrevenida); o un inesperado e inesperable cambio cualitativo.

En un estrangulamiento que ha alcanzado su objetivo letal siempre obviamente hay un momento en que la víctima está totalmente indefensa y desvalida. Pero eso no es definitivo. El factor decisorio es cómo se ha llegado a esa situación. Si se hace de forma sorpresiva e inopinada, cuando la víctima no puede esperar ese ataque; o a traición, abordándola por la espalda; o cuando la víctima se encuentra (se supone inicialmente, es decir sin que haya mediado ningún tipo de ataque o agresión) durmiendo o inconsciente (desvalimiento), habrá un asesinato. Cuando el estrangulamiento es el último acto ejecutivo de una agresión que comenzó de frente, con forcejeos, y, venciendo la resistencia opuesta por la víctima, se consigue doblegar sus esfuerzos por zafarse y postrarla sujetándole la garganta para asfixiarla, no hay alevosía. Esta ha de predicarse -con las salvedades hechas- de todo el episodio y no del instante final”.

Por eso se considera concurrente la alevosía cuando por la forma del ataque o por el medio empleado al efecto puede afirmarse que el sujeto agredido quedó impedido para defenderse de manera mínimamente eficaz, por ejemplo, como señala la sentencia recurrida, hoy hubiera sufrido una obnubilación o un atontamiento a consecuencia de un golpe repentino propiciado por el agresor para, de inmediato, acabar con su vida mediante la comprensión del cuello con sus manos, con el

brazo o de cualquier otra forma (ver STS 1035/2012 del 20 diciembre) en un caso de estrangulamiento precedido de un fuerte golpe a la víctima.

En el caso presente el informe forense, tras señalar que la lesión de impacto directo en el lado izquierdo de la cara, por el hecho de que tal golpe provocase un hematoma con características de vitalidad, fue previa al mecanismo que provocó la muerte, señala que “se puede correlacionar-en relación a los efectos en la víctima del golpe-, con provocar una disminución del nivel de conciencia y de esta forma ofrecer la víctima una resistencia mínima.

- Igualmente hemos dicho STS 161/2017 de 14 marzo, la nota de conjurar el riesgo generable – es la más específica de la alevosía-. Ciertamente tal conjura, entendida como acción de impedir o evitar con previsión una situación que puede resultar peligrosa (según diccionario RAE), puede procurarse bajo diversas modalidades de comisión. Así cuando la víctima está inerme o indefensa por sus propias condiciones personales o por la situación en que se encuentra. O cuando, por la confianza depositada en el autor, no se previene frente a eventuales ataques del autor del delito. O bien porque éste lleva a cabo sus actos cuidando, mediante la rapidez o el ocultamiento de su intención, de que la víctima no disponga de tiempo para precaverse mediante cualquier modalidad defensiva que implique precisamente eventuales daños para la persona del autor. Por eso hemos dicho (STS 750/2016, de 11 de octubre) que para que exista alevosía, no es imprescindible que de antemano el agente busque y encuentre el modo más idóneo de ejecución, sino que es suficiente que se aproveche en cualquier momento y de forma consciente de la situación de indefensión de la víctima, así como la facilidad que ello supone, refiriéndose a la indefensión sobrevenida, que se produce en ciertos casos aun cuando en el comienzo de la agresión no se halle presente la agravante, siempre que en una segunda secuencia de la actuación del autor, el ataque se reanude aprovechando éste la indefensión en que se encuentra la víctima. Es decir, según la jurisprudencia, la alevosía sobrevenida surge cuando en un momento posterior de la actuación agresiva, se aprovecha por el sujeto activo la situación de absoluta indefensión en que se encuentra la víctima para ejecutar una nueva y diferente agresión distinta a la anteriormente realizada.
- Alevosía domestica: En el caso, el acusado aprovecha el momento en que su víctima, que es su propia mujer, con la que convive, esta desprevenida en su domicilio. Es por ello que hemos dicho también que estamos en presencia, no solamente de un ataque sorpresivo sino lo que hemos denominado como “alevosía doméstica” (STS 39/2017 de 31 enero) que en palabras de la STS 527/2012 de 29 junio, se la ha designado como una modalidad especial de alevosía convivencial basada en la relación de confianza proveniente de la convivencia, generadora para la víctima de su total despreocupación respecto de un eventual ataque que pudiera tener su origen en acciones del acusado (SSTS 1289/ 2009 del 10 diciembre, 16/2012 del 20 enero). Se trata, por tanto, de una alevosía derivada de la relajación de los recursos defensivos como consecuencia de la imprevisibilidad de un ataque protagonizado por la persona con la que la víctima convive día a día.
- Resistencia de la víctima: Y en cuanto a la existencia de heridas de “resistencia mínima de la víctima”, lo que denotaría que la víctima pudo defenderse, lo que impediría la aplicación de la alevosía, es reiterada la jurisprudencia de esta Sala –SSTS 106/2012 de 22 febrero, 455/2014 de 10 de junio- que tiene declarado que por lo que se refiere a la defensa pasiva de la víctima, entendiendo por ello lo que hace la víctima para como consecuencia del natural instinto de conservación, tratar de autoprotegerse, lo que en el presente caso estaría constituido por levantar los brazos para intentar evitar los golpes, en tales casos, decimos, es posible la aplicación de la alevosía porque tal acción defensiva no supone ningún obstáculo para que la acción del agresor se lleve a cabo sin riesgo para él. En tal sentido, SSTS 743/2002 de 26 de abril. Y en el mismo sentido, SSTS 1378/2004 de 29 de noviembre para la que la alevosía no es incompatible con la existencia de “heridas de defensa” en la víctima, como cubrirse con manos y brazos para eludir los golpes, o la STS 1472/2005 de 7 de diciembre, y es que en tal escenario no existen posibilidades de defensa para la víctima, ni por tanto riesgo para los agresores.

En el caso presente no existió defensa eficaz alguna, pues aparte de restos de ADN del agresor en las uñas de la víctima, ninguna lesión, ni siquiera arañazos sufrió el acusado, que previniera de acción de la víctima.

DATOS SENTENCIA

Sentencia núm. 300/2018

Fecha de sentencia: 19/06/2018

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION

Número del procedimiento: 1303/2017

Ponente: Excmo. Sr. D. Vicente Magro Servet.

TEMA

Abusos Sexuales. Menores. Prescripción del delito de abuso sexual: no aplicación del cómputo desde la mayoría de edad de la denunciante. Delito continuado: jurisdicción competente.

ASPECTOS EXAMINADOS

- Prescripción del delito de abuso sexual por transcurso del plazo legal sin aplicar al inicio del cómputo desde la mayoría de edad de la denunciante, habida cuenta que en favor del reo no estaba reflejada al momento de los hechos, previsión legal que se incorporó al apartado 1º del art. 132 del Código Penal mediante Ley Orgánica 14/1999, de 9 de Junio, legislación penal más desfavorable que la intermedia.
- Delito continuado: No aplicación de la continuidad delictiva en hechos denunciados cometidos antes y después de la mayoría de edad. En las infracciones penales continuadas habrá de atenderse a la edad del sujeto en el momento de comisión de cada una de las infracciones. Solo habrá lugar a integrar en el delito continuado cuyo conocimiento se atribuya a la jurisdicción de menores aquellos hechos cometidos por el sujeto entre los 14 y los 18 años. Los hechos cometidos por el sujeto habiendo rebasado dichas edades, no podrán por ese solo motivo integrarse en el delito continuado y de ellos se conocerá en el procedimiento que corresponda

DATOS SENTENCIA

Sentencia núm. 302/2018

Fecha de sentencia: 20/06/2018

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION

Número del procedimiento: 1215/2017

Ponente: Excmo. Sr. D. Vicente Magro Servet.

TEMA

Delitos de cohecho, prevaricación administrativa, e infidelidad en la custodia de documentos.

ASPECTOS EXAMINADOS

- Delitos de cohecho, prevaricación administrativa, e infidelidad en la custodia de documentos con motivo de actuaciones llevadas a cabo en un Ayuntamiento con participación de concejales, funcionarios y particulares en orden a conseguir adjudicaciones con grave alteración del procedimiento establecido y mediante dádivas y contraprestaciones. Análisis de los delitos de cohecho relacionados con solicitar o recibir dádivas o contraprestaciones y de prevaricación con la emisión de un voto favorable en un pleno en su relación con la vía provocada para un fin ilícito y alterando de forma dolosa y consciente el procedimiento que correspondería seguir en cada caso.

En los supuestos como el que ahora nos ocupa en los que no se trata de meras irregularidades administrativas, sino que concurren los elementos de un tipo penal de prevaricación administrativa, no puede apelarse en estos casos a una teoría que podría denominarse «La criminalización del derecho administrativo», por cuanto no se trata de que los condenados hayan llevado a cabo por acción u omisión meras irregularidades o incumplimientos exigidos por una norma administrativa, o en un proceso de contratación, al modo de infracciones que podrían tener su reflejo y solución ante la jurisdicción contencioso administrativa, sino que se trata de actuaciones dolosas realizadas con conciencia y voluntad de alterar el procedimiento administrativo para realizar el acto en beneficio de una persona y con evidente perjuicio a los que no pueden acceder a los actos administrativos por la acción directa del acusado que no lleva a cabo solo meras irregularidades administrativas subsanables, o no, por actos administrativos complementarios o de subsanación, sino que la entidad del acto es de gravedad y relevancia que comporta una clara injusticia del mismo a sabiendas de que lo es.

Existiría una «criminalización del derecho administrativo» si ante una mera acción de la autoridad o funcionario pública de poca entidad o relevancia, o que pueda ser impugnada ante la jurisdicción contencioso administrativa por carecer de los elementos subjetivos y objetivos del tipo penal se remiten a la vía penal, siendo de aplicación el principio de intervención mínima del derecho penal en ese caso, pero no cuando concurren los elementos de los tipos penales en casos de delitos contra la Administración Pública, no suponiendo una mera irregularidad administrativa, sino un verdadero ilícito penal con conductas perpetradas con dolo, y ocasionando un deterioro de la imagen de la función pública.

En todo caso, podría hablarse de la “criminalización del procedimiento administrativo seguido por quien comete un delito de prevaricación administrativa del art. 404 CP”, pero ello no es criminalizar el derecho administrativo, sino dar entrada a este tipo penal cuando la conducta administrativa es grosera y se realiza a sabiendas de la injusticia del acto. No se trata de conductas atípicas penalmente, ya que concurren los elementos de los tipos penales en casos de delitos contra la Administración Pública, no suponiendo una mera irregularidad administrativa, sino un verdadero ilícito penal con conductas perpetradas con dolo, y ocasionando un deterioro de la imagen de la función pública que ejercen personas que detentan

cargos de responsabilidad pública y que, sin embargo, se aprovechan de esta responsabilidad y sus funciones y capacidad de decidir para intereses personales y particulares con deterioro de esa imagen de la función pública ante la ciudadanía y grave trastorno y perjuicio de la Administración Pública que es directamente atacada.

Sobre la prevaricación administrativa se ha pronunciado esta Sala del Tribunal Supremo en varias sentencias, y así puede citarse:

a.- Sentencia Tribunal 238/2017 de 5 Abr. 2017, Rec. 1391/2016, donde se recuerda que el acto administrativo sea una resolución que, más allá de la mera ilegalidad, incurra en arbitrariedad, porque aquella ilegalidad sea «evidente, patente, flagrante y clamorosa». Y en este caso el abundante relato de hechos probados y las propias certificaciones que aluden a la inexistencia de procedimiento de contratación y selección lo acreditan, por mucho que el recurrente pretenda cuestionar las mismas.

b.- Sentencia Tribunal Supremo 63/2017 de 8 Feb. 2017, Rec. 1185/2016.

“Como hemos dicho en SSTs. 238/2013 de 22 de marzo y 426/2016 de 19 de mayo, el delito de prevaricación tutela el correcto ejercicio de la función pública de acuerdo con los parámetros constitucionales que orientan su actuación. Garantiza el debido respeto, en el ámbito de la función pública, al principio de legalidad como fundamento básico de un Estado social y democrático de Derecho, frente a ilegalidades severas y dolosas, respetando coetáneamente el principio de intervención mínima del ordenamiento penal. Por ello -como expresa la STS. 941/2009 de 29 de septiembre- el artículo 404 del CP, castiga a la autoridad o funcionario público que, a sabiendas de su injusticia, dictare una resolución arbitraria en un asunto administrativo.

Se trata de una figura penal que constituye un delito especial propio, en cuanto solamente puede ser cometido por los funcionarios públicos (art. 24 CP), sin perjuicio de la cláusula de comunicabilidad hacia los no funcionarios prevista en el art. 65.3 del Código penal, cuyo bien jurídico protegido no es otro que el correcto funcionamiento de la Administración pública, en cuanto debe estar dirigida a la satisfacción de los intereses generales de los ciudadanos, con pleno sometimiento a la ley y al Derecho (v. arts. 9.1 y 103 CE), de modo que se respete la exigencia constitucional de garantía de los principios de legalidad, de seguridad jurídica y de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos (art. 9.3 CE), bien entendido que no se trata de sustituir a la jurisdicción administrativa, en su labor de control de la legalidad de la actuación de la administración pública por la jurisdicción penal a través del delito de prevaricación, sino de sancionar supuestos límites, en los que la actuación administrativa no solo es ilegal, sino además injusta y arbitraria.

La acción consiste en dictar una resolución arbitraria en un asunto administrativo. Ello implica, sin duda su contradicción con el derecho, que puede manifestarse, según reiterada jurisprudencia, bien porque se haya dictado sin tener la competencia legalmente exigida, bien porque no se hayan respetado las normas esenciales de procedimiento, bien porque el fondo de la misma contravenga lo dispuesto en la legislación vigente, o suponga una desviación de poder -esto es la desviación teleológica en la actividad administrativa desarrollada-, una intención torcida en la voluntad administrativa que el acto exterioriza, en definitiva una distorsión entre el fin para el que se reconocen las facultades administrativas por el ordenamiento jurídico y el que resulta de su ejercicio concreto, aunque el fin perseguido sea de interés público (SSTs. Sala 3ª de 20.11.2009 y 9.3.2010).

Este criterio ha sido seguido por la jurisprudencia, tal como la STS. 627/2006 de 8.6, en la que se dice que: La jurisprudencia de la Sala II, por todas STS de 2 de abril de 2.003 y de 24 de septiembre de 2002, exige para rellenar el contenido de la arbitrariedad que la resolución no solo sea jurídicamente incorrecta, sino que además no sea sostenible mediante ningún método aceptable de interpretación de la ley. Frecuentemente una situación como ésta ha sido calificada mediante distintos adjetivos ("palmaria", "patente", "evidente", "esperpéntica", etc.), pero, en todo caso, lo decisivo es el aspecto sustantivo, es decir, los supuestos de hecho en los que esos adjetivos han sido utilizados. En particular la lesión del bien jurídico protegido por el art. 404 CP se ha estimado cuando el funcionario adopta una resolución que contradice un claro texto legal sin ningún fundamento, para la que carece totalmente de competencia, omite totalmente las formalidades procesales administrativas, actúa con desviación de poder, omite dictar una resolución debida en perjuicio de una parte del asunto administrativo (ver STS 647/2002), con mayores indicaciones jurisprudenciales), esto es debe ser más propiamente analizada bajo el prisma de una actuación de interpretación de la norma que no resulta ninguno de los modos o métodos con los que puede llevarse a cabo la hermenéutica legal. Dicho de otro modo, sin que pueda sostenerse bajo contexto interpretativo alguno una resolución al significado de la norma como la que se realiza por el autor, cualquiera que sea la finalidad de la misma, lo que se encuentra ausente del tipo, y que puede concursar, en su caso con otros preceptos del C.P. STS. 284/2009 de 13.3.

Además, es necesario que el autor actúe a sabiendas de la injusticia de la resolución. Los términos injusticia y arbitrariedad, como antes dijimos, deben entenderse aquí utilizados con sentido equivalente, pues si se exige como elemento subjetivo del tipo que el autor actúe a sabiendas de la injusticia, su conocimiento debe abarcar, al menos,

el carácter arbitrario de la resolución. De conformidad con lo expresado en la citada STS núm. 766/1999, de 18 mayo, como el elemento subjetivo viene legalmente expresado con la locución «a sabiendas», se puede decir, en resumen, que se comete el delito de prevaricación previsto en el artículo 404 del Código Penal vigente 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 este resultado y antepone el contenido de su voluntad a cualquier otro razonamiento o consideración, esto es con intención deliberada y plena conciencia de la ilegalidad del acto realizado, o sea concurriendo los elementos propios del dolo (STS. 443/2008 de 1.7).

En definitiva, será necesario:

1. En primer lugar, una resolución dictada por autoridad o funcionario en asunto administrativo.
2. En segundo lugar, que sea contraria al Derecho, es decir, ilegal.
3. En tercer lugar, que esa contradicción con el derecho o ilegalidad, que puede manifestarse en la falta absoluta de competencia, en la omisión de trámites esenciales del procedimiento o en el propio contenido sustancial de la resolución, sea de tal entidad que no pueda ser explicada con una argumentación técnico-jurídica mínimamente razonable.
4. En cuarto lugar, que ocasione un resultado materialmente injusto, y
5. En quinto lugar, que la resolución sea dictada con la finalidad de hacer efectiva la particular voluntad de la autoridad o funcionario, y con el conocimiento de actuar en contra del derecho”.

Estos requisitos concurren en el presente caso, dado que se ha probado la intervención directa del recurrente en las operaciones, como señala la Audiencia Provincial en la explicación antes expuesta, y, por ello, es evidentemente contraria a derecho la forma de proceder, ya que el recurrente era consciente y conocedor de la injusticia de su proceder dada la objetividad y claridad del informe de la Interventora General, y pese a que eran conocedores tanto FFF como JJJ de la irregularidad del procedimiento administrativo colaboraron con su voto que emitieron favorable, aun a sabiendas de su irregularidad, y además la influencia en FFF por la prestación que AAA llevaba a cabo en el Buque XXX.

- Delito de Cohecho: Sobre el delito de cohecho hay que recordar la sentencia de esta Sala del Tribunal Supremo 472/2011 de 19 May. 2011, Rec. 1717/2010 que apunta que “el objeto, el núcleo del cohecho en forma de dádiva al Concejal era uno solo: que votaría en el Pleno del Ayuntamiento a favor de la construcción del campo de golf”.

En la sentencia de esta Sala del Tribunal Supremo 508/2015 de 27 Jul. 2015, Rec. 10062/2014 se recuerda que “si el objetivo pretendido con la dádiva o promesa es la ejecución de acto constitutivo de delito o que pueda ser calificado de injusto, los hechos serían subsumibles, respectivamente, en los artículos 419 ó 420 del Código Penal. Y hablamos del objetivo pretendido con la dádiva o promesa porque, en uno y otro caso, el núcleo del injusto del delito de cohecho se agota con el acuerdo entre el funcionario público y el particular, bastando ello para su consumación, siendo por ello suficiente que el primero se muestre dispuesto a llevar a cabo el acto al margen de que finalmente lo ejecute o no.

Si dicho acto no es constitutivo de delito, pero sí puede ser calificado de injusto, el tipo penal aplicable sería, como lo ha sido en el caso de autos, el artículo 420 del CP. Por acto injusto, hemos dicho en la STS 782/2005, de 10 de junio, con citación de otras resoluciones, ha de entenderse todo acto contrario a lo que es debido, no consistiendo la injusticia del acto en una ilegalidad formal o administrativa sino en una contradicción material y relevante con el ordenamiento jurídico en su conjunto, incluyendo los principios constitucionales y las normas ordinarias. En la misma línea, decíamos en la STS 719/2009, de 30 de junio, que la injusticia del acto no puede venir determinada por la mera existencia, promesa o solicitud de la dádiva, porque esto es un requisito común a todas las modalidades de cohecho, sino por una contradicción con aquellas normas jurídicas que regulan la actuación que habría de realizar el funcionario público, concretando que cuando nos encontramos con actos en los que hay alguna discrecionalidad el uso de tal discrecionalidad en beneficio del que ha entregado o ha de entregar la dádiva puede revelar la injusticia del acto”.

De esta forma, cabe afirmar que cuando la decisión de la autoridad o funcionario público está condicionada por el acuerdo previo adoptado en función de la dádiva, y aun cuando pueda respetar formalmente el ordenamiento, será injusta, porque se habrá adoptado en función de intereses particulares, postergando los intereses públicos y, vulnerando, los principios de imparcialidad y objetividad, que hoy responden a la idea del bien protegido por este delito, que han de regir el funcionamiento de la Administración pública, que imponen que dicha decisión se adopte conforme a derecho y no en función de los intereses patrimoniales de los cargos públicos responsables de dicha decisión -STS 2052/2001, de 7 de noviembre o STS 20/2001, de 28 de marzo-.

Así, precisamente, respecto a la actuación de los concejales de un Ayuntamiento, decíamos en la STS 427/2011, de 19 de mayo, a la que hicimos referencia en su momento, lo siguiente: «Cuando se intenta mediante el percibo de una cantidad que un concejal emita su voto motivado por el precio o recompensa que se le promete, con independencia de cuál pudiera ser el sentido del voto y su adecuación o no a las directrices de su partido político, se está, a no dudar ante un acto injusto, injusticia que estaría en la contradicción con su condición de concejal que debe actuar conforme al mismo y que está

directamente relacionado con el principio de imparcialidad que debe ser entendido como ausencia de interferencias en la adopción de decisiones públicas que deben estar guiadas por los fines públicos del bien común que legalmente justifican su desempeño».

Este deber de imparcialidad tiene un claro anclaje constitucional en el art. 103 de la Constitución cuando establece que la ".... Administración Pública sirve con objetividad los intereses generales y actúa de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación, con sometimiento a la Ley y al Derecho" y tiene una concreta proyección en el deber de transparencia en la gestión de lo público. Es evidente que el ofrecimiento de dinero para conseguir un concreto posicionamiento de un elegido del consistorio constituye un acto de corrupción político-económica, por parte de quien hace el ofrecimiento, con independencia de que su ofrecimiento -como en este caso- no haya prosperado porque ha habido un intento de corrupción a un funcionario público»".

Además, la sentencia de esta Sala del Tribunal Supremo 776/2001 de 8 May. 2001, Rec. 1822/1999 recuerda que "en nuestro ordenamiento penal positivo el delito de cohecho es un delito unilateral que se consuma por la mera «solicitud» de la dádiva, como se deduce expresamente del texto legal y ha declarado reiteradamente la doctrina jurisprudencial, por lo que no requiere para la consumación ni la aceptación de la solicitud, ni el abono de la dádiva ni la realización del acto delictivo ofrecido como contraprestación, que caso de realizarse se sancionaría separadamente en concurso con el de cohecho, que es lo aquí ocurrido con respecto a FFF.

Por ello, en ambas condenas por delito de cohecho se dan los presupuestos suficientes para la condena, ya que la relación entre el voto del recurrente y los trabajos realizados por AAA, como representante de MMM en el buque XXX para costear, éste último, los gastos del buque lo eran para conseguir la emisión del voto, por lo que el delito ya se había consumado, a lo que se añade la consecución del voto y el acuerdo final. Y en el segundo caso las conversaciones telefónicas son evidentes en torno a la consecución del objetivo pretendido por AAA y EEE en relación a las gestiones del recurrente a cambio de lo cual asumieron a través de su mercantil obras de reparación, en concreto en los meses de octubre y noviembre de 2005 en la vivienda propiedad de "PPP" o en la de la madre de éste, así como realizaron tanto suministro de material como de personal en la reparación del buque XXX durante el año 2006 y 2007 con la finalidad de que la venta de terrenos en que está ubicado el campo de fútbol en BBB, titularidad del Ayuntamiento de San Bartolomé de Tirajana, les fuera adjudicado por parte de dicha Corporación. Es clara la consumación del delito de cohecho en ambos casos, por lo que las alegaciones del recurrente respecto a la eficacia de su voto, o de que fue votado por unanimidad son irrelevantes ante la prueba de cargo de que el verdadero fin estaba mediatizado por las dádivas que recibía el recurrente en ambos casos y que estaban plenamente acreditadas, no siendo aceptadas como de descargo las alegaciones expuestas de querer invertir en la empresa de EEEMMM, porque se trata de meras alegaciones ad hoc una vez se descubrió esta mecánica operativa delictiva sin soporte probatorio más allá de la mera alegación y constando numerosa documentación que acredita la cobertura económica que tenía como verdadero fin la consecución de la adjudicación por la eficacia del apoyo del recurrente en la votación y mediación para conseguirlo, al igual que por el segundo delito de cohecho, se consiguiera el fin, o no, ya que la prueba de la dádiva está acreditada de forma suficiente, como de forma extensa se ha acreditado y argumentado por el Tribunal.

... En cuanto a la comisión del delito hay que recordar que, como señala la Fiscalía, el delito del artículo 419 CP -cohecho activo- se consuma por la solicitud de la dádiva -STS de 8.5.2001-, por lo que no requiere la realización del acto delictivo propio del artículo 419 CP (STS de 6.5.2005), siendo por tanto de resultado cortado. El delito del artículo 419 CP es el que comete FFF con claridad, pero su aceptación y entrada en juego por el ahora recurrente le lleva a cometer la pena del art. 423.2 CP por el particular al momento de los hechos, actual art. 424 CP. Así, FFF pedía la dádiva al ahora recurrente y éste la entregaba para que le beneficiara cometiendo el delito, mediante la colaboración en los pagos del buque. No hacía falta que luego se consumara de alguna manera el fin previsto.

Como ya se ha expuesto anteriormente, y es aplicable al presente recurrente que cuestiona la condena en una forma particular de ver los hechos, distinta a los que son probados, la sentencia de esta Sala del Tribunal Supremo 776/2001 de 8 May. 2001, Rec. 1822/1999 recuerda que "en nuestro ordenamiento penal positivo el delito de cohecho es un delito unilateral que se consuma por la mera «solicitud» de la dádiva, como se deduce expresamente del texto legal y ha declarado reiteradamente la doctrina jurisprudencial, por lo que no requiere para la consumación ni la aceptación de la solicitud, ni el abono de la dádiva ni la realización del acto delictivo ofrecido como contraprestación, que caso de realizarse se sancionaría separadamente en concurso con el de cohecho, que es lo aquí ocurrido con respecto a FFF.

Además, los hechos probados son graves, ya que como señala este Tribunal Supremo en sentencia 1618/2005 de 22 Dic. 2005, Rec. 1082/2004 "El delito de cohecho protege en efecto ante todo el prestigio y eficacia de la Administración pública garantizando la probidad e imparcialidad de sus funcionarios y, asimismo, la eficacia del servicio público encomendado a éstos (STS de 29 de abril de 1.995). Se trata, pues, de un delito con el que se trata de asegurar no sólo la rectitud y eficacia de la función pública, sino también de garantizar la incolumidad del prestigio de esta función y de los funcionarios que la desempeñan, a quienes hay que mantener a salvo de cualquier injusta sospecha de actuación venal".

En este caso concreto, y pese a que se quiera dar por los recurrentes una versión muy particular de lo que se quería decir con las conversaciones telefónicas la realidad y los indicios demuestran que se alteró el prestigio de la función social que tienen encomendados quienes tienen la capacidad de voto en decisiones municipales, y, sin embargo, alteran esa decisión por estar mediatizada por dádivas, o favores en su favor de cualquier clase, como el que ahora consta probado, siendo el dirigido a la empresa de la que era administrador el hijo de quien dio su voto a favor de una adjudicación a cambio de que el beneficiado financiara los trabajos que se citan, lo que supone una alteración de los deberes inherentes al cargo de concejal, y, por ello, llevando consigo el ilícito penal del particular que así actúa, sea este quien es el que ofrece o el que acepta el ofrecimiento, ya que para la autoridad o funcionario público es delito recibir o solicitar, y para el particular ofrecer o entregar. Y ello, con independencia de la eficacia del voto o su resultado que integra un delito, ya que en la redacción del art. 419 CP se recogía in fine que ello sería sin perjuicio de la pena correspondiente al delito cometido en razón de la dádiva o promesa. Pues bien, de la misma manera que el delito del artículo 419 CP, el del artículo 423.2 CP es de resultado cortado y se consuma cuando se acepta entregar la dádiva con la finalidad de obtener el beneficio, aunque ese beneficio no se logre. El tipo subjetivo adelanta la consumación. En cuanto se acepta entregar la dádiva con la finalidad de que el funcionario corrupto vote en el Pleno o impulse el expediente en favor de sus intereses particulares el delito de cohecho pasivo se ha consumado.

- Infidelidad en la custodia de documentos: Sobre este delito del art. 413 CP refiere la reciente sentencia de esta Sala del Tribunal Supremo 167/2018 de 11 Abr. 2018, Rec. 1087/2017 que “Conforme a la STS 353/2009 de 2 de abril el tipo penal de infidelidad en la custodia de documentos del artículo 413 CP, describe formando parte del elemento objetivo, como acción típica, la triple modalidad de la destrucción, la inutilización o la ocultación, conductas que han de ir referidas a un documento. Este documento para ser elemento del tipo ha de reunir, no solamente las calidades a que se refiere el artículo 26 del Código Penal, sino la de estar vinculado al cargo desempeñado por el sujeto activo del delito, al menos en cuanto a su custodia. Por su parte, las SSTs 542/2016 de 20 de junio y 941/2009 de 29 de septiembre, entre otras, precisan que sustraer, destruir, inutilizar u ocultar -verbos nucleares del tipo penal del art. 413 CP- constituyen simples modalidades de un propósito común: privar dolosamente que un determinado documento pueda cumplir la función que el ordenamiento jurídico le reconoce. Además, el tipo requiere un elemento específico: que el sujeto actúe a sabiendas.

A su vez STS 353/2009, recuerda que el artículo 413 CP, se ubica en un capítulo correspondiente a los delitos contra la Administración pública. Es pues necesario, que dicho comportamiento afecte al bien jurídico protegido. Es decir, que la citada acción, del sujeto específico que hace del delito uno de los de la clase de especiales propios, sea destructiva, de inutilización o de ocultación, ha de interferir, cuando menos dificultándola, en la actividad administrativa a la que concierne el cargo desempeñado por el sujeto activo. Es decir, que no podrá entenderse realizado el tipo si el comportamiento del sujeto no está revestido de esa relevancia.

Por su parte, la doctrina es coincidente en que excluir de la órbita del ámbito típico, las conductas de sustracción o destrucción de documentos sin trascendencia para el tráfico ordinario administrativo o para la función desempeñada por el empleado público, cuya custodia le estaba encomendada; y predica que la conducta es atípica cuando no hay afección a la causa pública en la contemplación de la acción típica en sí misma.

En el mismo sentido, la STS 497/2012, de 4 de junio, afirma: La infidelidad en la custodia de documentos que castiga el artículo 413 del Código Penal se dirige a "la autoridad o funcionario público que, a sabiendas, sustraer, destruir, inutilizar u ocultar, total o parcialmente, documentos cuya custodia le esté encomendada por razón de su cargo". La finalidad última a la que tiende este precepto es -como expresa la STS núm. 723/2009, de 1 de julio- proteger el documento frente a las agresiones materiales representadas por los verbos nucleares del tipo. El término «ocultar» es definido por la Real Academia de la Lengua Española, en su primera acepción, como "esconder, tapar, disfrazar o encubrir a la vista", habiendo incluido la jurisprudencia bajo esta modalidad supuestos de paralización del trámite obligado o bien de falta de entrega e, incluso, de dilación indefinida y sensible de la presencia del documento, de manera que requiera la realización de una actuación administrativa de búsqueda y localización que perturbe el funcionamiento de la administración. En este sentido, es considerado como una modalidad delictiva que debe producir alguna mutación o modificación en el mundo exterior y, por ello, la más moderna jurisprudencia lo acerca a los delitos de resultado (v.gr. STS núm. 125/2011, de 28 de febrero). Debe así exigirse que el documento haya sido ocultado, impidiendo que surta los efectos que resulten del mismo, no obstante, lo cual para su consumación no es preciso que el autor obtenga alguna finalidad o que deriven ulteriores consecuencias, ya sean de índole lucrativa o de otro género. Se trata, además, de un delito doloso, con un dolo reforzado según se desprende de la expresión típica «a sabiendas».

Se trata, pues, de la relevancia de la “ocultación” como acción delictiva que ha desplegado el recurrente, dado que al no incluir este informe en el citado expediente 8/06 de Poblado Cesa 2ª fase le está privando de la función que debe cumplir, lo está ocultando al resto de los Concejales que acudieron al pleno que no pueden examinarlo y ver los reparos suspensivos que había puesto la interventora. Y además lo está ocultando a sabiendas, pues él mismo le dijo a la interventora que no se uniera la factura de MMM al expediente de reconocimientos extrajudiciales de créditos, como así declara el Tribunal, pese al distinto parecer del recurrente construyendo un relato que pretende alterar la conducta por la que realmente el Tribunal

le condena por el delito del art. 413 CP, que no es otro por la ocultación. Además, esta ocultación se describe “a sabiendas”, por cuanto la unión al expediente permitiría detectar las anomalías en la votación al prescindir de datos técnicos relevantes que alterarían el sentido del voto de constar unido al expediente, por lo que es esta la motivación acertada de la condena. Fue correcta la argumentación del Tribunal en cuanto a que se considera que no tiene el más mínimo sentido y escapa a toda lógica que se apruebe un expediente de contratación de obra, cuando ésta ya ha sido realizada y recepcionada más de un año antes en otro expediente distinto cual es el 11/04.

DATOS SENTENCIA

Sentencia núm. 303/2018

Fecha de sentencia: 20/06/2018

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION

Número del procedimiento: 1616/2017

Ponente: Excmo. Sr. D. Alberto Jorge Barreiro.

TEMA

Concurso real de los delitos de amenazas (art. 171.4 y 5 CP) y de quebrantamiento de la prohibición de comunicación con la víctima (art. 468.2 del CP): bis in idem.

ASPECTOS EXAMINADOS

- Antes de entrar en el fondo de la cuestión suscitada se hace preciso hacer dos advertencias u observaciones previas. La primera es que no estaríamos ante la vulneración de la orden de alejamiento, como se dice en el recurso, sino ante una infracción de la prohibición de comunicarse con la víctima. Y en segundo lugar, debe quedar también claro que no se precisa una comunicación directa del acusado con la denunciante para que se infrinja la orden de incomunicación, ya que ésta puede también vulnerarse valiéndose de medios indirectos que operen como instrumentos de la comunicación, como pudiera ser en este caso una amiga de la víctima llamada Mar Morales, que declaró en el juicio que recibió el Whatsapp con las amenazas hacia la denunciante y su nuevo compañero, recogándose en el factum de la sentencia que esa conducta se realizó con el fin de que la amenaza llegara a conocimiento de la víctima.

En la sentencia recurrida se argumenta en el fundamento tercero de forma específica sobre la existencia del dolo en la conducta del acusado, incidiendo el Tribunal en que concurre el elemento subjetivo del tipo penal del art. 468.2 del C. Penal (quebrantamiento de medida cautelar de prohibición de comunicar con la víctima), desvirtuando así la alegación de la defensa sobre la inexistencia del dolo propio del referido delito contra la administración de justicia.

Sin embargo, y pese a la concurrencia del elemento subjetivo del tipo penal, la Sala de instancia arguye que no procede la aplicación del concurso de los tipos penales de los arts. 171.4 y 5 y del 468.2 del texto punitivo por las razones que ya ha expuesto, sin que se concreten en la sentencia cuáles son las razones jurídicas de fondo que impiden la aplicación de ambos tipos penales de forma conjunta, dándolas prácticamente por explicadas cuando realmente no es así.

Pues bien, la razón de que no procede aplicar en este caso el tipo penal del art. 468.2 es que al acusado ya se le está castigando por el subtipo agravado del art. 171.5, último párrafo del C. Penal, precepto que establece lo siguiente: «Se impondrán las penas previstas en los apartados 4 y 5, en su mitad superior cuando el delito se perpetre en presencia de menores, o tenga lugar en el domicilio común o en el domicilio de la víctima, o se realice quebrantando una pena de las contempladas en el artículo 48 de este Código o una medida cautelar o de seguridad de la misma naturaleza».

Por lo tanto, en el caso de que se aplicaran conjuntamente el subtipo agravado y el art. 468.2 del C. Penal, se incurriría en una vulneración del principio del non bis in idem (principio de legalidad, artículos 9.3 y 25.1 CE), en relación con el principio de proporcionalidad y prohibición del exceso punitivo derivado del valor justicia al que se refiere el artículo 1.1 CE, al valorarse doblemente la misma circunstancia: el quebrantamiento de la orden de incomunicación, que operaría así como subtipo agravado y como tipo penal autónomo (art. 468.2 del CP).

A este respecto, la jurisprudencia de esta Sala (SSTS 806/2007, de 18 octubre, y 262/2017, de 7 abril, con cita STC. 334/2005, de 20 diciembre), tiene establecido que el núcleo esencial de la garantía material del non bis in idem reside en impedir el exceso punitivo en cuanto sanción no prevista legalmente. Pues, conforme al Pleno no Jurisdiccional de 19-5-2003, esta Sala tiene declarado que el principio "non bis in idem" se configura como un derecho fundamental, integrado en el principio de legalidad en materia penal y sancionadora del art. 25-1 CE, que en su vertiente material impide sancionar en más de una ocasión el mismo hecho y con el mismo fundamento (STC 2/2003, de 16-1), y que en una de sus conocidas manifestaciones supone que no recaiga duplicidad de sanciones en los casos en que se aprecia identidad de sujeto, hechos y fundamento. La

garantía material de no ser sometido a un bis in idem sancionador tiene como finalidad evitar una reacción punitiva desproporcionada, en cuanto dicho exceso punitivo hace quebrar la garantía del ciudadano de previsibilidad de las sanciones, pues la suma de la pluralidad de sanciones crea una sanción ajena al juicio de proporcionalidad realizado por legislador y materializa la imposición de una sanción no prevista legalmente (SSTC 180/2004, de 7-11; 188/2005, de 4-7; 334/2005, de 20-2; y 48/2007, de 12-3).

Por tanto, el concurso de normas ha de resolverse en este caso por la vía de la especialidad prevista en el artículo 8.1.1 º del CP, a favor del subtipo agravado de amenazas (art. 171. 4 y 5 CP), subtipo especial que resulta preferente al más genérico del art. 468.2 del mismo texto legal, dada la prioridad con que suelen aplicarse generalmente los subtipos agravados sobre los genéricos.

Se desestima así la pretensión de la parte recurrente y se confirma la exclusión del concurso real de delitos que se postula.

DATOS SENTENCIA

Sentencia núm. 308/2018

Fecha de sentencia: 21/06/2018

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION

Número del procedimiento: 1313/2017

Ponente: Excmo. Sr. D. Andrés Martínez Arrieta.

TEMA

Juicio oral: principio de concentración. Art. 788 LECrim.

ASPECTOS EXAMINADOS

- El recurrente se limita a invocar el incumplimiento del plazo previsto en el artículo 788 de la Ley procesal penal que señala el de 30 días como plazo de suspensión y lo hace teniendo en cuenta las necesidades de la causa, las circunstancias concurrentes y la agenda de señalamientos. Esta previsión está fundada en la necesidad de señalar un límite razonable que permita conservar la validez de lo actuado en el caso de suspensiones de juicio de manera que cuando el mismo se reanuda no se vea lesionada la observancia del principio de concentración. En el caso, se produjo una doble suspensión, la primera propiciada por la propia defensa del recurrente, y la segunda una vez constatada la ausencia de estos testigos del territorio nacional, para asegurar su presencia. El recurrente, en ningún caso fundamenta la indefensión que la suspensión le ha provocado, limitándose a constatar el plazo de suspensión. Como hemos expuesto la doble suspensión fue precisa para asegurar el testimonio, pertinente y necesario, de los vecinos de la perjudicada. Durante el plazo de suspensión se procuró esa comparecencia, primero a través del acusado y la víctima, y luego por la citación a los testigos.
- El plazo de 30 días que señala el artículo 788 de la Ley procesal es un plazo que sólo rige para el proceso abreviado, no para enjuiciamiento ordinario, que tiene previstas una competencia de enjuiciamiento de delitos más graves por la consecuencia jurídica que las del proceso abreviado. Lo que la ley pretende es que se observe el principio de concentración de manera que la prueba, que ha de ser valorada en forma conjunta y racionalmente, se desarrolle en un espacio temporal cercano. En el caso, se ha procurado que esa cercanía del enjuiciamiento y el juicio se ha desarrollado tan pronto ha sido posible documentándose las declaraciones y valorándose por el tribunal en los términos que refleja la fundamentación de la sentencia sin lesión alguna el principio de concentración que, como hemos señalado, en ningún momento ha sido puesto manifiesto por el recurrente.
- La irregularidad en la inobservancia del plazo no se traduce en la causación de indefensión del recurrente que no la expresa y que él mismo contribuye al solicitar la suspensión para asegurar la comparecencia de los testigos.

DATOS SENTENCIA

Sentencia núm. 311/2018

Fecha de sentencia: 27/06/2018

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION

Número del procedimiento: 1801/2017

Fecha de Votación y Fallo: 09/05/2018

Ponente: Excmo. Sr. D. Manuel Marchena Gómez.

TEMA

Prueba ilícita: aportación por particular de una grabación obtenida después de que agentes de la Guardia Civil proporcionaran, sin autorización judicial, los medios técnicos necesarios para ello. Delito provocado.

ASPECTOS EXAMINADOS

- Prueba ilícita: aportación por particular de una grabación obtenida después de que agentes de la Guardia Civil proporcionaran, sin autorización judicial, los medios técnicos necesarios para ello. Del actual estado de la jurisprudencia pueden obtenerse algunos enunciados generales. El primero, que la nulidad que afecta a la generación de actos probatorios adquiere un sentido especial –aunque no el único– cuando se trata de actos generados en el mismo proceso. Aunque no sin matices, puede afirmarse que la nulidad que proclama el art. 11 de la LOPJ es la nulidad de actos procesales y, como tales, producidos en el proceso, consecuencia de una actividad procesal desplegada por los poderes públicos que asumen las tareas de investigación o enjuiciamiento de los delitos o por las partes que intervienen en el mismo. En segundo lugar, que la prueba obtenida por un particular que, en el momento de tomar contacto con la fuente probatoria, no está actuando de forma tendencialmente preordenada, en la búsqueda de su aportación al proceso, requiere un tratamiento singularizado que impide su incondicional asimilación a las categorías generales. Sólo el examen del caso concreto, con una detenida ponderación de todos los elementos concurrentes en la generación y aportación de pruebas, podrá ofrecer las claves para la solución de la reivindicada nulidad probatoria. En tercer lugar, ha de quedar fuera de toda duda que en aquellas ocasiones en las que el Estado se vale de un particular para sortear las limitaciones constitucionales al ejercicio del ius puniendi, la nulidad probatoria resultará obligada. De lo contrario, se corre el riesgo de tolerar con indiferencia el menoscabo de derechos del máximo rango axiológico y que confieren legitimidad al ejercicio de la función jurisdiccional. El principio de contradicción y los derechos de defensa y a no declararse culpable van más allá de un enunciado constitucional puramente formal. No son ajenos a una genuina dimensión ética, que pone límites a la capacidad de los poderes públicos para restringir derechos fundamentales y que, precisamente por su vigencia, han de operar un efecto disuasorio y excluyente frente a la tentación del Estado de eludir las garantías constitucionales, y de hacerlo al amparo de la actuación de cualquier persona que se sienta particularmente concernida en la investigación del delito.

En el presente caso, no estamos en presencia de una grabación entre particulares, como pretenden argumentar el Fiscal y el Ayuntamiento de Madrid. Esa conversación no puede quedar amparada por la jurisprudencia que en sus respectivos escritos de formalización reflejan los recurrentes. No se trata de dos interlocutores que intercambian opiniones mientras que uno de ellos procede a la grabación de lo que ambos expresan. En el presente caso, los agentes de la Guardia Civil llamados a la investigación de los hechos que reputaban delictivos eran conocedores de que la citación en dependencias gubernativas de Antonio toparía con las garantías que asisten a todo ciudadano llamado a comparecer en unas diligencias penales. Sabían que tendrían que advertir al investigado de su derecho a guardar silencio, a no confesarse culpable y, por supuesto, a designar un abogado que le asistiera durante la declaración. Es más que probable que estas garantías, verdadera conquista del constitucionalismo democrático, fueran percibidas por los agentes como un obstáculo para la celeridad de las investigaciones, como una rémora para el rápido y pronto descubrimiento de lo que el denunciante les había transmitido con anterioridad y que, de confirmarse, propiciarían la investigación de graves delitos. Y es precisamente por ello por lo que decidieron desbordar los límites impuestos por nuestro sistema constitucional y recurrir a un "colaborador" que se prestó a utilizar los instrumentos de grabación que le proporcionaba la Guardia Civil para, de esa forma, ofrecer al Juez de instrucción la información precisa para la incoación de un proceso penal declarado inmediatamente secreto y en el que se adoptaron medidas de investigación de un altísimo nivel de injerencia en los derechos fundamentales de los investigados. La no incorporación a la causa penal de esas grabaciones y, lo que es más importante, la ocultación al Juez instructor de la identidad de los agentes que idearon el atajo para eludir las garantías constitucionales, no hacen sino reforzar la conclusión alcanzada por la Audiencia.

DATOS SENTENCIA

Sentencia núm. 317/2018

Fecha de sentencia: 28/06/2018

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION

Número del procedimiento: 1579/2017

Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio del Moral García.

TEMA

Falsedad. Por funcionario público. Recurso de Casación. Revisión jurídica de sentencia absolutoria: no necesaria audiencia personal del acusado.

ASPECTOS EXAMINADOS

- Por infracción del artículo 390.1.3. CP. El acusado redactó de su puño y letra dos denuncias frente al recurrente, haciendo constar la intervención de otros cuatro agentes con sus respectivos números de identificación. Ninguno de ellos firmó el documento de denuncia. Se hacía constar inverazmente su participación en una denuncia en la que no intervinieron.
- En este otro plano el alcance de la revisión casacional tiene otros contornos distintos a los señalados cuando nos movemos en el ámbito del error facti. La revisión puramente jurídica de una sentencia absolutoria para sustituirla por un pronunciamiento condenatorio, sin afectar en nada de signo agravatorio al relato fáctico de la sentencia de instancia, es legítima y conforme con esa reiterada doctrina. Ni la revisión en beneficio del reo ni la fiscalización, aunque sea contra reo, de la subsunción jurídico penal están vedadas. La STC 205/2013, de 5 de diciembre desarrolla estas ideas cumplidamente: No deviene indispensable una audiencia personal del acusado en los casos de debate estrictamente jurídico: "la exigencia de la garantía de la audiencia del acusado en fase de recurso depende de las características del proceso en su conjunto. Más concretamente, en la STEDH de 27 de junio de 2000, caso Constantinescu c. Rumanía, § 53, se destaca que cuando se celebra una audiencia pública en la primera instancia, la omisión del debate en apelación puede estar justificada por las particularidades del procedimiento, teniendo en cuenta la naturaleza del sistema de apelación, la índole de las cuestiones que han de resolverse, el alcance que la decisión del recurso puede tener y la medida en que los intereses del afectado han sido realmente satisfechos y protegidos. En este sentido, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha declarado también que cuando el Tribunal de apelación ha de conocer de cuestiones de hecho y de derecho, estudiando en general la cuestión de la culpabilidad o la inocencia, no puede, por motivos de equidad en el proceso, resolver sin la apreciación directa del testimonio del acusado que sostiene que no ha cometido el hecho delictivo que se le imputa (entre otras, SSTEDH de 27 de junio de 2000, caso Constantinescu c. Rumanía, § 55; 1 de diciembre de 2005, caso Iliescu y Chiforec c. Rumanía, § 39; 18 de octubre de 2006, caso Hermi c. Italia, § 64; 10 de marzo de 2009, caso Igual Coll c. España, § 27), resaltando, además, que tras revocar la absolución dictada en la primera instancia, el pronunciamiento condenatorio requiere que el acusado haya tenido la posibilidad de declarar en defensa de su causa ante el órgano judicial que conoce del recurso, especialmente si se tiene en cuenta el hecho de que éste es el primero en condenarle en el marco de un proceso en el que se decide sobre una acusación en materia penal dirigida contra él (STEDH de 27 de junio de 2000, caso Constantinescu c. Rumanía, §§ 58 y 59)." (STC 45/2011, de 11 de abril, FJ 3). Estas directrices interpretativas encuentran respaldo, entre otras, en la STEDH de 22 de octubre de 2013 -caso Naranjo Acevedo c. España-. Cuando el Tribunal Supremo en vía de recurso se pronuncia "sobre la definición jurídica del delito con carácter general" analizando el alcance de aspectos puramente jurídicos, "sin que los hechos probados en primera instancia, hayan sido modificados", no se requiere audiencia específica.

Son inmunes por tanto a esa doctrina las condenas dictadas ex novo en fase de recurso que respetan íntegramente la resultancia fáctica (tanto en su vertiente objetiva como en la subjetiva) pero llegan a conclusiones contrapuestas sobre la subsunción jurídico-penal. A eso nos vamos a limitar aquí al estimar el recurso en este punto. Para nada hay que modificar el hecho probado.

- El factum -inatacable- de la sentencia de instancia señala, en síntesis, lo siguiente: i) el acusado, en su condición de guardia civil, denunció por dos veces al recurrente por conducir un vehículo, al entender que no estaba en condiciones para ello, pues llevaba muletas para caminar; ii) la primera vez, fue el día 2-4-2009 a las 17.45 horas y la segunda, el 8-4-2009 a las 20.30 horas, en ambas ocasiones, a las puertas del cuartel de Ciempozuelos de la Guardia Civil; iii) en el primer boletín de denuncia, el acusado hizo figurar como denunciante al GC W 64058 J y como agente testigo, el que responde al número de identificación N 93270 X; y, en el segundo, como denunciante el número N 15862 N y como agente testigo el U 12862 Q. Ninguno de esos agentes presenció los hechos ni participó en la denuncia. Fue él únicamente quien redactó las denuncias. La sentencia de instancia consideró que estos hechos no eran constitutivos de delito de falsedad, conforme al razonamiento que se consigna y que va adornado con abundantes y atinadas referencias jurisprudenciales:

«En razón de lo expuesto, el proceder del acusado, aun reprochable, no afectó a la función que los documentos están llamados a desempeñar en la vida jurídica, pues el boletín de denuncia seguía siendo denuncia, aunque los firmantes que aparecían en él, fueran realmente o no testigos de los hechos contenidos en la misma, porque el acusado tenía competencia para denunciar y que estamparan su firma en el boletín uno, dos o tres guardias civiles no afecta en sí, a la persona denunciada. La denuncia, toda denuncia, es sólo eso, y la eventual sanción, imponible en un procedimiento con todas las garantías, puede ser recurrida, no sólo combatiendo el "fondo" sino incluso alegando defectos de forma, de cualquier tipo. Por tales razones, entendemos que se produjo una alteración sobre

elementos no esenciales del documento, que no se afectó a sus funciones en el tráfico jurídico y, por tanto, que la mendacidad recogida no tiene trascendencia bastante para reputarse delito pues ni siquiera afectó al presunto perjudicado, que no se ha visto impedido de instar su revisión ni tampoco, como se acredita en este procedimiento, de reclamarle responsabilidades».

No se comparten tales afirmaciones, aunque se entiende que están alentadas por la menor antijuridicidad que comporta la desfiguración de esos datos, menos esenciales, pero en ningún caso banales. El razonamiento de la Sala a quo pivota sobre la (pretendida) ausencia de efectos perjudiciales para el denunciado (acusador particular) a causa de las denuncias extendidas del modo en que se hicieron: si no hay perjuicio para él, no hay falsedad. Este razonamiento ensombrece el bien jurídico protegido en el delito de falsedad, cuáles son las condiciones de un documento y cuáles son las funciones propias del mismo.

El perjuicio personal o patrimonial no es elemento típico del delito de falsedad en documento público. A lo sumo, será una finalidad mediata o indirecta del castigo de tales conductas. Se protege la buena fe y la seguridad del tráfico jurídico, evitando que accedan a la vida jurídica, civil, mercantil o administrativa, elementos probatorios falsos que puedan menoscabar la confianza colectiva en el carácter genuino de documentos que por su génesis y personas que los avalan deberían corresponderse con la realidad que acreditan (cfr., entre otras STS 645/2017, de 2 de octubre). Lo que se daña con este delito –ha proclamado esta Sala– es la confianza que la sociedad tiene depositada en el valor de los documentos, como reflejo verdadero de lo que contienen, expresan o prueban.

Por otra parte (por todas, STS 331/2013, de 25 de abril), un documento es «verdadero» en términos generales cuando su contenido concuerda con la realidad que materializa; y es «genuino» cuando procede íntegramente de la persona que figura como su autor.

Una copiosa jurisprudencia de esta Sala señala que los documentos cumplen las funciones de: i) perpetuación, al reflejar una manifestación de voluntad o conocimiento de alguna persona; ii) probatoria de que aquella declaración recogida en el documento ha sido efectuada, no así de su veracidad; y iii) garantía, respecto a la identidad del autor o autores de la declaración recogida. El hecho objetivo de hacer constar en sendos boletines de denuncia (documento oficial o público) que determinadas personas actúan como denunciantes y testigos de un hecho cuando no lo son, supone emitir un documento con valor probatorio en cuanto a algunos de sus extremos (no en cuanto a lo que narra, pero sí respecto de quien interviene) que no es genuino (se señala como autor del mismo a quien no lo es). Ello afecta a funciones esenciales del documento: la manifestación de conocimiento se atribuye a otras personas (perpetuación) y la identidad de sus autores no se corresponde con la realidad (garantía). En definitiva, tal documento no es un reflejo cierto de lo que contiene, expresa o pretende probar. Quizá la solución ofrecida por la Audiencia provenga de una disculpable, o incluso consciente, confusión propiciada por el deseo de mitigar las consecuencias penales de un hecho falsario cuyo objetivo final no se alcanza a comprender. Se mezclan «hecho» denunciado y «acto» de denunciar. Si los boletines reflejan una conducción no permitida que realmente se produjo (lo que no se pone en duda) entonces tales documentos no son falsos. El silogismo no es correcto. Hay que distinguir entre el «hecho» de la conducción de un vehículo en condiciones no permitidas –que es un acontecimiento verdadero, en cuanto realmente acaeció– y el «acto» de interponer denuncia administrativa. Es en tal acto de denunciar donde se sitúa el elemento falsario: suponer que en él intervienen como denunciante y testigo agentes que realmente no participaron como tales. Esto es, la conducta no será incardinable en el art. 390.1.4º CP, pero sí en el art. 390.1.3 CP. ECC

DATOS SENTENCIA

Sentencia núm. 322/2018

Fecha de sentencia: 29/06/2018

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION (P)

Número del procedimiento: 10112/2018 P

Ponente: Excmo. Sr. D. Alberto Jorge Barreiro.

TEMA

Cumplimiento de condena: existencia de Convenio entre el Reino de España y la República de Venezuela sobre ejecución de sentencias penales.

ASPECTOS EXAMINADOS

- Cumplimiento de condena en España por un español que ha sido condenado en Venezuela, país con el que existe un Convenio entre el Reino de España y la República de Venezuela sobre ejecución de sentencias penales, firmado en Caracas el 17 de

octubre de 1994. En su art. 9.2 dispone que «En ningún caso puede modificarse, por su naturaleza o por su duración, la pena o medida de seguridad privativa de libertad pronunciada por el Estado trasladante».

- La Sala de instancia, en virtud de ese Convenio, considera que no procede adaptar la pena impuesta en Venezuela, a pesar de ser algo superior al doble de la que correspondería con arreglo a la legislación española, si bien dispone que propondrá un indulto parcial al país de procedencia con arreglo a lo que prevé el art. 30 del Convenio.

DATOS SENTENCIA

Sentencia núm. 323/2018

Fecha de sentencia: 02/07/2018

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION

Número del procedimiento: 1421/2017

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

TEMA

Responsabilidad civil subsidiaria de las entidades bancarias que concedieron el préstamo para la adquisición de "participaciones" para aprovechamiento turístico o disfrute temporal de un apartamento en base al art. 120.3 C.P. No concurre.

ASPECTOS EXAMINADOS

- Dicha norma, el artículo 120 CP, dedicada a establecer quienes son también responsables civilmente, en defecto de los que lo sean criminalmente, en su número tercero designa a las personas naturales o jurídicas, en los casos de delitos cometidos en los establecimientos de los que sean titulares, cuando por parte de los que los dirijan o administren, o de sus dependientes o empleados, se hayan infringido los reglamentos de policía o las disposiciones de la autoridad que estén relacionados con el hecho punible cometido, de modo que éste no se hubiera producido sin dicha infracción.

El recurso de casación cuando se articula por la vía del art. 849.1 LECr ha de partir de las precisiones fácticas que haya establecido el Tribunal de instancia, por no constituir una apelación ni una revisión de la prueba. Se trata de un recurso de carácter sustantivo penal cuyo objeto exclusivo es el enfoque jurídico que, a unos hechos dados, ya inalterables, se pretende aplicar, en discordancia con el Tribunal sentenciador. La técnica de la casación penal exige que en los recursos de esta naturaleza se guarde el más absoluto respeto a los hechos que se declaren probados en la sentencia recurrida, ya que el ámbito propio de este recurso queda limitado al control de la juridicidad, o sea, que lo único que en él se puede discutir es si la subsunción que de los hechos hubiese hecho el Tribunal de instancia en el precepto penal de derecho sustantivo aplicado es o no correcta jurídicamente, de modo que la tesis del recurrente no puede salirse del contenido del hecho probado.

La sentencia de esta Sala Segunda 168/2017, de 15 de marzo, con abundante cita de otras anteriores, en glosa al art. 120.3 CP, enseña:

Los requisitos legales que son necesarios para el nacimiento de dicha responsabilidad civil, son los siguientes:

- a) que se haya cometido un delito o falta;
- b) que tal delito o falta haya ocurrido en un determinado lugar, un establecimiento dirigido por persona o empresa contra la cual se va a declarar esta responsabilidad, esto es, el sujeto pasivo de dicha pretensión;
- c) que tal persona o empresa o alguno de sus dependientes, haya realizado alguna "infracción de los reglamentos de policía o alguna disposición de la autoridad", debiendo entenderse estos reglamentos como normas de actuación profesional en el ramo de que se trate abarcando cualquier violación de un deber impuesto por ley o por cualquier norma positiva de rango inferior, incluso el deber objetivo de cuidado que afecta a toda actividad para no causar daños a terceros);
- d) que dicha infracción sea imputable no solamente a quienes dirijan o administren el establecimiento, sino a sus dependientes o empleados. No es necesario precisar qué persona física fue la infractora de aquél deber legal o reglamento. Basta con determinar que existió la infracción y que ésta se puede imputar al titular de la empresa o cualquiera de sus dependientes, aunque por las circunstancias del hecho o por dificultades de prueba, no sea posible su concreción individual;
- e) que tal infracción esté relacionada con el delito o falta cuya comisión acarrea la responsabilidad civil examinada, es decir, que, de alguna manera, tal infracción penal haya sido propiciada por la mencionada infracción reglamentaria (...nexo de causalidad, operativo, eficaz y eficiente).

- Consecuentemente esta modalidad de responsabilidad civil subsidiaria se justifica por dos notas: una positiva y otra negativa: a) El escenario -en sentido amplio- donde se comete el hecho delictivo, y b) Como nota negativa la ausencia de cualquier vínculo laboral administrativo entre el agente del hecho delictivo y el responsable civil subsidiario -en otro caso estaríamos ante el supuesto del art. 120.4 de donde la jurisprudencia invocada en este ordinal no resulta de proyección a autos-, esto es, no ha de guardar el titular del establecimiento ninguna relación con el autor del delito para que se pueda declarar su responsabilidad civil, si se debe detentar con quien se haya infringido uno de los reglamentos de policía o disposiciones de autoridad, tratándose de una responsabilidad locativa: la conexión con el delito se circunscribe a que el responsable civil subsidiario es el titular del lugar en el que se cometió.

En cuanto a la “infracción de reglamentos”, la doctrina entiende que la infracción de los reglamentos ha de tener una relación simplemente adecuada, de manera que el resultado se vea propiciado por ella. Sobre la base de la infracción causal primera del responsable subsidiario, se incrusta o interfiere una intervención delictiva dolosa o imprudente de un tercero -autor material del hecho-. Con acierto se apunta que esta relación de ocasionalidad necesaria entre infracción y hecho punible no equivale, al menos en todo caso, a relación de causalidad entre infracción y daño, no hay que olvidar que en el supuesto contemplado por el art. 120.3, el proceso causal que media entre ambos elementos se ve interferido por un factor de singular trascendencia, como es la comisión de un hecho delictivo por parte de un tercero, es decir, un sujeto distinto del propio titular y ajeno, por hipótesis, al círculo de personas de cuya actuación ha de responder aquél. En todo caso ha de constatarse una conexión causal -más o menos directa- entre la actuación del titular o de sus dependientes y el resultado dañoso cuyo resarcimiento se postula. Ante la inexistencia o insuficiencia de las medidas de prevención adoptadas entre ellas, básicamente el despliegue de los deberes de vigilancia y de control exigibles, podrán acordarse las resoluciones oportunas para llegar a la efectivación de la responsabilidad civil subsidiaria. Aquella inhibición o descuido genera un riesgo que es base y sustento de la responsabilidad (SSTS. 963/2010 de 21 de octubre, 768/2009, de 16 de julio)

Además, concluye la inicial resolución citada, STS 168/2017, cuya compilación jurisprudencial seguimos, que la tendencia de la jurisprudencia de esta Sala ha sido objetivar en la medida de lo posible la responsabilidad civil subsidiaria de tales titulares de los establecimientos en donde se cometan los delitos o faltas, marcando dos ejes en su interpretación: el lugar de comisión de las infracciones penales (en tanto su control es mayor por producirse precisamente tales ilícitos en espacios físicos de su titularidad dominical) y la infracción de normas o disposiciones de autoridad que están relacionados causalmente con su misma condición (SSTS 140/2004 de 9 de febrero, 51/2008 de 6 de febrero), y por lo demás continúan vigentes los tradicionales criterios empleados por esta Sala Casacional en materia de responsabilidad civil subsidiaria, que se fundamentan en la “culpa in eligendo” y en la “culpa in vigilando”, como ejes sustanciales de dicha responsabilidad civil. No nos movemos, pues, en este ámbito en puro derecho penal, sino precisamente en derecho civil resarcitorio de la infracción penal cometida, como acción distinta, aunque acumulada, al proceso penal por razones de utilidad y economía procesal, con finalidad de satisfacer los legítimos derechos (civiles) de las víctimas, de modo que como precisa la STS. 1192/2006 de 28 de noviembre, las acciones civiles no pierden su naturaleza propia por el hecho de ejercitarse ante la jurisdicción penal, por lo que es evidente que en la interpretación y aplicación de las correspondientes normas jurídicas está permitida la aplicación del principio de analogía (vd. art. 4.1 CC), que, lógicamente, está vedado cuando de normas penales se trata (vd. art. 4.2 CC). De modo que la infracción reglamentaria debe ser enjuiciada con criterios civiles, y no propiamente extraídos de la dogmática penal estrictamente, por más que su regulación se aloje de ordinario en los códigos penales.

Desde la obligada intangibilidad de los hechos declarados probados, donde no se cumplimentan los requisitos descritos, ni se relatan las infracciones mercantiles invocadas, debemos concluir inexorablemente el decaimiento del motivo.

DATOS SENTENCIA

Sentencia núm. 330/2018

Fecha de sentencia: 04/07/2018

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION (P)

Número del procedimiento: 10086/2018 P

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

TEMA

Delitos terrorismo aplicación del art. 579 bis CP introducido por reforma LO 2/2013. Naturaleza jurídica. Doctrina de la Sala.

ASPECTOS EXAMINADOS

- El motivo único por infracción de Ley al haberse inaplicado de forma indebida el actual art. 579 bis, apartado 4 CP, cuyo contenido posibilita imponer motivadamente la pena inferior en uno o dos grados a la señalada cuando el hecho era objetivamente de menor gravedad, atendiendo a los medios empleados o al resultado producido.

En apoyo de su recurso destaca que el recurrente carece de antecedentes penales, su conducta se limitó a una puntual acción delictiva, no se generó ningún tipo de resultado y la acción se redujo a la inspección de los artefactos no habiéndosele imputado que participase en la elaboración, transporte o en su futura colocación.

Siguiendo nuestra sentencia 927/2016 de 17 enero 2017: "esta posibilidad de atenuación, puede ser calificada, desde la perspectiva de su naturaleza, como subtipo atenuado (STS 716/2015, de 19 de noviembre) o como cláusula de individualización de la pena (STS 554/16, de 23 de junio), lo que en cualquier caso nos conduce a una solución idéntica, al tratarse de una previsión normativa que amplía, en el tramo mínimo, el ámbito de la penalidad por la apreciación de los presupuestos de menor gravedad en la acción o en el resultado, en atención a la necesidad de respetar el principio constitucional de proporcionalidad; lo que ya fue puesto de relieve por el Tribunal Constitucional en su STC Pleno 136/1999, de 20 de julio de 1999, referida al Caso "Mesa Nacional de Herri Batasuna", al realizó una reflexión sobre la proporcionalidad referida específicamente a los supuestos de colaboración con banda armada, pero razonablemente extensible a las condenas por delito de participación o integración en organización o grupo terrorista. Decía el Tribunal Constitucional: «en términos generales, puede afirmarse que nos encontramos ante una constante en lo que al derecho comparado se refiere en materia de legislación antiterrorista, es decir, la previsión de un tipo muy poco específico de colaboración o apoyo a grupos terroristas, condicionado por la necesidad de no dejar fuera, dentro de lo posible, ninguna forma o variedad de respaldo individual o social al fenómeno terrorista. Este coste inevitable en lo que a la determinación de la conducta típica se refiere, sin embargo, sólo resulta constitucionalmente admisible en la medida en que la mencionada apertura del tipo se vea acompañada de la consiguiente ampliación, por así decir, del marco punitivo, que haga a su vez posible la puesta a disposición del Juez de los resortes legales necesarios a la hora de determinar y adecuar la pena correspondiente en concreto a cada forma de manifestación de estas conductas de colaboración con los grupos terroristas. De otro modo, y tal como pone también de manifiesto la legislación comparada, el aplicador del derecho se situaría ante la disyuntiva ya sea de incurrir en evidente desproporción, ya sea de dejar impunes conductas particularmente reprochables».

De este modo, en nuestra STS 716/2015, de 19 de noviembre, señalábamos que el legislador, dada la variedad de casos y de singularidades delictivas que pueden darse en la práctica, ha estimado pertinente implantar esta posibilidad de atenuación punitiva para adecuar en la medida de la posible la magnitud de la pena a las circunstancias que se dan en el caso concreto, operando al efecto con el principio de proporcionalidad. El criterio ponderativo de que se vale la norma es el del injusto del hecho, que habrá de fijarse atendiendo al desvalor de la acción ("medio empleado") y al desvalor del resultado ("resultado producido"). En definitiva, nos encontramos ante una manifestación del principio constitucional de proporcionalidad, que debe ser valorada retroactivamente, atendiendo al desvalor de la acción y al desvalor del resultado.

En segundo lugar, como se establece expresamente en el texto de la norma, y se ha acordado en el Pleno no Jurisdiccional siguiendo nuestros propios precedentes, esta atenuación es aplicable a todos los delitos previstos en el Capítulo VII referido a organizaciones y grupos terroristas y a los delitos de terrorismo, incluyendo, por tanto, los delitos de colaboración con las actividades de una organización terrorista, del actual artículo 577.1 del Código Penal (576 del Código Penal, en su redacción anterior a la LO 2/2015), o los de mera tenencia de explosivos con finalidad terrorista del artículo 574 del Código Penal (art. 573 en su redacción previa a la LO 2/2015).

Así lo ha entendido la STS 546/2016, de 21 de junio, señalando que «El artículo 579 bis. 4 del Código Penal, incorporado por la reforma operada en ese cuerpo legal por la LO 2/2015, dispone que los jueces y tribunales, motivadamente, atendiendo a las circunstancias concretas, podrán imponer también la pena inferior en uno o dos grados a la señalada en este Capítulo para el delito de que se trate, cuando el hecho sea objetivamente de menor gravedad, atendidos el medio empleado o el resultado producido».

La literalidad del precepto, en tanto que se refiere a las penas señaladas en el Capítulo, permite entender que la previsión de reducción de la pena comprende tanto a los delitos tipificados en la Sección primera como a los que aparecen en la Sección segunda. Al mismo tiempo, configurando una decisión potestativa del Tribunal adoptada en consideración a una objetiva menor gravedad, impone atender a tres aspectos: las circunstancias concretas, los medios empleados y el resultado producido.

Sería posible entender que la alusión a los medios y al resultado restringen la posibilidad de aplicación a los delitos en los que tanto unos como el otro concurren y sean o puedan ser relevantes. De esta forma, quedarían excluidos los delitos de la Sección 1.ª, relativos solamente a la integración en organización terrorista. Sin embargo, tanto la referencia expresa a las penas señaladas en el Capítulo, como la referencia genérica a las circunstancias concretas, permiten interpretar que la norma comprende todos los supuestos contemplados en el Capítulo, sin excepcionar los delitos de integración en organización terrorista».

Por otra parte, como señala la STS 554/16, de 23 de junio, la posibilidad de atenuación por la menor gravedad no debe verse limitada por la expresión de los dos parámetros de la reducción penológica, los medios empleados y los resultados producidos, pues una interpretación literal del precepto haría que no fuera de aplicación a los tipos penales de mera actividad, que no producen un resultado como alteración de una realidad preexistente. En este sentido el término “medios empleados” ha de ser entendido como “modos de acción”.

DATOS SENTENCIA

Sentencia núm. 333/2018

Fecha de sentencia: 04/07/2018

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION (P)

Número del procedimiento: 10709/2017 P

Ponente: Excm. Sra. D.ª Ana María Ferrer García.

TEMA

Agresión y abuso sexual en el contexto laboral. Responsabilidad Civil Subsidiaria de la empresa empleador del acusado.

ASPECTOS EXAMINADOS

- Las dos notas que vertebran la responsabilidad civil subsidiaria son: a) Que exista una relación de dependencia entre el autor del delito y el principal, sea persona física o jurídica, para quien trabaja; y b) que el autor actúe dentro de las funciones de su cargo, aunque extralimitándose de ellas.

La jurisprudencia de esta Sala ha experimentado una evolución que progresivamente ha ensanchado este tipo de responsabilidad y postulado la interpretación de estos parámetros de imputación con amplitud, no solo según los criterios de la culpa in eligendo y la culpa in vigilando, sino también, y muy especialmente, conforme a la teoría de la creación del riesgo, de manera que quien se beneficia de actividades que de alguna forma puedan generar un riesgo para terceros debe soportar las eventuales consecuencias negativas de orden civil respecto de esos terceros cuando perjudicados (entre otras muchas SSTS 1491/2000 de 2 de octubre 948/2005 de 19 de julio, o más recientemente 348/2014 de 1 de abril 413/2015 de 30 de junio o 865/2015 de 14 de enero de 2016).

De otra parte, y en lo que atañe al capítulo probatorio, también es doctrina consolidada de esta Sala que son ajenos a la determinación de la responsabilidad civil y no limitan por tanto su flexibilización los principios de presunción de inocencia y del in dubio pro reo, por ser estos propios de la aplicación de normas sancionadoras (SSTS 51/2008 de 6 de febrero; 213/2013 de 14 de marzo; 348/2014 de 1 de abril; y 532/2014 de 28 de mayo ó 778/2015 de 3 de noviembre).

Según describe el relato de hechos probados de la sentencia recurrida, el acusado prestaba sus servicios en la entidad PPP y, luego, desde el 23-3-2012, en la mercantil SSS por subrogación, con el cargo de Jefe de Equipo en el edificio XXX. Y en ese contexto laboral, se aprovechó de su superioridad jerárquica y funcional sobre la víctima, quien trabajaba como vigilante de seguridad. No cabe duda aquel se extralimitó en el desempeño de sus funciones. Sin embargo, sobre este punto la doctrina de esta Sala ha mantenido de manera reiterada y constante que lo determinante es que el delito que genera la responsabilidad se halle inscrito dentro del ejercicio normal o anormal de las funciones encomendadas en el seno de la actividad, cometido o tareas confiadas al infractor, perteneciendo a su esfera o ámbito de sus actuaciones, admitiéndose las extralimitaciones en el servicio, pues difícilmente se generaría la responsabilidad civil cuando el dependiente cumple escrupulosamente sus tareas, siempre que no exceda el ámbito o esfera de actuación que constituye su relación con el responsable civil subsidiario (SSTS 343/2014 de 30 de abril 532/2014 de 28 de mayo, 413/2015 de 30 de junio 865/2015 de 14 de enero de 2016 entre las más recientes). Es decir, concurren todos los requisitos que justifican la responsabilidad civil de las recurrentes, por lo que el motivo se desestima y, con él, la totalidad del recurso.

DATOS SENTENCIA

Sentencia núm. 334/2018

Fecha de sentencia: 04/07/2018

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION

Número del procedimiento: 2193/2017

Ponente: Excmo. Sr. D. Vicente Magro Servet.

TEMA

Delito humillación a las víctimas del terrorismo.

ASPECTOS EXAMINADOS

- Esta Sala del Tribunal Supremo ha reflejado una reiterada doctrina sobre el objeto del recurso, y así podemos citar:

1.- Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 95/2018 de 26 Feb. 2018, Rec. 979/2017.

En la sentencia de esta Sala 4/2017, de 18 de enero -que también se cita en la ahora recurrida, si bien con una función teleológica diferente a la que ahora le asignamos-, se argumenta que 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.

Y se añade en la misma sentencia que 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, incluso en su simple acepción gramatical, evoca un acto racional de comunicación cuya punición no debería hacerse depender del sentimiento que anima quien lo pronuncia.

Partiendo de los parámetros jurisprudenciales que se acaban de consignar, no es difícil concluir que, a tenor de las circunstancias que se dan en el caso que se examina, se está ante un supuesto fáctico que queda fuera del perímetro punitivo que delimita el tipo penal del art. 578

Al examinar los tuits que ahora se enjuician destaca, en primer lugar, que no contienen ningún comentario ácido contra la víctima del atentado ni expresan frases o comentarios hirientes, lacerantes o ultrajantes contra su persona o cualquier aspecto concreto de su vida pública o privada. Simplemente es objeto de mofa o de sarcasmo la forma en que se produjo el atentado”.

2.- Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 846/2015 de 30 Dic. 2015, Rec. 1193/2015.

El art. 578 CP sanciona dos conductas diferenciadas, aunque con un denominador común: su referencia al terrorismo. Por un lado, el enaltecimiento o justificación del terrorismo o sus autores; por otro, la emisión de manifestaciones o la realización de actos en desprecio, descrédito o humillación de las víctimas de delitos terroristas. Esta segunda figura cuenta con perfiles propios, definidos y distintos de la anterior.

La amalgama de conductas que yuxtapone el primer párrafo del art. 578 CP no ensombrece su diversidad. La citada Exposición de Motivos permite vislumbrar el interés del Legislador por extender el radio de acción hacia dos esferas de protección diferentes, que bien hubieran podido merecer preceptos individualizados o, cuando menos, incisos separados. Algún sector doctrinal ha criticado esta mezcla que entrelaza una conducta de connotaciones prioritariamente públicas, como es el enaltecimiento y/o justificación del terrorismo, con otra de contornos mucho más sutiles e íntimos, como es el menosprecio o humillación de las víctimas.

Para la STS 656/2007, de 17 de julio el primer inciso del art. 578 CP recoge una apología propiamente dicha, definida como enaltecimiento o justificación de los delitos de terrorismo o de quienes hayan participado en su ejecución. Se apunta que el precepto obedece corresponde a una concreta ratio legis: reforzar la tutela en los delitos de terrorismo, sancionando conductas que no son terroristas per se pero que las favorecen.

La misma STS 656/2007 precisa que el supuesto del segundo inciso es muy diferente: actos que entrañen «descrédito» (esto es, disminución o pérdida de la reputación de las personas), «menosprecio» (equivalente a poco aprecio, poca estimación, desprecio o desdén) o «humillación» (herir el amor propio o dignidad de alguien, pasar por una situación en la que la dignidad de la persona sufra algún menoscabo) en las víctimas de acciones terroristas o en sus familiares, fórmulas a través de las cuales se persiguen conductas especialmente perversas como es la injuria o humillación a las víctimas, incrementando el padecimiento moral de ellas o de sus familiares y ahondando en la herida que abrió el atentado terrorista.

Como destaca la Exposición de Motivos este tipo de acciones levantan "perplejidad e indignación" en la sociedad. Está justificada su incorporación al ámbito de lo penalmente reprochable.

El castigo del enaltecimiento del terrorismo persigue la justa interdicción de lo que tanto el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (v.gr. SSTEDH de 8 de Julio de 1999, Sürek vs. Turquía , y de 4 de Diciembre de 2003, Müslüm vs. Turquía), como nuestro Tribunal Constitucional (STC 235/2007, de 7 de Noviembre) y esta misma Sala (STS 812/2011, de 21 de julio) vienen denominando en sintonía con una arraigada tendencia de política criminal «discurso del odio»: alabanza o justificación de acciones terroristas. Comportamientos de ese tenor no merecen la cobertura de derechos fundamentales como la libertad de expresión (art. 20 CE) o la libertad ideológica (art. 16 CE), pues el terrorismo constituye la más grave vulneración de los derechos humanos de la comunidad que lo sufre; su discurso se basa "en el exterminio del distinto, en la intolerancia más absoluta, en la pérdida del pluralismo político y, en definitiva, en generar un terror colectivo que sea el medio con el que conseguir esas finalidades" (STS 224/2010, de 3 de marzo). Como destaca la STS 676/2009, de 5 de junio no se trata de criminalizar opiniones discrepantes sino de combatir actuaciones dirigidas a la promoción pública de quienes ocasionan un grave quebranto en el régimen de libertades y daño en la paz de la comunidad con sus actos criminales, atentando contra el sistema democrático establecido.

La humillación o desprecio a las víctimas, por su parte, afecta directamente, a su honor y, en definitiva, a su dignidad (arts. 18.1 y 10 CE), perpetuando su victimización que es como actualizada o renovada a través de esa conducta. Tampoco la libertad ideológica o de expresión, pueden ofrecer cobijo a la exteriorización de expresiones que encierran un injustificable desprecio hacia las víctimas del terrorismo, hasta conllevar su humillación. No es superfluo que estas libertades sean enunciadas en el propio texto constitucional con referencia a sus límites. Así, el amplio espacio del que se dota a la libertad ideológica no tiene "más limitación, en sus manifestaciones, que la necesaria para el mantenimiento del orden público protegido por la Ley" (art. 16.1 CE); mientras que la libertad de expresión encuentra su frontera "en el respeto a los derechos reconocidos en este Título, en los preceptos de las Leyes que lo desarrollan y, especialmente, en el derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen y a la protección de la juventud y de la infancia" (art. 20.4 CE). Como dirá la STS 539/2008, de 23 de septiembre, determinadas restricciones a la libertad de expresión pueden ser no sólo legítimas, sino hasta necesarias ante conductas que pueden incitar a la violencia o, como sucede en la humillación a las víctimas, provocar un especial impacto sobre quien las sufre en un contexto terrorista.

El delito de enaltecimiento del terrorismo exige publicidad ("... por cualquier medio de expresión pública o difusión"). No así el tipo de humillación a las víctimas de aquél (".... o la realización de actos que entrañen descrédito, menosprecio o humillación de las víctimas ..."). Esta segunda figura reviste una naturaleza más privada: afecta directamente al honor de las víctimas de acciones terroristas por el hecho de serlo; aunque también sin duda golpea sentimientos de solidaridad de la comunidad que en todo delito de terrorismo percibe un ataque a la convivencia pacífica construida entre todos. Supone una lesión a su dignidad humana, violada con el menosprecio que emana del comportamiento querido, directa o indirectamente, por el sujeto activo. Con esa configuración la ofensa privada, aislada a una sola persona, puede dar lugar al delito que aquí se tipifica, sin perjuicio de que también pueda observarse su concurrencia en el caso de una pluralidad de afectados y de que sociológica y criminológicamente la afectación tiende a trascender la esfera individual repercutiendo en sentimientos y valores colectivos lo que otorga a la infracción la morfología de delito público a diferenciación del delito de injurias con el que guarda algún parentesco (las palabras "menosprecio" o "descrédito" traen a la memoria el art. 457 CP 1973 con su clásica definición de injurias).

Como subraya la STS 224/2010, de 3 de marzo, con cita de la STS 585/2007, de 20 de junio, un análisis particularmente riguroso, de las concretas circunstancias en las que el acto humillante, hostil o vejatorio se produce, las frases y/o acciones en que se materializa, y su ocasión y escenario a fin de una ponderación equilibrada. Lo señala la STS 812/2011, de 21 de julio, por remisión a la STS 31/2011, de 2 de febrero: en esta clase de delitos es importante no sólo el tenor literal de las palabras pronunciadas, sino también el sentido o la intención con que hayan sido utilizadas, su contexto la circunstancias concomitantes pues es evidente que el lenguaje admite ordinariamente interpretaciones diversas y, a los efectos de establecer la responsabilidad por un delito de esta naturaleza, es preciso determinar con claridad en cuál de los posibles significados ha sido utilizado en cada concreta ocasión".

3.- Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 752/2012 de 3 Oct. 2012, Rec. 509/2012.

"No es ésta la única ocasión en la que el Legislador se ha encontrado ante la dificultad de ubicar una conducta cuyo marco de protección afecta a diferentes ámbitos, que exceden del estricto campo del honor. Así sucedía, por ejemplo, a propósito del desaparecido delito de desacato, que desde 1850 tradicionalmente había estado tipificado en el Código Penal (no así en el actual CP de 1995), y respecto del cual esta Sala había destacado el dolo específico

del elemento subjetivo del injusto, consistente en la intención de vilipendiar, agravar o lesionar el honor de la persona escogida, manteniendo una relación directa con el «animus iniuriandi» de los delitos de injurias y calumnias, viniendo a ser «una manifestación cualificada de aquellas infracciones en la que ese elemento subjetivo del injusto se completa, a la vez, con el deseo de atacar al principio de autoridad», intención «perteneciente a la más estricta intimidad del sujeto activo», por lo que «normalmente ha de deducirse, por lógicos criterios humanos, de los actos y hechos externos configuradores del propósito de ofender» (STS de 14 de febrero de 1991, rec. 2241/1988).

Igual sucede, en el caso del actual Código Penal de 1995, con las injurias graves vertidas contra las Cortes Generales o Asambleas Legislativas autonómicas, cuando se encuentren reunidas en sesión, o bien contra alguna de sus Comisiones en los actos públicos en que las representen (art. 496 CP). También en los delitos contra el honor que afecten a la Corona, particularmente previstos en los arts. 490.3 y 491.1 CP. En todos ellos nos encontramos ante un ataque al honor merecedor de una protección singularmente reforzada, al verse atacados no sólo los concretos sujetos pasivos afectados a título particular, sino muy especialmente la figura de las Instituciones que representan. Precisamente analizando un supuesto de injurias al Rey, resaltaba la STS núm. 1284/2005, de 31 de octubre, siguiendo para ello la doctrina marcada por el Tribunal Constitucional en su STC núm. 39/2005, de 28 de febrero, que, si bien la legislación penal otorga una amplia protección a la buena fama y al honor de las personas y a la dignidad de las instituciones mediante la tipificación de los delitos de injuria y calumnia, el reconocimiento constitucional de las libertades de expresión y de información ha modificado profundamente la forma de afrontar el enjuiciamiento de los delitos contra el honor en aquellos supuestos en los que la conducta a considerar haya sido realizada en ejercicio de dichas libertades, pues la dimensión constitucional del conflicto hace insuficiente el criterio subjetivo del «animus iniuriandi» tradicionalmente utilizado por la jurisprudencia penal para el enjuiciamiento de este tipo de delitos que ahora, con arreglo a la doctrina de este Tribunal, no basta por sí solo para fundar una condena penal por un delito de injurias (SSTC núm. 104/1986 de 17 de julio; 107/1988, de 25 de junio; 105/1990, de 6 de junio; 320/1994, de 28 de diciembre; 42/1995, de 18 de marzo; 19/1996 de 12 de febrero; 232/1998, de 30 de diciembre; 297/2000, de 11 de diciembre; y de 15 de enero de 2001).

Ello entraña la necesidad de que el enjuiciamiento se traslade a un plano distinto, en el que el Juez penal debe examinar, en aquellos casos en los que pueda estar en juego el ejercicio legítimo de las libertades de los apartados a) o d) del art. 20.1 CE, si los hechos exceden los márgenes del ejercicio de los derechos fundamentales que en ellos se protegen, ya que, de llegar a esa conclusión, la acción penal no podría prosperar, puesto que las libertades del art. 20.1 a) y d) CE operarían como causas excluyentes de la antijuridicidad de esa conducta (STC núm. 104/1986, de 13 de agosto, reiterada en las SSTC núm. 105/1990, de 6 de junio; 85/1992, de 8 de junio; 136/1994, de 9 de mayo; 297/1994, de 14 de noviembre; 320/1994, de 28 de diciembre; 42/1995, de 18 de marzo; 19/1996, de 12 de febrero; ó 232/1998, de 30 de diciembre). Es obvio que los hechos probados no pueden ser a un mismo tiempo valorados como actos de ejercicio de un derecho fundamental y como conductas constitutivas de un delito (SSTC 2/2001, de 15 de enero; 185/2003, de 27 de octubre).

En el caso de la humillación y menosprecio a las víctimas del terrorismo, el desvalor de la acción que sanciona el art. 578 CP tampoco quedaría totalmente protegido mediante la sola figura de las injurias, siendo así que su contexto -que además justifica un mayor reproche penal- lleva a ubicar esta intromisión entre los delitos de terrorismo.

Por otro lado, ha de convenirse con lo expuesto en su informe por el Ministerio Fiscal, y en contra de lo afirmado por el aquí recurrente, en que, mientras que el delito de enaltecimiento del terrorismo exige publicidad ("... por cualquier medio de expresión pública o difusión"), semejante requisito no resulta exigible en el tipo de humillación a las víctimas de aquél (".... o la realización de actos que entrañen descrédito, menosprecio o humillación de las víctimas ..."). Como antes referíamos, esta segunda figura ostenta una naturaleza más íntima y personal, que afecta directamente al honor de las víctimas de acciones terroristas, por el hecho de serlo, y que en último término supone un ataque a su dignidad humana, violada con el menosprecio que supone el comportamiento querido, directa o indirectamente, por el sujeto activo. De este modo, la ofensa privada, aislada a una sola persona, puede dar lugar al delito que aquí se tipifica, sin perjuicio de que también pueda observarse su concurrencia en el caso de una pluralidad de afectados. En suma, la figura no precisa de la difusión pública, porque no tendría sentido, que, en cambio, resulta difícilmente deslindable del enaltecimiento. Y se consuma con la simple recepción efectiva de la ofensa por la víctima del terrorismo que sufre un acto humillante o despreciativo que sea a tal fin idóneo, subjetiva y objetivamente.

En cualquier caso, como también subraya la STS núm. 224/2010, de 3 de marzo, con cita de la STS núm. 585/2007, de 20 de junio, se requiere en estos supuestos de un análisis judicial particularmente riguroso, examinándose caso a caso las concretas circunstancias en las que el acto humillante, hostil o vejatorio se produce, las frases y/o

acciones en que queda materializado, la ocasión y escenario en que se desarrolla, etc. Aunque referido al enaltecimiento, procede traer a colación lo que también señalaba la STS núm. 812/2011, de 21 de julio, por remisión a la STS núm. 31/2011, de 2 de febrero, en el sentido de que en esta clase de delitos es importante no sólo el tenor literal de las palabras pronunciadas, sino también el sentido o la intención con que hayan sido utilizados, pues es evidente que el lenguaje admite ordinariamente interpretaciones diversas y, a los efectos de establecer la responsabilidad por un delito de esta naturaleza, es preciso determinar con claridad en cuál de los posibles significados ha sido utilizado en cada concreta ocasión”.

Vista la doctrina antes citada, en cualquier caso, es preciso también tratar sobre el conjunto de la exposición llevada a cabo los mensajes y también en los casos de humillación debe tenerse en cuenta el sentido, e intención de las expresiones proferidas, y no se evidencia del conjunto de los mensajes que ahora analizamos un contenido que pueda traspasar esos límites fronterizos para entrar en el ámbito del art. 578 CP como delito de humillación a las víctimas del terrorismo, en un contexto global absolutamente desacertado y rechazable pero que en esta línea de los “problemas fronterizos” entre la vía penal y la civil, o lo desacertado de las expresiones que se suceden en este caso, debe estarse a la estimación del recurso conllevando la absolución del recurrente, no sin advertir, también, la necesidad de que se adopten medidas organizativas en los prestadores de servicio para cortar la difusión inmediata de expresiones como las aquí contempladas que se exceden del objetivo de estas redes de comunicación y que, obviamente, pueden ofender a personas afectadas por estas expresiones, pero en el terreno del derecho penal debe estarse al caso concreto en estos casos, como se ha expuesto.

En base a lo expuesto el recurso debe estimarse absolviendo al condenado del delito del art. 578 CP por no estimar en el grado necesario la concurrencia de un dolo penal exigido por la vía del art. 578 CP a la vista de los hechos que constan probados.

DATOS SENTENCIA

Sentencia núm. 337/2018

Fecha de sentencia: 05/07/2018

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION

Número del procedimiento: 2298/2017

Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio del Moral García.

TEMA

Delito de abuso sexual de menor de 16 años: consentimiento.; referencia al supuesto de asimetría de edad Renuncia por el representante legal a la indemnización correspondiente a un menor: no es admisible, salvo que se cuente con los presupuestos fijados en el art. 166 C. Civil.

ASPECTOS EXAMINADOS

- Delito de abuso sexual de menor de 16 años: consentimiento; referencia al supuesto de asimetría de edad. La cuestión del consentimiento de la menor o del grado de oposición mostrado para el repetido acceso carnal, tema sobre el que el Fiscal llama la atención, sugiriendo que la secuencia invita a considerar al menos probable la voluntariedad de las relaciones. Pero en este supuesto eso resulta penalmente irrelevante. Descartado cualquier atisbo de intimidación, la presencia o no de consentimiento, o su mayor o menor grado de libertad es intrascendente a la vista de la edad del sujeto pasivo (quince años recién cumplidos). La ley niega validez a un eventual consentimiento sexual a esa edad salvo el supuesto excepcional al que enseguida aludiremos. Algunos elementos apuntarían en la dirección que señala el Fiscal: acudir voluntariamente al domicilio del acusado no es suficiente para descartar la oposición que la Sala considera acreditada, aunque sí sugiere poca consistencia o alguna debilidad en esa oposición. Pero, aun admitiéndolo así, no sería eludible idéntica condena. Establece el código Penal una presunción iuris et de iure de consentimiento viciado cuando no se han alcanzado los 16 años. Tan solo podría tener alguna relevancia esa cuestión a los efectos insinuados por el Fiscal de aplicación del art. 183 quater (que no ter como, sin duda por un lapsus, aparece en su dictamen). Pero tal precepto, que excluye la responsabilidad en los casos de consentimiento libre del menor cuando exista simetría en madurez y edad con el sujeto activo, no solo no ha sido invocado por la defensa, sino que choca con algunas de las declaraciones que efectúa la Sala de instancia en materia en la que la intermediación adquiere una singular importancia: «Abordar la cuestión del consentimiento es relevante porque de haberse producido los hechos con el libre consentimiento de la menor, atendida la edad del procesado, solo cinco años mayor que ella, podría haberse planteado la exención de su responsabilidad penal. Sin embargo, ello no ha sido objeto de debate, ni ha sido planteado por la defensa, que ha basado su

exculpación en la simple negación de todo contacto sexual del procesado con la menor. El consentimiento de la menor, si lo hubo, en todo caso, no se extendió al acceso carnal; antes, al contrario, ella manifestó haberse opuesto, física y verbalmente a la penetración. Y, en todo caso, el escaso grado de desarrollo y madurez de la menor, en este caso, confirmado por el informe psicológico de las forenses y apreciable por el Tribunal a lo largo de la declaración de la víctima, contrasta con los del procesado, que no parecían sino los propios de su edad»

La dicción del art. 183 quater es quizás demasiado maniquea: la disyuntiva que encierra es exoneración o responsabilidad íntegra sin matices o soluciones intermedias simplemente atenuatorias cuando aparezcan episodios de cierta penumbra como una madurez solo relativa que, sin llegar a cumplir todos los requisitos de la norma, se aproximen a la situación allí contemplada. Ciertamente la pena resultante –la Sala ha impuesto la mínima y su razonamiento hace pensar que no ha sido más benigna por impedirlo el principio de legalidad– puede percibirse como desproporcionada. Pero solo a través de mecanismos excepcionales de anclaje no jurisdiccional, pero presentes en nuestro ordenamiento podría corregirse ese eventual desacompañamiento entre conducta sancionada –grave sin duda pero que parece alejarse de los supuestos que el legislador tenía en mente al establecer la penalidad del art. 183 CP– y la pena resultante (igual a la de un homicidio).

- Renuncia a la indemnización por representante legal del menor. En el último motivo se ataca la fijación de una responsabilidad civil por daño moral basándose en las manifestaciones de la madre de la menor indicando que no deseaba reclamar nada.

Tratándose de una menor, la renuncia exigiría aprobación judicial en expediente específico que no se ha producido (art. 166 del Código Civil). Acertó el Tribunal al no sentirse atado por la manifestación –además ambigua: no parece una renuncia clara y taxativa– de la madre fijando, en consecuencia, la indemnización adecuada. Si los representantes legales de la menor insisten en renunciar habrán de solicitar en el orden civil esa aprobación judicial, necesaria para la eficacia de ese acto abdicativo en nombre de un menor. La inminente mayoría de edad (agosto 2018) desplazará esa facultad de renuncia en exclusiva a la víctima, que será libre para adoptar por sí misma y según su criterio esa decisión.

DATOS SENTENCIA

Sentencia núm. 339/2018

Fecha de sentencia: 06/07/2018

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION (P)

Número del procedimiento: 10566/2017 P

Ponente: Excm.a. Sra. D.ª Ana María Ferrer García.

TEMA

Prueba indiciaria. Falsedad de la coartada del acusado

ASPECTOS EXAMINADOS

- El Tribunal Constitucional ha sostenido desde sus primeras sentencias sobre la materia (SSTC 174/1985, 175/1985, 24/1997, 157/1998, 189/1998, 68/1998, 220/1998, 44/2000 y 117/2000) que a falta de prueba directa de cargo también la prueba indiciaria puede sustentar un pronunciamiento condenatorio, sin menoscabo del derecho a la presunción de inocencia. En resoluciones más recientes (SSTC 111/2008, 109/2009, 126/2011, 128/2011, 175/2012 y 15/2014) ha considerado como requisitos imprescindibles los siguientes: A) El hecho o los hechos bases (o indicios) han de estar plenamente probados; B) Los hechos constitutivos de delito deben deducirse precisamente de estos hechos base completamente probados; C) Para que se pueda comprobar la razonabilidad de la inferencia es preciso, en primer lugar, que el órgano judicial exteriorice los hechos que están acreditados o indicios, y sobre todo que explique el razonamiento o engarce lógico entre los hechos base y los hechos consecuencia; D) y, finalmente, que este razonamiento esté asentado en las reglas del criterio humano o en las reglas de la experiencia común o, en palabras de la STC 169/1989, de 16 de octubre, «en una comprensión razonable de la realidad normalmente vivida y apreciada conforme a criterios colectivos vigentes» (SSTC 220/1998, 124/2001, 300/2005, y 111/2008).
Sobre la naturaleza y estructuración de la prueba indiciaria tiene establecido el Tribunal Constitucional que el razonamiento o engarce lógico entre los hechos base y los hechos consecuencia ha de estar asentado en las reglas del criterio humano o en las reglas de la experiencia común o, en palabras de la STC 169/1989, de 16 de octubre, en una comprensión razonable de la realidad normalmente vivida y apreciada conforme a criterios colectivos vigentes (SSTC 220/1998, 124/2001, 300/2005 y 111/2008). El control de constitucionalidad de la racionalidad y solidez de la inferencia en que se sustenta la prueba

indiciaria puede efectuarse tanto desde un doble canon: el de su lógica o cohesión, y el de su suficiencia o calidad concluyente. Con arreglo al primero la inferencia será irrazonable si los indicios acreditados descartan el hecho que se hace desprender de ellos o no llevan naturalmente a él. Desde el canon de su suficiencia o calidad concluyente no será razonable la inferencia cuando sea excesivamente abierta, débil o imprecisa. Son los órganos judiciales quienes, en virtud del principio de inmediación, tienen un conocimiento cabal, completo y obtenido con todas las garantías del acervo probatorio. Por ello se afirma que sólo se considera vulnerado el derecho a la presunción de inocencia en este ámbito de enjuiciamiento cuando la inferencia sea ilógica o tan abierta que en su seno quepa tal pluralidad de conclusiones alternativas que ninguna de ellas pueda darse por probada (STC 229/2003, 196/2007, 111/2008, 108/2009, 109/2009, 70/2010 y 126/2011, entre otras).

Esta Sala tiene establecido de forma reiterada que la prueba indiciaria, indirecta o circunstancial presenta dos perspectivas relevantes para el control casacional. Desde el punto de vista formal, deben constar los indicios o hechos-base plenamente acreditados que permitan acceder mediante un juicio de inferencia al hecho-consecuencia; el razonamiento de inferencia también ha de ser debidamente explicitado en la sentencia. Desde una perspectiva material, el control casacional se contrae en la verificación de que existan varios indicios plenamente evidenciados, o uno de singular potencia acreditativa, de naturaleza inequívocamente incriminatoria, que no estén destruidos por contraindicios, que se refuercen entre sí y que permitan obtener un juicio de inferencia razonable, entendiendo tal razonabilidad como enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano (139/2009, de 24 de febrero; 322/2010, de 5 de abril; 208/2012, de 16 de marzo; y 690/2013, de 24 de julio, 481/2014, de 3 de junio, entre otras).

... Esos fueron los indicios que el Jurado tomó en consideración para deducir la autoría del acusado en la muerte homicida, y el Tribunal de apelación valoró el juicio de inferencia que realizó aquel, rechazando como verosímil la intervención de otra persona en los hechos. Una carga indiciaria que no ha quedado desvirtuada por contraindicio alguno.

- El acusado cambió de declaración a lo largo de la causa, y solo después de detenido, una vez había aparecido el cadáver, admitió haber estado esa noche con la víctima, si bien solo hasta el momento en el que se pierde el rastro de la geolocalización del móvil de ella. De otro lado su coartada no ha obtenido respaldo alguno, pues el Jurado negó credibilidad al testimonio de los padres según un razonamiento que el Tribunal de apelación respaldó explícitamente antes las evidentes contradicciones e imprecisiones de aquellos.

En este caso, la falsedad de la coartada esgrimida por el acusado, tal y como la valoraron el Jurado y el Tribunal de apelación, reforzó la inferencia en tanto que excluyó la razonabilidad de la versión alternativa ofrecida por el acusado.

En relación a los contraindicios, la STC 24/97 de 11 de diciembre precisó que la versión que de los hechos ofrece el acusado constituye un dato que el Juzgado ha de tener en cuenta, pero ni aquél tiene que demostrar su inocencia, ni el hecho de que su versión de lo ocurrido no resulta convincente o resulta contradicha por la prueba, debe servir para considerarlo culpable, pero su versión constituye un dato que el Juzgador deberá aceptar o rechazar razonadamente (STC 221/88 y 174/85).

Y en la STC 136/1999, de 20 de julio, se afirma que «En lo concerniente a las alegaciones, excusas o coartadas afirmadas por los acusados, hemos señalado que, como regla, su alcance exculpatorio pertenece al ámbito de la valoración de la prueba (STC 372/1993), que compete en exclusiva a los Tribunales ordinarios. No obstante, a los efectos del caso, importa recordar los siguientes extremos: a) la versión que de los hechos ofrezca el acusado deberá ser aceptada o rechazada por el juzgador de modo razonado (SSTC 174/1985, 24/1997 y 45/1997); b) los denominados contraindicios -como, v.gr., las coartadas poco convincentes-, no deben servir para considerar al acusado culpable (SSTC 229/1988 y 24/1997), aunque sí puede ser idóneos para corroborar la convicción de culpabilidad alcanzada con apoyo en prueba directa o indiciaria, que se sumen a la falsedad o falta de credibilidad de las explicaciones dadas por el acusado (v.gr., SSTC 76/1990 y 220/1998); c) la coartada o excusa ofrecida por el acusado no tiene que ser forzosamente desvirtuada por la acusación, ya que la presunción de inocencia exige partir de la inocencia del acusado respecto de los hechos delictivos que se le imputan, pero en absoluto obliga a dar por sentada la veracidad de sus afirmaciones (v.gr., SSTC 197/1995, 36/1996, 49/1998, y ATC 110/1990)».

Y esta Sala de casación tiene establecido que «las declaraciones del acusado tenidas por el Tribunal como carentes de crédito, y como excusas de escasa consistencia, es verdad que no tienen ciertamente valor como prueba de cargo, porque no es al acusado a quien compete probar su inocencia sino a la acusación desvirtuar la presunción de ella. Por lo tanto, el escaso crédito de las explicaciones del acusado no incrementa el valor de la prueba de cargo, cuya capacidad como tal depende exclusivamente de su propio valor y eficacia. No hay más prueba de cargo porque sea menor el crédito de la de descargo. Pero ésta última cuando no es creíble mantiene íntegra la eficacia demostrativa de aquélla en cuanto que su valor probatorio como prueba de cargo no se ve contradicha eficazmente, en tal caso, por otra prueba de signo y resultado opuesto» (SSTS 97/2009, de 9-2; 309/2009, de 17-3; 1140/2009, de 23-10, ó 573/2010 de 2 de junio).

Y así ocurrió en este caso, en el que la falsedad de la coartada del acusado, tal y como la valoraron el Jurado y el Tribunal de apelación, no facilitó alternativa que pudiera mermar la razonabilidad de la inferencia respecto a los indicios de cargo.

DATOS SENTENCIA

Sentencia núm. 342/2018

Fecha de sentencia: 10/07/2018

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION

Número del procedimiento: 2704/2017

Ponente: Excmo. Sr. D. Pablo Llarena Conde.

TEMA

Delito de maltrato de obra del art. 153 CP y artículo 57 CP. imposición de forma imperativa de la pena de prohibición de aproximación en el delito de maltrato de obra sin causar lesión.

ASPECTOS EXAMINADOS

- SENTENCIA DE PLENO. Se revoca la sentencia dictada por la Audiencia Provincial, tras estimar el recurso de casación interpuesto contra ella, que había sido admitido por presentar la cuestión controvertida interés casacional.

La cuestión esencial que suscita este recurso y que presenta un claro interés casacional, que ha motivado su admisión, es determinar si en el delito de maltrato de obra sin causar lesión del artículo 153.1 CP la pena de prohibición de aproximación debe ser impuesta de forma imperativa por tratarse de una infracción comprendida en el apartado segundo del artículo 57 CP.

La reforma operada en el Código Penal por la L.O. 1/2015, de 30 de marzo, modificó asimismo el artículo 147 CP. A partir de dicha reforma pues, el artículo 147 CP, comprende: i) un tipo básico de lesiones en su apartado primero; ii) un delito leve de lesiones en su apartado segundo; y iii) un delito leve de maltrato de obra sin causar lesión en su apartado tercero.

La pena accesoria de prohibición de aproximación se encuentra regulada en el artículo 48.2 CP y su imposición como pena accesoria para determinados delitos en el artículo 57 CP del mismo cuerpo normativo.

Esta Sala concluye que el delito de maltrato de obra sin causar lesión del artículo 153 CP sí debe entenderse comprendido entre aquellos delitos para los que el apartado segundo del artículo 57 CP prevé la imposición preceptiva de la prohibición de aproximación.

Cuando el apartado primero del artículo 57.1 CP habla de los delitos «de lesiones», esta última expresión no puede interpretarse desde un punto de vista puramente gramatical -apegado, por otra parte, al texto del art. 147.1 y 2 CP (el que, por cualquier medio o procedimiento, «causare a otro una lesión»)-, porque cuando el artículo 57.1 CP enumera los delitos en general no lo hace en relación con delitos concretos, sino atendiendo a las rúbricas de los títulos del Libro II del Código Penal. De no entenderlo así, no cabría imponer las penas accesorias a delitos como el asesinato o la inducción al suicidio (ya que no son delitos de homicidio del art. 138 CP); ni tampoco a los delitos que se consideran exclusivamente contra la propiedad, ya que el art. 57.1 CP se refiere a «delitos contra el patrimonio».

Cabe aquí reiterar que, tras la reforma operada en el Código Penal por la L.O. 1/2015, de 30 de marzo, en el artículo 147 CP (primero del título III, «De las lesiones») se incluyen las tres infracciones a las que ya hicimos referencia. Entre ellas, en su apartado tercero, el maltrato de obra sin causar lesión que, de esta manera, para el Código Penal, tras la reforma, es un delito «de lesiones», que se describe de la forma expuesta sólo para diferenciarlo de las otras infracciones previstas en el mismo precepto.

En esta misma línea, y de forma paralela, el artículo 153 CP, tras la reforma operada del año 2015, castiga al que a su esposa o ex esposa, o mujer que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia, o persona especialmente vulnerable que conviva con el autor: i) cause por cualquier medio o procedimiento un menoscabo psíquico o una lesión de menor gravedad de las previstas en el apartado 2 del artículo 147; o ii) golpear o maltratar de obra a otro sin causarle lesión.

De nuevo pues la distinción entre los dos incisos del artículo 153 CP solo responde a un intento de diferenciar dos conductas lesivas que, como dijimos con anterioridad y de acuerdo con la Jurisprudencia de esta Sala, protegen idéntico bien jurídico: la integridad física y psíquica.

Aquí cabe destacar lo siguiente. La consideración de que el delito de maltrato de obra del art. 153 CP no es un delito «de lesiones» y, por tanto, no está incluido en el catálogo del art. 57.1 CP produce una consecuencia incoherente: nunca podrían imponerse las penas del art. 48 CP a tal delito, ni de forma facultativa ni preceptiva, pues, sencillamente, quedaría fuera de la relación de delitos contemplada en aquél.

Por las mismas razones, el delito leve de maltrato del artículo 147.3 CP quedaría excluido del párrafo tercero del artículo 57 CP, que también se remite al apartado primero del precepto y que contempla la imposición facultativa de la prohibición del art. 48 CP.

Además, se podría destacar otro argumento a efectos de incluir el delito de maltrato de obra del artículo 153.1 CP en el catálogo de delitos del apartado segundo del artículo 57 CP. En dicho precepto, como hemos dicho, se castiga con idénticas penas privativas de libertad y de derechos tanto al que causare a la víctima lesiones del número segundo del artículo 147 CP como al que la maltrata de obra sin causarle lesión; y, sin embargo, si entendiésemos que el delito de maltrato de obra no está comprendido en el artículo 57 CP, sólo al condenado por la primera infracción se le podría imponer la pena del artículo 48.2 CP -ex artículo 57.1 y 2 CP-. Al condenado por la segunda ni siquiera se le podría imponer con carácter facultativo.

Por último, no podemos dejar de tener presente que el artículo 153 CP es un delito enmarcado en la violencia de género que el legislador ha querido diferenciar claramente de otras figuras delictivas en las que las víctimas de las acciones descritas no son las mujeres unidas al agresor por los vínculos que en él se incluyen. De hecho, precisamente por esta razón, el maltrato de obra en él previsto -también el delito de lesiones- está castigado con penas más graves que el maltrato de obra ejercido sobre cualquier otro sujeto pasivo. Cualquier interpretación pues que se haga del precepto debe estar inspirada en una mejor y más adecuada protección de las víctimas.

En definitiva, tal como adelantamos, se estima el recurso del Ministerio Fiscal, revocándose el pronunciamiento del órgano a quo en lo que se refiere a su pronunciamiento sobre las prohibiciones de aproximación y comunicación impuestas en su día al condenado, que han de mantenerse en los términos acordados por el Juzgado de lo Penal.

Ciertamente el artículo 57.2 CP solo contempla como de imposición obligatoria la prohibición de aproximación a la víctima, que es la pena contemplada en el artículo 48.2 CP, pero, impuesta esta, tal y como señala el Ministerio Fiscal, y valorando asimismo la naturaleza de los hechos, se estima razonable y proporcionado, al amparo del párrafo primero del artículo 57 CP, imponer igualmente la prohibición de comunicación que también acordó en su momento el Juez de lo Penal

ECC

DATOS SENTENCIA

Sentencia núm. 344/2018

Fecha de sentencia: 10/07/2018

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION (P)

Número del procedimiento: 10797/2017 P

Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio del Moral García.

TEMA

Robo en casa habitada: dependencias de casa habitada. Agravación por uso de instrumento peligroso: Usar como medio intimidatorio un cúter que se coloca en el cuello y se sitúa luego junto a la cara y próximo al ojo de la víctima integra el subtipo agravado del art. 180.1 5º CP

ASPECTOS EXAMINADOS

- Combate la agravación de casa habitada. Alega que cuando se introdujo en el jardín particular de la víctima creyó encontrarse en un jardín comunitario. Pero el factum es muy expresivo: describe cómo obligó a la víctima a introducirse en el jardín de su casa aprovechando que tenía las llaves puestas. No se puede aceptar, como señala el dictamen de la representante del Ministerio Público, que el recurrente no llegase a captar esa condición de jardín de una vivienda, y, por tanto, dependencia de casa habitada (art. 241.3 CP). Incluso en el caso de admitir que hubiese podido llegar a pensar que se trataba del jardín de una vivienda no estrictamente unifamiliar, operaría el subtipo agravado (vid Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de 15 de diciembre de 2016 y STS 972/2016, de 21 de diciembre).
- Protesta también el recurrente por la aplicación del subtipo agravado del art. 180.5 CP en relación con los arts. 178 y 179 del mismo cuerpo legal respecto de los hechos datados el 1 de enero de 2014. La pena resultante en su opinión sería desproporcionada. Los hechos probados describen cómo el recurrente obligó a la víctima a colocarse en cuclillas mientras movía un cúter delante de su cara, en movimientos que proseguían cuando impelía a la víctima a practicarle una felación. No es una simple exhibición del arma, según argumenta de manera suasoria el dictamen del Ministerio Público, aludiendo a la sentencia invocada por el recurso que contempla una situación no equiparable a la que ahora se examina. Se produce una aproximación del arma a zonas vitales -la cara-, de forma persistente generando un riesgo de lesiones graves en órganos vitales (v. gr., los ojos) ante cualquier movimiento de la víctima. Así lo argumenta la sentencia en su séptimo fundamento de derecho que además de a tales órganos, se refiere al cuello donde también fue situado el cúter.

DATOS SENTENCIA

Sentencia núm. 345/2018

Fecha de sentencia: 11/07/2018

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION

Número del procedimiento: 2518/2017

Ponente: Excmo. Sr. D. Andrés Martínez Arrieta.

TEMA

Principio acusatorio. Delito de abusos sexuales. Elementos del delito de abuso sexual. Diferencias con la vejación injusta en la tipicidad subjetiva.

ASPECTOS EXAMINADOS

- Principio Acusatorio. En primer lugar, es preciso realizar una puntualización sobre el contenido del principio acusatorio. Este principio constituye una garantía sustancial del proceso penal que tiene su anclaje normativo en el artículo 24 de la Constitución. Aunque, en principio, no aparece expresamente denominado como derecho fundamental, su contenido esencial resulta del artículo 24 de la Constitución pues el mencionado artículo configura un sistema procesal penal fundado en la división de órganos de acusación y órganos de enjuiciar, en la diferenciación entre el órgano de la investigación y el órgano de enjuiciar, y en la esencialidad del derecho de defensa, que se actúa bajo los principios de igualdad de partes, de contradicción efectiva y de información necesaria para el ejercicio del derecho de defensa. Se configura un órgano judicial como tercero imparcial respecto al conflicto y por tanto se imposibilita que el órgano judicial pueda introducir, como si fuera una parte del conflicto, hechos que no han sido objeto del mismo. Es la acusación la que debe proporcionar los hechos que deben ser enjuiciados, por su relevancia penal, de los que será traslado al imputado para su defensa y por el que, acusación y defensa, proponen y practican en el juicio oral, la precisa actividad probatoria correspondiente a su interés, que el tribunal va a percibir y dictar la declaración de los hechos probados, que por su relevancia penal los va a asociar a una consecuencia jurídica prevista en la norma. Realizar esta función es puramente jurisdiccional con las garantías de motivación, de tutela, y de respeto al derecho de defensa que surge del ordenamiento. La función del órgano jurisdiccional es la de mantener su posición de imparcialidad, sin que pueda sustituir a las partes, sino que debe presidir el debate y recepcionar la prueba que las partes han presentado. Se resiente el derecho de defensa del imputado, por vulneración del principio acusatorio, no sólo cuando se condena por hechos distintos a los de acusación, también cuando se condena por delito distinto, con la salvedad de los delitos homogéneos.

En el hecho que constituye el objeto del proceso de esta causa las acusaciones han llevado al juez unos hechos, consistentes en la realización de tocamientos en zonas corporales, como los pechos y genitales, zonas evidentemente erógenas, y añade que en una ocasión intentó desabrochar los pantalones para realizar los tocamientos ya no por encima de la ropa, como en otras ocasiones, sino por debajo de la ropa. El tribunal afirma la existencia de un ánimo típico de los delitos contra la libertad sexual. Las acusaciones relatan el marco temporal en el que ha sucedido estos hechos. El tribunal de instancia ha declarado probado esos hechos, y ha razonado por qué los declara probados. Incluso llega a decir que había más concreción en la manifestación de la víctima que la que se contiene en los escritos de acusación, pero en todo caso y en lo que aquí importa ha respetado el contenido esencial del principio acusatorio en la medida en que la acusación ha suministrado unos hechos por los que presenta la acusación, la defensa se ha defendido de esos hechos y ambos han propuesto y practicado la actividad probatoria que han considerado precisa, y el tribunal ha declarado probado los hechos de la acusación, prácticamente los mismos términos en que está la había formulado. Además, expresa la existencia del ánimo típico del tipo penal de los abusos sexuales. Consecuentemente no hay lesión del principio acusatorio

- Delito de abusos sexuales. Elementos del delito de abuso sexual. El tribunal de instancia, no obstante, recrimina a los escritos de acusación la falta de concreción y argumenta, con apoyo en la sentencia 597/2016 de 22 junio, que los hechos objeto de la acusación no tienen encaje en la tipicidad del delito de abusos sexuales y sí en una falta de vejación injusta destipificada en la última reforma del Código penal, por lo que el acusado es absuelto. Contra esta absolución se formaliza la oposición casacional por error de derecho, que exige un respeto absoluto al hecho por error de derecho, que exige un respeto absoluto al hecho declarado probado. Ese apartado de la impugnación de las acusaciones será estimado. Los hechos declarados probados, que recordamos consisten en tocamientos por encima de la ropa en el pecho y los genitales de una menor entre los 11 y los 16 años, así como un intento de desabrochar los pantalones para tocar los genitales de la menor, hechos que se realizan con ánimo libidinoso, tienen encaje en el delito de abuso sexual en los términos objeto de la acusación del Ministerio fiscal y de la acusación particular. El tipo penal del abuso sexual, por todas la sentencia 612/2016, de 8 julio, se configura en nuestro ordenamiento enmarcado en los siguientes requisitos: de una parte, un elemento objetivo de contacto corporal,

tocamiento impúdico, o cualquier otra exteriorización o materialización con significación sexual. Este elemento objetivo, de contacto corporal, puede ser ejecutado directamente por el sujeto activo sobre el cuerpo del sujeto pasivo o puede ser ordenado por el primero para que el sujeto pasivo lo realice sobre su propio cuerpo siempre que el mismo sea impuesto. De otra parte, el subjetivo o tendencial que se incorpora a la sentencia con la expresión del ánimo, o propósito de obtener una satisfacción sexual a costa de otro. Estos requisitos concurren en el hecho que el tribunal ha declarado probado, porque el sujeto activo realiza una serie de tocamientos en zonas erógenas, como los pechos o los genitales, que sujeto activo realiza para procurarse un placer sexual y que el hecho probado describe con la expresión de un ánimo libidinoso en la realización de uno de los actos concretos, cuando le intenta desabrochar el pantalón para acceder a los genitales, y que resulta expreso en el relato fáctico respecto a las acciones anteriores al expresar que el autor realizó esos tocamientos en zonas de contenido erótico para satisfacer su deseo sexual.

- Diferencias con la vejación injusta en la tipicidad subjetiva. Como dijimos la sentencia 87/2011, del 9 febrero, el criterio empleado para distinguir entre los actos punibles y los que no son han de encontrarse en la razonabilidad con la que una persona adulta considera que esos actos son intromisiones en el área de la intimidad sexual, susceptible de ser rechazadas sin mediar consentimiento. Y en el caso se constata que la menor logra zafarse de la intromisión ilegítima. Respecto del hecho acaecido cuando la menor tenía 12 años, y respecto de otros cuando el acusado lo realiza en condiciones de evitar la visibilidad por parte de terceras personas, la relevancia fáctica es clara al referir el carácter libidinoso con el que es realizado y provoca una conturbación del ánimo de la menor, que, por su edad, nunca podía consentir este tipo de conductas. El hecho describe una vulneración de la indemnidad sexual de la víctima que no supone otra cosa que la intangibilidad, como una manifestación de la dignidad de la persona y el derecho que tiene al correcto desarrollo de la sexualidad sin una intervención forzada, traumática o solapada en la esfera íntima del menor que pueda suponer un riesgo al libre desarrollo de su personalidad y de su psiquismo. La conducta del acusado consiste en realizar la conducta vulnerando la indemnidad sexual de la menor a la que coloca en una situación de potencial riesgo de su libre desarrollo de la personalidad en lo tocante a la libertad sexual. Esa conducta es vulneradora del derecho a la dignidad de la menor que supera la mera conturbación anímica de quien se ve compelido a realizar un acto que no quiere, y por su contenido sexual explícito agrede el proceso evolutivo natural de conformación de la libertad sexual. La expresión de los ánimos, de satisfacer su deseo sexual y libidinoso, en el hecho probado de la sentencia junto a la conducta objetiva declarada probada, de tocamientos en zonas erógenas, hacen que la conducta se subsuma en el tipo penal de abuso sexual del artículo 183.1 y 4 d), continuado, art. 74, al concurrir la agravación específica de parentesco que confirma, dada la doble agravación de la penalidad en la mitad superior de la mitad superior.

DATOS AUTO

Cuestión de Competencia núm. 15/2018

Auto de 12 de junio de 2018

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

TEMA

Exposición razonada de la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña: autorización al Gobierno de la Nación para proceder al cese del Presidente de la Generalitat de Cataluña, del Vicepresidente y de los Consejeros que integran el Consejo de Gobierno de la Generalitat de Cataluña y el cese del personal eventual adscrito a los cargos o autoridades que se cesan por el presente Real Decreto

ASPECTOS EXAMINADOS

- En la exposición de motivos del referido Real Decreto se puede leer: « Tal y como señala el Acuerdo del Consejo de Ministros de 21 de octubre de 2017, por el que, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 155 de la Constitución, se tiene por no atendido el requerimiento planteado al M.H. Sr. Presidente de la Generalitat de Cataluña, para que la Generalitat de Cataluña procediese al cumplimiento de sus obligaciones constitucionales y a la cesación de sus actuaciones gravemente contrarias al interés general, y se proponen al Senado para su aprobación las medidas necesarias para garantizar el cumplimiento de las obligaciones constitucionales y para la protección del mencionado interés general; y el Acuerdo del Pleno del Senado, de 27 de octubre de 2017, por el que se aprueban las medidas requeridas por el Gobierno, al amparo del artículo 155 de la Constitución (ambos publicados en el «BOE» n.º 260, de 27 de octubre de 2017), las medidas en el marco de este procedimiento responden a cuatro grandes objetivos: restaurar la legalidad constitucional y entre estas medidas se recoge la autorización al Gobierno de la Nación para proceder al cese del Presidente de la Generalitat de Cataluña, del Vicepresidente y de los Consejeros que integran el Consejo de Gobierno de la Generalitat de Cataluña. Además, de conformidad con lo dispuesto en el Decreto de la Generalitat de Cataluña 2/2005, de 11 de enero, sobre el régimen jurídico del personal eventual de la Administración de la Generalitat de Cataluña, y con lo establecido en el Decreto Legislativo de la Generalitat de Cataluña 111997, de 31 de octubre, por el que se aprueba la refundición en un texto único de los preceptos de determinados textos legales vigentes en Cataluña en materia de función pública, y en virtud de la autorización otorgada al Gobierno de la Nación por el Acuerdo del Pleno del Senado, de 27 de octubre de 2017, por el que se aprueban las medidas requeridas por el Gobierno, al amparo del artículo 155 de la Constitución, se prevé asimismo el cese del personal eventual adscrito a los cargos o autoridades que se cesan por el presente Real Decreto, asegurar la neutralidad institucional, mantener el bienestar social y el crecimiento económico, y asegurar los derechos y libertades de todos los catalanes.
- En consecuencia, la Sala Tercera del Tribunal Supremo, declara su competencia, como ya hecho en el recurso [684/2017], contra este mismo Real Decreto 943/2017, así como frente al 942/2017, de 27 de octubre, por el que se dispone, en virtud de las medidas autorizadas con fecha 27 de octubre de 2017, por el Pleno del Senado respecto de la Generalitat de Cataluña en aplicación del artículo 155 de la Constitución, el cese del M, H, Sr. Presidente de la Generalitat de Cataluña.

DATOS PROVIDENCIA

Recurso de Casación núm. 1074/2018

Providencia de 28 de junio de 2018

Ponente: Excmo. Sra. Dª Celsa Pico Lorenzo.

TEMA

Recurso de Casación. Inadmisión a trámite.

ASPECTOS EXAMINADOS

- Recurso de casación contra la sentencia núm. 511/2017, de 15 de noviembre, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana (Sección Segunda), dictada en los autos del recurso de apelación núm. 140/2015.
- La Sala, acuerda inadmisión a trámite por incumplimiento de lo establecido en el artículo 89.2 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (LJCA). En particular, el apartado d) del artículo 89.2 LJCA, en aplicación de lo dispuesto en el

artículo 90.4.b) del mismo texto legal, al no haberse justificado de forma suficiente en el escrito de preparación que las infracciones imputadas a la sentencia hayan sido relevantes y determinantes de la decisión adoptada en la misma. El escrito de preparación incluye, ciertamente, un extenso alegato bajo la rúbrica correspondiente al juicio de relevancia. Sin embargo, dicha argumentación no toma como punto de partida la razón de decidir de la sentencia, en la que se concluye que los artículos 29 y 115 LJCA no resultan de aplicación. El recurrente, lejos de combatir esta afirmación, viene a sostener que se ha aplicado el artículo 115, pero de forma incorrecta y mezcla en sus alegaciones preceptos y regímenes jurídicos distintos. En relación con el resto de preceptos reputados como infringidos, simplemente se manifiesta la discrepancia con la sentencia recurrida, sin abundar en las razones que explicarían cómo y con qué alcance las infracciones habrían sido relevantes y determinantes del fallo.

DATOS AUTO

Recurso de Casación núm. 3121/2016
Auto de 26 de junio de 2018
Ponente: Excmo. Sr. D. José Díaz Delgado.

TEMA

Planteamiento de Cuestión de Inconstitucionalidad: eventual existencia de duplicidad impositiva entre el Impuesto sobre Actividades Económicas y el Impuesto murciano sobre instalaciones que incidan en el medio ambiente en lo que se refiere a las actividades de producción de energía eléctrica.

ASPECTOS EXAMINADOS

- Recurso de casación preparado contra la Sentencia dictada por la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Madrid, en los autos 156/2015, por la que se desestima el recurso contencioso administrativo interpuesto contra la Orden de 17 de febrero de 2015, de la Consejería de Economía y Hacienda, por la que se desestima la reclamación económico-administrativa número 62/2013 interpuesta contra la Resolución de 16 de abril de 2013 de la Dirección General del Medio Ambiente desestimatoria de la solicitud de rectificación presentada en relación con el Impuesto autonómico sobre instalaciones que inciden en el medio ambiente de la Región de Murcia correspondientes al ejercicio 2012, por un importe total de 3.998.655,09 euros; que lo admita, y que, previos los trámites legales oportunos, en su día dicte Sentencia casando la Sentencia impugnada y acordando declarar el carácter contrario a Derecho y la nulidad de la Orden de 17 de febrero de 2015, Año 2011 - 778.120.200 kW/h; Año 2012 1T-101.169.000 kWh; Año 2012 2T -37.457.000 kWh; Año 2012 3T - 32.195.000 kWh.
- Por Providencia de fecha 03/04/2018, se acordó por la Sección Segunda de la Sala Tercera del Tribunal Supremo dejar sin efecto el señalamiento efectuado para esta fecha y oír a las partes comparecidas y al Ministerio Fiscal, en el plazo de diez días, acerca de la pertinencia de plantear cuestión de inconstitucionalidad en relación con el artículo 6, apartados Uno, Dos, Seis y Siete de la Ley 7/2011, de 26 de diciembre, del Impuesto sobre instalaciones que incidan en el medio ambiente de la Región de Murcia, por posible vulneración de los artículos 133.2, 156.1 y 157.3 de la Constitución, en relación con el artículo 6.3 de la Ley Orgánica 8/1980, de 22 de septiembre, de Financiación de las Comunidades Autónomas, en su redacción posterior a la modificación operada mediante la Ley Orgánica 3/2009, de 18 de diciembre ante la eventual existencia de duplicidad impositiva entre el Impuesto sobre Actividades Económicas y el Impuesto murciano sobre instalaciones que incidan en el medio ambiente en lo que se refiere a las actividades de producción de energía eléctrica. La Sala, acuerda Plantear al Tribunal Constitucional cuestión de inconstitucionalidad por infracción de los artículos 133.2, 156.1 y 157.3 de la Constitución, en su relación con el artículo 6.3 de la Ley 8/1980, de 22 de septiembre, Orgánica de Financiación de las Comunidades Autónomas, conforme a su redacción en la Ley Orgánica 3/2009, de 18 de diciembre, del artículo 6 de la Ley 7/2011, de 26 de diciembre (Impuesto sobre Instalaciones que incidan en el medio ambiente de la Región de Murcia), en sus apartados dos (Hecho imponible), seis (base imponible), siete (cuota tributaria). Para ello antes de entrar en el análisis de la cuestión de fondo hace unas precisiones (FJ1), recuerda la doctrina de la STC 122/2012, de 5 de junio, y la interdependencia entre la pretensión procesal, proceso y resolución judicial (SSTC 174/1998, de 23 de julio y 146/2012, de 5 de julio). En conclusión, la comparación de las bases imponibles del impuesto autonómico controvertido y del impuesto sobre actividades económicas, una vez puesta en relación con los restantes elementos de ambos tributos, no aporta unos criterios distintivos que sean suficientes para poder afirmar que el Impuesto murciano sobre instalaciones que inciden en el medio ambiente contemplado en la Ley 7/2011 tiene un hecho imponible distinto del impuesto sobre actividades

económicas y, por tanto, no supera la prohibición establecida en el art. 6.3 de la LOFCA respecto a la creación de tributos propios por las Comunidades Autónomas. Es de recordar además, que ese Tribunal Constitucional, en su sentencia 79/2006, concluyó que el Impuesto sobre instalaciones que incidan en el medio ambiente regulado en la Ley 7/1997 de la Asamblea de Extremadura gravaba la misma fuente de riqueza sometida a tributación por el impuesto sobre bienes inmuebles (STC 179/2006 , FJ 5), no siendo además un tributo extrafiscal «en la medida en que no grava directamente la actividad contaminante sino la mera titularidad de unas determinadas instalaciones» (STC 179/2006, FJ 6), dado que en su estructura «desconecta la cuantía del gravamen de la potencial actividad contaminante - o, dicho de otro modo, desconoce el principio en virtud del cual "quien contamina paga"- al cuantificar el gravamen tomando como referencia exclusivamente el valor de las instalaciones», lo que nos llevó a concluir que vulneraba el artículo 6.3 LOFCA (STC 179/2006, FJ 8). Sólo queda por precisar el alcance concreto que deba atribuirse a la declaración de inconstitucionalidad que se plantea. Pues bien, por exigencia del principio de seguridad jurídica (art. 9.3 CE) y al igual que ese Tribunal Constitucional he hecho en la sentencia 179/2006, de 13 de junio y 22/2015, de 16 de febrero, con respecto al impuesto extremeño sobre instalaciones que inciden en el medio ambiente, y en las SSTC 196/2012, FJ 5, y 60/2013, FJ 7, en relación con el impuesto castellano-manchego sobre determinadas actividades que inciden en el medio ambiente, únicamente han de considerarse situaciones susceptibles de ser revisadas con fundamento en la Sentencia que se dicte aquellas que, a la fecha de publicación de la misma, no hayan adquirido firmeza por haber sido impugnadas en tiempo y forma y no haber recaído todavía en ellos una resolución administrativa o judicial firme. Por todo lo expuesto, y visto el informe del Ministerio Fiscal, que considera pertinente el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad.

DATOS PROVIDENCIA

Recurso de Casación núm. 990/2018
 Providencia de 17 de mayo de 2018
 Ponente: Excm. Sra. D^a Celsa Pico Lorenzo.

TEMA

Recurso de Casación: inadmisión a trámite por carencia en el recurso de interés casacional objetivo para la formación de la jurisprudencia: escolarización de alumno con necesidades educativas especiales

ASPECTOS EXAMINADOS

- Recurso de casación preparado contra el auto de fecha 13 de diciembre de 2017, dictado por la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de La Rioja, que desestima el recurso de reposición interpuesto contra el auto de fecha 18 de octubre de 2017, dictado por el mismo órgano judicial, en el incidente de ejecución 4/2017, dentro de la ejecución de título judicial 5/2017, derivado del procedimiento seguido por derechos fundamentales 269/2016.
- Se acuerda la inadmisión a trámite por carencia en el recurso de interés casacional objetivo para la formación de la jurisprudencia [artículo 90.4.d) LJCA]. La parte recurrente, bajo el supuesto del apartado c) del artículo 87.1 LJCA "autos recaídas en ejecución de sentencia que resuelven cuestiones no decididas, directa o indirectamente, en la sentencia", pone de manifiesto, en su escrito de preparación al recurso de casación, la infracción del artículo 71.2 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa 29/1998 y del artículo 157_1-a) de la Ley Orgánica de Educación 2/2006, así como la jurisprudencia dictada en su aplicación, en particular, la sentencia en interés de ley de 30 de marzo de 2012 (recurso 94/2010). Dichas vulneraciones no revisten interés casacional en la medida que, sobre la interpretación del artículo 71_2 de la LJCA (contenido discrecional de actos anulados) ya existe jurisprudencia. Además el pronunciamiento realizado por la Sala de instancia se produjo en atención a las circunstancias del caso, a fin dar cumplimiento efectivo de lo acordado por la sentencia dictada, analizando la prueba practicada, en la que se tiene en cuenta el desarrollo social del menor, con ausencia probatoria que desvirtúe las conclusiones alcanzadas, lo que en última instancia supone cuestionar la valoración probatoria sobre los hechos llevada a cabo por el órgano de instancia, estando excluido del recurso de casación, conforme establece el artículo 87 bis 1 de la LJCA. Sobre la infracción del artículo 157.1-a) de la Ley Orgánica de Educación 2/2006, así como la jurisprudencia dictada en su aplicación, en particular, la sentencia en interés de ley de 30 de marzo de 2012 (recurso 94/2010), de la misma podemos extraer que, precisamente el supuesto que concurre en este caso, esto es, escolarización de alumno con necesidades educativas especiales, se contempla como excepción a esa ratio legal, con previsión normativa expresa en el artículo 87.2 LOE, de lo que no cabe extraer las consecuencias que pretende la parte recurrente. El supuesto previsto en dicha sentencia en interés de ley, se refiere al aumento de la ratio legal como medio de lograr la admisión de

menores en el Centro escogido por los padres y cuyo ideario responde a la formación moral y religiosa que aquéllos pretenden para sus hijos. Lo anterior no concurre en el que es objeto del presente recurso de casación, que, como venimos diciendo, se produce por razón de menores con necesidades educativas especiales por la discapacidad existente, supuesto que la sentencia invocada en interés de ley lo excepciona de la aplicación de dicha doctrina legal, no apreciando por todo ello el interés casacional demandado.

DATOS SENTENCIA

Recurso Ordinario de Casación núm. 648/2017

Sentencia núm.1187/2018

Fecha Sentencia: 10 de julio de 2018

Ponente: Excmo. Sr. D. Pablo Lucas Murillo de la Cueva.

TEMA

Procedimiento de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales: convocatoria de elecciones al Parlamento de Cataluña: sistema de representación proporcional.

ASPECTOS EXAMINADOS

- Recurso contencioso administrativo núm. 648/2017, sobre derechos fundamentales, interpuesto contra el Real Decreto 946/2017, de 27 de octubre, de convocatoria de elecciones al Parlamento de Cataluña y de su disolución.
- La Sala, después de recordar que el presente recurso contencioso-administrativo se ha interpuesto por el procedimiento de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales contra el Real Decreto 946/2017, de 27 de octubre, de convocatoria de elecciones al Parlamento de Cataluña y de su disolución, expone que el referido Real Decreto fue dictado por el Presidente del Gobierno en virtud de las atribuciones que asumió tras la aprobación por el Senado de las medidas requeridas por el Gobierno en aplicación del artículo 155 de la Constitución. Tal como ponen de manifiesto, el Abogado del Estado y el Ministerio Fiscal, el Real Decreto 946/2017 se limita a aplicar las normas estatutarias catalanas que establecen el número total de escaños del Parlamento de Cataluña y cuántos se eligen en cada una de las cuatro circunscripciones que también quiere que sean las provincias de Barcelona, Tarragona, Lérida y Gerona. Por otra parte, como también señalan el Abogado del Estado y el Ministerio Fiscal, el Tribunal Constitucional se ha pronunciado ya sobre el sentido que tiene la expresión "sistema de representación proporcional" del artículo 152.1 de la Constitución, que es, precisamente, orientador y no se corresponde, por lo que hace a la distribución de los escaños entre las circunscripciones electorales, con una determinada solución técnica. Así, pues, el hecho de que la proporcionalidad no sea matemáticamente exacta en función de la población o del censo electoral no significa que las prescripciones estatutarias infrinjan la Constitución ni que infrinjan el derecho del recurrente a la igualdad. En realidad, son variados los factores que inciden en la mayor o menor proporcionalidad de un sistema electoral: el número total de miembros de la asamblea legislativa, la decisión de cuáles y cuántas han de ser las circunscripciones, la asignación de escaños a cada una, el método de conversión de los votos en escaños, figuran entre ellos y, su combinación influye en la composición final de la cámara, del mismo modo que influye la naturaleza del sistema de partidos. Por eso, no se puede atribuir al calificativo de proporcional que utilizan tanto la Constitución (artículo 152.1), cuanto el Estatuto de Autonomía (artículo 56) el significado que le atribuye el recurrente. Y no está en discusión que haya proporcionalidad en la distribución de escaños que procede de 1979 pues, aunque corregida, sí juega en el reparto que se ha hecho entre las cuatro provincias catalanas. Lo que la demanda reclama es que sea mayor o, si se prefiere, plena de acuerdo con los presupuestos de los que parte. Naturalmente, no son neutros políticamente los efectos de la distribución que se hizo entonces de igual modo que no lo serían los de la que propone el recurrente, pero esa es una decisión legítima del estatuyente catalán que, por otra parte, no se aparta de la seguida por la Constitución en el artículo 68 pues, si bien dice que los diputados se elegirán atendiendo a criterios de representación proporcional, ese mismo precepto establece elementos que la modulan: el número máximo y mínimo de miembros que han de componer el Congreso de los Diputados, las asignaciones de un mínimo inicial a cada circunscripción y, especialmente, la propia elección de la provincia como circunscripción, habida cuenta de las grandes diferencias de población que se dan entre muchas de ellas. Asegurar a circunscripciones menos pobladas una representación parlamentaria superior a la que les correspondería en función de su población según criterios de estricta proporcionalidad, es, como recuerda el Ministerio Fiscal, una opción legítima del legislador. En fin, es cierto que Cataluña carece de una propia ley electoral y que las elecciones a su Parlamento se siguen rigiendo en lo sustancial y, desde luego, en lo que ahora se discute, por la disposición transitoria cuarta del derogado Estatuto de Autonomía de 1979, la que ha aplicado el Real Decreto 946/2017. No obstante, más allá de la singularidad que significa

su permanencia ya por casi cuarenta años, tampoco implica una infracción, ni de la Constitución, ni del Estatuto de Autonomía de Cataluña, ni vulnera ningún derecho del Sr. XXX que ha podido ejercer el de sufragio como cualquier otro elector de Barcelona. En efecto, no hay un vacío que impida a los electores censados en Cataluña ejercer ese derecho fundamental mediante un sistema electoral que responda a los patrones de la representación proporcional en los términos que se han dicho y la regulación transitoria que viene perdurando solamente puede ser sustituida por la ley electoral que apruebe el Parlamento de Cataluña por mayoría de dos tercios de sus miembros (artículo 56.2 del Estatuto de Autonomía) o por la reforma del propio Estatuto que exige en el Parlamento de Cataluña esa misma mayoría de dos tercios, además de otros requisitos (artículos 222 y 223).

DATOS SENTENCIA

Sentencia núm. 530/2018

Fecha Sentencia: 16/05/18

Recurso de casación en unificación de doctrina nº 3976/16

Ponente: Excmo. Sr. D. Ángel Antonio Blasco Pellicer.

TEMA

Procedimiento de oficio: legitimación activa TGSS.

ASPECTOS EXAMINADOS

- La cuestión a unificar consiste en determinar si la TGSS tiene legitimación activa para promover mediante demanda el proceso de oficio ante la Jurisdicción Social, de conformidad con el art. 148 b) LRJS, en un procedimiento sancionador iniciado por Acta de infracción extendida por la Inspección de Trabajo y Seguridad Social por falta de alta y cotización a la Seguridad Social. La sentencia de Suplicación estimó de oficio la excepción de falta de legitimación activa de la TGSS, anulando y dejando sin efecto la sentencia de instancia que había estimado la demanda de oficio formulada por la TGSS contra el Concello de Poio, declarando que la relación que había venido uniendo a la trabajadora bajo la fórmula de contratos administrativos de prestación de servicios, era de naturaleza laboral. Consideró que el procedimiento de oficio se incardina en el procedimiento sancionador, generalmente a fin de determinar si la relación que justifica la infracción es o no laboral, y que la TGSS carece de competencias ejecutivas, no tiene potestad sancionadora, lo que impide que pueda ser considerada autoridad laboral a los efectos del art. 148 LRJS.
- La sentencia que examinamos hace referencia a otras anteriores que recogen la doctrina de la Sala, que pone de relieve que, a pesar del trasvase competencial llevado a cabo por la LRJS respecto del control jurisdiccional de la potestad sancionadora de la Administración en materia laboral, las Actas de infracción y de liquidación vinculadas a la cotización y a los actos de gestión recaudatoria, y las sanciones impuestas por la Administración laboral en estas materias, siguen siendo recurribles ante el orden jurisdiccional contencioso-administrativo (arts. 2.s) y 3.f) LRJS). En tales supuestos ocurre que, en algunas ocasiones, la actividad liquidatoria y sancionadora tiene como presupuesto la existencia de una relación laboral, cuya calificación corresponde a los órganos jurisdiccionales del orden social. En consecuencia, si se impugna el acta de infracción o de liquidación discutiéndose la naturaleza laboral de la relación jurídica objeto de la actuación inspectora, la autoridad laboral viene obligada a promover el procedimiento de oficio para que el órgano jurisdiccional del orden social clarifique si ha existido o no una relación laboral, como cuestión prejudicial a efectos de que la autoridad administrativa pueda resolver, con base en ello, si proceden o no la liquidación y la sanción propuestas por la Inspección de Trabajo y Seguridad Social. El art. 148 d) de la LRJS establece que podrá iniciarse el Procedimiento de Oficio a consecuencia de “las comunicaciones de la autoridad laboral cuando cualquier acta de infracción o de liquidación levantada por la Inspección de Trabajo y de Seguridad Social, relativa a las materias de Seguridad Social excluidas del conocimiento del orden social en la letra f) del art. 3, haya sido impugnada por el sujeto responsable con base en alegaciones y pruebas que, a juicio de la autoridad laboral, puedan desvirtuar la naturaleza laboral de la relación jurídica objeto de la actuación inspectora”, esto es, a las actas de infracción o de liquidación vinculadas a la liquidación de cuotas y a los actos de gestión recaudatoria.
- Pone de manifiesto a continuación la Sala del Alto Tribunal que en este tipo de procesos tradicionalmente se ha venido entendiendo que cuando la actual LRJS se refiere a la autoridad laboral, ésta es el órgano administrativo encargado de ejercer la potestad sancionadora. Por ello, siendo la imposición de sanciones una potestad que corresponde a la autoridad laboral, es ésta -la que debe imponer la sanción- la que ostenta la legitimación, no sólo para promover de oficio, a través de la oportuna comunicación, el proceso previsto en el art. 148 d) de la LRJS, sino además para figurar ulteriormente en dicho proceso y durante todo su desarrollo, como parte principal. De este modo, la autoridad laboral, en cuanto defensora de un interés público que trasciende al de los particulares afectados por el mismo y que podría quedar sin defensa en el proceso si se le niega la intervención en él, debe estimarse legitimada en este tipo de procesos a todos los efectos. Tales consideraciones están asumidas normativamente en el artículo 19 del Reglamento General para la imposición de sanciones por infracciones del orden social y para los expedientes de regulación de liquidación de cuotas a la Seguridad Social, aprobado por RD 928/1998, de 14 de mayo, cuya literalidad y su contexto son lo suficientemente expresivos de que la legitimación para promover la demanda en el procedimiento de oficio que prevé el artículo 148 d) LRJS le corresponde al órgano llamado a resolver el expediente administrativo sancionador, criterios que llevan a la Sala a entender legitimada a la TGSS

DATOS SENTENCIA

Sentencia núm. 544/18

Fecha Sentencia: 17/05/18

Recurso de casación en unificación de doctrina nº 3598/16

Ponente: Excmo. Sr^a. D^a. M^a. Lourdes Arastey Sahún.

TEMA

Tutela Derechos Fundamentales (incompetencia jurisdicción; sentencias idóneas a efectos de contradicción; personal estatutario).

ASPECTOS EXAMINADOS

- La sentencia recurrida en casación resuelve un recurso de suplicación interpuesto frente al Auto del Juzgado que aprecia “a limine litis” la falta de competencia del orden jurisdiccional social para conocer de la demanda, criterio que es revocado por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia. La demanda origen de las actuaciones se presenta por quien ostenta la condición de personal estatutario del Servicio Canario de Salud y se articula como una acción de tutela de derechos fundamentales, suplicando que se declare la nulidad radical de la conducta -que se tilda de acoso-, se ordene el cese de la misma y se condene a los demandados al abono de una indemnización en concepto de daños y perjuicios.
- Se interponen sendos recursos de casación para unificación de doctrina por parte del Gobierno de Canarias y de la persona física codemandada. Este segundo litigante invoca como sentencia de contraste, una dictada por la Sala III del Tribunal Supremo, poniendo de manifiesto la sentencia que examinamos que no puede servir a los efectos del art. 219.1 LRJS ya que la contradicción que tal precepto exige, ha de establecerse con las sentencias que menciona el precepto, sin que puedan tenerse en cuenta a estos efectos las de otras Salas del Tribunal Supremo distintas de la Sala de lo Social. La exclusión de estas sentencias se funda en que la función unificadora que la Sala IV tiene atribuida afecta únicamente a la doctrina del orden social, sin que pueda extenderse, de forma directa o indirecta, a otros órdenes jurisdiccionales.
- Sí existe contradicción en relación con la sentencia propuesta por la Administración recurrente, ya que, al igual que en la recurrida, se trata de personal (estatutario y funcionario) cuya relación está, a priori, excluida del ámbito de competencia de los jueces y tribunales de lo Social; si bien tal regla general contiene excepciones legales, que constituyen en los dos supuestos el núcleo del análisis de la competencia. La identidad se da también respecto de la acción ejercitada y la causa de la misma, puesto que los dos demandantes alegan estar sometidos a una situación de acoso, que entienden lesiva para sus derechos constitucionales, en base a la cual ponen en marcha el procedimiento de tutela del art. 177 y ss. LRJS.
Entrando en el fondo del asunto recuerda la sentencia que el art. 2 e) LRJS establece la competencia del orden social de la jurisdicción «Para garantizar el cumplimiento de las obligaciones legales y convencionales en materia de prevención de riesgos laborales, tanto frente al empresario como frente a otros sujetos obligados legal o convencionalmente, así como para conocer de la impugnación de las actuaciones de las Administraciones públicas en dicha materia respecto de todos sus empleados, bien sean éstos funcionarios, personal estatutario de los servicios de salud o personal laboral, que podrán ejercer sus acciones, a estos fines, en igualdad de condiciones con los trabajadores por cuenta ajena, incluida la reclamación de responsabilidad derivada de los daños sufridos como consecuencia del incumplimiento de la normativa de prevención de riesgos laborales que forma parte de la relación funcional, estatutaria o laboral; y siempre sin perjuicio de las competencias plenas de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social en el ejercicio de sus funciones»; así como que el art. 3.1 de la Ley 31/1995, de Prevención de Riesgos (LPRL), dispone que «Esta Ley y sus normas de desarrollo serán de aplicación tanto en el ámbito de las relaciones laborales reguladas en el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, como en el de las relaciones de carácter administrativo o estatutario del personal al servicio de las Administraciones Públicas, con las peculiaridades que, en este caso, se contemplan en la presente Ley o en sus normas de desarrollo. (...). Cuando en la presente Ley se haga referencia a trabajadores y empresarios, se entenderán también comprendidos en estos términos, respectivamente, de una parte, el personal con relación de carácter administrativo o estatutario y la Administración pública para la que presta servicios, en los términos expresados en la disposición adicional tercera de esta Ley, y, de otra, los socios de las cooperativas a que se refiere el párrafo anterior y las sociedades cooperativas para las que prestan sus servicios».
A continuación, argumenta la Sala que lo que aquí se dilucida no es la reclamación frente a la Administración empleadora por el incumplimiento de sus obligaciones en materia de prevención, sino que el actor persigue la salvaguarda de un derecho fundamental cuyo ataque entiende producido en el marco de la relación de prestación de servicios que mantiene con la Administración demandada. No nos encontramos, por tanto, en el marco del art. 2 e) LRJS, sino en el del art. 2 f) LRJS. Añade que el procedimiento para la tutela de derechos fundamentales tiene un cauce y marco distinto y no delimitado por la

legislación ordinaria; lo que la demanda plantea no es una cuestión delimitada a los derechos que para el demandante surgen de la LPRL, sino la lesión de un derecho fundamental que atribuye a dicha Administración en la medida que el sujeto directamente causante de la misma se hallaba también bajo la esfera de su organización (un compañero de trabajo). La circunstancia de que, además, pudiera haberse incurrido en incumplimientos en materia de prevención de riesgos, entre los que se incluyen los riesgos psicosociales, no constituiría nunca el objeto del procedimiento de tutela, cuya cognitio se halla limitada al examen de los derechos fundamentales en juego desde la perspectiva de la norma constitucional (art. 178.1 LRJS). La competencia para conocer sobre tutela de derechos fundamentales del ya mencionado art. 2 f) LRJS se circunscribe a la relación laboral, sin incluir a los empleados públicos que no tengan la condición de laborales. Precisamente, del propio art. 2 f) LRJS -que limita la tutela de los derechos de libertad sindical y del derecho de huelga al personal laboral de la Administración, y del art. 3 c) LRJS - que excluye expresamente la de esos derechos de funcionarios públicos y personal estatutario de los servicios de salud-, refuerzan la idea de que, excluidos esos derechos fundamentales íntima e históricamente ligados al catálogo de derechos de los trabajadores, con mayor motivo debe entender desvinculada de la competencia de los órganos de lo social cualquier pretensión de tutela de otros derechos fundamentales que, pese a tener ese componente tan directo, puedan verse puestos en peligro en el desarrollo de la prestación de servicios. Se concluye, en línea con lo sostenido en la STS/3ª de 8 marzo 2018 (rec. 810/2015), que, de haberse ejercitado una acción tendente a reclamar por infracciones en materia de prevención de riesgos laborales, la competencia para conocer hubiera correspondido al orden social de la jurisdicción, pero en la medida que aduce el acoso laboral continuado del que se considera víctima, estamos dentro del ámbito de protección definido por el artículo 53.2 de la Constitución y el artículo 114.1 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

DATOS SENTENCIA

Sentencia núm. 549/18

Fecha Sentencia: 18/05/18

Recurso de casación en unificación de doctrina nº 3513/16

Ponente: D. Sebastián Moralo Gallego.

TEMA

Despido (socio cooperativista; conducción vehículos transporte por carretera; fraude de ley; levantamiento del velo; competencia orden social; flexibilidad requisito contradicción).

ASPECTOS EXAMINADOS

- En esta sentencia se trata de determinar si la prestación de servicios de conducción de vehículos de transporte por carretera que desempeñaba el actor, se corresponde con un verdadero contrato de trabajo o se enmarca dentro de las previsiones del art. 1.3 letra g) ET, que excluye del ámbito laboral a las personas que realizan esa actividad al amparo de autorizaciones administrativas de las que sean titulares y con vehículos comerciales cuya propiedad o poder directo de disposición ostentan. El demandante es socio de una cooperativa de trabajo asociado que es la titular de las autorizaciones administrativas de transporte, que ha suscrito un contrato de arrendamiento de servicios con una empresa dedicada a esa misma actividad y propietaria de los vehículos que a su vez alquila a la cooperativa, y que ésta pone a disposición del actor.
- La sentencia del Juzgado decretó que la relación tenía naturaleza laboral y calificó el despido como improcedente, condenando solidariamente a la cooperativa en la que estaba integrado el actor y a la empresa de transportes codemandada. La sentencia de Suplicación, objeto del recurso de casación califica la relación jurídica como civil y declara la incompetencia del orden social.
- Pone de manifiesto la Sala del Alto Tribunal que los hechos probados de la sentencia de instancia ya se han incorporado a los antecedentes, pero la Sala de Suplicación no comparte la decisión a la que llega el juez de lo social respecto a la verdadera realidad económica de la actividad de la cooperativa codemandada, motivo por el que concluye lo contrario y revoca la sentencia, todo ello sin introducir modificaciones en el relato de hechos probados, ni cuestionar tampoco ninguno de los datos que refiere la sentencia de instancia. Únicamente se razona que la sentencia no debería de haber entrado en cuestionar la realidad de la cooperativa porque nada se dice en la demanda sobre una posible ficción de su existencia como cooperativa interpuesta, y solo se discute la naturaleza jurídica de la relación que vincula al actor con las demandadas. Por consiguiente, lo que hace en realidad la sentencia recurrida es una distinta valoración de las consecuencias jurídicas a las que deben

conducir, a su juicio, los elementos de hecho a los que se acoge la resolución del juzgado. Ante esta circunstancia entiende la Sala que si la demanda niega la existencia de una verdadera relación laboral y los demandados alegan la incompetencia del orden social de la jurisdicción por sostener que no se trata de un contrato de trabajo, el órgano judicial dispone de libertad para analizar todas las circunstancias concurrentes a la hora de decidir sobre una cuestión que es de naturaleza indisponible y orden público procesal por afectar a la propia competencia del orden social de la jurisdicción.

- Igualmente se hace referencia a que los criterios de contradicción deben aplicarse con la necesaria flexibilidad que permita cumplir adecuadamente con lo que es la finalidad del recurso de casación para la unificación de doctrina, ya que, ante la realidad social actual en la que proliferan las prestaciones personales de servicios que se articulan bajo el amparo de diversos contratos civiles y mercantiles, le corresponde al Tribunal, en cumplimiento de su responsabilidad de unificación doctrinal, remarcar con carácter general y aplicar, en cada caso, las notas específicas que definen el contrato de trabajo a fin de que los órganos judiciales puedan realizar con respaldo jurisprudencial claro su difícil labor de resolver cada uno de los conflictos que sobre tales cuestiones se les vayan planteando.
- Entrando en el fondo del asunto la sentencia parte del art. 1.3 g) ET que dispone que "se entenderá excluida del ámbito laboral la actividad de las personas prestadoras del servicio de transporte al amparo de autorizaciones administrativas de las que sean titulares, realizada, mediante el correspondiente precio, con vehículos comerciales de servicio público cuya propiedad o poder directo de disposición ostenten, aun cuando dichos servicios se realicen de forma continuada para un mismo cargador o comercializador". La Sala hace una breve referencia histórica a la situación que dio lugar a la introducción de esta norma, que no se encontraba en la redacción original del Estatuto de los Trabajadores y que fue añadida por la Ley 11/1994, de 19 de mayo, cuya singularidad reside en la expresa mención que hace a la concreta actividad del transporte para excluirla específicamente del ámbito del derecho del trabajo, a pesar de que su primer párrafo ya contiene una previsión en la que dispone la exclusión en general, de todo trabajo que se efectúe en desarrollo de relación distinta de la que define el apartado 1. También se hace un examen de la Jurisprudencia sobre la materia anterior al Estatuto de los Trabajadores que asentó el criterio de calificar la relación jurídica como laboral cuando la aportación de la mano de obra era el elemento determinante de la contratación respecto al valor económico del vehículo del que era propietario el conductor, mientras que se mantuvo la calificación del contrato como mercantil cuando la relevancia económica del vehículo era especialmente trascendente y superior en valor a la mera aportación personal de mano de obra. Se adentra luego la sentencia en el análisis de la STC 227/1998, de 26 de noviembre, con la que se avaló la constitucionalidad de la norma, y en la que se identifican los criterios que justifican una regla tan específica para excluir del ámbito del derecho del trabajo una determinada actividad económica, con la imposición automática de unos criterios objetivos que eliminan cualquier otro margen de valoración de la eventual concurrencia de los elementos generales que caracterizan la existencia de una relación laboral conforme al art. 1. 1 ET. Concluye esta sentencia del TC, que el "criterio de la autorización administrativa exigido a los transportistas con vehículo propio a partir de un cierto tonelaje refleja la importancia del medio de transporte en el desarrollo de la actividad, que es indicativa a su vez del carácter por cuenta ajena o por cuenta propia del servicio de transporte realizado".
- A continuación se aborda por la sentencia la cuestión de decidir la verdadera calificación jurídica que merece el desempeño de la actividad de transporte, cuando es prestada bajo el paraguas de una cooperativa de trabajo asociado, de tal forma que la singularidad, complejidad e indeterminación en muchos aspectos del régimen jurídico aplicable a las cooperativas de trabajo asociado no puede servir de cobertura puramente formal para burlar en fraude de ley la norma legal, con la finalidad de eludir las previsiones con las que se ha querido evitar la reiterada utilización de la figura del falso autónomo en el ámbito del transporte de mercancías por carretera como mecanismo de huida del derecho del trabajador, que en su devenir histórico ha motivado las reformas legales a las que se ha hecho alusión, justamente para reconducir la situación a los términos en los que el legislador ha querido restringirla. Entiende la Sala que en estos casos debe aplicarse la doctrina del "levantamiento del velo", para discernir la posible existencia de una actuación fraudulenta con la que se busca perjudicar los derechos de los trabajadores con la utilización en fraude de ley de cualquiera de las distintas formas societarias que admite nuestro ordenamiento jurídico, creando entidades ficticias carentes de cualquier actividad económica real, y que, por ello, vulneran las reglas que permiten su constitución.
- La sentencia hace examen de diversos preceptos de la Ley 27/1999, de 16 de julio, y en concreto de su art. 80.1 que dispone que "Son cooperativas de trabajo asociado las que tienen por objeto proporcionar a sus socios puestos de trabajo, mediante su esfuerzo personal y directo, a tiempo parcial o completo, a través de la organización en común de la producción de bienes o servicios para terceros. También podrán contar con socios colaboradores. La relación de los socios trabajadores con la cooperativa es societaria". Se destaca que elemento relevante para encontrar solución al problema planteado es que la actividad de esta clase de cooperativas consiste en la organización en común de la producción de bienes o servicios para terceros, añadiendo que "No es admisible que la cooperativa eluda esa obligación, y se limite, pura y simplemente, a dar cobertura formal a situaciones con las que se pretende en realidad eludir las normas laborales que hubieren resultado de aplicación en el caso de que la actividad fuese realizada directamente a título individual por el trabajador, o mediante cualquier otro tipo de entidad empresarial no constituida bajo la fórmula de una cooperativa de trabajo asociado".

Trasladando estos criterios al supuesto de autos, se destaca que esta clase de cooperativistas pueden ser titulares de las autorizaciones administrativas de transporte a que se refiere el art. 1.3.g) ET (art. 41.5 RD 1211/90, Reglamento de la Ley de Ordenación de los Transportes Terrestres), así como que el art. 100 de la Ley 27/1999 contempla específicamente las cooperativas de transportistas entre las diversas clases que regula, y las define como "las que asocian a personas físicas o jurídicas, titulares de empresas del transporte o profesionales que puedan ejercer en cualquier ámbito, incluso el local, la actividad de transportistas, de personas o cosas o mixto, y tienen por objeto la prestación de servicios y suministros y la realización de operaciones, encaminadas al mejoramiento económico y técnico de las explotaciones de sus socios".

- Partiendo de lo anterior la sentencia pone de manifiesto que el problema se traslada entonces a la forma y manera en la que las cooperativas de trabajo asociado utilizan tales autorizaciones en beneficio de sus asociados y la valoración que ese elemento merezca desde la perspectiva jurídica del art. 1.3 g) ET en orden a la exclusión de la laboralidad del vínculo en función de todas las demás circunstancias que en cada caso puedan concurrir en la prestación de este tipo de servicios, esencialmente, en lo que se refiere al mecanismo mediante el que concurre el segundo de los elementos a los que se refiere ese precepto legal, la propiedad o poder de disposición del vehículo utilizado por el prestador del servicio. No sería de apreciar la menor tacha de ilegalidad, afirma la Sala, en aquellos supuestos en los que la cooperativa titular de las tarjetas de transporte haya creado una infraestructura empresarial de la que sea titular, disponiendo de sus propios clientes y de la estructura organizativa y material con la que dar servicios a sus socios en los términos que ya hemos reiterado. Si por el contrario, la cooperativa carece de la más mínima estructura material u organizativa, y su intervención se limita solamente a aportar la titularidad de la tarjeta de transporte y formalizar un contrato de arrendamiento de servicios con una empresa del mismo sector que es la propietaria de los vehículos, y es esta empresa la que dispone de los clientes, la que organiza el trabajo, las rutas y todo lo relativo a la gestión de cada uno de los encargos, hasta el punto de que trata directamente con los conductores sin la intermediación de la cooperativa, estaríamos ante una actuación interpuesta que simplemente busca facilitar la mano de obra para ponerla a disposición de la empresa transportista con la intención de eludir las exigencias que impone el art. 1.3 g) ET, que es lo que, al entender de la Sala, ha ocurrido en el supuesto de autos.

DATOS SENTENCIA

Sentencia núm. 574/18

Fecha Sentencia: 30/05/18

Recurso de casación nº 147/17

Ponente: Excm. Sra. D^a. M^a Milagros Calvo Ibarlucea.

TEMA

Tutela Libertad Sindical (participación de los Sindicatos no firmantes del Convenio en las Comisiones creadas por el mismo; comisiones negociadoras y aplicativas).

ASPECTOS EXAMINADOS

- Esta sentencia resuelve una tutela planteada por el Sindicato Independiente Ferroviario frente al Sindicato de Circulación Ferroviaria y Ferrocarriles de la Generalitat Valenciana, en la que se solicitaba que se reconociera el derecho a la sección sindical del SIF en FGV a estar representada en la Comisión de Seguimiento del Plan de Igualdad entre Mujeres y Hombres en FGV, con el pago de una indemnización por daños morales. Quedó acreditado que La negociación del XII Convenio Colectivo finalizó con la firma del Acta de 28 de febrero de 2008 en la que no tuvo parte el Sindicato demandante, como tampoco suscribió el nuevo PIO incorporado como Anexo II, dirigiendo escrito a la Dirección del FGV el 15 de junio de 2016 en el que comunicaba su adhesión al PIO, a lo que se le dio respuesta negativa, instando el 24-6-2016 ser tenido como miembro de la Comisión de Seguimiento del PIO, con idéntico resultado. La sentencia del TSJ resultó desestimatoria de la demanda, interponiendo recurso de casación el Sindicato demandante.
- El recurrente alega la infracción de los artículos 2.2.d) y 82.b) de la LOLS, de los arts. 82.1, 82.3 párrafo primero y 88 ET, en relación con el art. 12 de dicha Ley y con lo establecido en la Ley Orgánica 3/2007 para la efectiva igualdad entre hombre y mujeres, y de los artículos 14, 28 y 37 CE y Jurisprudencia de aplicación.
- En la sentencia se hace una pormenorizada relación de la Jurisprudencia en torno a la vulneración de la libertad sindical denunciada por los Sindicatos que, sin ser firmantes del Convenio Colectivo, se les excluye de determinadas Comisiones reguladas en dichos convenios, Jurisprudencia que viene determinando que la exclusión de un Sindicato de una Comisión Negociadora supone un atentado al derecho de libertad sindical, cuando la decisión es contraria a la Ley o claramente

arbitraria e injustificada; y que la no suscripción de un Convenio Colectivo no puede suponer para el Sindicato disidente quedar al margen, durante la vigencia del mismo, en la negociación de cuestiones nuevas no conectadas ni conectables directamente con dicho acuerdo, porque su exclusión de alguna de las comisiones creadas por un pacto que no firmó ni asumió por adhesión, puede integrar lesión del derecho a la libertad sindical si el mismo está legitimado para negociar y se trata de comisión de función negociadora (se constituyen para la modificación o creación de reglas nuevas), pero no cuando se trata de comisión aplicadora (tiene por objeto la aplicación o interpretación de alguna cláusula del Convenio Colectivo), en cuya participación es lícito se limite a los firmantes del acuerdo. Se hace referencia concretamente a la reciente sentencia de 15/03/18, rec. 50/17, que aborda esta cuestión y que declara que la exclusión de un Sindicato no firmante del Convenio para formar parte de cualquiera de las comisiones de «administración» del mismo, es totalmente legítima y no vulnera la libertad sindical, en tanto no se acredite que tal diferencia contraría un derecho, o bien se presente desproporcionada o irracional. También se hace referencia a resoluciones en las que se ha introducido una cierta matización a lo expuesto, en cuanto que aunque no forma parte del derecho de negociación colectiva la participación en Comisiones que "tienen atribuidas exclusivamente funciones de interpretación, gestión y administración", no es ésta la doctrina que se ha aplicado cuando el Sindicato que reclama participar en una comisión de aplicación "sí" que participó en la negociación del Convenio, pues en tales casos se ha entendido que el hecho de no dejar participar a este Sindicato en una Comisión de estudio, aunque sea aplicativa o de seguimiento, sí constituye un atentado a su derecho a participar en proporción a su representatividad, en actitud considerada contraria a su actividad sindical.

- De la doctrina expuesta, la sentencia concluye que resulta evidente el distinto tratamiento que recibe la denuncia de vulneración del derecho de libertad sindical cuando se combinan dos elementos: la naturaleza negociadora o meramente aplicativa de las Comisiones o grupos de trabajo que creó un Convenio Colectivo, y de otro lado haber sido firmante del Convenio o no serlo pese a intervenir en la negociación. La unión del factor naturaleza aplicativa de la Comisión o grupo de trabajo con la negativa a la firma del convenio conduce a la solución opuesta a la que propugna el demandante y a la conformidad con lo resuelto en la instancia, de modo que la intervención en la Comisión creada para la aplicación de un acuerdo sobre la igualdad, de un Sindicato que no firmó el Convenio ni tampoco el Acuerdo, aunque mostró posteriormente su voluntad de adhesión al último, por razones de homogeneidad y seguridad jurídicas procesales al no existir razones que aconsejen su modificación, lleva a la desestimación del recurso

DATOS SENTENCIA

Sentencia núm. 592/18

Fecha Sentencia: 5/06/18

Recurso de casación en unificación de doctrina nº 4129/16.

Ponente: Excm. Sra. D^a. Rosa María Virolés Piñol

TEMA

Recurso de Casación para la unificación de doctrina: (incompetencia funcional; inexistencia de afectación general por notoriedad respecto de un conflicto colectivo anterior). Antigüedad. Efectos interruptivos sobre la prescripción de las acciones individuales de reclamación de cantidad que puede producir un proceso previo de conflicto colectivo con conexión respecto a uno posterior.

ASPECTOS EXAMINADOS

- La cuestión que plantea el presente recurso de casación para la unificación de doctrina consiste en determinar los efectos interruptivos sobre la prescripción de las acciones individuales de reclamación de cantidad que puede producir un proceso previo de conflicto colectivo con conexión respecto a uno posterior.
- La trabajadora reclama en su demanda que Telefónica le compute como servicios prestados a efectos de antigüedad en la empresa, los realizados mediante contrato formativo, antes de pasar a prestar servicios con carácter indefinido. Con carácter previo a dicha reclamación se había dictado por la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional, el 20 de julio de 2009, una sentencia en procedimiento de conflicto colectivo, en la que se declaró el derecho de los trabajadores afectados a que se computaran a efectos de antigüedad en la empresa los distintos periodos de servicios prestados en razón a contratos temporales, sea cual fuere la razón de temporalidad y el tiempo transcurrido entre dichos periodos. Dicha sentencia fue confirmada por la Sala Cuarta. Por la misma Sala de lo Social de la Audiencia Nacional se dictó una segunda sentencia de conflicto colectivo, estimatoria igualmente de la pretensión en la que se solicitaba el reconocimiento a efectos de cómputo de antigüedad en la empresa de los periodos de servicio trabajados en virtud de contratos en prácticas o formación, con

independencia de los períodos de interrupción. Dicha sentencia fue igualmente confirmada por sentencia del TS de 5 de noviembre de 2014.

- La cuestión que se plantea, atendiendo a la reclamación de la trabajadora y a la existencia de los referidos procedimientos de conflicto colectivo, es la del cómputo del plazo de prescripción respecto de la reclamación de cantidad efectuada, al amparo de lo dispuesto en el art. 59.1 ET que establece un plazo de prescripción al año de su terminación, en el caso de acciones derivadas del contrato de trabajo que no tengan señalado plazo especial. La parte actora postulaba que su reclamación debía retrotraerse al mes de mayo de 2007, puesto que un año después se había presentado la papeleta de conciliación del primer conflicto colectivo; y la empresa oponía entonces que la reclamación debía retrotraerse al mes de septiembre de 2009, puesto que un año después se había presentado la papeleta de conciliación del segundo conflicto colectivo que formulaba precisamente la cuestión del cómputo a efectos de antigüedad de los contratos de formación y en prácticas.
- La Sala de suplicación rechaza la pretensión de la empresa recurrente, por entender que al equipararse los contratos para formación y en prácticas a un contrato temporal, a la actora en cuestión le son aplicables los efectos del primer conflicto colectivo, por lo que desestima el recurso de Telefónica y confirma la sentencia de instancia, teniendo en cuenta la interrupción del plazo de prescripción de acciones individuales por el inicio de un proceso de conflicto colectivo, que impone el art. 160.6 de la LRJS.
- La Sala entra en el examen de la objeción a la admisión planteada por el Fiscal, referida a la recurribilidad de la sentencia de instancia por razón de la cuantía. Para resolverla hace referencia a la Jurisprudencia sobre la materia, abordando en primer lugar lo relativo a que la cuestión del acceso al recurso de suplicación puede ser examinada, incluso de oficio, en el trámite de dictar sentencia, pues no afecta sólo a ese medio de impugnación, sino que se proyecta sobre la competencia funcional de la Sala, que tiene carácter improrrogable e indisponible y sólo lo es para conocer de recursos de casación unificadora interpuestos frente a resoluciones dictadas en suplicación cuando el recurso de suplicación sea legalmente admisible, lo que conlleva que la viabilidad del recurso de casación unificadora se condiciona a que la sentencia de instancia fuese, a su vez, impugnada en suplicación. En definitiva, el control de la competencia funcional de la Sala para conocer de un recurso de casación para la unificación de doctrina - que pertenece al orden público procesal, cual se deriva de los arts. 9.6, 238.1 º y 240.1 LOPJ -, supone el control sobre la competencia funcional de la Sala de suplicación para conocer del recurso de tal clase.
- A continuación la sentencia pone de manifiesto que la cuantía del litigio no alcanza la mínima exigida por el art. 191.2.g) LRJS para poder acceder a la suplicación, y ni la sentencia de instancia ni la de segundo grado dan explicación alguna al respecto; no teniendo tampoco por objeto el recurso de suplicación interpuesto por la empresa subsanar faltas esenciales del procedimiento generadoras de indefensión, la única puerta de acceso a la suplicación sería la del ordinal b) del art. 191.3 LRJS, es decir, la de la afectación general o múltiple de la cuestión debatida, sobre la que ninguna consideración realizan la sentencia de instancia y la aquí impugnada, y que es la vía que hace valer la empresa recurrente. A este respecto la Sala argumenta que la eventual trascendencia múltiple del asunto no fue invocada en el escrito de demanda, y tampoco en el acto de juicio por ninguna de las partes, que no comparten por tanto la evidencia de que la reclamación posea proyección general. Por otra parte, la única prueba obrante en autos que puede ser tenida en cuenta la constituyen las copias de siete sentencias dictadas por los Juzgados de lo Social de cuatro circunscripciones diferentes conociendo de las demandas presentadas por otros tantos trabajadores en relación con el problema suscitado en el proceso, lo que pone de relieve que la litigiosidad es plural, pero no evidencia que exista una situación de controversia generalizada sobre los derechos de gran número de los trabajadores contratados en su día por Telefónica mediante contratos formativos. Y concluye afirmando que "Es cierto, por último, que esta Sala ha señalado que existe afectación general por notoriedad cuando la reclamación individual se fundamenta en el pronunciamiento recaído en un proceso de conflicto colectivo seguido con el mismo objeto, supuesto en el que la previa tramitación del pleito colectivo acredita por sí misma la concurrencia de un interés general no pacífico (entre las más recientes, SSTs 23/09/2015, rec. 1647/2014; 20/09/2016, rec. 3335/2016; y 03/10/2017, rec. 3628/2015. Pero esta doctrina no es aplicable en un caso como el actual en el que no se discute ya la cuestión que se debatió en el proceso colectivo, que resulta pacífica, sino otra distinta relacionada con la eficacia interruptiva de la prescripción de otro conflicto distinto de aquél en el que tiene origen la demanda individual". Por tanto, al no existir afectación generalizada la Sala entiende que la cuestión debatida no tiene acceso a la casación para la unificación de la doctrina.

DATOS SENTENCIA

Sentencia núm. 606/18

Fecha Sentencia: 7/06/18

Recurso de casación en unificación de doctrina nº 2013/16

Ponente: Excm.a Sra. D^a. María Luz García Paredes

TEMA

Despido (imposibilidad revisión fáctica en casación unificadora).

ASPECTOS EXAMINADOS

- La cuestión suscitada en el recurso de casación para la unificación de doctrina se centra en determinar si la revisión de los hechos probados que se ha admitido en fase de suplicación se ha ajustado a las reglas procesales que rigen el recurso en ese extremo.
- La Sala del Alto Tribunal señala en primer lugar que la finalidad institucional del recurso de casación para la unificación de doctrina determina que no sea posible en este excepcional recurso revisar los hechos probados de la sentencia recurrida ni abordar cuestiones relativas a la valoración de la prueba pues es claro que el error de hecho no puede fundar un recurso de casación para la unificación de doctrina, como se desprende de los artículos 219 y 222 LRJS, y ello tanto si la revisión se intenta por la vía directa de la denuncia de un error de hecho como si de forma indirecta, haciendo referencia a la abundante Jurisprudencia sobre la materia. Pone de manifiesto que la finalidad de este recurso es “evitar una disparidad de criterios susceptibles de producir un quebranto en la unificación de la interpretación del derecho y en la formación de la jurisprudencia; quebranto que no se produce cuando el órgano judicial parte de una distinta apreciación de los hechos, que -acertada o no- no puede corregirse a través de este recurso”
- La parte recurrente, en el escrito de preparación del recurso ya especificaba que “la controversia se suscita en relación a la interpretación y aplicación al supuesto de hecho de los requisitos a tener en cuenta para la procedencia de la revisión fáctica de la sentencia de instancia”, sin ninguna referencia a otras cuestiones o controversias. El escrito de interposición del recurso realiza un análisis de la contradicción en relación con la revisión de los hechos probados en vía de recurso de suplicación y formula dos motivos de infracción de norma. Pues bien, entiende la Sala que el planteamiento del recurso debe ser rechazado porque lo que está pretendiendo la parte es que la Sala proceda a la revisión de los hechos probados de la sentencia recurrida, para adaptarlos a los de la sentencia de contraste por el simple hecho de que las circunstancias que rodearon la extinción de los respectivos contratos son las mismas al ser los demandantes de uno y otro proceso compañeros de trabajo. Esto es, se quiere eludir los hechos probados de la sentencia recurrida cuando el recurso de unificación de doctrina no contiene previsión legal que permita tal consecuencia cuando el art. 224.2 de la LRJS, precisamente, en la remisión que hace al art. 207 de la misma norma, excluye expresamente el apartado d), destinado al error en la apreciación de la prueba. En definitiva, lo que plantea la parte recurrente supone ignorar la naturaleza de este recurso y la finalidad del mismo porque en él sólo han de compararse las consideraciones de alcance doctrinal y efectos decisorios sobre la interpretación de las normas y no de las apreciaciones o valoraciones de hechos que, aunque relevantes en orden a la subsunción, no constituyen propiamente doctrina a efectos de su unificación. Y siendo ese el único punto de contradicción que se ha formulado resulta irrelevante que formule un motivo de infracción de norma destinado a la existencia o no de sucesión empresarial ya que a tal efecto debería haber realizado una relación precisa y circunstanciada de la contradicción en orden a esa cuestión, como requisito previo exigido en el art. 224.1 a) de la LRJS, en relación con el apartado 2 del mismo precepto procesal.

DATOS SENTENCIA

RECURSO DE CASACIÓN nº 44/2017.

Sentencia nº. 52/2018

Fecha Sentencia: 05/06/2018.

Ponente, Excm. Sra. D^a. Clara Martínez de Careaga García.

TEMA

Delito de insulto a superior en su modalidad de «injurias en su presencia».

ASPECTOS EXAMINADOS

- El Código Penal Militar de 1985 contemplaba esta figura delictiva en su Artículo 101 disponiendo que *el militar que, sin incurrir en los delitos previstos en los artículos anteriores, coaccionare, amenazare o injuriare en su presencia, por escrito o con publicidad a un superior será castigado con la pena de tres meses y un día a dos años de prisión.*
- En esta sentencia se analiza este delito deslindándolo de la infracción disciplinaria conocida como “la falta de subordinación”. Resulta especialmente ilustrativo reproducir literalmente las siguientes argumentaciones:

<<1. Con el tercer motivo de recurso, por infracción de ley y al amparo del artículo 849.1 de la LECrim, el recurrente denuncia indebida aplicación del tipo previsto en el artículo 101 del Código Penal Militar de 1985, conforme al cual se han calificado los hechos, estimando que las expresiones que se recogen en los hechos probados debieron ser sancionadas disciplinariamente no teniendo entidad para considerarse punibles.

Para sostener dicha alegación cita dos Sentencias de esta Sala que confirmaron las sanciones impuestas por la comisión de sendas faltas graves del apartado 16 del artículo 8 de la entonces vigente Ley Orgánica 11/1991, de Régimen Disciplinario de la Guardia Civil, consistentes en la "falta de subordinación cuando no constituya delito", dándose la circunstancia de que la conducta de los inferiores hacia el superior había consistido en decir, en un caso, "quien mierda eres para pedirme la documentación", y en el otro, "eres un mierda" y "vete a tomar por el culo". Al examinar el motivo debemos atenernos al tenor de la relación fáctica probatoria, de inexcusable observancia dada la vía casacional elegida y no haberse intentado siquiera la modificación de dicha narración histórica.

2. Esta Sala viene reiteradamente recordando (Sentencia de 24 de abril de 2013, en la que, a su vez, se citan las de 13 de enero de 2000, 2 de noviembre y 3 de diciembre de 2004, 30 de noviembre de 2011 y dos de febrero de 2012, entre otras) que "el delito de insulto a superior, además de tutelar la dignidad personal del ofendido, protege, muy especialmente, la disciplina militar", y que "el delito de que se trata es pluriofensivo por cuanto que el bien jurídico que el tipo penal protege comprende tanto la dignidad del sujeto pasivo, ofendido por el sujeto inferior en el orden jerárquico, como el valor disciplina considerado elemento esencial de adhesión interna en la organización castrense".

En primer lugar, las palabras del acusado cuando el Sargento David le confirmó que había sido él quien había dado el parte por el que se le acababa de incoar un expediente por falta leve, diciéndole "Usted que clase de hombre es", "eres un mierda" y "eres una puta mierda", deben considerarse objetivamente graves y lesivas para la dignidad del destinatario de tales expresiones que las recibe en su presencia, en el Patio de Armas del Acuartelamiento. Son palabras manifiestamente insultantes, ofensivas, despectivas y agraviantes, constituyendo la invitación "a dirigirse hacia detrás de la compañía para arreglar el asunto" una manifestación desafiante, conducta con la que lesionó no solo la dignidad del superior sino también la disciplina.

La entidad del insulto verbal, que fue precedido por una expresión de menosprecio del acusado hacia el Sargento, pone de manifiesto no solo la entidad de la injuria sino la intención inequívocamente ofensiva del autor, entendida como comprensiva del dolo genérico concurrente referido al conocimiento de los elementos objetivos del tipo y actuación a sabiendas de su ilicitud, sin necesidad de otros específicos elementos tendenciales que el tipo penal de injurias definido en el art. 208 del Código Penal, no exige (en el mismo sentido, Sentencia de 15 de septiembre de 2003).

La jurisprudencia de esta Sala (contenida, entre otras, en nuestras Sentencias 13.01.2000; 15.05.2001; 17.05.2001 y 26.06.2003), viene considerando gravemente injuriosas expresiones análogas a las proferidas en este caso por el recurrente, atendida su literalidad, la valoración que merecen en el concepto público y la situación puntual de

dirigirse por un militar a otro superior en el empleo, calificación que se viene manteniendo aunque se profiera en circunstancias ajenas a la realización de un acto propio del servicio.

En segundo lugar, y siendo así que, como hemos señalado, el tipo tiene carácter pluriofensivo y protege junto a la dignidad y el honor del sujeto pasivo inmediatamente ofendido, el valor disciplina que resulta consustancial en cuanto factor de cohesión dentro de la organización castrense (art. 11 RROO), así como el deber de todo militar de ser respetuoso con sus Jefes (art. 35 RROO), esta Sala ya ha tenido ocasión de precisar (Sentencia de 24 de abril de 2013) que "Si se produce lesión de la dignidad existe injuria, y, cualquiera que sea la entidad de ésta, quebrantamiento grave de la disciplina, siendo entonces los hechos subsumibles en el art. 101 del Código Penal Militar. Con ello la conducta de un militar que injuria a un superior, en su presencia, siempre resultará constitutiva de delito porque así lo impone inexorablemente la esencialidad del valor de la disciplina en el seno de la Institución Militar, toda vez que la especial naturaleza del delito militar derivada del carácter pluriofensivo de las injurias que recoge el art. 101 del Código Castrense, que tutela no sólo la dignidad personal del superior, sino, y como se ha indicado, especialmente el bien jurídico de la disciplina, esencial en una organización jerárquica como es la militar, hace que cualquier expresión injuriosa de entidad y trascendencia en relación con la disciplina, dirigida por el inferior al superior en su presencia, resulte constitutiva del delito (Sentencias de esta Sala de 13 de enero de 2000, 3 de junio de 2005, 31 de marzo de 2009 y 30 de noviembre de 2011)".

En el mismo sentido, y en cuanto a la alegación de falta de gravedad de los hechos, hemos dicho -Sentencia de esta Sala de 2 de febrero de 2012, en la que se citan las de 15 y 17.05.2001, 26.06 y 15.09.2003, 02.11.2004 y 30.11.2011 -que "las expresiones semejantes a las empleadas por el acusado deben considerarse objetivamente injuriosas, con referencia al tipo homólogo del artículo 208 del Código Penal, y ello sin necesidad de que se cumpla el requisito de la gravedad -por su naturaleza, efectos y circunstancias- de la injuria del párrafo segundo del artículo 208 mencionado, por la especificidad misma del delito militar - artículo 5 del Código Penal Militar y Sentencias de esta Sala de 13 de enero de 2000 y 2 de noviembre de 2004 -".

Siendo ello así, resulta claro que los hechos se inscriben, palmariamente, en el tipo aplicado, por el que se condena al recurrente y, en consecuencia, el motivo debe ser desestimado...>> **(Fundamento Jurídico Sexto).**

DATOS SENTENCIA

RECURSO DE CASACIÓN nº 06/2018.

Sentencia nº. 54/2018

Fecha Sentencia: 20/06/2018.

Ponente, Excmo. Sr. D. Ángel Calderón Cerezo.

TEMA

Delito de extralimitación en el ejercicio del mando en su modalidad de «exceso arbitrario en el ejercicio de las facultades de mando».

ASPECTOS EXAMINADOS

- El vigente Código Penal Militar de 2015 contempla esta figura delictiva en su Artículo 65 de forma idéntica a como lo hacía el ya derogado Código de 1985, disponiendo que *el militar que en el ejercicio del mando se excediere arbitrariamente de sus facultades o, prevaleciéndose de su empleo, cargo o destino, cometiere cualquier otro abuso grave será castigado con la pena de tres meses y un día a dos años de prisión.*
- En esta sentencia se analizan distintos aspectos de este delito, sintetizando y citando abundante doctrina jurisprudencial de la Sala Quinta del Tribunal Supremo. Resulta relevante en este sentido reproducir las siguientes argumentaciones:

<<A lo largo del FD Tercero en la sentencia se razona exhaustivamente sobre el fundamento de la subsunción de los hechos en el tipo apreciado, expresando en detalle los elementos tanto objetivos como subjetivos del delito de que se trata y su concurrencia en el caso, con referencia también certera a la jurisprudencia aplicable.

El recurrente por su parte reitera en el desarrollo del motivo los mismos argumentos exculpativos ya aducidos en la instancia jurisdiccional consistentes, en síntesis, en que el soldado había incurrido en una serie de incumplimientos con relevancia disciplinaria corregibles por dicho teniente como mando inmediatamente superior, quien optó en el caso por recriminarle su comportamiento en la forma que lo hizo en lugar de sancionarle en la vía

disciplinaria; justificando la circunstancia del día festivo y la hora nocturna elegidos para ello en la plena disponibilidad que vinculaba al soldado en función del servicio que tenía asignado.

Estas alegaciones, en su momento rechazadas por el tribunal sentenciador, carecen de virtualidad para justificar la actuación del mando como pretende quien recurre. La conducta enjuiciada pone de manifiesto un comportamiento que excediendo de lo meramente irregular se inscribe en lo abusivo y arbitrario que sin esfuerzo integra la extralimitación punible tipificada en el primer inciso del art. 138 CPM de 1985 (coincidente con el actual art. 65 CPM de 2015).

La decisión del teniente para proceder como lo hizo, tuvo su origen en la contrariedad o disgusto que le produjo el hecho de que el soldado le preguntara por el motivo del cambio de la orden de recogerle al día siguiente en coche oficial, así como el enterarse que la novia de éste había proferido algún comentario despectivo hacia su persona. La reacción que se dice encaminada a restablecer la disciplina fue caprichosa, desproporcionada y fruto del mero voluntarismo de su autor, quien en todo momento se condujo al margen de cualquier uso racional y legítimo de las facultades propias de su mando.

En el episodio que describen los hechos probados están presentes actos coactivos, amenazadores y de privación de libertad injustificada durante tres horas y media en día festivo y hora nocturna. Como se dice se trata de una actuación insólita en su irregularidad, sólo explicable en el contexto de la situación creada y mantenida por el teniente en el desenvolvimiento de sus funciones al frente de la secretaría del general DAE de que dependía, en unos términos de mero voluntarismo como regla de relación con sus subordinados, propiciado por la falta de control con que obraba en su ámbito de actuación.

Nuestra jurisprudencia recaída a propósito de la aplicación del art. 138 CPM de 1985, sostiene que el bien jurídico que la norma protege radica en asegurar un ejercicio razonable y ponderado del mando militar, para lo que será preciso que no se rebasen los límites que se derivan de la adecuada y exigible relación entre las órdenes del mando y el respeto de los derechos de los subordinados (sentencias de 5 de diciembre de 1989 y 17 de enero de 2006). Decíamos en esta última y en las posteriores de 4 de octubre de 2012; 24 de septiembre de 2013; 19 de mayo de 2014 y 65/2016, de 31 de mayo y auto de 11 de diciembre de 2017, que el desvalor de la conducta y su reprochabilidad penal radica en la actuación abusiva y arbitraria del mando, en términos análogos a la figura de Abuso de autoridad definida en el art. 103 CPM de 1985. Decíamos entonces (sentencia de 17 de enero de 2006) que el elemento objetivo de la conducta del autor, investido de facultades (específicas) de mando respecto del sujeto pasivo subordinado, requiere el componente normativo del ejercicio abusivo de la potestad inherente a la condición de mando superior. «Lo abusivo, que es concepto relativamente indeterminado, resulta equivalente a lo excesivo, desmesurado o desmedido y también a lo injusto o arbitrario y más concretamente al mal uso que se hace de las atribuciones o potestades que corresponden al cargo que se desempeña, utilizándolas para finalidades distintas o desviadas de aquellas para las que están concebidas.

El mando tiene carácter instrumental [...] y su ejercicio se entiende en función del desenvolvimiento racional de las relaciones jerárquicas dentro de las Fuerzas Armadas, de manera que se mantenga la disciplina como factor de cohesión esencial en el ámbito castrense. Dicho de otro modo, el mando tiene carácter servicial y funcional y no se justifica por sí mismo sino por el uso que de éste se hace para la realización de las misiones y cometidos que los Ejércitos o los Institutos Armados tienen asignados. A través del uso del mando responsable, razonable y adecuado a las circunstancias, se articulan las relaciones entre los militares, equilibradas dentro del mutuo respeto que se deben superiores e inferiores en el empleo, sin perjuicio de la posición de jerarquía que asegure el cumplimiento de las órdenes impartidas (nuestras sentencias de 22 de marzo de 1989 y 5 de diciembre de 1989)» (FD Segundo).

La misma sentencia (FD Tercero) se ocupa del tipo subjetivo, asimismo referido al análogo tipo del anterior Abuso de autoridad, trasladable mutatis mutandis al delito apreciado, en el sentido de destacar su comisión dolosa porque «la actuación arbitraria presupone que el sujeto activo obra con conciencia de la antijuridicidad, esto es, queriendo hacer lo que sabe contrario a derecho y por medio de un comportamiento que no tiene su origen en la norma sino en el mero capricho o voluntarismo de quien actúa. La arbitrariedad punible constituye en todo caso presupuesto de la acción, porque lo que se exige para la comisión del delito es la injusticia que se deduce de la ilegalidad evidente, patente, clamorosa, grosera y esperpéntica, según la jurisprudencia de la Sala 2ª del Tribunal Supremo recaída a propósito del delito de prevaricación administrativa».

Concluye el anterior Fundamento de Derecho en que «no basta a estos efectos la ilegalidad o mera irregularidad de la actuación corregible por otras vías, incluso la disciplinaria, pues lo que se castiga en la vía penal es el ejercicio del mando en términos de estruendosa injusticia o de inadmisibles voluntarismo».

Sin haberse alegado error de prohibición, exculpan o atenuante de la responsabilidad (art. 14.3 CP) ni la circunstancia de haber actuado el teniente en el cumplimiento de un deber (art. 20. 7ª CP), concretamente el de corregir como mando las faltas disciplinarias cometidas por los subordinados, se pretende justificar la conducta

penada en función del ejercicio de aquella potestad sancionadora, en términos que menos perjuicio causaran al corregido.

*El alegato no puede acogerse porque se insiste con ello en la concepción arbitraria del ejercicio de las potestades que corresponden por razón de su mando. Con reiterada virtualidad venimos diciendo que la corrección de los hechos con relevancia disciplinaria cometidos por los subordinados en la relación jerárquica militar, solo puede producirse en términos reglados por dicha normativa, esto es, según las previsiones de la actual Ley Orgánica 8/2014, de 4 de diciembre, reguladora del Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas, con proscripción de las vías de hecho que el ordenamiento jurídico no autoriza (sentencias de 29 de abril de 1994; 1 de julio de 1994 ; 15 de febrero de 1997; 23 de febrero de 1998; 17 de febrero de 2003 y más recientemente de 28 de febrero de 2013 y 44/2018 , de 3 de mayo)...>> **(Fundamento Jurídico Séptimo).***

DATOS AUTO

AP Valencia, sec. 5ª,
 Auto nº 519/2018
 Recurso núm. 835/2018
 Fecha Auto 6-6-2018,
 Ponente.: Ilmo. Sr. D. José Antonio Mora Alarcón.

TEMA

Medida cautelar de internamiento en centro semiabierto. Requisitos para su adopción

ASPECTOS EXAMINADOS

- Dispone el artículo 28.1 de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero (EDL 2000/77474), Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores, que el Ministerio Fiscal, cuando existan indicios racionales de la comisión de un delito o el riesgo de eludir la acción de la justicia por parte del menor, podrá solicitar del Juez de Menores, en cualquier momento la adopción de medidas cautelares para la custodia y defensa del menor
- La medida adoptada no tiene sólo una naturaleza penal o restrictiva de derechos, pues es propio de esta jurisdicción también la acción protectora que redunde en beneficio de los propios menores, esto es, supone estar sujetos, dentro de la dinámica del Centro, a unas medidas educativas, de orden y disciplina, que son favorecedores para su desarrollo integral como persona, es decir, se desarrollan pautas sobre los mismos de carácter prosocial integrándolos en el sistema educativo y/o en su caso prelaboral. De todo lo que se colige que la prórroga de la medida cautelar adoptada por el Juez de Menores, resulta ajustada a Derecho

DATOS SENTENCIA

SAP Valladolid, sec. 2
 Sentencia núm. 103/2018
 Recurso núm. 292/2018
 Fecha Sentencia: 16-5-2018,
 Ponente, Ilmo. Sr. D. Miguel Ángel de la Torre Aparicio.

TEMA

Quebrantamiento de condena: incumplimiento de medidas impuestas por los Juzgados de menores por quien ha alcanzado la mayoría de edad.

ASPECTOS EXAMINADOS

- El incumplimiento de medidas impuestas por los Juzgados de menores da lugar al delito previsto en el artículo 468 del Código Penal. Tal precepto contempla el quebrantamiento de condena firme, sin que se distinga la respuesta penal en función del órgano judicial que la dictó. Así pues, la imposición de la medida de internamiento en régimen semiabierto por sentencia firme del Juzgado de menores ha de comprenderse dentro de la expresión "condena" del citado tipo, entendida como la consecuencia jurídica sancionadora impuesta a una persona por el Juzgado o Tribunal competente ante una declaración de responsabilidad penal por la comisión de un hecho delictivo. No ofrece ninguna duda que la medida quebrantada en este caso tiene naturaleza sancionadora penal, sin que le prive de tal carácter el hecho de haberse dictado en sentencia del Juzgado de menores. La Exposición de Motivos de la Ley de la Responsabilidad penal de los menores, en numerosos apartados, considera que se trata de un procedimiento formalmente de naturaleza penal y sus medidas tienen materialmente una finalidad educativa pero también sancionadora.
- En segundo término, en base al artículo 50 de la LO 5/2000, no permite sostener que las incidencias derivadas de la ejecución de las medidas de menores, aunque fueren cometidas por quienes hayan alcanzado la mayoría de edad, como en este caso, deberían quedar dentro del ámbito exclusivo de la Jurisdicción de menores. Dicho precepto se refiere única y expresamente

al quebrantamiento de la medida por quien todavía es menor de edad, abriendo la vía -como se ha dicho- de la incoación frente a él de un nuevo expediente por si el hecho fuese constitutivo de infracción penal (quebrantamiento de condena).

- No existe razón alguna para entender que quien quebrante la medida siendo ya mayor de edad haya de ser rehabilitado en la menor edad y aplicársele la Ley Orgánica 5/2000 en lugar del Código Penal. En efecto, de aplicarle esta Ley de menores se llegaría a la ilógica solución de considerar, a tenor del artículo 50.3, que mientras el quebrantamiento de la medida por quien todavía es menor de edad puede ser merecedor de reproche penal; sin embargo, el quebrantamiento de la medida por quien ya es mayor no merecería reproche penal alguno y sería impune, lo que obviamente no puede ser la voluntad del legislador. La omisión de cualquier referencia al mayor de edad en el referido artículo 50 de la Ley 5/2000 se debe a la sencilla razón de que dicha Ley se limita a regular la responsabilidad penal de los menores de edad penal, no la de los mayores que se rigen por el derecho penal general, compuesto por el Código Penal y Leyes penales Especiales. No tiene sentido lógico, ni jurídico extender las ventajas o principios previstos en la legislación penal de los menores a los mayores de edad fuera de los ámbitos expresamente previstos en dicha L.O. 5/2000; debiendo señalarse, a tal efecto, que el artículo 1 de dicha Ley dispone expresamente que su aplicación se limita a exigir responsabilidad a personas mayores de catorce años y menores de dieciocho por la comisión de delitos, sin que el artículo 14 excluya o impida la aplicación del Código Penal a los hechos ocurridos cuando el autor de los mismos sea ya mayor de edad.

DATOS AUTO

AP Valencia, sec. 5ª

Auto núm. 450/2018

Fecha Auto: A 15-5-2018

Recurso núm. 594/2018

Ponente Ilma. Sra. Dª. Alicia Amor Martín.

TEMA

Medida cautelar consistente en prohibición de aproximación a menos de 100 metros y comunicación del menor.

ASPECTOS EXAMINADOS

- la Sala considera que la realidad es que la situación subyacente evidencia un enfrentamiento entre los denunciante y denunciado - situación esta no negada por el recurrente-, cuyo origen sitúa el denunciado en la provocación constante por parte del tutor, y este último en las constantes inasistencias del menor al instituto y su comportamiento llegando incluso a expulsarle en varias ocasiones, circunstancias que cuando habla con el menor éste se pone en actitud agresiva, siendo una constante en el domicilio y no un hecho aislado. Todo lo expuesto lleva a concluir la idoneidad de la medida adoptada en la resolución recurrida, como vía para evitar la producción de nuevas situaciones de enfrentamiento entre el denunciante y su sobrino menor de edad.

NOVEDADES LEGISLATIVAS**ESTATALES**

Ley 6/2018, de 3 de julio, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2018. BOE de 4 de julio de 2018.

AUTONÓMICAS**CASTILLA LA MANCHA**

Ley 3/2018, de 24 de mayo, de protección y apoyo garantizado para personas con discapacidad en Castilla-La Mancha. BOE de 6 de julio de 2018.

ISLAS BALEARES

Ley 4/2018, de 12 de junio, de modificación de la Ley 4/1991, de 13 de marzo, reguladora de la iniciativa legislativa popular en las Illes Balears. BOE de 13 de julio de 2018.

Ley 5/2018, de 19 de junio, de la vivienda de las Illes Balears. BOE de 13 de julio de 2018.

Ley 6/2018, de 22 de junio, por la que se modifican varias normas del ordenamiento jurídico de las Illes Balears en materia de turismo, de función pública, presupuestaria, de personal, de urbanismo, de ordenación farmacéutica, de transportes, de residuos y de régimen local, y se autoriza al Gobierno de las Illes Balears para aprobar determinados textos refundidos. BOE de 13 de julio de 2018.

NAVARRA

Ley Foral 12/2018, de 14 de junio, de Accesibilidad Universal. BOE de 29 de junio de 2018.

Ley Foral 14/2018, de 18 de junio, de Residuos y su Fiscalidad. BOE de 29 de junio de 2018.

VALENCIA

Ley 11/2018, de 21 de mayo, de modificación de la Ley 10/1994, de 19 de diciembre, de creación del Consell Jurídic Consultiu de la Comunitat Valenciana. BOE de 29 de junio de 2018.

Ley 13/2018, de 1 de junio, de modificación de la Ley 3/1993, de 9 de diciembre, forestal de la Comunitat Valenciana. BOE de 29 de junio de 2018.

Ley 15/2018, de 7 de junio, de turismo, ocio y hospitalidad de la Comunitat Valenciana. BOE de 29 de junio de 2018.

RESEÑA DE ARTÍCULOS DOCTRINALES DE ESPECIAL INTERÉS

“El medio ambiente y la necesidad de coordinación policial como forma de investigación eficaz en el ámbito penal”, Antonio Vercher Noguera. Diario LA LEY, nº 9239, de 16 de julio de 2018.

“¿Existió alguna vez un verdadero derecho penal del trabajo? (1)”, Manuel-Jesús Dolz Lago. Diario LA LEY, nº 9235, de 10 de julio de 2018.

“Anomia, frustración y delito: una propuesta de medición para la variable principal de las teorías clásicas de la frustración”, Marco Teijón. Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología, nº 20, 2018.

Los artículos de la revista La Ley pueden descargarse a texto completo en <http://diariolaley.laley.es> subsección opinión

Los artículos de la Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología pueden descargarse a texto completo en <http://criminnet.ugr.es/recpc/>

ÍNDICE REFERENCIAL POR MATERIAS

ADN

- Valor probatorio de la prueba de ADN. Prueba Pericial: Sec. Penal [STS 283/18 – 13/06/18](#)

ALEVOSIA

- Naturaleza. Circunstancia de carácter predominante Objetivo que incorpora un especial elemento subjetivo que dota a la acción de mayor antijuricidad. Alevosía sobrevenida. Estrangulamiento. Existencia heridas de defensa. Alevosía convivencial. Sec. Penal [STS 299/18 – 19/06/18](#)

ASESINATO

- Asesinato. Naturaleza. Circunstancia de carácter predominante Objetivo que incorpora un especial elemento subjetivo que dota a la acción de mayor antijuricidad. Alevosía sobrevenida. Estrangulamiento. Existencia heridas de defensa. Alevosía convivencial. Sec. Penal [STS 299/18 – 19/06/18](#)

ATENUANTES

- Atenuante analógica de cuasi-prescripción. Sec. Penal [STS 290/18 – 14/06/18](#)

AUTORIA

- Requisitos para apreciar la complicidad en lugar de la coautoría o la cooperación necesaria. Sec. Penal [STS 290/18 – 14/06/18](#)

CADUCIDAD

- Partidos Políticos: acción de anulación del acuerdo por contrariedad a los estatutos, plazo de caducidad. Sec. Civil [STS 420/18 – 03/07/18](#)

COIMPUTADO

- Declaración en sede policial no ratificada. No puede valorarse como elemento corroborador de la declaración de coimputado. Sec. Penal [STS 283/18 – 13/06/18](#)

COMPETENCIA

- Competencia territorial: aceptación de herencia por el tutor. Sec. Civil [ATS 102/18 – 04/07/18](#)
- Cuestión de Competencia: autorización al Gobierno de la Nación para proceder al cese del Presidente de la Generalitat de Cataluña, del Vicepresidente y de los Consejeros que integran el Consejo de Gobierno de la Generalitat de Cataluña y el cese del personal eventual adscrito a los cargos o autoridades que se cesan por el presente Real Decreto Sec. Cont.Adm. [ATS 15/18 – 12/06/18](#)

COMPLICIDAD

- Requisitos para apreciar la complicidad en lugar de la coautoría o la cooperación necesaria. Sec. Penal [STS 290/18 – 14/06/18](#)

CONCURSO

- Concurso real de los delitos de amenazas (art. 171.4 y 5 CP) y de quebrantamiento de la prohibición de comunicación con la víctima (art. 468.2 del CP): bis in ídem. Sec. Penal [STS 303/18 – 20/06/18](#)

CONDICIONES GENERALES DE LA CONTRATACION

- Efectos de la declaración de nulidad de una cláusula suelo por falta de transparencia Sec. Civil [STS 396/18 – 26/06/18](#)

CONTRATO DE TRABAJO

- Trabajo de duración determinada. Principio de no discriminación. Indemnización en el supuesto de extinción de un contrato fijo por concurrir una causa objetiva. Inexistencia de indemnización al finalizar un contrato de interinidad Sec. TJUE [STJUE C-677/16 – 05/06/18](#)

CONYUGE

- Derecho de los ciudadanos de la Unión a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros. Miembros de la familia del ciudadano de la Unión. Concepto de “cónyuge”. Matrimonio entre personas del mismo sexo. Sec. TJUE [STJUE C-673/16 – 05/06/18](#)

COOPERACION JUDICIAL EN MATERIA CIVIL

- Derecho de visita de los abuelos Sec. TJUE [STJUE C-335/17 – 31/05/18](#)

COOPERATIVAS

- Cooperativas de trabajo asociado: régimen jurídico. Fraude de ley Sec. Social [STS 549/18 – 18/05/18](#)

CUESTION DE INCONSTITUCIONALIDAD

- Constitucionalidad del art. 188, apartado primero, párrafo primero de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social. Régimen de impugnación de las resoluciones de los LAJ en la jurisdicción social Sec. Const. [STC 72/18 – 21/06/18](#)
- Planteamiento de Cuestión de Inconstitucionalidad: eventual existencia de duplicidad impositiva entre el Impuesto sobre Actividades Económicas y el Impuesto murciano sobre instalaciones que incidan en el medio ambiente en lo que se refiere a las actividades de producción de energía eléctrica Sec. Cont.Adm. [ATS 3121/16 – 26/06/18](#)

DATOS PERSONALES

- Protección de datos de carácter personal. Facebook. Orden por la que se solicita la desactivación de una página de Facebook (fan page) que permite recoger y tratar determinados datos vinculados a los visitantes de esa página. Sec. TJUE [STJUE C-210/16 – 05/06/18](#)
- Responsable el tratamiento. Autoridades nacionales de control Sec. TJUE [STJUE C-210/16 – 05/06/18](#)

DELITO DE ABUSO SEXUAL

- Abusos sexuales a menor de 16 años. Aplicación subtipo agravado art. 183.4 d), prevaleciendo de una relación de superioridad. Concurrencia. Sec. Penal [STS 287/18 – 14/06/18](#)
- Abuso sexual a menor de 16 años: consentimiento.; referencia al supuesto de asimetría de edad. Sec. Penal [STS 337/18 – 05/07/18](#)
- Delito continuado: jurisdicción competente. Sec. Penal [STS 300/18 – 19/06/18](#)
- Delitos continuados de abuso sexual continuado con prevalimiento. Valoración de la declaración de las menores sobre los hechos e informe de los peritos psicólogos que examinaron a las menores. Interés del menor en delitos contra la indemnidad sexual de los menores Sec. Penal [STS 284/18 – 13/06/18](#)
- Elementos del delito de abuso sexual. Diferencias con la vejación injusta en la tipicidad subjetiva. Sec. Penal [STS 345/18 – 11/07/18](#)
- Prescripción del delito de abuso sexual: no aplicación del cómputo desde la mayoría de edad de la denunciante. Sec. Penal [STS 300/18 – 19/06/18](#)

DELITO DE AMENAZAS

- Concurso real de los delitos de amenazas (art. 171.4 y 5 CP) y de quebrantamiento de la prohibición de comunicación con la víctima (art. 468.2 del CP): bis in ídem. Sec. Penal [STS 303/18 – 20/06/18](#)

DELITO DE COHECHO

- Delito de cohecho, naturaleza y caracteres. Sec. Penal [STS 302/18 – 20/06/18](#)

DELITO DE DETENCION ILEGAL

- Delito artículo 483 CP 1973: detención ilegal no dar razón del paradero de la víctima y sin acreditar su puesta en libertad. Problemas que plantea. No es un delito de sospecha. Sec. Penal [STS 283/18 – 13/06/18](#)

DELITO DE EXTRALIMITACION EN EL EJERCICIO DEL MANDO

- Modalidad de «exceso arbitrario en el ejercicio de las facultades de mando». Sec. Militar [STS 06/18 – 20/06/18](#)

DELITO DE FALSEDAD

- Por funcionario público. Modalidad del art. 390.1. 3º CP: hacer figurar mendazmente en un boletín de denuncia a denunciantes o testigos. Sec. Penal [STS 317/18 – 28/06/18](#)

DELITO DE HUMILLACION A LAS VISTIMAS DEL TERRORISMO

- Fijación en las expresiones proferidas por internet de marcar los "problemas fronterizos" que existen entre el exceso en un comentario y la intervención del derecho penal. Sec. Penal [STS 334/18 – 04/07/18](#)

DELITO DE INFIDELIDAD EN LA CUSTODIA DE DOCUMENTOS

- Delitos de infidelidad en la custodia de documentos. Elementos Sec. Penal [STS 302/18 – 20/06/18](#)

DELITO DE INSULTO A SUPERIOR

- Modalidad de «injurias en su presencia». Delimitación frente a la infracción disciplinaria de “la falta de subordinación”

Sec. Militar [STS 44/17 – 05/06/18](#)

DELITO DE PREVARICACION

- Prevaricación administrativa, elementos.

Sec. Penal [STS 302/18 – 20/06/18](#)

DELITO DE QUEBRANTAMIENTO DE LA PROHIBICION DE COMUNICACION

- Concurso real de los delitos de amenazas (art. 171.4 y 5 CP) y de quebrantamiento de la prohibición de comunicación con la víctima (art. 468.2 del CP): bis in idem.

Sec. Penal [STS 303/18 – 20/06/18](#)

DELITO DE TENENCIA ILICITA DE ARMAS

- Subtipo atenuado, constancia de la no intención de usarla.

Sec. Penal [STS 295/18 – 19/06/18](#)

DELITO FISCAL

- Delito Fiscal: No cabe apreciar el delito fiscal continuado en lugar del concurso real de delitos.

Sec. Penal [STS 290/18 – 14/06/18](#)

DELITO DE MALTRATO DE OBRA

- Delito de maltrato de obra del art. 153 CP y artículo 57 CP. imposición de forma imperativa de la pena de prohibición de aproximación en el delito de maltrato de obra sin causar lesión.

Sec. Penal [STS 342/18 – 10/07/18](#)

DELITO DE ROBO

- Agravación por uso de instrumento peligroso: Usar como medio intimidatorio un cúter que se coloca en el cuello y se sitúa luego junto a la cara y próximo al ojo de la víctima integra el subtipo agravado del art. 180.1 5º CP
- Robo en casa habitada: dependencias de casa habitada.

Sec. Penal [STS 344/18 – 10/07/18](#)

Sec. Penal [STS 344/18 – 10/07/18](#)

DELITOS DE TERRORISMO

- Aplicación del art. 579 bis CP introducido por reforma LO 2/2013. Naturaleza jurídica. Doctrina de la Sala

Sec. Penal [STS 330/18 – 04/07/18](#)

DELITO PROVOCADO

- Prueba ilícita: aportación por particular de una grabación obtenida después de que agentes de la Guardia Civil proporcionaran, sin autorización judicial, los medios técnicos necesarios para ello. Delito provocado.

Sec. Penal [STS 311/18 – 27/06/18](#)

DERECHO A LA LIBRE CIRCULACION

- Derecho de los ciudadanos de la Unión a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros. Miembros de la familia del ciudadano de la Unión. Concepto de “cónyuge”. Matrimonio entre personas del mismo sexo.

Sec. TJUE [STJUE C-673/16 – 05/06/18](#)

DERECHO A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA

- Adopción de una decisión de retorno antes de que la autoridad responsable resuelva el recurso contra la denegación de la solicitud de protección internacional. Principio de no devolución.

Sec. TJUE [STJUE C-181/16 – 19/06/18](#)

DERECHO AL SECRETO DE LAS COMUNICACIONES

- Apertura de archivos de email
- Prueba ilícita: aportación por particular de una grabación obtenida después de que agentes de la Guardia Civil proporcionaran, sin autorización judicial, los medios técnicos necesarios para ello. Delito provocado.

Sec. Penal [STS 290/18 – 14/06/18](#)

Sec. Penal [STS 311/18 – 27/06/18](#)

DERECHO A UNA INVESTIGACION OFICIAL EFECTIVA

- Prohibición de tratos inhumanos o degradantes (artículo 3 CEDH) en el lugar de trabajo, aspecto procesal.

Sec. TEDH [STEDH 18419/13 – 19/06/18](#)

DERECHO DE ASOCIACION

- Partidos Políticos: cómputo del plazo de caducidad de la acción de anulación del acuerdo por contrariedad a los estatutos.

Sec. Civil [STS 429/18 – 03/07/18](#)

DERECHOS FUNDAMENTALES

- Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea: Adopción de un a decisión de retorno antes de que la autoridad responsable resuelva el recurso contra la denegación de la solicitud de protección internacional. Principio de no devolución. Derecho a la tutela judicial efectiva Sec. TJUE [STJUE C-181/16 – 19/06/18](#)
- Procedimiento de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales: convocatoria de elecciones al Parlamento de Cataluña: sistema de representación proporcional Sec. Cont.Adm. [STS 1187/18 – 10/07/18](#)

DESPIDO

- Despido: socio cooperativista; conducción vehículos transporte por carretera; fraude de ley; levantamiento del velo; competencia orden social; Sec. Social [STS 549/18 – 18/05/18](#)

DISCAPACIDAD

- Interés Superior del discapaz Sec. Civil [STS 403/18 – 27/06/18](#)
- Prorroga de la patria potestad de un hijo discapacitado de padres divorciados Sec. Civil [STS 430/18 – 27/06/18](#)

EJECUCION DE CONDENA EXTRANJERA

- Cumplimiento de condena: existencia de Convenio entre el Reino de España y la República de Venezuela sobre ejecución de sentencias penales Sec. Penal [STS 322/18 – 29/06/18](#)

INTERES SUPERIOR DEL MENOR

- Delitos continuados de abuso sexual continuado con prevalimiento. Valoración de la declaración de las menores sobre los hechos e informe de los peritos psicólogos que examinaron a las menores. Interés del menor en delitos contra la indemnidad sexual de los menores Sec. Penal [STS 284/18 – 13/06/18](#)

JUICIO ORAL

- Principio de concentración. Art. 788 LECrim. Sec. Penal [STS 308/18 – 21/06/18](#)

JURISDICCION SOCIAL

- Incompetencia jurisdicción: Tutela de derechos fundamentales: personal estatutario Sec. Social [STS 544/18 – 17/05/18](#)
- Procedimiento de oficio: legitimación activa TGSS para promoverlo Sec. Social [STS 530/18 – 16/05/18](#)

LEGITIMACION

- Procedimiento de oficio: legitimación activa TGSS para promoverlo Sec. Social [STS 530/18 – 16/05/18](#)

LETRADOS DE LA ADMINISTRACION DE JUSTICIA

- Régimen de impugnación de las resoluciones de los LAJ en la jurisdicción social Sec. Const. [STC 72/18 – 21/06/18](#)

LIBERTAD DE ASOCIACION

- Libertad de asociación (artículo 11 CEDH). Disolución de una fundación cuya finalidad oculta (no declarada en sus estatutos) era la creación de un Estado kurdo fundado en la sharía. No violación del artículo 11 CEDH. Sec. TEDH [STEDH 51595/07 – 10/07/18](#)

LIBERTAD DE EXPRESION

- Fijación en las expresiones proferidas por internet de marcar los "problemas fronterizos" que existen entre el exceso en un comentario y la intervención del derecho penal. Sec. Penal [STS 334/18 – 04/07/18](#)
- Libertad de asociación (artículo 11 CEDH) y Libertad de Expresión: Disolución de una fundación cuya finalidad oculta (no declarada en sus estatutos) era la creación de un Estado kurdo fundado en la sharía. No violación del artículo 11 CEDH. Sec. TEDH [STEDH 51595/07 – 10/07/18](#)

LIBERTAD SINDICAL

- Tutela de la Libertad Sindical: participación de los Sindicatos no firmantes del Convenio en las Comisiones creadas por el mismo; comisiones negociadora y aplicativas. Sec. Social [STS 574/18 – 30/05/18](#)

MENORES

- Abusos sexuales a menor de 16 años. Aplicación subtipo agravado art. 183.4 d), prevaleciendo de una relación de superioridad. Concurrencia. Sec. Penal [STS 287/18 – 14/06/18](#)

• Abuso sexual a menor de 16 años: consentimiento.; referencia al supuesto de asimetría de edad.	Sec. Penal	STS 337/18 – 05/07/18
• Delito continuado: jurisdicción competente.	Sec. Penal	STS 300/18 – 19/06/18
• Delitos continuados de abuso sexual continuado con prevalimiento. Valoración de la declaración de las menores sobre los hechos e informe de los peritos psicólogos que examinaron a las menores. Interés del menor en delitos contra la indemnidad sexual de los menores	Sec. Penal	STS 284/18 – 13/06/18
• Derecho de visita de los abuelos	Sec. TJUE	STJUE C-335/17 – 31/05/18
• Medida cautelar de internamiento en centro semiabierto. Requisitos para su adopción	Sec. Menores	AAP 519/18 – 06/06/18
• Medida cautelar consistente en prohibición de aproximación a menos de 100 metros y comunicación del menor.	Sec. Menores	AAP 450/18 – 15/05/18
• Prescripción del delito de abuso sexual: menores, no aplicación del cómputo desde la mayoría de edad de la denunciante.	Sec. Penal	STS 300/18 – 19/06/18
• Quebrantamiento de condena: incumplimiento de medidas impuestas por los Juzgados de menores por quien ha alcanzado la mayoría de edad.	Sec. Menores	SAP 103/18 – 16/05/18
• Renuncia por el representante legal a la indemnización correspondiente a un menor: no es admisible, salvo que se cuente con los presupuestos fijados en el art. 166 C. C.	Sec. Penal	STS 337/18 – 05/07/18
NULIDAD		
• Efectos de la declaración de nulidad de una cláusula suelo por falta de transparencia	Sec. Civil	STS 396/18 – 26/06/18
PENAS		
• Prohibición de aproximación: Imposición de forma imperativa en el delito de maltrato de obra sin causar lesión.	Sec. Penal	STS 342/18 – 10/07/18
PENSION DE JUBILACION		
• Discriminación directa por razón de sexo. Igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de seguridad social. Normativa nacional que supedita este reconocimiento a la anulación de un matrimonio anterior al cambio de sexo: Denegación de una pensión estatal de jubilación a una persona que ha cambiado de sexo a partir de la edad de jubilación de las personas del sexo adquirido.	Sec. TJUE	STJUE C-451/16 – 26/06/18
PLAZOS		
• Derecho de asociación. Partidos Políticos: cómputo del plazo de caducidad de la acción de anulación del acuerdo por contrariedad a los estatutos.	Sec. Civil	STS 420/18 – 03/07/18
PRESCRIPCION		
• Efectos interruptivos sobre la prescripción de las acciones individuales de reclamación de cantidad que puede producir un proceso previo de conflicto colectivo con conexión respecto a uno posterior.	Sec. Social	STS 592/18 – 05/06/18
• Prescripción del delito de abuso sexual: no aplicación del cómputo desde la mayoría de edad de la denunciante.	Sec. Penal	STS 300/18 – 19/06/18
PRESUNCION DE INOCENCIA		
• Ámbito del motivo fundado en el art. 852 de la LECrim., una vez generalizada la segunda instancia. Presunción de inocencia.	Sec. Penal	STS 295/18 – 19/06/18
• Prueba indiciaria: Naturaleza y caracteres. Contraindicios: Falsedad de la coartada del acusado	Sec. Penal	STS 339/18 – 06/07/18
PRINCIPIO ACUSATORIO		
• Principio acusatorio: configuración general.	Sec. Penal	STS 345/18 – 11/07/18
PRINCIPIO DE CONCENTRACION		
• Juicio oral: principio de concentración. Art. 788 LECrim.	Sec. Penal	STS 308/18 – 21/06/18
PRINCIPIO DE NO DISCRIMINACION		
• Discriminación directa por razón de sexo. Igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de seguridad social. Normativa nacional que supedita este reconocimiento a la anulación de un matrimonio anterior al cambio de sexo: Denegación de una pensión estatal de jubilación a una persona que ha cambiado de sexo a partir de la edad de jubilación de las personas del sexo adquirido.	Sec. TJUE	STJUE C-451/16 – 26/06/18

Trabajo de duración determinada. Indemnización en el supuesto de extinción de un contrato fijo por concurrir una causa objetiva. Inexistencia de indemnización al finalizar un contrato de interinidad	Sec. TJUE	STJUE C-677/16 – 05/06/18
PRINCIPIO NON BIS IN IDEM		
Concurso real de los delitos de amenazas (art. 171.4 y 5 CP) y de quebrantamiento de la prohibición de comunicación con la víctima (art. 468.2 del CP): bis in ídem.	Sec. Penal	STS 303/18 – 20/06/18
PRUEBA ILÍCITA		
Prueba ilícita: aportación por particular de una grabación obtenida después de que agentes de la Guardia Civil proporcionaran, sin autorización judicial, los medios técnicos necesarios para ello. Delito provocado.	Sec. Penal	STS 311/18 – 27/06/18
Prueba ilícita: declarada en la sentencia.	Sec. Penal	STS 290/18 – 15/06/18
PRUEBA INDICIARIA		
Naturaleza y caracteres. Contraindicios: Falsedad de la coartada del acusado	Sec. Penal	STS 339/18 – 06/07/18
PRUEBA PERICIAL		
Valor dictámenes periciales. Informes periciales de inteligencia.	Sec. Penal	STS 283/18 – 13/06/18
RECURSO DE CASACION		
Ámbito del motivo fundado en el art. 852 de la LECrim., una vez generalizada la segunda instancia.	Sec. Penal	STS 295/18 – 19/06/18
Inadmisión a trámite: no haberse justificado de forma suficiente en el escrito de preparación que las infracciones imputadas a la sentencia hayan sido relevantes y determinantes de la decisión adoptada	Sec. Cont.Adm.	PROV 1074/18 – 28/06/18
Inadmisión a trámite por carencia en el recurso de interés casacional objetivo para la formación de la jurisprudencia: escolarización de alumno con necesidades educativas especiales	Sec. Cont.Adm.	PROV 990/18 – 17/06/18
Planteamiento de Cuestión de Inconstitucionalidad: eventual existencia de duplicidad impositiva entre el Impuesto sobre Actividades Económicas y el Impuesto murciano sobre instalaciones que incidan en el medio ambiente en lo que se refiere a las actividades de producción de energía eléctrica	Sec. Cont.Adm.	ATS 3121/16 – 26/06/18
Revisión jurídica de sentencia absolutoria: no necesaria audiencia personal del acusado.	Sec. Penal	STS 217/18 – 28/06/18
RECURSO DE CASACION PARA LA UNIFICACION DE DOCTRINA		
Caracteres: sentencias idóneas a efectos de contradicción	Sec. Social	STS 544/18 – 17/05/18
Despido (imposibilidad revisión fáctica en casación unificadora)	Sec. Social	STS 606/18 – 07/06/18
Despido (socio cooperativista: competencia orden social; flexibilidad requisito contradicción)	Sec. Social	STS 549/18 – 18/05/18
Requisitos: (incompetencia funcional; inexistencia de afectación general por notoriedad respecto de un conflicto colectivo anterior).	Sec. Social	STS 592/18 – 05/06/18
RECURSOS		
Régimen de impugnación de las resoluciones de los LAJ en la jurisdicción social	Sec. Const.	STC 72/18 – 21/06/18
RESPONSABILIDAD CIVIL		
Agresión y abuso sexual en el contexto laboral. Responsabilidad Civil Subsidiaria de la empresa empleador del acusado.	Sec. Penal	STS 333/18 – 04/07/18
Renuncia por el representante legal a la indemnización correspondiente a un menor: no es admisible, salvo que se cuente con los presupuestos fijados en el art. 166 C. C.	Sec. Penal	STS 337/18 – 05/07/18
Responsabilidad civil subsidiaria de las entidades bancarias que concedieron el préstamo para la adquisición de "participaciones" para aprovechamiento turístico o disfrute temporal de un apartamento en base al art. 120.3 C.P. No concurre	Sec. Penal	STS 323/18 – 02/07/18
Responsabilidad civil subsidiaria de las sociedades que intervinieron en los hechos y responsabilidad civil solidaria impuesta a una respecto de las restantes responsables subsidiarias	Sec. Penal	STS 290/18 – 14/06/18
TRATOS INHUMANOS O DEGRADANTES		
Prohibición de tratos inhumanos o degradantes (artículo 3 CEDH) en el lugar de trabajo, aspecto procesal.	Sec. TEDH	STEDH 18419/13 – 19/06/18



TUTELA

- Competencia territorial: aceptación de herencia por el tutor.

Sec. Civil

[ATS 102/18 – 04/07/18](#)

UNION EUROPEA

- Derechos fundamentales: derecho de los ciudadanos de la Unión a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros. Miembros de la familia del ciudadano de la Unión. Concepto de “cónyuge”. Matrimonio entre personas del mismo sexo.

Sec. TJUE

[STJUE C-673/16 – 05/06/18](#)

AUTORES

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

Manuel Campos Sánchez
Fiscal del Tribunal Supremo
autor de la Sección Contencioso Administrativo

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

José Javier Huete Nogueras y Begoña Polo Catalán
Fiscal de Sala Coordinador de Menores y Fiscal del Tribunal Supremo
autores de la Sección Tribunal de Justicia de la Unión Europea

Manuel Martínez de Aguirre
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

Jesús José Tirado Estrada
Teniente Fiscal de la Fiscalía ante el Tribunal Constitucional
autor de la Sección Constitucional

Luis Pastor Mota
Fiscal 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