



BOLETÍN DE JURISPRUDENCIA
FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

nº 65
ENERO DE 2019

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



BOLETÍN DE JURISPRUDENCIA

FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

2019

número 65

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

Sentencias nº. 129/2018, 130/2018 y 131/2018, de 12 de diciembre (BOE núm. 13, de 15 de enero de 2019) Pleno Recursos de amparo núm. 637/2018, 1440/18 y 3328/2018.

Ponentes Excmos. Sres. D. Ricardo Enríquez Sancho y Cándido Conde-Pumpido Tourón.

TEMA

Regla general de inadmisibilidad de las pretensiones de amparo planteadas en procesos penales no concluidos, sin perjuicio de la existencia de algunas excepciones relacionadas con la naturaleza de la lesión invocada y del derecho fundamental concernido. Inexistencia de derecho a la subsanación inmediata de las infracciones al art. 24 CE, o de otros derechos fundamentales, que puedan producirse en el curso de un proceso penal abierto. Requisito procesal de agotamiento de la vía judicial (art. 44.1.a LOTC) en relación con invocaciones de derechos al juez ordinario predeterminado por la ley y al juez imparcial (art. 24.2 CE) en procesos penales no concluidos.

ASPECTOS EXAMINADOS

- Regla general de inadmisibilidad de las pretensiones de amparo planteadas en procesos penales no concluidos, sin perjuicio de la existencia de algunas excepciones relacionadas con la naturaleza de la lesión invocada y del derecho fundamental concernido. Inexistencia de derecho a la subsanación inmediata de las infracciones al art. 24 CE, o de otros derechos fundamentales, que puedan producirse en el curso de un proceso penal abierto. Requisito procesal de agotamiento de la vía judicial (art. 44.1.a LOTC) en relación con invocaciones de derechos al juez ordinario predeterminado por la ley y al juez imparcial (art. 24.2 CE) en procesos penales no concluidos.

- Antecedentes

Los demandantes de amparo, procesados en la Causa Especial 20907/2017 seguida ante la Sala Segunda del Tribunal Supremo por delitos de rebelión, sedición, desobediencia y malversación de caudales públicos, recurren en amparo contra resoluciones del Magistrado Instructor y la Sala de Recursos del Tribunal Supremo invocando diversas vulneraciones de sus derechos a la tutela judicial efectiva en su vertiente de acceso a los recursos (art. 24.1 CE) y a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE), en su vertientes de derecho al juez ordinario predeterminado por la ley y al juez imparcial, sin que haya fenecido el proceso penal en el que se hallan encartados.

- Reglas general y excepciones sobre el carácter prematuro de las reclamaciones de amparo en procesos penales no fenecidos. De la doctrina sentada en las sentencias se desprenden los siguientes puntos clave:

1º.- La regla general en lo que se refiere al proceso penal es que “en aquellos casos en los que el proceso aún no ha concluido por decisión que se pronuncie sobre la condena o absolución, e incluso en los que la celebración del juicio oral no ha tenido lugar, resulta prematura la invocación de lesiones que podrían ser examinadas ulteriormente en el curso del proceso” (SSTC 73/1999, de 26 de abril, FJ 2; 76/2009, de 23 de marzo, FJ 3, y 78/2009, de 23 de marzo, FJ 2). Así se expresa literalmente en el FJ 5 de la STC 131/2018.

En algunos casos puede parecer que los demandantes han agotado los recursos legalmente exigibles en la vía incidental o interlocutoria en la que se adoptan las decisiones judiciales cuestionadas (habitualmente recursos de reforma y apelación, queja o súplica), pero la satisfacción del requisito de admisibilidad dirigido a garantizar la subsidiariedad del recurso de amparo es sólo aparente cuando, no habiendo finalizado el proceso, tiene el demandante todavía ocasión de plantear ante la jurisdicción ordinaria la vulneración del derecho fundamental invocado y tiene también la posibilidad de que esa denunciada vulneración de derecho fundamental sea apreciada (STC 147/1994, FJ 3.).

Por consiguiente, no cabe acudir en amparo cuestionando resoluciones interlocutorias, incidentales o cautelares (salvo las excepciones que se verán) cuando las invocadas vulneraciones de derechos fundamentales pueden todavía ser alegadas por la parte y examinadas por los órganos judiciales, reparándose, en su caso, en la Sentencia que en su día se dicte o, de forma definitiva, aún antes de ésta. No se trata propiamente del agotamiento de los concretos recursos previstos procesalmente contra la resolución cuestionada en sí misma considerada, sino de la visión en su conjunto del proceso judicial previo, para descartar que en su seno quepa aún el planteamiento y reparación de la supuesta vulneración; por lo que el respeto a la naturaleza subsidiaria del amparo exige que se espere a que el proceso finalice por decisión firme sobre su fondo, lo que conlleva inevitablemente asumir una cierta dilación en el pronunciamiento sobre tales contenidos. El art. 24 CE no reconoce derecho alguno a la subsanación inmediata de cuantas infracciones del mismo, o de otros derechos fundamentales, puedan producirse

en el curso de un proceso; tal subsanación sólo será posible en muy concretos momentos procesales y cuando no exista posibilidad de su reparación dentro del proceso. Entenderlo de otra manera supondría la constitucionalidad de un inexistente derecho a la inmediatez de la reparación judicial y la desnaturalización del recurso de amparo como remedio extraordinario y subsidiario, con los peligros e inseguridades de todo orden que ello generaría. De un lado, porque se residenciarían ante el Tribunal cuestiones aún no solventadas en la vía judicial; de otro, porque finalizado el proceso de amparo proseguiría la vía judicial, en cuyo decurso no sería imposible un pronunciamiento contradictorio con lo resuelto en vía de amparo (en el mismo sentido, STC 32/1994, de 31 de enero, FJ 5, y ATC 154/1999, de 14 de junio, FJ único).

2º) Las excepciones a la regla general que permiten que el Tribunal Constitucional conozca, mientras el proceso se encuentre pendiente, impugnaciones dirigidas contra resoluciones interlocutorias dictadas por un órgano judicial -como reseñan también las citadas SSTC 129, 130 y 131/2018, de 12 de diciembre de 2018-, pueden darse en tres tipos de supuestos:

(i) Cuando las resoluciones judiciales afectan a derechos fundamentales de carácter sustantivo, esto es, distintos de los contenidos en el artículo 24 CE, tanto si se ha ocasionado a los mismos un perjuicio irreparable, como cuando el seguimiento exhaustivo del itinerario procesal previo, con todas sus fases y etapas o instancias, implique un gravamen adicional, una extensión o una mayor intensidad de la lesión del derecho por su mantenimiento en el tiempo; hipótesis que, hasta la fecha, el Tribunal Constitucional ha acogido en relación con el derecho a la libertad personal y a la libertad sindical (SSTC 128/1995, de 26 de julio; y 27/1997, de 11 de febrero).

(ii) Cuando se denuncia la vulneración de derechos fundamentales procesales, siempre que la alegada, además de tratarse de una lesión actual -en tanto hace sentir sus efectos de inmediato en todos y cada uno de los actos que lleve a cabo el juez-, hubiera sido analizada y resuelta de forma firme y definitiva en la vía judicial a través de los cauces legalmente establecidos, de forma que ya no podría ser reparada en el proceso judicial en el que se ha producido. Así se ha reconocido tanto en relación con algunas manifestaciones del derecho de defensa y asistencia letrada en los procesos penales (SSTC 71/1988, de 19 de abril, sobre denegación de nombramiento de intérprete, y 24/2018, de 5 de marzo, sobre denegación de personación en causa penal tras orden de busca y captura del declarado rebelde), como con el derecho al juez ordinario predeterminado por la ley, aunque sólo en casos en los que se reclamaba la actuación de la jurisdicción ordinaria frente a la jurisdicción militar (SSTC 161/1995, de 7 de noviembre, FJ 4, y 18/2000, de 31 de enero, FJ 2).

(iii) Cuando se haya producido una revocación de sentencias penales absolutorias que habilitan la posibilidad de un nuevo enjuiciamiento (STC 23/2008, de 11 de febrero, FJ 2), pues el Tribunal ha apreciado que en tales casos lo que está en juego es la prohibición del doble enjuiciamiento (ne bis in idem procesal), con independencia del resultado favorable o desfavorable del mismo, lo que constituye gravamen suficiente para acudir directamente al amparo. Bien es cierto que, en estos casos, la flexibilidad se ha llevado al límite admitiendo que “en casos de anulación de sentencias absolutorias con retroacción de actuaciones se puede o bien impugnar en amparo directamente dicha decisión, sin incurrir en falta de agotamiento, o bien esperar a que se dicte la nueva decisión por si la misma fuera absolutoria, sin incurrir en extemporaneidad (STC 149/2001, de 27 de julio)”.



DATOS SENTENCIA

SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA (Sala Primera)

Fecha Sentencia: 23 de enero de 2019

Asunto: C-661/17.

TEMA

Criterios y mecanismos de determinación del Estado miembro responsable del examen de una solicitud de protección internacional.

ASPECTOS EXAMINADOS

- El Tribunal de Justicia (Sala Primera) declara:
 - 1) El artículo 17, apartado 1, del Reglamento (UE) n.º 604/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, por el que se establecen los criterios y mecanismos de determinación del Estado miembro responsable del examen de una solicitud de protección internacional presentada en uno de los Estados miembros por un nacional de un tercer país o un apátrida, debe interpretarse en el sentido de que el hecho de que un Estado miembro, designado como «responsable» a efectos de dicho Reglamento, haya notificado su intención de retirarse de la Unión de conformidad con el artículo 50 TUE no obliga al Estado miembro encargado de la determinación a examinar él mismo, con arreglo a la cláusula discrecional establecida en el referido artículo 17, apartado 1, la solicitud de protección de que se trate.
 - 2) El Reglamento n.º 604/2013 debe interpretarse en el sentido de que no exige que la determinación del Estado miembro responsable con arreglo a los criterios definidos en ese Reglamento y el ejercicio de la cláusula discrecional establecida en el artículo 17, apartado 1, de dicho Reglamento sean competencia de la misma autoridad nacional.
 - 3) El artículo 6, apartado 1, del Reglamento n.º 604/2013 debe interpretarse en el sentido de que no impone a un Estado miembro que no es responsable, en virtud de los criterios establecidos en ese Reglamento, de examinar una solicitud de protección internacional que tenga en cuenta el interés superior del niño y que examine él mismo esa solicitud, con arreglo al artículo 17, apartado 1, de dicho Reglamento.
 - 4) El artículo 27, apartado 1, del Reglamento n.º 604/2013 debe interpretarse en el sentido de que no exige que exista un recurso contra la decisión de no hacer uso de la facultad establecida en el artículo 17, apartado 1, de ese Reglamento, sin perjuicio de que dicha decisión pueda ser impugnada con ocasión de un recurso contra la decisión de traslado.
 - 5) El artículo 20, apartado 3, del Reglamento n.º 604/2013 debe interpretarse en el sentido de que, a falta de prueba en contrario, esta disposición establece una presunción de que redunda en el interés superior del niño tratar la situación de este de forma indisoluble de la de sus padres.

DATOS SENTENCIA

SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA (Sala Primera)

Fecha Sentencia: 16 de enero de 2019

Asunto: C-386/17.

TEMA

Competencia judicial, reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia de obligaciones alimentarias. Litispendencia. No reconocimiento de resoluciones judiciales en caso de contrariedad manifiesta con el orden público.

ASPECTOS EXAMINADOS

- El Tribunal de Justicia (Sala Primera) declara:

Las normas de litispendencia que figuran en el artículo 27 del Reglamento (CE) n.º 44/2001 del Consejo, de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, y en el artículo 19 del Reglamento (CE) n.º 2201/2003 del Consejo, 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, deben interpretarse en el sentido de que, cuando, en el marco de un litigio en materia matrimonial, de responsabilidad parental o de obligaciones alimentarias, el órgano

jurisdiccional ante el que se ha presentado la segunda demanda ha adoptado, en violación de dichas normas, una resolución que ha adquirido firmeza, estas se oponen a que los órganos jurisdiccionales del Estado miembro del que forma parte el órgano jurisdiccional ante el que se presentó la primera demanda denieguen, por esta sola razón, el reconocimiento de dicha resolución. En particular, esta violación no puede justificar, por sí sola, la denegación del reconocimiento de dicha resolución por ser manifiestamente contraria al orden público de este Estado miembro.

DATOS SENTENCIA

SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA (Gran Sala)

Fecha Sentencia: 15 de enero de 2019

Asunto: C-258/17.

TEMA

Igualdad de trato en el empleo y la ocupación. Tentativa de abusos deshonestos de un funcionario sobre menores de sexo masculino. Sanción disciplinaria adoptada en 1975. Jubilación forzosa anticipada con reducción del importe de la pensión. Discriminación por motivos de orientación sexual. Efectos de la aplicación de la Directiva 2000/78 en la sanción disciplinaria. Modalidades de cálculo de la pensión de jubilación abonada.

ASPECTOS EXAMINADOS

- El Tribunal de Justicia (Gran Sala) declara:
 - El artículo 2 de la Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, debe interpretarse en el sentido de que se aplica, después de la expiración del plazo de transposición de esta Directiva, a saber, a partir del 3 de diciembre de 2003, a los efectos futuros de una resolución disciplinaria firme adoptada antes de la entrada en vigor de dicha Directiva, por la que se ordenó la jubilación forzosa anticipada de un funcionario con una reducción del importe de su pensión.
 - La Directiva 2000/78 debe interpretarse en el sentido de que, en una situación como la descrita en el apartado 1 del fallo de la presente sentencia, obliga al órgano jurisdiccional nacional a reexaminar, para el período que comenzó el 3 de diciembre de 2003, no la sanción disciplinaria firme por la que se ordenó la jubilación forzosa anticipada del funcionario afectado, sino la reducción del importe de su pensión, con el fin de determinar el importe que habría percibido de no haber existido discriminación por motivos de orientación sexual.

DATOS SENTENCIA

SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA (Sala Cuarta)

Fecha Sentencia: 17 de enero de 2019

Asunto: C-310/16.

TEMA

Protección de los intereses financieros de la Unión Europea. Procedimiento penal relativo a las infracciones en materia de IVA. Principio de efectividad. Interceptación de las telecomunicaciones. Autorización concedida por un órgano judicial sin competencia para ello. Toma en consideración de estas interceptaciones como elementos probatorios. Normativa nacional. Prohibición

ASPECTOS EXAMINADOS

- El Tribunal de Justicia (Sala Cuarta) declara:

El artículo 325 TFUE, apartado 1, y los artículos 1, apartado 1, letra b), y 2, apartado 1, del Convenio establecido sobre la base del artículo K.3 del Tratado de la Unión Europea, relativo a la protección de los intereses financieros de las Comunidades Europeas, firmado en Bruselas el 26 de julio de 1995, leídos a la luz de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, deben interpretarse en el sentido de que, habida cuenta del principio de efectividad de las actuaciones penales relativas a las infracciones en materia del impuesto sobre el valor añadido (IVA), no se oponen a la aplicación por el juez nacional de una norma nacional que establece que determinados elementos probatorios, como las interceptaciones de las

telecomunicaciones, que requieren una autorización judicial previa deben descartarse de un procedimiento penal cuando dicha autorización haya sido emitida por una autoridad judicial sin competencia para ello, aun cuando solo estos elementos probatorios puedan acreditar la comisión de las infracciones de que se trate.

DATOS SENTENCIA

SENTENCIA TRIBUNAL DE JUSTICIA (Sala Quinta)

Fecha Sentencia: 15/11/2018

Asunto: C 330/17.

TEMA

Derecho de los consumidores. Transporte Aéreo

ASPECTOS EXAMINADOS

- El Tribunal de Justicia (Sala Quinta) declara:
Inclusión de las tarifas aéreas en el precio final que debe pagarse: En una situación como la controvertida en el litigio principal, en la que una compañía aérea con domicilio social en un Estado miembro cuya moneda de curso legal es el euro propone en Internet un servicio aéreo respecto al cual el lugar de salida del vuelo de que se trate está situado en otro Estado miembro cuya moneda de curso legal no sea el euro, las tarifas aéreas podrán indicarse, si no se expresan en euros, en la moneda que tenga curso legal en este último Estado miembro.



DATOS DECISION

Decisión del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, comunicada en nota de prensa de 12 de diciembre de 2018.

TEMA

Prohibición permanente a una abogada ucraniana de representar demandantes ante el TEDH.

ASPECTOS EXAMINADOS

- El TEDH, en aplicación del artículo 36.4.b) de su Reglamento (“En circunstancias excepcionales, y en cualquier fase del procedimiento, el Presidente de Sala podrá, cuando considere que las circunstancias o la actuación del abogado o de la otra persona designada de acuerdo con el apartado anterior lo justifiquen, acordar que ese abogado tiene que dejar de representar o asistir al demandante y que éste debe buscar otro representante”), ha decidido prohibir de manera permanente a la abogada ucraniana Nataliya Yevgenivna Tselovalnichenko representar o asistir a demandantes en demandas en trámite o futuras.

Para no causar perjuicio a los demandantes representados por ella en procesos pendientes, el TEDH ha decidido informar de su decisión a todos aquellos que tienen asuntos mediante carta a su último domicilio conocido. Invita a los medios de comunicación a informar al público de esta decisión para que la información llegue a los demandantes residentes en regiones inaccesibles por vía postal, así como a cualquiera que considere presentar una demanda ante el Tribunal.

El TEDH ha adoptado la decisión de prohibir a la Sra. Tselovalnichenko representar demandantes por su comportamiento fraudulento y abusivo. En numerosas demandas presentadas ante el Tribunal, la Sra. Tselovalnichenko ha adjuntado documentos que presentan signos evidentes de falsedad. En muchos otros casos, ha presentado demandas en nombre de personas fallecidas sin informar al Tribunal de su fallecimiento.

Los demandantes representados por la Sra. Tselovalnichenko deberán designar nuevo defensor.

Se ha pedido al gobierno ucraniano que informe al Colegio Nacional de Abogados ucraniano de la decisión del TEDH y de sus motivos.

DATOS SENTENCIA

Caso: Saber y Boughassal c. España

Fecha sentencia: 18 de diciembre de 2018

Demandas nº 76550/13 y 45938/14.

TEMA

Derecho a la vida privada y familiar (artículo 8 CEDH). Expulsiones de dos ciudadanos marroquíes después de condenas penales, sin valorar si esas medidas en sus circunstancias eran proporcionadas a las finalidades legítimas perseguidas y por tanto necesarias en una sociedad democrática.

ASPECTOS EXAMINADOS

- Los demandantes, Aziz Saber y Hamza Boughassal, nacidos en 1985 y 1987 respectivamente, entraron en España donde estuvieron escolarizados el primero entre 1998 y 2001 y el segundo entre 1999 y 2003, y obtuvieron sus permisos de residencia que ya han caducado (el primero en 2011 y el segundo en 2012). Sus padres y hermanos residen en España. El segundo contrajo matrimonio en Marruecos con una mujer marroquí que después entró en España por reagrupación familiar.
- En sentencias dictadas en 2008 por el Juzgado de lo Penal número 1 de Gerona y por el Juzgado de lo Penal número 1 de Tarragona, fueron respectivamente condenados por delitos de tráfico de drogas a penas respectivamente de 1 año de prisión con condena condicional, y de 3 años y 1 día de prisión. Posteriormente, la Dirección General de la Policía y de la Guardia Civil inició procedimientos de expulsión contra los demandantes en base a las condenas penales, recogiendo otras varias

detenciones por diversos delitos que tuvieron lugar entre 2004 y 2011. El 11 de noviembre de 2010 y el 1 de agosto de 2011, las Subdelegaciones del Gobierno en Girona y Barcelona decretaron la expulsión administrativa de los demandantes con arreglo al artículo 57.2, de la Ley Orgánica 4/2000, con prohibición de reentrada en el territorio durante cuatro años para el primer demandante y diez años para el segundo. Los demandantes se opusieron invocando el artículo 8 CEDH, el primero porque toda su familia vivía en España y no tenía vínculos en Marruecos, y porque había estado escolarizado y había trabajado en España; el segundo porque toda su familia y su esposa vivían en España y porque había vivido en España desde los 5 años de edad.

Mediante sentencia de 22 de junio de 2011, el Juzgado de lo Contencioso administrativo nº 1 de Girona desestimó el recurso del primer demandante y confirmó la orden de expulsión por el número de detenciones, la falta de vínculos sociales y profesionales en España y porque el subsidio de desempleo que percibía se había agotado. Se fundó en el artículo 57 de la LOEx y afirmó que no se apreciaban circunstancias de las previstas para considerar innecesaria la expulsión.

Mediante sentencia de 9 de julio de 2012, el Juzgado de lo Contencioso administrativo nº 3 de Girona estimó parcialmente la demanda del segundo demandante y redujo la prohibición de reentrada en el territorio a un periodo de tres años, por el principio de proporcionalidad y por sus circunstancias personales y familiares, no considerando aplicable el artículo 57.2 LOEx porque la expulsión no era una sanción administrativa sino consecuencia de una condena penal.

Los demandantes recurrieron, y el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña desestimó ambos recursos considerando que las expulsiones no eran sanciones sino consecuencia jurídica de la pena privativa de libertad, por lo que no era aplicable el artículo 57.5 LOEx ni procedía examinar los vínculos de los demandantes con España. Un magistrado emitió un voto particular parcialmente disidente en esas sentencias, considerando que el concepto de "sanción" del artículo 57.5, de la LOEx debía interpretarse en sentido amplio, de modo que la ponderación de las circunstancias personales y familiares del residente extranjero de larga duración se exigiera también en el supuesto previsto en el artículo 57.2, de la Ley. Los posteriores recursos de amparo fueron inadmitidos por no demostrar una trascendencia constitucional especial.

- El TEDH recuerda que no todos los inmigrantes establecidos tienen necesariamente una "vida familiar" en el sentido del artículo 8 del Convenio, pero que debe aceptarse que todas las relaciones sociales entre los inmigrantes establecidos y la comunidad en la que viven, forman parte integrante del concepto de "vida privada" en el sentido de este artículo. Es el TEDH quien, en función de las circunstancias de cada caso, considerará si debe primar la afectación a "vida familiar" en vez de la producida a la "vida privada". El Tribunal ha establecido que las relaciones entre padres e hijos adultos, o entre hermanos adultos, no gozan de la protección del artículo 8 del Convenio en el aspecto de "vida familiar" cuando no se demuestra la existencia de elementos adicionales de dependencia, pero, en cualquier caso, se pueden tomar en consideración los vínculos entre adultos y padres u otros parientes cercanos bajo el aspecto de "vida privada" en el sentido del artículo 8 del Convenio. El TEDH ha enumerado, en su jurisprudencia, los criterios que deben utilizarse para valorar si una orden de expulsión y/o de prohibición de reentrada en el territorio es necesaria en una sociedad democrática y proporcionada a la finalidad legítima perseguida:

- la naturaleza y gravedad de la infracción cometida por el demandante;
- la duración de la estancia de la persona en el país del cual va a ser expulsada;
- el período de tiempo transcurrido desde la infracción, y el comportamiento del demandante durante ese período;
- la nacionalidad de las distintas personas afectadas;
- la situación familiar del demandante y, en su caso, la duración de su matrimonio en particular, así como otros factores que demuestren la efectividad de la vida familiar en el seno de la pareja;
- si el cónyuge tenía conocimiento del delito en el momento en que se creó la relación familiar;
- si los hijos son fruto del matrimonio y, en caso afirmativo, su edad;
- la gravedad de las dificultades con las que el cónyuge pueda toparse en el país al que el demandante vaya a ser deportado;
- el interés y el bienestar de los hijos, en particular la gravedad de las dificultades con las que se puedan topar los hijos del demandante en el país al que se va a expulsar al interesado; y
- la solidez de los vínculos sociales, culturales y familiares con el país anfitrión y el país de destino.

Y ha dejado asentado que, en el caso de un inmigrante de larga duración que haya pasado la mayor parte, si no la integralidad, de su infancia y juventud legalmente en el país de acogida, deben alegarse razones muy sólidas para justificar la expulsión.

En este caso, teniendo en cuenta la duración de la estancia de los demandantes en España, así como la relación que mantenían con sus familiares cercanos establecidos en dicho Estado, el TEDH considera que las medidas litigiosas deben ser consideradas como una injerencia en su derecho al respeto a su "vida privada".

El TEDH recuerda la posición del Gobierno según la cual, de acuerdo con una sentencia del Tribunal Constitucional de 2013, las jurisdicciones de lo contencioso administrativo deben hacer una interpretación combinada de los números 2 y 5 del artículo 57 LOEx cuando el derecho a la vida familiar ajena, por ejemplo, de un menor, entre en conflicto con una orden de expulsión, incluso en los casos en que esta se decretara en base al artículo 57.2 de la LOEx. Y no ve ninguna razón para no

aplicar este razonamiento a todas las medidas de expulsión de inmigrantes, independientemente de la existencia o no de los derechos de los terceros afectados, de la vida familiar y de la modalidad o fundamento jurídico de la medida de expulsión en el Derecho nacional, debiendo tomarse en consideración todos los criterios establecidos en su jurisprudencia.

El TEDH no puede aceptar el argumento del Gobierno de que la ponderación entre el derecho al respeto a la vida privada y familiar y el respeto del orden público ya ha sido realizada por el legislador con la aprobación del artículo 57.2 de la LOEx, que prevé una medida de expulsión en caso de condena penal por un delito intencional punible con pena de prisión superior a un año. La naturaleza y la gravedad de la infracción cometida por el extranjero es sólo uno de los criterios que deben ser ponderados por las autoridades nacionales al valorar la necesidad de una orden de expulsión con respecto a los derechos protegidos por el artículo 8 del Convenio.

En el presente caso, las autoridades nacionales únicamente han procedido a la ponderación de los intereses concurrentes en lo que atañe a la duración de la prohibición de reentrada en el territorio que afecta a ambos demandantes, pero no analizaron la naturaleza y la gravedad de las infracciones penales cometidas en los casos concretos ni los demás criterios establecidos por su jurisprudencia. Así, por ejemplo, el Tribunal Superior de Justicia no ha tomado en consideración en sus resoluciones la duración de la estancia de los demandantes en España (especialmente el hecho de que estuvieran escolarizados en España al menos desde los 12 años y hubieran pasado gran parte de su adolescencia y juventud en este país), la situación familiar del segundo demandante o la solidez de las relaciones sociales, culturales y familiares que los interesados mantenían con el país anfitrión, España, y con el país de destino, Marruecos.

Estos elementos bastan para que el TEDH llegue a la conclusión de que las autoridades nacionales no han ponderado todos los intereses en juego para valorar, en el respeto de los criterios establecidos por su jurisprudencia, si las medidas litigiosas eran proporcionadas a los objetivos legítimos perseguidos y, por tanto, necesarias en una sociedad democrática. En consecuencia, ha existido violación del artículo 8 del Convenio.

DATOS SENTENCIA

Caso: Brisc c. Rumanía

Fecha sentencia: 11 de diciembre de 2018

Demanda nº 26238/10.

TEMA

Violación de la libertad de expresión (artículo 10 CEDH). Destitución de un Fiscal Jefe por las declaraciones hechas a la prensa en relación con una investigación penal en curso.

ASPECTOS EXAMINADOS

- El demandante, Ioan-Vasile Brisc, ciudadano rumano, era en 2008 Fiscal Jefe del Tribunal de la región de Maramureş, cuando la Fiscalía detuvo in fraganti a una persona sospechosa aceptando dinero a cambio de la libertad provisional de un detenido en la prisión de Baia Mare. El Sr. Brisc tenía la tarea de informar a la prensa de las causas criminales, y emitió un comunicado de prensa en que decía que el pariente del detenido en prisión dijo que la otra persona afirmó que parte del dinero iría a Jueces y Fiscales competentes para decidir sobre la libertad condicional de los detenidos. El Sr. Brisc también concedió una breve entrevista a una cadena de televisión local.

A instancia de la Juez que era delegada para la prisión de Baia Mare y que presidía la comisión para la libertad condicional, se inició un procedimiento disciplinario contra el Sr. Brisc. La Juez consideraba que el comunicado de prensa y la entrevista televisada permitían pensar que ella podía haber sido beneficiaria de ese dinero. En 2009, las autoridades disciplinarias juzgaron que el comunicado de prensa y la entrevista televisada del Sr. Brisc habían revelado informaciones referidas a una investigación en curso y que sus manifestaciones faltaban al respeto a la Juez al haber permitido a la prensa determinar que ella estaba implicada en el fraude. A consecuencia de esta decisión el Sr. Brisc fue destituido de su puesto de Fiscal Jefe.

Dos de los Fiscales de la comisión disciplinaria se opusieron a la sanción infligida, al igual que un Juez de la Comisión de la Alta Corte de Casación y Justicia cuando ésta rechazó el recurso interpuesto por el interesado. Los tres consideraron que las declaraciones difamatorias contra la Juez no eran imputables al Sr. Brisc sino al presentador que le había entrevistado. Éste mencionó en particular que la Fiscalía había elegido llevar a cabo la operación en cuestión el último día de dedicación de la Juez a la prisión, y se había preguntado si podía tratarse de una simple coincidencia.

El TEDH considera incontestado que el procedimiento disciplinario dirigido contra el Sr. Brisc había atentado contra su derecho a la libertad de expresión. Debe determinarse si esa interferencia estaba prevista en la ley y si perseguía una o más finalidades legítimas necesarias en una sociedad democrática.

Las dos faltas disciplinarias de las que fue reconocido culpable: “no respetar el secreto de la investigación” y “comportamiento irrespetuoso respecto a sus colegas”, estaban previstas en el derecho interno y definidas en términos suficientemente claros para ser comprendidas por el Sr. Brisc quien, en su calidad de Fiscal, tenía un buen conocimiento del Derecho. Y la limitación de sus derechos perseguía las legítimas finalidades de proteger la reputación de otro y de garantizar la autoridad e imparcialidad del poder judicial.

Sin embargo, el TEDH entiende que, al adoptar medidas disciplinarias contra el Sr. Brisc, las autoridades nacionales no han tomado en consideración el hecho de que el objetivo que el comunicado de prensa y la entrevista televisada perseguían era informar al público sobre una investigación en curso, lo que es una cuestión de interés público.

El TEDH no ha encontrado nada en las declaraciones del interesado que pueda justificar la acusación de violación del secreto de una investigación penal o de atentado al derecho de sus colegas magistrados a la protección de su imagen pública. El Sr. Brisc se ha limitado a suministrar una descripción sumaria de la acusación en los primeros momentos del procedimiento sin identificar ninguna de las personas implicadas antes de la conclusión de la investigación. En realidad, como han subrayado los dos Fiscales y el Juez que se han opuesto a la sanción infligida al demandante, la referencia a la Juez en cuestión fue hecha por el presentador de la cadena de televisión.

Finalmente, las autoridades han omitido ponderar la necesidad de proteger la reputación de un Juez en relación con el derecho del Sr. Brisc a suministrar informaciones sobre cuestiones de interés general, como es una investigación en curso.

Las jurisdicciones internas, por tanto, no han justificado su decisión en motivos “pertinentes y suficientes” que hayan demostrado que la injerencia en el ejercicio de los derechos del Sr. Brisc haya sido necesaria en una sociedad democrática para garantizar la autoridad del poder judicial y proteger la relación y los derechos de otro. Por ello han desconocido el artículo 10 CEDH



DATOS SENTENCIA

Sentencia Pleno Nº 48/19
 RECURSO DE CASACION Nº 5025/17
 Fecha Sentencia: 23/1/2019
 Ponente: Excmo. Sr. D. Pedro José Vela Torres.

TEMA

Clausula abusivas en contrato de préstamo hipotecario.

ASPECTOS EXAMINADOS

- **Cláusula que, en un contrato de préstamo hipotecario, atribuye indiscriminadamente el pago de todos los gastos e impuestos derivados del contrato al consumidor:** No le corresponde al prestatario en todo caso el abono de la totalidad de tales gastos y tributos, por lo que la introducción de dicha estipulación implica un desequilibrio importante entre los derechos y las obligaciones de las partes en el contrato, que determina su abusividad. Estas consideraciones han sido reafirmadas por las conclusiones de las sentencias del pleno de la Sala Tercera de este Tribunal Supremo 1669/2018, 1670/2018 y 1671/2018, de 27 de noviembre, que mantienen la anterior jurisprudencia de esa Sala, a la que nos habíamos remitido en nuestras citadas sentencias de 15 de marzo de 2018. Y no quedan cuestionadas por el Real Decreto-ley 17/2018, de 8 de noviembre, por el que se modifica el Texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados (convalidado por el Congreso de los Diputados el 22 de noviembre siguiente), puesto que dicha norma, conforme a su propia previsión de entrada en vigor, solamente es aplicable a los contratos de préstamo hipotecario celebrados con posterioridad a su vigencia y no contiene regulación retroactiva alguna.
- **Restitución de las cantidades indebidamente pagadas por los consumidores:** El art. 6.1 de la Directiva 93/13 exige el restablecimiento de la situación de hecho y de Derecho en la que se encontraría el consumidor de no haber existido dicha cláusula, debe imponerse a la entidad prestamista el abono al consumidor de las cantidades, o parte de ellas, que le hubieran correspondido abonar a ella de no haber mediado la estipulación abusiva.
- **Criterios sobre distribución de gastos:**
 - a) Gastos notariales:** la intervención notarial interesa a ambas partes, por lo que los costes de la matriz deben distribuirse por mitad. El interés del prestamista reside en la obtención de un título ejecutivo (art. 517.2. 4ª LEC), mientras que el interés del prestatario radica en la obtención de un préstamo con garantía hipotecaria, a un interés inferior al habitual en los préstamos sin garantía real.
 - b) Gastos del Registro de la Propiedad:** El Arancel de los Registradores de la Propiedad no contempla una regla semejante al establecer quién debe abonar esos gastos, sino que los imputa directamente a aquél a cuyo favor se inscriba o anote el derecho. Desde este punto de vista, la garantía hipotecaria se inscribe a favor del banco prestamista, por lo que es a éste al que corresponde el pago de los gastos que ocasione la inscripción del contrato de préstamo hipotecario. En cuanto a la inscripción de la escritura de cancelación, ésta libera el gravamen y, por tanto, se inscribe en favor del prestatario, por lo que le corresponde este gasto.
 - c) Gastos de gestoría:** En cuanto a los gastos de gestoría o gestión, no existe norma legal que atribuya su pago al prestamista o al prestatario. En la práctica, se trata de una serie de gestiones derivadas de la formalización del préstamo hipotecario: la llevanza al notario de la documentación para la confección de la escritura, su presentación en el registro de la propiedad o su presentación ante la Agencia Tributaria para el pago del impuesto de actos jurídicos documentados. El Real Decreto-Ley 6/2000, de 23 de junio, sobre Medidas Urgentes de Intensificación de la Competencia en Mercados de Bienes y Servicios da por supuesta la prestación de este servicio en su art. 40, que establece la obligación de ponerse acuerdo en el nombramiento del gestor y considera el incumplimiento de esta obligación como una infracción de lo preceptuado en el párrafo segundo del art. 48 de la Ley 26/ 1988, de 29 de julio, de Disciplina e Intervención de Entidades de Crédito.

DATOS SENTENCIA

Sentencia Pleno Nº 671/18
 RECURSO DE CASACION Nº 2825/14
 Fecha Sentencia: 28/11/2018
 Ponente: Excmo. Sr. D. Rafael Sarazá Jimena.

TEMA

Cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores.

ASPECTOS EXAMINADOS

- **Cláusula abusiva estableciendo el interés de demora:** Ante la falta de una previsión legal que fije de forma imperativa el criterio aplicable para el control de su abusividad (sentencia del TJUE de 21 de enero de 2015, asuntos acumulados C 482/13, C 484/13, C 485/13 y C 487/13, el interés de demora establecido en cláusulas no negociadas en contratos celebrados con consumidores debe consistir, para no resultar abusivo, en un porcentaje adicional que no excediera de dos puntos porcentuales sobre el interés remuneratorio. Si el interés de demora queda fijado por encima de este porcentaje, la cláusula que lo establece es abusiva.
- **Efectos de la declaración de abusividad:** La consecuencia de la apreciación de la abusividad de una cláusula que fija el interés de demora, es su supresión, sin que el juez pueda aplicar la norma supletoria del Derecho nacional, y sin que pueda integrarse el contrato, pues no se trata de una cláusula necesaria para la subsistencia del contrato en beneficio del consumidor.

DATOS SENTENCIA

Sentencia Nº656/18
 RECURSO DE CASACION E INFRACCION PROCESAL Nº267/16
 Fecha Sentencia: 21/11/2018
 Ponente: Excmo. Sr. Ignacio Sancho Gargallo.

TEMA

Legitimación asociaciones consumidores y usuarios.

ASPECTOS EXAMINADOS

- **Ámbito de aplicación de la legitimación prevista en el art. 11.1 LEC:** Esta legitimación especial y el correlativo derecho de asistencia jurídica gratuita, tienen sentido siempre que esos derechos e intereses, guarden relación directa con bienes o servicios de uso o consumo común ordinario y generalizado. Con carácter general, los servicios bancarios y financieros pueden englobarse en esta categoría. Por eso, bajo la doctrina del Tribunal Constitucional, una interpretación amplia de esta legitimación especial permitiría, en principio, reconocerla si la reclamación guarda relación con la prestación de un servicio financiero a un consumidor, aunque no en todo caso.
- **Exclusiones:** Los servicios financieros que por su naturaleza y circunstancias exceden de la consideración de «servicios de uso común, ordinario y generalizado. Una operación de estas características no puede considerarse un acto o servicio de consumo porque, en atención a los importes y a su carácter especulativo, no es de uso común, ordinario y generalizado.

DATOS SENTENCIA

Sentencia Nº 668/18
 RECURSO DE CASACION Nº 1254/18
 Fecha Sentencia: 23/11/2018
 Ponente: Excmo. Sr. D. Rafael Sarazá Jimena.

TEMA

Derecho a la intimidad. Publicación de una sentencia sin anonimizar el nombre de una víctima de un delito sexual.

ASPECTOS EXAMINADOS

- **Responsabilidad de los proveedores de servicios de la sociedad de la información que carecen de la cualidad de intermediarios:** En tanto proveedor de servicios de la sociedad de la información que no constituyen servicios de intermediación, le es aplicable el art. 13.1 LSSI. La ingente información contenida en las sentencias que el Cendoj suministra a las empresas que prestan estos servicios hace que no pueda considerarse exigible que estas revisen las sentencias que le son suministradas para comprobar que están correctamente anonimizadas.

DATOS SENTENCIA

Sentencia Nº 685/18

RECURSO DE CASACION Nº 1185/16

Fecha Sentencia: 5/12/2018

Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio Salas Carceller.

TEMA

Derecho internacional privado. Ley aplicable a la sucesión de un súbdito inglés que vive en España y otorga testamento manifestando a efectos sucesorios su domicilio en Inglaterra

ASPECTOS EXAMINADOS

- **Ley aplicable a la sucesión de un súbdito inglés que vive en España y otorga testamento manifestando a efectos sucesorios su domicilio en Inglaterra:** Es procedente la aceptación de la voluntad del causante, acorde con su derecho nacional, de mantener a efectos sucesorios su domicilio en Inglaterra, fuerza que toda la sucesión se rija por la ley inglesa por razón de la necesaria unidad y universalidad de la misma. El Reglamento de la Unión Europea 650/2012, de 4 de julio, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones y los actos auténticos en materia de sucesiones y a la creación de un certificado sucesorio europeo, se inclina decididamente por aceptar la elección de ley aplicable (profesión iuris), pues resulta preferente la ley elegida por el causante aunque sólo entre las que le permite el sistema del reglamento, que se refiere a la ley nacional en el momento de la elección o la que pudiera tener en el momento de su fallecimiento.

DATOS AUTO

Competencia Nº 213/18

Fecha auto 11/12/2018

Ponente: Excmo. Sra. D.ª M.ª Ángeles Parra.

TEMA

Competencia territorial. Ejecución hipotecaria.

ASPECTOS EXAMINADOS

- **Ejecución dineraria en casos de bienes especialmente hipotecados. Continuación para reclamar el crédito no satisfecho:** Competencia del juzgado que conoció de la ejecución hipotecaria (art. 579 LEC). El procedimiento en el que surge la cuestión de competencia presenta la especialidad de derivar de un proceso de ejecución hipotecaria, introducido en nuestro ordenamiento por la Ley 1/2013 de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios,

reestructuración de deuda y alquiler social, que modificó el artículo 579 de la LEC. Por lo tanto, esta ejecución no se apoya en ninguno de los títulos previstos en el artículo 517 LEC, a los que hace referencia el artículo 545.3 LEC.

DATOS SENTENCIA

Sentencia núm. 678/2018

Fecha de sentencia: 20/12/2018

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION

Número del procedimiento: 2895/2017

Ponente: Excm. Sra. D. ^a Carmen Lamela Díaz.

TEMA

Detención ilegal practicada por funcionarios de policía.

ASPECTOS EXAMINADOS

- Conforme señalábamos en la sentencia de esta Sala núm. 279/2017, de 19 de abril, el delito de detención ilegal admite solo exclusivamente su comisión dolosa, es decir, la conciencia y voluntad del sujeto activo de privación de libertad de una persona con independencia de cuál sea el móvil o la intención ulterior. Además, cuando se trata del tipo del artículo 167, detención ilegal llevada a cabo por autoridad o funcionario público, debe concurrir el elemento normativo de que la detención se lleve a cabo fuera de los casos permitidos por la ley y sin mediar causa por delito, lo cual hace que este precepto sea una norma penal en blanco (remitiéndose a los artículos 492 y siguientes). El delito aplicado, frente a la detención del 530 del Código Penal, supone en consecuencia la existencia de una detención ilegal en cuanto al fondo, es decir, la misma no cabe en ningún caso estando siempre fuera de la ley. El dolo por lo tanto tiene que abarcar la conciencia del sujeto activo de actuar de esta forma. Por otra parte, tratándose el mismo de un funcionario en quien concurre la expresa facultad de practicar detenciones en el ámbito de sus competencias, al tratarse de un delito especial impropio solo puede ser cometido por sujeto activo en el que concurra esta competencia, no puede dudarse de su conocimiento de los requisitos normativos señalados.

Tal como señala el Ministerio Fiscal en su informe, la LO 1/1992, de 21 de febrero, sobre Protección de la Seguridad Ciudadana (vigente en la fecha de los hechos), en términos análogos a los establecidos en el artículo 16 de la vigente LO 4/2015, establecía en el art. 20:

“1) Los agentes de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad podrán requerir, en el ejercicio de sus funciones de indagación o prevención, la identificación de las personas y realizar las comprobaciones pertinentes en la vía pública o en el lugar donde se hubiere hecho el requerimiento, siempre que el conocimiento de la identidad de las personas requeridas fuere necesario para el ejercicio de las funciones de protección de la seguridad que a los agentes encomiendan la presente Ley y la Ley Orgánica de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad.

2) De no lograrse la identificación por cualquier medio, y cuando resulte necesario a los mismos fines del apartado anterior, los agentes, para impedir la comisión de un delito o falta, o al objeto de sancionar una infracción, podrán requerir a quienes no pudieran ser identificados a que les acompañen a dependencias próximas y que cuenten con medios adecuados para realizar las diligencias de identificación, a estos solos efectos y por el tiempo imprescindible.

.....

4) En los casos de resistencia o negativa infundada a identificarse o a realizar voluntariamente las comprobaciones o prácticas de identificación, se estará a lo dispuesto en el Código Penal y en la Ley de Enjuiciamiento Criminal.”

En el caso de autos, no aparecen hechos que pudieran considerarse incluidos en las previsiones del artículo 20 de la Ley Orgánica sobre Protección de la Seguridad Ciudadana y en los que pudiera apoyarse la actuación policial. No existe constancia en las actuaciones de la toma de fotografías o video por el denunciante. Y aun en el caso de que las hubiera tomado, no pueden ser consideradas como efectos o instrumentos susceptibles de ser utilizados para acciones ilegales. Tampoco consta que la actuación policial obedeciera a la necesidad de plantear y resolver con arreglo a derecho un eventual conflicto provocado por la toma de las fotografías, ya que no ha sido comprobado, o al menos no se hizo constar en el atestado que se hubiese comprobado que el teléfono móvil del Sr. AAA contuviera imágenes que pudieran haber sido tomadas por él durante la intervención policial en la puerta de la discoteca. Y tampoco se deriva de lo actuado que se sospechase de su participación en la reyerta que había tenido lugar en la discoteca y que fue motivo de la actuación de los funcionarios acusados. De hecho, la intervención del Sr. AAA se produjo después de que la reyerta ya hubiera terminado y se hubiera identificado y separado a los contendientes.

A diferencia de la actuación llevada a cabo frente a DDD, quien increpó a los funcionarios de policía cuestionando su actuación frente a otras personas que habían participado en la reyerta y quien carecía de documentación al solicitarle su identificación, el Sr. AAA se limitó a sacar su móvil y a salir corriendo cuando los agentes se dirigieron hacia el mismo, y tras darle alcance, fue golpeado y detenido en los términos expresados en la sentencia.

En estas circunstancias, una detención respecto de una persona que nada ha hecho no puede llevarse a cabo en cumplimiento de un deber. Y nunca puede dar pie para que quien la detiene a que pueda pensar que lo hace con algún fundamento legal. Por lo tanto, no puede aceptarse que la actuación policial encontrara cobertura legal.

Únicamente cabe señalar en este momento que, aun cuando la resolución recurrida no especifica en cuál de los apartados contenidos en el artículo 163 del Código Penal, al que se remite el artículo 167 del mismo texto legal, debe ser incardinada la conducta de los acusados, es evidente que se refiere al contenido en el nº 2 del referido precepto, teniendo en cuenta la pena que en su extensión mínima les ha sido impuesta, esto es, tres años de prisión.

3. Respecto a la posible inclusión de las detenciones ilegales policiales en el subtipo privilegiado del artículo 163.4 del Código Penal, que plantea la defensa del Sr. Escribano, se pronunció el Pleno no jurisdiccional de esta Sala celebrado el día 27 de enero de 2009, que, tras la correspondiente deliberación, adoptó mayoritariamente el siguiente Acuerdo: "La remisión que el artículo 167 del Código Penal hace al artículo 163, alcanza también al apartado 4 de este último." Este Acuerdo fue ratificado posteriormente en la sentencia de 3 de marzo de 2009.

En la sentencia núm. 678/2012, de 18 de septiembre de 2012 se expresaron los argumentos fundamentales, en abono de esta tesis:

a) De una parte, se afirma que, si bien la descripción típica del artículo 167, referido a las detenciones ilegales llevadas a cabo por Autoridad o funcionario público distintas de las contempladas en el artículo 530 del mismo Código Penal, parece incongruente con una vinculación al supuesto del apartado 4 del 163, ya que éste se encabeza con la referencia a "El particular", lo cierto es que esta referencia a la literalidad de ambos preceptos no puede ser considerada como un obstáculo absoluto para la discutida posibilidad de remisión, toda vez que también el apartado 1 del meritado artículo 163, precisamente aplicado por la Audiencia en el presente caso, también castiga a "El particular que encerrare o detuviere a otro..."

b) Por ello, la remisión del 167 ha de entenderse no referida a la integridad de los distintos tipos objetivos descritos en los diferentes apartados del artículo 163, con todos los elementos que los definen, sino, tan sólo, a un aspecto concreto de éstos, a saber, la acción típica, por lo que se trata de una remisión al hecho, sin incluir el carácter del sujeto de la acción.

c) En cualquier caso, se constata que el repetido artículo 167, con su generalidad, no excluye expresamente la posibilidad de remisión a ninguno de los supuestos del 163.

d) Y, en ese sentido, tampoco parece razonable ante una situación, cuando menos, de duda interpretativa, que esta duda se despeje "contra reo", excluyendo la aplicación del subtipo atenuado, si éste se corresponde con la conducta declarada como probada, aun cuando ésta hubiere sido llevada a cabo por una Autoridad o funcionario público.

e) Máxime cuando el "plus" en el desvalor de esa acción, en razón a la peculiaridad del sujeto activo del ilícito por tratarse precisamente de persona que, en su condición de funcionario, está llamado a garantizar y preservar los derechos del ciudadano, ya encuentra respuesta en el propio artículo 167, que dispone la agravación del castigo previsto para quien no fuere funcionario, a lo largo de todos los supuestos del 163, fijando la pena en su mitad superior y, lo que es más, imponiendo también una inhabilitación absoluta entre ocho y doce años de duración que, obviamente, supone además la pérdida de esa profesión vinculada a la protección de los derechos del ciudadano.

f) No debiendo, así mismo, desdeñarse la mayor proporcionalidad que, con esta interpretación, se alcanza, al sancionar una acción consistente en esa transitoria y breve privación de libertad, con una finalidad que no es sino la puesta a disposición de un tercero, también agente de la Autoridad, para que disponga sobre la pertinencia o no de la detención y consecuente puesta en libertad del privado de ella, frente a los cuatro años de prisión que, como mínimo, prevé el apartado 1 del artículo 163.

Por su parte, la sentencia 1237/11, de 23 de noviembre, matiza que si bien la remisión del artículo 167 alcanza también al artículo 163.4, ello no significa que toda detención sin causa legal efectuada por un funcionario policial que se ha presentado en comisaría deba subsumirse automáticamente en dicho subtipo.

En nuestro caso, el apartado de hechos probados de la sentencia impugnada, tras describir la agresión de que fue objeto el Sr. AAA, añade: "Tras ello fue engrilletado e introducido por los otros agentes en un coche patrulla, siendo trasladado a la comisaría de Leganitos donde permaneció detenido hasta las 12,30 horas del mismo día."

De este relato puede considerarse concurrente un elemento que supone la aplicación de un tipo penal menos grave. Tal elemento consiste en la intención de presentar inmediatamente el detenido a la autoridad lo cual se deduce con toda claridad del hecho, nunca puesto en duda, de que, tras la privación de libertad, el detenido fue trasladado a las dependencias policiales y puesto a disposición de los responsables de guardia. 3. Respecto a la posible inclusión de las detenciones ilegales policiales en el subtipo privilegiado del artículo 163.4 del Código Penal, que plantea la defensa del Sr. Escribano, se pronunció el Pleno no jurisdiccional de esta Sala celebrado el día 27 de enero de 2009, que, tras la correspondiente deliberación, adoptó mayoritariamente el siguiente Acuerdo: "La remisión que el artículo 167 del Código Penal hace al artículo 163, alcanza también al apartado 4 de este último." Este Acuerdo fue ratificado posteriormente en la sentencia de 3 de marzo de 2009.

En la sentencia núm. 678/2012, de 18 de septiembre de 2012 se expresaron los argumentos fundamentales, en abono de esta tesis:

a) De una parte, se afirma que, si bien la descripción típica del artículo 167, referido a las detenciones ilegales llevadas a cabo por Autoridad o funcionario público distintas de las contempladas en el artículo 530 del mismo Código Penal, parece incongruente con una vinculación al supuesto del apartado 4 del 163, ya que éste se encabeza con la referencia a " El particular" , lo cierto es que esta referencia a la literalidad de ambos preceptos no puede ser considerada como un obstáculo absoluto para la discutida posibilidad de remisión, toda vez que también el apartado 1 del meritado artículo 163, precisamente aplicado por la Audiencia en el presente caso, también castiga a "El particular que encerrare o detuviere a otro..."

b) Por ello, la remisión del 167 ha de entenderse no referida a la integridad de los distintos tipos objetivos descritos en los diferentes apartados del artículo 163, con todos los elementos que los definen, sino, tan sólo, a un aspecto concreto de éstos, a saber, la acción típica, por lo que se trata de una remisión al hecho, sin incluir el carácter del sujeto de la acción.

c) En cualquier caso, se constata que el repetido artículo 167, con su generalidad, no excluye expresamente la posibilidad de remisión a ninguno de los supuestos del 163.

d) Y, en ese sentido, tampoco parece razonable ante una situación, cuando menos, de duda interpretativa, que esta duda se despeje "contra reo", excluyendo la aplicación del subtipo atenuado, si éste se corresponde con la conducta declarada como probada, aun cuando ésta hubiere sido llevada a cabo por una Autoridad o funcionario público.

e) Máxime cuando el "plus" en el desvalor de esa acción, en razón a la peculiaridad del sujeto activo del ilícito por tratarse precisamente de persona que, en su condición de funcionario, está llamado a garantizar y preservar los derechos del ciudadano, ya encuentra respuesta en el propio artículo 167, que dispone la agravación del castigo previsto para quien no fuere funcionario, a lo largo de todos los supuestos del 163, fijando la pena en su mitad superior y, lo que es más, imponiendo también una inhabilitación absoluta entre ocho y doce años de duración que, obviamente, supone además la pérdida de esa profesión vinculada a la protección de los derechos del ciudadano.

f) No debiendo, así mismo, desdeñarse la mayor proporcionalidad que, con esta interpretación, se alcanza, al sancionar una acción consistente en esa transitoria y breve privación de libertad, con una finalidad que no es sino la puesta a disposición de un tercero, también agente de la Autoridad, para que disponga sobre la pertinencia o no de la detención y consecuente puesta en libertad del privado de ella, frente a los cuatro años de prisión que, como mínimo, prevé el apartado 1 del artículo 163.

Por su parte, la sentencia 1237/11, de 23 de noviembre, matiza que si bien la remisión del artículo 167 alcanza también al artículo 163.4, ello no significa que toda detención sin causa legal efectuada por un funcionario policial que se ha presentado en comisaría deba subsumirse automáticamente en dicho subtipo.

En nuestro caso, el apartado de hechos probados de la sentencia impugnada, tras describir la agresión de que fue objeto el Sr. AAA, añade: "Tras ello fue engrilletado e introducido por los otros agentes en un coche patrulla, siendo trasladado a la comisaría de Leganitos donde permaneció detenido hasta las 12,30 horas del mismo día."

De este relato puede considerarse concurrente un elemento que supone la aplicación de un tipo penal menos grave. Tal elemento consiste en la intención de presentar inmediatamente el detenido a la autoridad lo cual se deduce con toda claridad del hecho, nunca puesto en duda, de que, tras la privación de libertad, el detenido fue trasladado a las dependencias policiales y puesto a disposición de los responsables de guardia.

DATOS SENTENCIA

Sentencia núm. 679/2018

Fecha de sentencia: 20/12/2018

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION

Número del procedimiento: 2585/2017

Ponente: Excmo. Sra. D. ^a Susana Polo García

TEMA

Delitos de estafa, falsedad en documento mercantil y difusión y revelación de secretos de empresa. Requisitos del artículo 279 CP. Concepto secreto empresarial

ASPECTOS EXAMINADOS

- En cuanto a la infracción denunciada del art. 279 del Código Penal, debemos partir de que el citado artículo castiga, en su tipo básico, la difusión, revelación o cesión de un secreto de empresa llevada a cabo por quien tuviere legal o contractualmente obligación de guardar reserva. Y, en su tipo privilegiado, a quien utilice el secreto en provecho propio. Elemento nuclear de este delito -como también del previsto en el art. 278 CP- es el secreto de empresa, el cual no es definido por el Código Penal, por lo que, tal y como dijimos en nuestra sentencia 285/2008, de 12 de mayo –también citada en la resolución recurrida- “habremos de ir a una concepción funcional-práctica, debiendo considerar secretos de empresa los propios de la actividad empresarial, que de ser conocidos contra la voluntad de la empresa, pueden afectar a su capacidad competitiva. Así serán notas características: - la confidencialidad (pues se quiere mantener bajo reserva), - la exclusividad (en cuanto propio de una empresa), - el valor económico (ventaja o rentabilidad económica), - licitud (la actividad ha de ser legal para su protección).”

A falta de un concepto legal de secreto empresarial que nos permita deslindar en cada caso si concurre o no el referido tipo, también podemos acudir al artículo 39 del ADPIC (ratificado por España el 30 de Diciembre de 1994 y publicando en el BOE de fecha 24 de Enero de 1995), según el cual la información debe reunir los siguientes caracteres: a) Que sea secreta, en cuanto no sea conocida ni fácilmente accesible para personas introducidas en los círculos en que normalmente se utiliza ese tipo de información. b) Que tenga un valor comercial o competitivo por ser secreta. c) Que haya sido objeto de medidas razonables, en las circunstancias concurrentes, para mantenerla secreta, tomadas por la persona que legítimamente la controla.

De los hechos probados se desprende, por un lado que los acusados JJJ y VVV trabajaron para GGG, S.A. hasta el 21 de septiembre de 2011, fecha en la que fueron despedidos firmando una cláusula de confidencialidad con la citada empresa por un periodo de dos años, sin por ello recibir una compensación adecuada a cambio del compromiso adquirido – contraviniendo con ello el art. 21.2 del Estatuto de los Trabajadores-, por otro lado, que el otro acusado AAA constituyó como socio único la sociedad CCC S.L empresa instaladora de confianza de GGG, S.A., hasta que se produjo el despido de los acusados JJJ y VVV, quienes al menos desde principios de 2011 habían venido colaborando con CCC S.L. en la consecución de clientes y proveedores, algunos de ellos conocidos por su trabajo en GGG, S.A. y también concluyendo operaciones a favor de AAA, que los acusados JJJ y VVV estaban gestionando para GGG - YYY con la sociedad EEEE y la de HHH.

También se afirma en los hechos probados que los acusados hicieron uso de la información sobre clientes, proveedores, y precios, obtenida con ocasión de su actividad en GGG, S.A., a la cual podían acceder terceras personas a través de la web de ésta y la de sus proveedores.

De los mismos, no podemos llegar a la conclusión mantenida por el recurrente, que los acusados son autores del delito de revelación de secreto profesional imputado, ya que no estamos ante “secretos de empresa”, que como hemos indicado, son los propios de la actividad empresarial, conocidos contra la voluntad de la empresa, y que pueden afectar a su capacidad competitiva, puesto que a los datos de proveedores, clientes y precios que podían acceder terceras personas a través de la web, por lo que la citada información era conocida y fácilmente accesible.

Lo anterior, se refleja en los hechos probados, y se analiza de forma pormenorizada en la sentencia de instancia. En primer lugar se afirma que los correos electrónicos tanto enviados como recibidos por los acusados podrían contener información reservada sobre las compras a ventas que iban a realizar a proveedores y clientes de GGG, aprovechándose en su propio beneficio y el de CCC, para realizar una actividad concurrente con la de aquélla, con el consiguiente provecho para ellos y perjuicio para GGG, contraviniendo así la obligación de buena fe y de lealtad contractual que derivaba de su relación laboral con dicha entidad y del pacto de confidencialidad firmado tras el despido, actuación que califica de acto de competencia desleal, de naturaleza civil, al que se refiere la Ley de Competencia Desleal.

Y, en segundo lugar, la sentencia pone de relieve que el deber de reserva o confidencialidad pactado con el despido por ambos acusados no va acompañado de una compensación adecuada, de hecho la misma es inexistente, y que la información sobre clientes, proveedores y precios, pese a reunir los requisitos de exclusividad, valor económico y licitud, no reúne la nota de confidencialidad que se exige por la jurisprudencia, ya que se copió la lista de tarifas que aparecía en la web de GGG, que por esa misma circunstancia era de libre acceso a cualquier persona, inclusive a las empresas de la competencia, de modo que dicha información dejaba de estar reservada y no pedía calificarse de secreto de empresa dada la publicidad que se le daba. Haciendo hincapié, en lo irrelevante de conocer el margen comercial de otras empresas de la competencia, cuando lo importante es tener en cuenta el precio por el que se adquieren a los proveedores los productos que se van a comercializar y el precio por el que finalmente se venden por las empresas competidoras, unos y otros, podían ser conocidos por cualquiera, ya que eran públicos a través de las redes.

- Delito de Estafa. También se alega infracción de los artículos 248.1 y 2, 249 y 250. 1, 6 y 7 del Código Penal. En lo que respecta al delito de estafa, tal como se ha expuesto en resoluciones precedentes de este Tribunal, los elementos que lo estructuran, a tenor de las pautas que marcan la doctrina y la jurisprudencia (SSTS 220/2010, de 16 de febrero ; 752/2011, de 26 de julio ; y 465/2012, de 1 de junio), son los siguientes: 1) La utilización de un engaño previo bastante, por

parte del autor del delito, para generar un riesgo no permitido para el bien jurídico (primer juicio de imputación objetiva); esta suficiencia, idoneidad o adecuación del engaño ha de establecerse con arreglo a un baremo mixto objetivo-subjetivo, en el que se pondere tanto el nivel de perspicacia o intelección del ciudadano medio como las circunstancias específicas que individualizan la capacidad del sujeto pasivo en el caso concreto. 2) El engaño ha de desencadenar el error del sujeto pasivo de la acción. 3) Debe darse también un acto de disposición patrimonial del sujeto pasivo, debido precisamente al error, en beneficio del autor de la defraudación o de un tercero. 4) La conducta engañosa ha de ser ejecutada con dolo y ánimo de lucro. 5) De ella tiene que derivarse un perjuicio para la víctima, perjuicio que ha de aparecer vinculado causalmente a la acción engañosa (nexo causal o naturalístico) y materializarse en el mismo el riesgo ilícito que para el patrimonio de la víctima supone la acción engañosa del sujeto activo (relación de riesgo o segundo juicio de imputación objetiva) (STS 47/2017, de 1 de febrero).

El ánimo de lucro como elemento subjetivo del injusto, exigido hoy de manera explícita por el artículo 248 del Código Penal, debe ser entendido como propósito por parte del infractor de obtención de una ventaja patrimonial correlativa, aunque no necesariamente equivalente, al perjuicio típico ocasionado (STS nº 902 / 2013, de 14 de noviembre). Y hemos dicho que existe perjuicio económico si se produce un desplazamiento patrimonial en beneficio de una persona y correlativo perjuicio de otra, sea esta o no la directamente engañada. El ánimo de lucro existe aun cuando no sea el sujeto activo del engaño el que en definitiva resulta beneficiado (STS nº 469/2008, de 9 de julio).

De los hechos declarados probados no se desprenden los elementos integrantes del delito de estafa agravada que es imputado por la Acusación Particular, ya que en los mismos se hace constar que los acusados JJJ y VVV colaboraban con CCC S.L., para conseguir clientes y proveedores, algunos de ellos conocidos por los mismos a través de su trabajo en GGG, S.A., y concluyeron operaciones para CCC S.L. que previamente estaban gestionado para GGG - YYY con la sociedad EEE y la de HHH, “sin que haya quedado demostrado que para llevarla a cabo manipulasen documentación alguna ni se generase con ella perjuicio patrimonial concreto a GGG.”.

De la fundamentación de la sentencia (FD 4º), en cuanto a la calificación jurídica de los hechos, se afirma que no hubo engaño para los clientes, ni error en la voluntad de contratación, sino una competencia desleal, el supuesto engaño era un ocultamiento tanto a CCC como a los clientes del comportamiento desleal como la empresa para la que trabajaron hasta septiembre de 2011, clientes que no realizaron un desplazamiento patrimonial en base a creencia errónea alguna, sin acreditar suficientemente la acusación el perjuicio patrimonial derivado de la conducta desleal de los acusados.

Las recurrentes lo que pretenden es una revisión de la prueba, pero el motivo de casación invocado es de carácter sustantivo penal cuyo objeto exclusivo es el enfoque jurídico que a unos hechos dados, ya inalterables, y de los mismos no se desprende error de precepto sustantivo alguno, ya que de los hechos probados no se desprende un engaño bastante, ni que la consecuencia del fingimiento u ocultación por los acusados de su comportamiento desleal con la empresa, sea una disposición patrimonial y que la consecuencia de ésta sea un perjuicio económicamente evaluable.

DATOS SENTENCIA

Sentencia núm. 699/2018

Fecha de sentencia: 08/01/2019

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION

Número del procedimiento: 213/2018

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

TEMA

Amenazas graves. Concurso real de delitos y no concurso de normas. Legítima Defensa: requisitos. Proporcionalidad

ASPECTOS EXAMINADOS

- Amenazas graves: aunque se profieran en el marco de un episodio violento con causación de lesiones (art. 153 CP), si anuncian un mal delictivo diferente (en este caso muerte y/o ataque sexual) entran en concurso real con el delito de lesiones. se considera que esas amenazas debieran entenderse embebidas en el delito del art. 153 CP. Existiría un concurso de normas y no el concurso de delitos apreciado por la Audiencia.

No es admisible esa tesis en este caso. Pudiera serlo en supuestos en que el mal con que se amenaza se corresponde con el delito ejecutado o cuya ejecución se está iniciando. La amenaza de matar que precede al homicidio (consumado o intentado) queda englobada por el castigo de éste; la amenaza de causar lesiones proferida al tiempo que se están ocasionando no añade un plus de antijuricidad susceptible de dar vida a otro delito. En esos casos se produce, en efecto, una progresión delictiva que lleva a castigar únicamente por el delito en que se concreta el mal que se anuncia -principio de consunción- (SSTS 93/2013, de 12 de febrero, ó 677/2007, de 20 de julio).

La jurisprudencia afirma que las amenazas son susceptibles de quedar absorbidas por otros delitos, normalmente homicidio y lesiones, cuando primero se profieren y después sin solución de continuidad se ejecuta el mal anunciado (SSTS de 27 de noviembre de 1981; 4 de marzo de 1987; 4 de febrero de 2000; ó 909/2016 de 30 de noviembre). Dice al respecto la STS 846/2011, de 15 de julio: <<Así, en la STS 520/2009, 14 mayo., se declara que cuando las amenazas coinciden con el inicio de la ejecución del mal amenazado dan lugar a un concurso aparente de leyes a resolver con el criterio de la consunción, de manera que deben considerarse absorbidas por éste. Las proferidas inmediatamente antes de un ataque contra la vida o la integridad física pueden considerarse incluidas en éste a través de un fenómeno de progresión delictiva, de modo que serán conjuntamente sancionadas con la pena del delito más grave. Sin embargo, deben penarse separadamente cuando entre las amenazas y el delito contra la vida o la integridad física exista una separación temporal suficiente para considerarlos acciones distintas, cada una de ellas con su propio contenido de injusto independiente de la otra. En el caso, las amenazas se dicen vertidas en un momento temporalmente alejado del ataque a la vida, por lo que deberían considerarse como un delito diferente con entidad propia, sancionable de forma independiente>>.

La STS 774/2012, de 25 de enero en esa línea apunta igualmente: <<Ciertamente esta Sala tiene declarado, STS 1188/2010, 30-12, que la amenaza presupone que el mal generado no ha comenzado a efectuarse, cuando por el contrario, la amenaza tiene lugar en unidad de acción con el comienzo de ejecución a la misma y este por sí mismo es punible (por ejemplo tentativa de homicidio o lesiones), solo puede configurar un concurso de normas que se resuelve quedando absorbidas las amenazas en el delito intentado (SSTS 677/2007, 20 de julio, 180/2010, 10 de marzo), esto es el ánimo de lesionar absorbería las amenazas proferidas en el mismo momento de la agresión, en virtud de las reglas de especialidad y absorción del art. 8.1 y 3 CP y no por el concurso de delitos. Supuesto que sería el de las amenazas que se producen al mismo tiempo que la agresión física>>.

No puede ser esa la solución cuando se aprecian bienes jurídicos distintos: la amenaza consiste en el anuncio de un mal diferente al que se procede a ejecutar. Amenazar seriamente con ocasionar la muerte al tiempo que se golpea levemente a una persona, no puede ventilarse con una pena por el delito de maltrato de obra. Si fuese así, acompañar la amenaza de afectación a otro bien jurídico con alguna lesión concreta, aunque nimia, se convertiría en una extraña forma de atemperar las consecuencias del delito.

La amenaza de cometer un delito grave merece una pena de hasta dos años de prisión. Pero -según esa estrambótica exégesis- si además de la amenaza se ocasionen lesiones del art. 153 la pena se vería reducida a un máximo de un año, susceptible de una ulterior minoración (art. 153.4). Y si se tratase del supuesto del art. 147.3, a una pena de multa. Una interpretación armónica del Código Penal no puede llevar a esas anómalas e ininteligibles consecuencias.

En el caso objeto de recurso se están produciendo unas lesiones encajables en el art. 153, sin vocación de ir más allá en su gravedad. Simultáneamente se vierten amenazas de llevar a cabo una violación (la expresión a lo mejor que acompaña a la amenaza denota cierta deliberación, algo así como un me lo pensaré); o de provocar la muerte. Esos anuncios no pueden quedar degradados por el hecho de ir adosados a la acusación de una lesión.

La STS 791/2017, de 7 de diciembre que cita el Fiscal abona esta solución:

Según el recurrente, no cabe declarar al acusado autor de un delito de amenazas por los hechos descritos en el apartado d) de la sentencia cuando dicho precepto penal debería haberse visto absorbido por el delito de lesiones graves al que también ha sido condenado por los mismos hechos, produciéndose una manifiesta inaplicación de lo dispuesto en el artículo 8. 3º del Código Penal. Entiende que las amenazas quedan absorbidas por el delito amenazado cuando éste llegara a cometerse.

Ciertamente, en algunos casos, mediante el mecanismo jurídico de la progresión delictiva, las amenazas iniciales quedan absorbidas en el delito más grave que se comete seguidamente, de tal modo que quien amenaza a alguien con matarlo y seguidamente lo asesina, no comete dos delitos, sino uno solo contra la vida de la víctima. Así lo hemos venido entendiendo reiteradamente.

Este fenómeno ocurre cuando todo el desvalor de la conducta se integra en el delito final que consume, en consecuencia, toda la antijuricidad de la acción. No hay por qué penar los diversos pasajes de tal progresión delictiva, si el resultado final consume toda la antijuricidad de la acción.

Pero en este caso, como acertadamente argumenta el Ministerio Fiscal en esta instancia casacional, «ni la mató, ni las lesiones se entendieron constitutivas de delito de homicidio en grado de tentativa». No hay, pues, absorción posible. Y además la sentencia recurrida motiva, con toda corrección, la punición independiente de las amenazas en un hecho de tanta gravedad, porque las desconecta de las graves lesiones producidas».

Podemos evocar también la STS 576/2015, de 5 de octubre.

- Legítima defensa: Unas amenazas graves de un mal que se anuncia como inminente en el curso de una agresión que, habiéndose interrumpido, se percibe como susceptible de reanudarse en cualquier momento constituyen agresión ilegítima a efectos de la legítima defensa (art. 20.4 CP).

Las actitudes amenazadoras o las mismas amenazas verbales de un mal que se anuncia como próximo o inmediato pueden integrar la agresión ilegítima recogida en el art. 20. 4º CP como requisito nuclear para apreciar la legítima defensa, si las circunstancias que las rodean son tales que permiten llevar al amenazado a la razonable creencia de un acometimiento o ataque cuya inminencia no es descartable (SSTS 11 de octubre de 1986; 22 de enero de 1987; 14 de febrero de 1989; 3 de abril de 1992). En este caso la agresión que se estaba llevando a cabo se había interrumpido. No afirma el hecho probado que hubiese finalizado. El adverbio momentáneamente que se consigna al referir cómo el agresor deja el cuchillo, parece sugerir que no se trataba, al menos en apariencia, en la percepción que pudiera tener Yolanda, de un abandono del arma por darse por finiquitado el episodio. Eso lleva a la Audiencia con acierto a considerar que estábamos ante una agresión actual a los efectos del art. 20.4 CP. Todavía no podía considerarse cesada.

Hay que combinar eso con las amenazas que acababan de salir de labios del agresor y que se referían a un futuro muy próximo o inmediato, así como con las circunstancias de lugar y tiempo que invitaban a creer en la real posibilidad de que ese propósito anunciado fuese efectivamente cumplido. La agresión padecida unida a la amenaza emitida (y percibida como factible de ser culminada enseguida) componen un escenario en el que se puede hablar con rigor y propiedad de la agresión ilegítima erigida en presupuesto esencial de una legítima defensa. Estas consideraciones hacen claudicar la objeción del recurrente (STS 205/2017, de 28 de marzo).

La proporcionalidad ha de medirse en un juicio ex ante valorando el conjunto de circunstancias y las alternativas defensivas que se presentaban. Ciertamente si nos atenemos rigurosamente al hecho probado no puede hablarse de desproporción en la reacción. La necesidad racional del medio ha de ser medida no como en un laboratorio, sino in casu, situándonos en la posición del agredido y contando con todas las circunstancias (alternativas, situación, posibilidades). Aquí exigir de la víctima, de menor fortaleza física que el agresor, arrojada al suelo y anulada por Juan Manuel, otro medio de defensa que el que se le presentó cuando se percató de que el cuchillo que había tenido situado en el cuello fue soltado por el agresor, no parece ponderado. No es sencillo imaginar otra acción defensiva idónea. Máxime si se tiene en cuenta —en apreciación que ha llevado a la Sala a modificar el título de imputación considerando que son unas lesiones— que solo causó una herida leve y que tras comprobar que la agresión, ya sí, debía tenerse por cesada y el peligro conjurado, depuso esa actitud sin intentar realizar nuevos apuñalamientos y auxiliando a Juan Manuel (vid. STS 593/2009, de 29 de mayo).

Hay razones para apreciar la eximente del art. 20.4 CP y absolver a la recurrente, acogiendo así también la adhesión que a este punto ha exteriorizado el Fiscal.

DATOS SENTENCIA

Sentencia núm. 700/2018

Fecha de sentencia: 09/01/2019

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION (P)

Número del procedimiento: 10336/2018 P

Ponente: Excm. Sra. D. ª Carmen Lamela Díaz.

TEMA

Asesinato. - Alevosía (veneno). Animo homicida. Tentativa inidónea. Delito continuado contra la intimidad. Delito contra la intimidad. (Vida sexual art. 197.5 Código Penal).

ASPECTOS EXAMINADOS

- Animo homicida. Imputación objetiva: En la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Justicia ha sido reexaminada la prueba practicada ante la Audiencia. De esta manera analiza la composición, características y efectos que puede producir el clorpirifos de modo acorde con el resultado de las pruebas periciales practicadas. A continuación, señala que, con una exposición suficiente, el clorpirifos puede producir inconsciencia, convulsiones y la muerte; su exposición repetida es susceptible de causar los mismos resultados que la exposición aguda. Igualmente coincide con la sentencia dictada por la Audiencia en que, desde una perspectiva ex ante, la conducta del acusado no era absolutamente inidónea para producir la muerte de sus víctimas, no se trataba de una mera tentativa irreal, imaginaria o fantasiosa. Y considera que el acusado no tenía un dominio de cuál iba a ser el resultado tóxico definitivo que sufrirían sus víctimas si hubiesen ingerido los alimentos

adulterados; no podía tenerlo máxime tratándose de un niño de tres años (el hijo de Doña Vanesa) y de un adulto (su marido Sr. Monzón) en situación de vulnerabilidad por su tratamiento oncológico de quimioterapia.

Sobre esta cuestión, la sentencia núm. 476/2009, de 7 de mayo da respuesta desde la construcción dogmática de la imputación objetiva, que permite afirmar que, cuando se trata de delitos de resultado, el mismo es imputable al comportamiento del autor si éste crea un riesgo, jurídicamente desaprobado, y de cuyo riesgo el resultado es su realización concreta.

En el mismo sentido hemos señalado en la sentencia núm. 693/2015, de 7 de noviembre, que "la tentativa es idónea cuando la acción era objetivamente adecuada ex ante para causar la muerte a la víctima, y además ex post se comprobó que se generó un peligro concreto para el bien jurídico de la vida." Y en las sentencias núm. 764/2014 y 101/2018 de 28 de febrero leemos: "Objetivamente quiere decir que el plan o actuación del autor, así como los medios utilizados, 'objetivamente' considerados, son racionalmente aptos para ocasionar el resultado."

La tentativa objetivamente considerada ex post, siempre es inidónea para consumir el delito, lo cual no implica que los hechos realizados por el sujeto deban quedar impunes cuando objetivamente se ha puesto en peligro el bien jurídico protegido por el tipo penal. En este sentido, el artículo 16.1 del Código Penal señala que "hay tentativa cuando el sujeto da principio a la ejecución del delito directamente por hechos exteriores, practicando todos o parte de los actos que objetivamente deberían producir el resultado, y sin embargo éste no se produce por causas independientes de la voluntad del autor." Ello implica que debe concurrir el dolo por parte del autor, quien además debe haber iniciado la fase ejecutiva con actos que impliquen "objetivamente" un peligro para el bien jurídico protegido.

Esta puesta en peligro del bien jurídico protegido debe determinarse a partir de criterios objetivos a través de los cuales se deduzca cual era el propósito del sujeto activo al acometer su acción, teniendo en cuenta las circunstancias y contexto en el que actuó.

Solo será punible la que objetivamente con una consideración ex ante, puede llegar a materializarse en su resultado consumativo.

En el caso de autos, los hechos objetivos sobre los que el Tribunal Superior de Justicia asienta sus conclusiones, asumiendo los razonamientos de la Audiencia, no disienten en general con los expuestos por el recurrente. Que las muestras analizadas no tuvieran la concentración necesaria para producir la muerte de las personas que pudieran llegar a ingerir los alimentos sobre los que aquéllas fueron vertidas, no desvirtúa las conclusiones alcanzadas por el Tribunal, que considera que la conducta del acusado no era absolutamente inidónea. Tal conclusión es racional y lógica, teniendo en cuenta que la acción del acusado se mostró como peligrosa ex ante, poniendo objetivamente en peligro la vida de sus víctimas. Decidió vulnerar el bien jurídico protegido por el tipo penal por el que ha sido condenado a través de una acción que no resultaba ajena a la órbita del tipo, utilizando además medios idóneos. De hecho, el acusado conocía la toxicidad de las sustancias utilizadas y las circunstancias personales de sus víctimas. Aduce el recurrente que el acusado tenía conocimientos sobre las sustancias utilizadas y que por ello sabía que eran inocuas. Sin embargo, las periciales practicadas no califican las sustancias de inocuas, sino que hacen depender los efectos de la sustancia de diversos factores como la dosis, duración y ruta de exposición, forma y estructura de la sustancia química y factores humanos individuales (edad, estado de salud etc.). Aun cuando las cantidades de tales sustancias encontradas en la comida y en el domicilio del acusado no fueran suficientes para ocasionar la muerte en humanos, no fueron las únicas utilizadas o en disposición de ser utilizadas por éste para adulterar la comida de Doña Vanesa y de su familia. El conocimiento que podía tener el acusado de las dos sustancias utilizadas venía determinado por el uso por su familia y por él mismo como insecticida (clorpirifos) y como cebo para ratas y ratones (brodifacoum), lo que evidencia es que conocía, no que su consumo fuera inocuo, sino, por el contrario, que su contenido era tóxico y por tanto sus efectos perniciosos en caso de consumo humano, máxime teniendo en cuenta las circunstancias que, como se ha indicado, concurrían en sus víctimas, entre las que se encontraban un niño de tres años y un adulto recientemente tratado con quimioterapia.

- Alevosía: Conforme viene declarando esta Sala (STS 26/12/2014 con remisión a las sentencias núm. 703/2013, de 8 de octubre; 599/2012, de 11 de julio; y 632/2011, de 28 de junio) la alevosía concurre en aquellos casos 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 que su *modus operandi* suprime todo eventual riesgo y toda posibilidad de defensa procedente del ofendido y desea obrar de modo consecuente a lo 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, al 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).

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 de febrero).

En el caso de autos, el acusado utilizó sustancias tóxicas respecto a las cuales, conforme ya se ha expresado en el fundamento de derecho anterior, las periciales practicadas pusieron de manifiesto que no se trataba de sustancias inocuas, sino que los efectos de su ingestión dependían de diversos factores, como la dosis, duración y ruta de exposición, forma y estructura de la sustancia química y factores humanos individuales (edad, estado de salud etc.). También se ha expresado que, aun cuando las cantidades de tales sustancias encontradas en la comida y en el domicilio del acusado no fueran suficientes para ocasionar la muerte en humanos, no fueron las únicas utilizadas o en disposición de ser utilizadas por éste para adulterar la comida de Doña VVV y su familia. Igualmente, el acusado conocía los efectos que la ingestión de tales sustancias podía ocasionar en sus víctimas.

Además, el acusado utilizó sustancias venenosas aptas para causar la muerte de sus víctimas, actuando a distancia, aprovechando su ausencia para entrar en la vivienda y verter las sustancias en las comidas preparadas para su ingestión. De esta forma excluía todo riesgo para su persona, a la vez que anulaba cualquier posibilidad de defensa por parte de las víctimas, y garantizaba su anonimato. Concurren por tanto las notas de letalidad, insidia, cobardía, imposibilidad de defensa frente a un peligro oculto y fácil logro de la impunidad, caracterizadoras de la alevosía.

La aplicación del tipo hiperagravado previsto en el art. 140.1. 1ª del Código Penal respecto al hijo menor del matrimonio no constituye vulneración del principio “non bis in ídem”, ya que la edad del menor no ha sido tomada en consideración para calificar como alevosa la conducta del acusado. Las mismas circunstancias apreciadas para calificar alevosa la acción ejecutada frente a sus progenitores han sido las utilizadas para calificar igualmente alevosa la acción ejecutada frente al mismo.

De esta forma, la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Justicia confirmando la sentencia de instancia, toma en consideración para apreciar la existencia de alevosía en el intento de acabar con la vida de Doña VVV, su marido y su hijo: el hecho de que el acusado allanara de forma reiterada y subrepticia la vivienda de sus víctimas vertiendo sustancias tóxicas que podían causar la muerte en los alimentos que aquellas iban a consumir confiadamente; la confianza de las víctimas en la normalidad y tranquilidad de su hogar; la traición por una sorpresiva e inopinada intromisión agresiva; la indefensión de los agredidos y la ausencia de riesgo para el agresor por su distancia y su disimulo abyecto.

Conforme señalábamos en la sentencia núm. 80/2017, de 10 de febrero, cuando a la alevosía se superpongan circunstancias del apartado 1ª del art. 140.1 del Código Penal no contempladas para calificar el ataque como alevoso será posible la compatibilidad. Así, el acometimiento por la espalda de un menor de 15 años se calificará de asesinato alevoso del art. 138.1 del Código Penal (el ataque por la espalda integra la alevosía) y especialmente grave del art. 140.1. 1ª (por ser la víctima un menor).

- Delito continuado contra la intimidad: A través de este motivo expresa el recurrente que el tipo penal contenido en el artículo 197 del Código Penal es un tipo que incluye conceptos globales, o, lo que es lo mismo, hechos plurales incluidos en una única figura delictiva, (apoderamiento de cartas, mensajes de correo electrónico o cualesquiera otros documentos o efectos personales; interceptación de las telecomunicaciones; utilización de artificios de escucha, transmisión, grabación o reproducción de sonido o de la imagen, o de cualquier otra señal de comunicación) lo que obliga a considerar que una variedad de acciones punibles de contenido semejante constituyen no un delito continuado sino una sola infracción penal. La construcción del delito continuado conforme señalábamos en la sentencia núm. 624/2017, de 20 de septiembre, es fruto de una larga elaboración doctrinal y jurisprudencial cuyo origen se encuentra en el derecho medieval como medio de atenuar el rigor de aquel tiempo en relación a los delitos contra la propiedad. En el actual Código Penal se encuentran dos supuestos diferenciados: a) el autor que actúa en ejecución de un plan preconcebido, que supone un dolo ex ante que se va ejecutando en las diversas acciones que solo son ejecución parcial de un único delito, y b) la situación del que sin plan preconcebido actúa cada vez que se le representa la misma ocasión.

En ambos casos, está: a) en presencia de una pluralidad de acciones, b) cometidas por la misma persona y c) un ataque a los mismos bienes jurídicos, o semejantes, es decir, se trata del mismo o de semejante delito. Como dice el art. 74 del Código Penal "...infrinjan el mismo precepto penal o preceptos de igual o semejante naturaleza...".

En el supuesto examinado, según se expresa en el apartado de hechos probados de la sentencia de instancia, asumidos por el Tribunal Superior de Justicia, el acusado, "en el transcurso de las diferentes ocasiones en las que accedió al domicilio de VVV", que la sentencia sitúa entre el mes de diciembre de 2015 y el mes de junio de 2016, "se llevó consigo objetos personales de VVV: su pasaporte, a sabiendas de que en fechas próximas el matrimonio tenía planeado un viaje; dos DNI caducados y una fotografía de ella, dispositivos informáticos tipo pendrive que contenían fotografías de índole personal, familiar y algunas de carácter sexual de ella, un juego de llaves del vehículo, las del garaje, el mando del garaje, entre otros." Del contenido del referido relato resulta que el apoderamiento de secretos, papeles, documentos o efectos a que se refiere el tipo penal por el que el acusado ha sido condenado (artículo 197 del Código Penal), no se realizó en un único acto, en cuyo caso sí podríamos encontrarnos ante una unidad de acción aun cuando el apoderamiento fuera múltiple y variado. Por el contrario, se llevó a efecto en sucesivas ocasiones, prolongadas en el tiempo, a lo largo de varios meses (por lo menos seis), de forma incontestada e ilegítima, y aprovechando identidad de circunstancias (utilizando las llaves de la vivienda a las que tuvo acceso por razón de su cargo, y en el momento en que la vivienda se encontraba vacía conociendo el acusado ésta circunstancia) lo que permite la aplicación de la continuidad delictiva. Cada uno de los accesos tiene entidad propia y diferenciada de los otros, se desarrollan en un espacio temporal de varios meses y supone una reiteración en la conducta delictiva.

- Delito contra la intimidad: El recurrente estima incorrecta la incardinación y subsunción de los hechos atribuidos en relación con el meritado precepto. Y señala que tanto la sentencia dictada por la Audiencia Provincial como por el Tribunal Superior de Justicia declinan, de forma de todo punto ilógica, omisiva e irrazonable, abordar y considerar la palmaria ausencia de tipicidad en la agravación del art. 197.5 del Código Penal de los hechos atribuidos al Sr. García Jiménez y recogidos en el propio *factum*.

Considera que únicamente podrán integrar este tipo aquellas conductas dirigidas y tendentes a revelar la vida sexual del afectado entendida como algo distinto a las relaciones sexuales de cualquier índole (en cuyo caso, quedaría ya abarcada dicha intromisión en el ámbito sexual dentro del tipo básico del art. 197 CP), sino solamente aquellas que se refieran a la orientación sexual de la víctima, como pudiera ser poner de relieve tendencias que en el momento de la redacción del Código Penal pudieran considerarse por algunos sectores al margen de la norma general, como pudieran, ser ejemplo las relaciones homosexuales, etc.

Ambas sentencias, la dictada por la Audiencia Provincial (fundamento de derecho tercero), como la dictada por el Tribunal Superior de Justicia (fundamento de derecho cuarto) ofrecen cumplida contestación al recurrente sobre la cuestión que nuevamente reproduce en casación.

A través de las mismas se pone de manifiesto que el acusado se hizo con diversos dispositivos electrónicos propiedad del matrimonio Mo

MM-ZZZ. Entre otros, contenían fotografías de Vanesa en ropa interior durante el embarazo y vídeos del mismo tenor, constando al menos, tres imágenes de actos sexuales explícitos de la perjudicada, añadiéndose a ello el apoderamiento de un juguete sexual y de unos tanguitos también propiedad de ella. Además, elaboró una carpeta a la que denominó "VVVX" y en ella introdujo las fotografías de VVV con contenido erótico, esto es, en ropa interior, otra con el pecho al descubierto y otras más que captan actos sexuales explícitos. Tales fotografías y la carpeta "VVVX" aparecen también en dos dispositivos electrónicos más hallados en poder del procesado.

Tal y como expresan las sentencias dictadas por la Audiencia Provincial y por el Tribunal Superior de Justicia, asumiendo y confirmando la anterior, la información así obtenida y el juguete sexual afectan a un dato de especial relieve integrador del derecho constitucional a la intimidad, como es la vida sexual.

Conforme se expresa por el Tribunal Superior de Justicia el tipo penal contenido en el artículo 197.5 del Código Penal no está exigiendo la puesta al descubierto de una vida sexual que no sea previsible por los demás. Por el contrario, basta que aspectos de la vida sexual propia que se reservan, que son secretos como núcleo indudable y más significado de la intimidad lleguen a conocerse por otros contra la voluntad de la persona afectada mediando un apoderamiento o una captación ilícitos.

El acusado ha sido condenado como autor de un delito continuado contra la intimidad previsto y penado en los artículos 197.1 y 197.5 del Código Penal. La conducta consiste en apoderarse de los papeles, cartas, mensajes de correo electrónico o cualesquiera otros documentos o efectos personales de un tercero, sin que medie su consentimiento, para descubrir sus secretos o vulnerar su intimidad. Esta conducta se ve agravada cuando los hechos descritos afecten a datos de carácter personal que revelen la ideología, religión, creencias, salud, origen racial o vida sexual.

El citado precepto se encuentra comprendido dentro del Capítulo I (Del descubrimiento y revelación de secretos) del Título X del Libro II del Código Penal que lleva como rúbrica “Delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio”.

El bien jurídico protegido es la intimidad, reconocida como derecho fundamental en el artículo 18 de la Constitución Española que garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen.

Conforme señala el Tribunal Constitucional el derecho a la intimidad personal, en cuanto derivación de la dignidad de la persona (artículo 10.1 de la Constitución Española) implica “la existencia de un ámbito propio y reservado frente a la acción y el conocimiento de los demás, necesario, según las pautas de nuestra cultura, para mantener una calidad mínima de la vida humana” (STCS núm. 231/1988, 197/1991, 20/1992, 219/1992, 142/1993, 117/1994 y 143/1994), y referido preferentemente a la esfera, estrictamente personal, de la vida privada o de lo íntimo (STCS núm. 142/1993 y 143/1994).

El fundamento y la legitimidad político criminal de este motivo de agravación es el mayor menoscabo al bien jurídico intimidad, que se comete cuando los datos de carácter personal afectan al denominado núcleo duro de la privacidad. Tales son los datos relacionados con la ideología, religión, creencias, salud, origen racial o vida sexual, que gozan de especial protección en el plano constitucional dentro del derecho a la intimidad (artículo 18 Constitución Española), internacional (artículo 8 del Convenio de Roma o artículo 9 del Reglamento 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de abril de 2016) y en la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales (artículo 9).

Sostiene el recurrente que el concepto “vida sexual” debe entenderse referido únicamente a aquellos datos que se refieran a la orientación sexual de la víctima poniendo de relieve tendencias que pudieran considerarse por algunos sectores al margen de la norma general, como las relaciones homosexuales.

Tal consideración no puede ser compartida. El artículo 9 del Reglamento 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de abril de 2016 establece una diferenciación entre ambos conceptos (vida sexual y orientación sexual) al conferir tratamiento especial a determinadas categorías de datos, refiriéndose a “datos relativos a la vida sexual o la orientación sexuales de una persona física”.

Desde el punto de vista histórico cultural, la vida sexual es el conjunto de fenómenos emocionales, de conducta y de prácticas asociadas a la búsqueda de emoción sexual, que marcan de manera decisiva al ser humano en todas y cada una de las fases determinantes de su desarrollo. La orientación sexual es un concepto más restringido y se refiere a un patrón de atracción sexual, erótica, emocional y amorosa a un grupo de personas definidas por su sexo. Según la American Psychological Association, la orientación sexual deriva entre un continuo marcado por dos extremos, la atracción exclusiva por el sexo contrario, y la atracción exclusiva hacia individuos del mismo sexo. Por ello, para su estudio, se consideran tres categorías: la heterosexualidad –atracción hacia personas del sexo opuesto–, la homosexualidad –atracción hacia personas del mismo sexo– y la bisexualidad –atracción hacia personas de su mismo sexo y otros géneros–.

En definitiva “vida sexual” es un concepto amplio que abarca cualquier orientación sexual (heterosexual, homosexual o bisexual), siendo el fundamento de la agravación contenida en el artículo 197.5 del Código Penal la especial importancia que tiene este dato de carácter personal que pertenece al denominado “núcleo duro de la privacidad”.

Según se recoge en el Diario de Sesiones, en la tramitación parlamentaria para la aprobación de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, durante la propuesta y debate sobre la introducción del tipo penal comentado en el nuevo Código Penal, se atendió a la necesidad de recoger de forma individualizada y estructurada las figuras delictivas referentes al tratamiento de los datos de carácter personal más sensibles, esto es, aquellos recogidos en el Título I de la Constitución: ideología, religión y creencias, por un lado; origen racial, salud y vida sexual por, otro. Datos denominados “sensibles” en el lenguaje doctrinal y en el lenguaje especializado que, por su transcendencia, y en aplicación precisamente de un conjunto de normas concatenadas de nuestra Carta Constitucional, se consideraba que debían tener una protección suficientemente estricta y rigurosa en el conjunto de nuestro ordenamiento penal. De esta forma no se estableció ni se discutió el contenido concreto de los datos objeto de protección que deberían afectar a la “vida sexual”, ni se limitó a la orientación sexual del individuo, confiriéndose a los mismos igual protección que a otros datos relacionados con otros

derechos fundamentales recogidos en el mismo Título I y Capítulo II de la Constitución Española, por el hecho de afectar de manera sensible a la intimidad de la persona cualquiera que sea su orientación sexual.

En el supuesto examinado, tal y como se expresa en la sentencia recurrida, el acusado no solo accedió a fotografías con contenido sexual explícito de la Sra. ZZZ a través del primer apoderamiento de distintos dispositivos informáticos, sino que elaboró una Carpeta “VVVX” en el que iba incorporando todos los datos que revelaban la vida sexual de aquélla, según accedía a los mismos, añadiendo las fotos de contenido erótico de Doña VVV y apareciendo la Carpeta “VVVX” en distintos dispositivos electrónicos intervenidos en los registros, lo que evidencia la voluntad clara de vulnerar la intimidad de la Sra. ZZZ y su marido, al objeto en este caso de que los efectos de los que se apoderaba le revelaran datos de su vida sexual. A ello debe añadirse el apoderamiento de otros objetos, comprendidos en la relación que contiene el artículo 197.1 del que el apartado 5 es agravación, como unos tangas de Vanesa y un juguete sexual del matrimonio que revelan sus prácticas sexuales y desde luego pertenecen al ámbito más profundo de la intimidad de la pareja.

Por ello la actividad llevada a cabo por el acusado descrita en la sentencia impugnada en los términos que han sido expuestos, mediando un apoderamiento o una captación ilícitos, debe ser incardinada en tal tipo agravado por afectar a datos de especial relieve pertenecientes a la intimidad de la Sra. Mínguez y de su familia y como tales secretos como núcleo indudable y más significado de la intimidad ("núcleo duro de la privacidad").

DATOS SENTENCIA

Sentencia núm. 707/2018

Fecha de sentencia: 15/01/2019

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION (P)

Número del procedimiento: 10353/2018 P

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

TEMA

Asesinato. Alevosía: indefensión: intentos de protegerse la víctima. Ensañamiento. Agravante de parentesco: la afectividad no es exigible. Atenuante de confesión: Insuficiencia de la manifestación espontánea. Atenuante analógica de confesión. Agravante por actuar por discriminación relativa a razones de género. Recurso de Casación: agravación para el acusado.

ASPECTOS EXAMINADOS

- Asesinato: Alevosía. La actividad de la víctima de intentar protegerse ante el ataque que sufre no es equivalente a una actividad activa de defensa, toda la posibilidad de resistencia efectiva al ataque, es incompatible con la indefensión. Argumenta respecto de la alevosía que la víctima se defendió y opuso fuerte resistencia; lo que infiere del relato fáctico cuando expresa que "... al notar las cuchilladas intentó defenderse... pero no pudo impedir que fuera apuñalada..."; y los informes periciales que explican las catorce heridas en las manos consideradas de defensa; y que tras las primeras heridas en la cama, la víctima se movió, se sentó en la cama o se levantó apoyándose hacia las cortinas como lo demuestra el hecho de las manchas de sangre de apoyo, en el borde de la cama; unido a que los gritos de socorro, indican los vecinos duraron varios minutos.

Tales asertos, no enervan la concurrencia de los presupuestos fácticos determinantes de la alevosía; como literalmente indica el Ministerio Fiscal, estamos ante un caso prototípico de la agravante. La víctima está descansando, dormida o al menos desprevenida; el acusado se acerca a la cama con un cuchillo y la apuñala sorpresivamente en varias ocasiones. Hasta 42 veces llegó a hacerlo. ¿Qué defensa cabe contra ese ataque? Puede haber resistencia a recibir alguna puñalada, pero defensa no la hay. La víctima recibió cortes en las manos porque intentaba parar los golpes, pero no podía ejercer ni defensa ni huir del escenario: estaba perdida, y el acusado había buscado deliberadamente esa situación.

En la aplicación de la alevosía, la indefensión no se aprecia solo cuando el ataque ha sido súbito e inesperado, sino también siempre que en la situación concreta el sujeto pasivo no haya podido oponer una resistencia mínimamente eficaz de la que pudiera surgir algún riesgo para el agresor; así la STS 124/2018, de 15 de marzo, con cita de la 626/2015, de 18 de octubre: (...) se hace preciso recordar que en la sentencia 856/2014, de 26 de diciembre, se señaló que la indefensión no es de apreciar solo cuando el ataque ha sido súbito e inesperado, sino también siempre que en la situación concreta el sujeto pasivo no haya podido oponer una resistencia mínimamente eficaz de la que pudiera surgir algún riesgo para el agresor. Por eso, la defensa que ha de confrontarse para evaluar el grado de desvalimiento del ofendido no es la meramente pasiva, como huir o esconderse del atacante, sino la activa que procede de los medios defensivos con los que cuenta (SSTS 316/2012, de 30 de

abril, y 25/2009, de 22 de enero); de suerte que la eliminación de toda posibilidad de defensa de la víctima ha de ser considerada desde la perspectiva de su real eficacia, siendo compatible la alevosía con intentos defensivos nacidos del propio instinto de conservación pero sin eficacia verdadera contra el agresor y la acción homicida.

Y en la misma sentencia 856/2014, citando la 25/2009, de 22 de enero, se afirma que la defensa de la víctima no puede ser medida bajo parámetros de la posibilidad de ocultamiento, o de la utilización de cualquier clase de parapeto en donde refugiarse. La defensa que ha de confrontarse para evaluar el grado de desvalimiento del ofendido no es la meramente pasiva (correr u ocultarse de la línea de fuego), sino la activa, procedente de los medios defensivos con los que cuente. Y matiza después que una cosa es la defensa del ofendido, y otra la actividad de mera protección del mismo. Dicha protección no puede ser considerada, en el sentido legal dispuesto, como defensa del ofendido, pues no compromete en modo alguno la integridad física de aquél, ni le pone en ninguna clase de riesgo. La indefensión no es de apreciar sólo cuando el ataque ha sido súbito e inopinado, sino siempre que en la situación concreta el sujeto pasivo no haya podido oponer una resistencia eficaz al ataque. Esto ocurre por regla cuando los atacantes superan claramente en número a la víctima o cuando el atacante está armado y el sujeto pasivo está desarmado. La simple posibilidad abstracta de huida de la víctima no aumenta su capacidad de defensa.

En autos, incluso en consideración al propio alegato del recurrente, ninguna posibilidad real de defensa media por parte de quien se encuentra tumbada en la cama dormida o semidormida, ante el ataque armado de quien desde un plano superior, de pie, le propina sucesivas cuchilladas; por más que intentara protegerse con las manos de las arremetidas con el cuchillo de 17 por 3 centímetros e incluso lograra, ya herida, incorporarse para restar sentada o con auxilio de las cortinas alguna verticalidad; ninguna eficacia defensiva relevante devenía contra el agresor y la acción homicida.

- Ensañamiento. Respecto del ensañamiento, niega que se causaren heridas gratuitas, dirigidas exclusivamente a aumentar el dolor de la víctima; sino que todas ellas, en general, causaron la muerte; el hecho de que la víctima recibiera 42 puñaladas, afirma, no acredita el ánimo de causar dolor acompañando al de matar, sin que se haya acreditado este elemento subjetivo. Efectivamente, a veces el número de las puñaladas no evidencian el “lujo de males” que implica el ensañamiento; pero en autos, aun descontando las 14 heridas defensivas, restan aún 28, que como bien expresa el Ministerio Fiscal, evidencian un propósito de causar sufrimiento; no son golpes lanzados cuando la víctima ha fallecido ya, al contrario, el acusado golpeaba sin propósito de que el siguiente fuera el definitivo; golpes al cuello cabelludo, golpes en zona lumbar y abdomen con evisceración incluida; auténtica saña que culmina con una cuchillada final al cuello que aloja el cuchillo en la columna vertebral. Tanto el elemento objetivo como subjetivo, resultan descritos en el relato probado: de manera deliberada el acusado causó a la víctima heridas notablemente superiores a las necesarias para causar la muerte, incrementaron innecesariamente el sufrimiento y el dolor de la víctima; lo que por otra parte, resulta del número y geografía corporal de las cuchilladas, dirigidas al cuello cabelludo, golpes en zona lumbar y abdomen con evisceración incluida; auténtica saña que culmina con una cuchillada final al cuello que aloja el cuchillo en la columna vertebral.
- Agravante de parentesco. La afectividad no es exigible; basta que la relación conyugal o análoga, exista o haya existido en el pasado. En cuanto a la agravante de parentesco, los hechos probados indican que entre el acusado y la víctima, al tiempo de los hechos de autos, existía una relación de parentesco y relativo afecto, pese a solicitar la víctima la separación o divorcio, hasta el punto de seguir durmiendo juntos en la misma cama de matrimonio; lo que bastaría para la desestimación; pero aunque, como alega el recurrente, la relación matrimonial estuviese rota, como ya indicamos, no evitaría la apreciación de la agravante.

Así una constante jurisprudencia (vid. por todas STS 610/2016, de 7 de julio) "Ciertamente, tiene declarado esta Sala, como es exponente la Sentencia 147/2004, de 6 de febrero, que la circunstancia mixta de parentesco está fundada en la existencia de una relación de matrimonio a la que se asimila una relación de análoga afectividad dentro de los grados descritos en el artículo. En su versión de circunstancia agravante, la justificación del incremento de pena se encuentra en el plus de culpabilidad que supone la ejecución del hecho delictivo contra las personas unidas por esa relación de parentesco o afectividad que el agresor desprecia, integrándose la circunstancia por un elemento objetivo constituido por el parentesco dentro de los límites y grado previsto, y el subjetivo que se concreta en el conocimiento que ha de tener el agresor de los lazos que le unen con la víctima, bastando sólo ese dato y no exigiéndose una concurrencia de cariño o afecto porque como tal exigencia vendría a hacer de imposible aplicación de la agravante pues si hay afecto, no va a haber agresión, salvo los supuestos de homicidio pietatis causa en los que el parentesco podría operar pero como circunstancia de atenuación".

- Atenuante de confesión: Insuficiencia de la manifestación espontánea: "la he matado", sin reiteración en declaración formal en sede policial o judicial; no integraba carácter recipiendario para constancia documentada; que nunca llega a acontecer, pues tanto en sede policial como judicial, se niega a declarar; y aquella manifestación no se produce antes de conocer que el procedimiento judicial se dirige contra él; sino cuando la Policía alertada por los vecinos, que oyeron las peticiones de auxilio de la víctima, llaman a la puerta del domicilio, donde no había ya otro morador vivo que el recurrente, pues su mujer yacía muerta al pie de la cama. La manifestación de haber matado a su mujer, devenía simple obviedad. Conforme a reiterada

jurisprudencia de esta Sala (SSTS 650/2009, de 18 de junio y 31/2010, de 21 de enero; reiteradas entre otras en la 723/2017, de 7 de noviembre o 69/2018, de 7 de febrero)) los requisitos integrantes de la atenuante de confesión, son los siguientes:

- 1º Tendrá que haber un acto de confesión de la infracción.
- 2º El sujeto activo de la confesión habrá de ser el culpable.
- 3º La confesión habrá de ser veraz en lo sustancial.
- 4º La confesión habrá de mantenerse a lo largo de las diferentes manifestaciones realizadas en el proceso, también en lo sustancial.
- 5º La confesión habrá de hacerse ante la autoridad, agente de la autoridad o funcionario cualificado para recibirla.

Resoluciones que añaden, que como el fundamento de la atenuación se encuadra básicamente en consideraciones de política criminal, orientadas a impulsar la colaboración con la justicia (finalidad utilitarista ajena por tanto a fundamentos de atrición, alegados por el recurrente), esta atenuante de confesión, se ha apreciado la analógica en los casos en los que el autor reconoce los hechos y aporta una colaboración, más o menos relevante para la Justicia, realizando así un acto contrario a su acción delictiva que de alguna forma contribuye a la reparación o restauración del orden jurídico perturbado.

De modo, que cabe la estimación de la analógica incluso cuando falta algún requisito de cierta accidentalidad (como el cronológico), siempre que concurra el requisito esencial desde la perspectiva del fundamento político criminal de la atenuación: facilitar la persecución, que sin aquella confesión se trocaría en ardua de incierto resultado (cifr. STS 642/2017, de 2 de octubre).

En autos, existe una manifestación espontánea, pero no una declaración formal sobre lo acontecido, no integraba carácter recipiendario para constancia documentada; que nunca llega a acontecer, pues tanto en sede policial como judicial, se niega a declarar; y aquella manifestación no se produce antes de conocer que el procedimiento judicial se dirige contra él; sino cuando la Policía alertada por los vecinos, que oyeron las peticiones de auxilio de la víctima, llaman a la puerta del domicilio, donde no había ya otro morador vivo que el recurrente, pues su mujer yacía muerta al pie de la cama. La manifestación de haber matado a su mujer, devenía simple obviedad.

- Atenuante analógica de confesión: Tampoco puede estimarse como analógica; pues no estamos como exige la jurisprudencia ante la realización de actos de colaboración con los fines de la justicia cuando ya se ha iniciado la investigación de los hechos con el acusado.

La atenuante de confesión se ha apreciado la analógica en los casos en los que, no respetándose el requisito temporal, sin embargo, el autor reconoce los hechos y aporta una colaboración, más o menos relevante para la Justicia, realizando así un acto contrario a su acción delictiva que de alguna forma contribuye a la reparación o restauración del orden jurídico perturbado. Así, esta Sala ha entendido que la circunstancia analógica de colaboración con la justicia requiere una aportación que, aun prestada fuera de los límites temporales establecidos en el artículo 21. 4º del Código Penal, pueda ser considerada como relevante a los fines de restaurar de alguna forma el orden jurídico perturbado por la comisión del delito.

No existe razón de política criminal que justifique que, siempre y en todo caso, cuando el imputado por un delito confiesa su participación en los hechos, deba ver atenuada su responsabilidad criminal, referido todo ello a los supuestos en que nada aporte a la investigación, por tratarse de un caso de singulares características, absolutamente diáfanos

- Agravante por actuar por discriminación relativa a razones de género: Esa motivación de subordinación a la propia voluntad que permite una desequilibrada relación de fuerzas, con negación de la libre autodeterminación de la víctima para separarse o divorciarse e incluso de su mera autonomía económica, es la que sanciona la agravante de discriminación por razones de género, en modo alguno identificable con la agravante de desprecio de sexo.

Consideran que la agravante de desprecio de género ha de ser apreciada porque el Jurado determinó que "las acciones llevadas a cabo por el encausado están dentro de una relación de dominación", y que "entre los cónyuges existía una relación de dominación hasta el punto de aislar a la mujer paulatinamente de la familia y de su entorno y tomar por sí todas las decisiones importantes". Considera que la relación de dominación estimada acreditada por el Jurado es la que determina el contenido de la relación existente entre los cónyuges, constituyendo el elemento subjetivo que el Tribunal recurrido no apreció. Afirman que es el poder sobre la mujer lo que pretendía el acusado y que cuando percibió que perdía ese poder, acabó con la vida de la víctima; que mata a su mujer para impedirle que se pueda separar de él.

Esta Sala Segunda, ya ha tenido oportunidad de pronunciarse sobre esta agravante introducida por la LO 1/2015, en la sentencia núm. 420/2018, de 25 de septiembre o en la núm. 565/2018, de 19 de noviembre.

En la primera de ellas se decía: "En el Preámbulo de esa Ley se razonaba que la razón para incorporar el género como motivo de discriminación en la agravante 4.ª del artículo 22, "es que el género, entendido de conformidad con el Convenio n.º 210 del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica, aprobado en Estambul por el Comité de Ministros del Consejo de Europa el 7 de abril de 2011, como «los papeles, comportamientos o actividades y atribuciones socialmente contruados que una sociedad concreta considera propios de mujeres o de hombres», puede constituir un fundamento de acciones discriminatorias diferente del que abarca la referencia al sexo".

“El artículo 1 de la Ley Orgánica, 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género, señalaba en su artículo 1.1 que el objeto de la presente ley es “actuar contra la violencia que, como manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres, se ejerce sobre éstas por parte de quienes sean o hayan sido sus cónyuges o de quienes estén o hayan estado ligados a ellas por relaciones similares de afectividad, aun sin convivencia”. Y en su apartado 3, este mismo artículo dispone que “La violencia de género a que se refiere la presente Ley comprende todo acto de violencia física y psicológica, incluidas las agresiones a la libertad sexual, las amenazas, las coacciones o la privación arbitraria de libertad”.

“En la STC 59/2008, el Tribunal Constitucional, examinó la constitucionalidad de las agravaciones penológicas contempladas en el artículo 153.1 CP, que entonces castigaba al que “por cualquier medio o procedimiento causare a otro menoscabo psíquico o una lesión no definidos como delito en este Código, o golpear o maltratar de obra a otro sin causarle lesión, cuando la ofendida sea o haya sido esposa, o mujer que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia”, derivadas, por lo tanto, del hecho de que la víctima mantuviera o hubiera mantenido con el agresor una relación conyugal o una análoga relación de afectividad. Señaló entonces el Tribunal, FJ 7, que “La diferenciación normativa la sustenta el legislador en su voluntad de sancionar más unas agresiones que entiende que son más graves y más reprochables socialmente a partir del contexto relacional en el que se producen y a partir también de que tales conductas no son otra cosa, como a continuación se razonará, que el trasunto de una desigualdad en el ámbito de las relaciones de pareja de gravísimas consecuencias para quien de un modo constitucionalmente intolerable ostenta una posición subordinada”. Recordó, FJ 8, que “La Ley Orgánica de medidas de protección integral contra la violencia de género tiene como finalidad principal prevenir las agresiones que en el ámbito de la pareja se producen como manifestación del dominio del hombre sobre la mujer en tal contexto”.

“Y continúa afirmando, FJ 9. c): “Como el término “género” que titula la Ley y que se utiliza en su articulado pretende comunicar, no se trata una discriminación por razón de sexo. No es el sexo en sí de los sujetos activo y pasivo lo que el legislador toma en consideración con efectos agravatorios, sino -una vez más importa resaltarlo- el carácter especialmente lesivo de ciertos hechos a partir del ámbito relacional en el que se producen y del significado objetivo que adquieren como manifestación de una grave y arraigada desigualdad. La sanción no se impone por razón del sexo del sujeto activo ni de la víctima ni por razones vinculadas a su propia biología. Se trata de la sanción mayor de hechos más graves, que el legislador considera razonablemente que lo son por constituir una manifestación específicamente lesiva de violencia y de desigualdad”.

“La protección a la mujer respecto de determinadas conductas y en un ámbito determinado, como es el propio de las relaciones de pareja, aun sin convivencia, se introdujo en el Código Penal mediante la modificación, entre otros, de los artículos 153, 171 y 172, en los que se agrava de forma específica la pena imponible a las conductas que en ellos se describen ejecutadas por el autor cuando la ofendida sea o haya sido esposa, o mujer que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad, aun sin convivencia. Siempre que, como hemos señalado en la STS nº 856/2014, de 26 de diciembre, se aprecie una intención de dominación del hombre sobre la mujer, que está implícita en el delito. Pero las agravaciones previstas en esos casos solamente eran aplicables cuando se tratase de los delitos tipificados en esos preceptos”.

“Con la introducción de la agravante relativa a cometer el delito por una discriminación basada en razones de género, se amplía esta protección con carácter general, de modo que la agravación de la pena no solamente es procedente en los casos expresamente contemplados en las descripciones típicas de la parte especial, en los que las razones de la agravación ya viene contemplada en el tipo, sino en todos aquellos otros casos en los que la discriminación por esas razones, basadas en la intención de dominación del hombre sobre la mujer, que dentro de las relaciones de pareja es considerada por el autor como un ser inferior, vulnerando, por lo tanto, su derecho a la igualdad, aparezcan como motivos o móviles de la conducta”.

“En este sentido, se decía en la STS nº 1177/2009, de 24 de noviembre, que “no toda acción de violencia física en el seno de la pareja del que resulte lesión leve para la mujer, debe considerarse necesaria y automáticamente como la violencia de género que castiga el nuevo art. 153 C.P., modificado por la ya tantas veces citada Ley Orgánica de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, sino sólo y exclusivamente -y ello por imperativo legal establecido en el art. 1.1 de esa Ley- cuando el hecho sea “manifestación de la discriminación, de la situación de desigualdad y de las relaciones de poder del hombre sobre la mujer...”.

“Y añadía que no tienen cabida en el precepto los casos en los que “la acción agresiva” no tiene connotaciones con la subcultura machista, es decir, cuando la conducta del varón no es expresión de una voluntad de sojuzgar a la pareja o de establecer o mantener una situación de dominación sobre la mujer colocando a ésta en un rol de inferioridad y subordinación en la relación con grave quebranto de su derecho a la igualdad, a la libertad y al respeto debido como ser humano en sus relaciones sentimentales”.

“Consideraciones que pueden ahora aplicarse a la agravante aquí examinada.”

“Por otro lado, importa destacar que los elementos fácticos de los que se desprenda la concurrencia de esas circunstancias que permiten la aplicación de la agravación, deben aparecer nítidamente en los hechos probados y, para ello, han de estar debidamente acreditados por prueba válida, suficiente y racional y expresamente valorada en la sentencia”.

“La nueva agravante presenta puntos de contacto con otras dos preexistentes. La que hace referencia a los casos en los que el delito de cometa por motivo de discriminación referente al sexo, y la agravante de parentesco. Ninguna de las dos exige la presencia de una intención, actitud o situación de dominación del hombre sobre la mujer. Y, en ambos casos, el sujeto pasivo del delito puede ser un hombre”.

“La agravante por razones de género se caracteriza, precisamente, por la concurrencia de ese elemento, y, además, porque el hecho debe ser cometido en el ámbito de las relaciones de pareja. lo que le atribuye una evidente especificidad”.

“Sin embargo, podría plantearse si todos los posibles supuestos en que sería de aplicación la agravante por razones de género quedarían también cubiertos por la agravación por razón de sexo o de parentesco. Respecto del parentesco, se exige el carácter estable de la relación (actual o pretérita), lo que no es preceptivo en la agravante por razones de género. Estos son, pues, supuestos en los que no sería aplicable el parentesco, pero si la agravación por razones de género”.

“En cuanto al sexo, es generalmente admitido que hace referencia a las características biológicas y fisiológicas que diferencian los hombres de las mujeres, mientras que el género se refiere a aspectos culturales relacionados con los papeles, comportamientos, actividades y atributos construidos socialmente que una sociedad concreta considera propios de mujeres o de hombres (Convenio de Estambul, art. 3.c). Es claro que la agravación por discriminación por razón del sexo de la víctima puede ser apreciada fuera del ámbito de las relaciones de pareja. Y, aun cuando en ocasiones pudieran ser coincidentes las bases de ambas agravaciones, será posible distinguir la base de una y otra”.

En autos, se declara probado: las acciones llevadas a cabo por el encausado están dentro de una relación de dominación. Tales acciones tienen su origen inmediato en la decisión de la víctima de solicitar el divorcio. Durante el matrimonio el encausado había impuesto sus condiciones, en el estilo de vida de la pareja, haciendo prevalecer sus decisiones en todos los temas importantes, alejándola y aislándola paulatinamente de su familia y su entorno.

Justamente, las situaciones a cuyo desvalor retribuye la agravación. El referido Convenio de Estambul, origen explicitado de la agravante enumera entre sus obligaciones generales para los Estados, adoptar las medidas necesarias para promover los cambios en los modos de comportamiento socioculturales de las mujeres y los hombres con vistas a erradicar los prejuicios, costumbres, tradiciones y cualquier otra práctica basada en la idea de la inferioridad de la mujer o en un papel estereotipado de las mujeres y los hombres; y define género como “los papeles, comportamientos, actividades y atribuciones socialmente construidos que una sociedad concreta considera propios de mujeres o de hombres”; y violencia contra la mujer por razones de género, como “toda violencia contra una mujer porque es una mujer o que afecte a las mujeres de manera desproporcionada”, que indica el informe explicativo del Convenio, hace referencia a todo daño sufrido por una mujer que a su vez, es causa y consecuencia de relaciones de fuerza desiguales, fundadas en las diferencias percibidas entre hombres y mujeres y que conducen a la subordinación de las mujeres.

Es decir, la diversa correlación de fuerzas y el actuar “por razones de impedir la separación”, que sirve de argumentación al Tribunal de apelación para dejar sin efecto la agravante, integra precisamente el fundamento de su incorporación a nuestro Código Penal y la razón de su concurrencia. Como hemos descrito, esa motivación de subordinación a la propia voluntad que permite una desequilibrada relación de fuerzas, con negación de la libre autodeterminación de la víctima para separarse o divorciarse e incluso de su mera autonomía económica, es la que sanciona la agravante de discriminación por razones de género, en modo alguno identificable con la agravante de desprecio de sexo.

- Recurso de Casación: agravación para el acusado. El motivo por tanto se estima, sin que a ello sea óbice que la consecuencia sea agravatoria para el acusado, pues no nos pronunciamos ni atendemos a elemento subjetivo propio del demandante, sino sobre la definición y alcance jurídico con carácter general de la agravante analizada; los aspectos que hemos analizado son de carácter estricta y puramente jurídico, sin que los hechos declarados probados en la resolución recurrida, hayan sido modificados de manera alguna, ni tampoco contradice la argumentación desplegada, cuestión factual alguna vertida en las fundamentaciones (vid STEDH de 25 de octubre de 2011, asunto Almenara Álvarez c. España, § 49) a exclusivo ejercicio de subsunción jurídica atendemos (vid STEDH 22 de octubre de 2013, Naranjo Acevedo c. España, § 18; y STEDH 23 de febrero de 2016, Pérez Martínez c. España, § 37);

Abstracción hecha de la vagamente cuestionada, relación de dominación por el Tribunal superior, pues incluso prescindiendo de dicha circunstancia y atendiendo únicamente al admitido origen inmediato del ataque mortal, la decisión de la víctima de impedir la separación, con los efectos personales y patrimoniales que pensó iban a producirse conlleva la subsunción adoptada.

Tanto más, cuando el cuestionamiento del Tribunal Superior, fue por déficit de motivación del veredicto, prescindiendo indebidamente y por tanto excediendo de sus competencias, de la complementaria, racional y obvia explicación de la Magistrado-Presidente (pues no es dable prescindir del desarrollo que de la valoración probatoria contenida en el veredicto, realiza el Magistrado Presidente; el Tribunal del Jurado es un único órgano jurisdiccional; el Magistrado Presidente dicta la sentencia vinculado por el veredicto del Jurado -STS 1043/2010, de 11 de noviembre-), cuando expresa que “tal relación de dominación se muestra en el hecho de que la mera decisión de querer divorciarse y tener el asesoramiento sobre sus derechos estuvo en el origen inmediato de los hechos ahora enjuiciados”.

Además, con adicional argumento, como especificamos entre otras resoluciones en la STS 119/2018, de 13 de marzo, no empece a la estimación de los recursos de las acusaciones, la doctrina constitucional y jurisdiccional que con base en el derecho a un proceso con todas las garantías y al derecho de defensa, impide las condenas o resoluciones peyorativas ex novo, como consecuencia de un recurso de las acusaciones sin práctica de prueba ni oír al acusado. La rehabilitación en casación en contra del reo de una previa condena luego suprimida o atenuada en apelación, no tropieza con obstáculo alguno derivado de la jurisprudencia constitucional y del TEDH a tenor de la cual la revocación de una sentencia absolutoria por razones probatorias exigiría la audiencia del acusado en la fase de recurso, y en su caso, la reproducción de prueba. En este supuesto no nos enfrentamos a una decisión de condena que adoptaría ex novo esta Sala Segunda por vía de recurso. El enjuiciamiento inicial lo llevó a cabo el Tribunal del Jurado que encontró al acusado culpable de asesinato, entre otras circunstancias con la de obrar por discriminación por razones de género. Esa inicial apreciación jurisdiccional ha emanado de un Tribunal que ha oído personalmente al acusado, escuchando su versión de los hechos, atendiendo a sus explicaciones. Como dijimos, tampoco en esta sede casacional se "efectúa una nueva valoración de los hechos considerados probados en primera instancia y los reconsidera" ni se "procede a una nueva valoración de los elementos de hecho" (expresión del asunto Spínu c. Rumanía, nº 32030/02, § 55, 29 de abril de 2008, luego muy reiterado). Ahora en casación, no se trata ya de verificar un nuevo juicio sobre la prueba, sino tras el examen de las razones dadas por el Tribunal de apelación para atenuar el pronunciamiento condenatorio, examinar si se ajustó a las facultades que el singular recurso de apelación en el ámbito del jurado le facultaba, que se limitaban a examinar si mediaba prueba de cargo con suficiencia para destruir la presunción de inocencia, restando fuera de los límites del recurso una nueva revalorización del marco probatorio. El Jurado ya oyó al acusado. Ahora las acusaciones meramente instan que en casación se reponga la valoración probatoria efectuada por el jurado (STS 299/2013 de 27 de febrero).

Ya anteriormente la STS 1385/2011, de 22 de diciembre, decía: "la estimación del recurso y consiguiente casación de la sentencia de apelación, no es la resolución que, por primera vez y como fruto de la valoración de la prueba, impone la condena a los acusados que permanecían hasta ahora absueltos por razón de la apelación. La reposición a la condición de penados deriva de la inicial sentencia y de la consideración como incorrecta de su revocación en apelación. Por ello, tal hipótesis cae al margen del ámbito en el que la doctrina constitucional y la del TEDH exige la directa audiencia del así penado. Doctrina reiterada en las SSTS 615/2013, de 11 de julio y 555/2014 de 10 de julio o 44/2018, de 25 de enero.

DATOS SENTENCIA

Sentencia núm. 710/2018

Fecha de sentencia: 15/01/2019

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION (P)

Número del procedimiento: 10358/2018 P

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

TEMA

Delito continuado y Unidad natural de acción en delitos de abuso sexual. Delito de distribución de pornografía infantil y/o posesión a estos fines.

ASPECTOS EXAMINADOS

- Delito de abuso sexual. No cabe hablar de unidad natural de acción, cuando media una interrupción temporal en la interacción de nueve horas. Nuestra doctrina decimonónica, denominaba parte artística del Código Penal, la regulación dedicada a la determinación de la pena; en alusión tanto a su pretendida concepción armónica, como a la dificultad de su aplicación. Dificultad que no obstante, no derivaba tanto, como se admite comúnmente, de la inclusión de reglas aritméticas, siempre áridas para la mayoría de los juristas por sencillas que fueran, sino debido a que la dosimetría conllevaba previamente un ejercicio de una calificación que normativamente había sido omitido, los criterios de distingo de cuando nos encontramos ante una infracción singular o frente a una pluralidad delictiva; y en el caso de pluralidad delictiva los conceptos normativos que diferencian sus diversas manifestaciones. De ahí, que algún autor aludiera a otro arte primigenio en este ámbito, el arte de contar de delitos.
- Nuestra codificación mantiene la ausencia de previsiones del Código Penal de 1848; incluso hasta la LO 5/2010, no se introduce en el actual Código Penal el término "concurso" para aludir a la pluralidad de infracciones delictivas (vid. 131.5).
- En todo caso, pese a su aparente pluralidad, aceptamos como infracción singular delictiva, diversas manifestaciones:
 - i.- Unidades típicas de acción; cuando el tipo así lo exija o lo permita, pese a su pluralidad naturalística: delito complejo, permanente, habitual, de tracto continuado o de varios actos.

- ii.- Concurso de normas o concurso aparente de leyes penales.
- iii.- Unidad natural de acción.
- iv.- Delito continuado.

Con unidad natural de acción, se alude a la reiteración iterativa del mismo tipo penal; pero que, como consecuencia de la unidad espacio-temporal entre los actos individuales y la simple intensificación cuantitativa del injusto típico, persistente una misma situación motivacional (vid. SSTS 935/2006 y 775/2012; o con voluntad distintiva la STS 707/2012); y la diferencia con el delito continuado, donde la penalidad resulta agravada, es la existencia de alguna escisión espacio-temporal entre las diversas acciones, que no permitan su consideración natural unitaria (SSTS 14-7-2011 y 20-9-2012).

Cuando de actos sexuales se trata, una escisión temporal de nueve horas, determina necesariamente una consideración natural diversa.

Así la STS 355/2015, de 18 de mayo, con abundantes citas jurisprudenciales, especifica:

"En términos generales podemos distinguir tres situaciones diferenciadas, sin perjuicio de otras que la realidad sociológica nos puede deparar:

- a) cuando no existe solución de continuidad entre uno y otro acceso, produciéndose una iteración inmediata, bien por insatisfacción íntima del deseo sexual del sujeto activo o porque el episodio criminal responde a una misma manifestación o eclosión erótica prolongada, aunque se produzcan varias penetraciones por la misma o diferente vía (vaginal, anal o bucal) nos hallaremos ante un sólo delito y la reiteración podrá tener repercusión en la individualización de la pena.
- b) Cuando los actos de agresión o abuso sexual se lleven a cabo entre idénticos protagonistas y la repetición de actos individuales se prolonga durante tiempo, pero tienen lugar bajo una misma situación violenta, intimidatoria o de prevalimiento, nos hallaremos ante un supuesto de continuidad delictiva.
- c) Finalmente, cuando la iteración de los actos sexuales (normalmente agresivos), son diferenciables en el tiempo y consecuencia de distintas agresiones o amenazas para doblegar en cada caso concreto la voluntad del sujeto pasivo, nos hallaremos ante un concurso real de delitos".

Criterio reiterado en las SSTS 573/2017, de 18 de julio; 125/2018, de 15 de marzo; o 351/2018, de 11 de julio. En autos, sin embargo, nos encontramos ante dos episodios distanciados en nueve horas, alejado, por ende, de cualquier "inmediatez" en la iteración. No estamos ante una unidad natural de acción, sino ante un delito continuado, con inequívoca subsunción en la propia jurisprudencia que invoca el recurrente, como definitoria del delito continuado, donde la posibilidad de su calificación, aunque los abusos se prolonguen en un dilatado período de tiempo, no impide la de aquellos que se producen en un mismo día o incluso menor intervalo, siempre que medie una efectiva escisión, como acontece en autos.

- Delito de distribución de pornografía infantil y/o posesión a estos fines.

Reitera su argumentación en apelación sobre la indebida aplicación del artículo 189.1 a) del Código Penal, por falta de tipicidad de los hechos, al haber ocurrido el 7 de agosto de 2013, antes de la entrada en vigor de las leyes de reforma 1 y 2/2015, al no tener contenido pornográfico el material intervenido al recurrente, concorde su interpretación de la jurisprudencia recaída en interpretación de la redacción anterior de la norma.

Como recuerda el Tribunal Superior, la condena es por el hecho que el recurrente compartió el 24 de marzo de 2016, a través de su perfil de twitter, 14 archivos con 40 fotografías de niñas menores de edad desnudas, exhibiendo ostensiblemente sus genitales; y que además, no sólo por ello, el recurrente disponía desde el 7 de agosto de 2013, de 3.755 archivos digitales que guardaba en su teléfono móvil, con núm. IMEI XXX, en los que se veía a menores de muy corta edad desnudos y exhibiendo sus órganos genitales o manteniendo relaciones sexuales con penetración, con personas adultas.

Ciertamente, la jurisprudencia anterior a la reforma, indicaba que "al imagen de un desnudo -sea menor, adulto, varón o mujer- no puede ser considerada objetivamente material pornográfico, con independencia del uso que de las fotografías pueda posteriormente hacerse" (STS 1342/03, de 20 de octubre); pero las imágenes que poseía en la fecha indicada el recurrente, concorde indician los hechos probados a cuya intangibilidad nos debemos, era de "menores de muy corta edad desnudos y exhibiendo sus órganos genitales o manteniendo relaciones sexuales con penetración, con personas adultas mucho mayores que ellos". En modo alguno le resulta aplicable a este contenido fáctico, la jurisprudencia que invoca.

Por otra parte, el art. 2. c) del Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía, de 25-5-2000 (ratificado por Instrumento de 5-12-2001), establecía ya que "por pornografía infantil se entiende toda representación, por cualquier medio, de un niño dedicado a actividades sexuales explícitas, reales o simuladas, o toda representación de las partes genitales de un niño con fines primordialmente sexuales".

De otro lado, la LO 1/2015, entró en vigor el 1 de julio de 2015 y los actos de distribución detectados, son el 24 de marzo de 2016 y la posesión de las imágenes en su teléfono, no sólo persistían a la entrada en vigor de la reforma, sino inclusive en enero de 2017; por lo que resulta plenamente aplicable la definición de pornografía infantil introducida en el art. 189:

- a) Todo material que represente de manera visual a un menor o una persona con discapacidad necesitada de especial protección participando en una conducta sexualmente explícita, real o simulada.
- b) Toda representación de los órganos sexuales de un menor o persona con discapacidad necesitada de especial protección con fines principalmente sexuales.
- (...)

DATOS SENTENCIA

Sentencia núm. 711/2018

Fecha de sentencia: 16/01/2019

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION

Número del procedimiento: 2915/2017

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

TEMA

Apropiación Indevida: requisitos. Administración de fincas por sistema de caja única.

ASPECTOS EXAMINADOS

- Administración de fincas, por el sistema de caja única sin consentimiento de la Comunidad, con empleo de los fondos ingresados por la misma para enjugar deudas pretéritas originadas en la propia gestión de la administración de fincas y en el abono de gastos y servicios de otras Comunidades. Punto de no retorno.

El sistema de administración de caja única, informa la acusación particular, ha sido denunciado por la Asociación de Presidentes y Administradores de Fincas (APAF), organización profesional de ámbito nacional que integra administradores de fincas, por ser la mecánica más propensa al fraude en la propia administración de Fincas y que destaca por su opacidad, no sabiendo los vecinos a ciencia cierta el saldo de su comunidad, además para que las cuentas bancarias de las comunidades queden asociadas a la cuenta única centralizada, deben de contar con el acuerdo de la junta de propietarios y no consta que la Comunidad de Propietarios concernida consintiera esa práctica, finalmente, al mezclarse todos los ingresos y gastos de las distintas comunidades se pueden utilizar los ingresos de unas comunidades para cubrir los gastos de otras originando un desvío de fondos no autorizado por el presupuesto aprobado por las Comunidades administradas y derramas innecesarias para los vecinos que de facto y sin conocimiento del administrador se ven obligados a pagar los gastos de otras comunidades ajenas, que además estarían pagando más cuota de la necesaria, convirtiéndose la cuenta única en algo confuso y complejo sin ningún control financiero real.

En autos, acreditado está que al menos hasta febrero de 2012, consentían que el titular de la cuenta bancaria donde se efectuaban los ingresos de la Comunidad, fuera la cuenta bancaria de la Administración de fincas, pues como indican los hechos probados "todos los ingresos de los propietarios se realizaron en las cuentas bancarias de la administración de fincas o pagos en efectivo"; pero efectivamente, no aparece consentimiento expreso al sistema de caja única. Tampoco se infiere tácito, pues solicitar constase el saldo de la cuenta de la Caixa a nombre de la comunidad de Propietarios (Junta del 20 de febrero de 2012), lógicamente para controlar que no se hubiera dispuesto de sus ingresos para otros bienes, carecía de sentido si se hubieran admitido la amalgama constante con ingresos de otras Comunidades.

Dicho sistema de cuenta única, ciertamente tiene esos graves inconvenientes, es minoritario en nuestro país y en la actualidad es desaconsejado; y aunque de otra parte, permite aminorar notablemente las comisiones bancarias, disponer en caso de urgencia de una concreta Comunidad de un saldo añadido sin costes financieros para pagos puntuales y es mayoritario entre los administradores de fincas europeos, paralelamente es exigida la obligación de contar con seguro, caución financiera o similar instrumento que garantice los fondos que el administrador posee en nombre de terceros. Y siempre y en todo caso, debe contar con la autorización y consentimiento de la Comunidad.

La efectiva utilización de tal sistema en autos, resulta acreditado por el movimiento de las cuentas bancarias de la administración referida, a la vez que una absoluta conmixción de todos los ingresos allí existentes y un destino indiscriminado a cualquier gasto de cualesquiera de las Comunidades administradas. Aunque ciertamente no se ha acreditado ni siquiera se ha practicado prueba al respecto, que se incorporaran cantidades al propio patrimonio de los administradores.

Es decir, no resulta acreditado que los administradores los "hicieran suyos", sino que disponían de los ingresos realizados por la Comunidad, como si lo fueran, entregándolo a terceros, o mejor a satisfacer servicios y suministros adeudados por terceros. Matiz en el resultado probatorio, que no tiene incidencia en el apartado dispositivo, pues igualmente se colma el

tipo al actuar ilícitamente sobre el dinero recibido por la Comunidad denunciante, disponiendo indebidamente de él como si fuese su dueño, prescindiendo con ello de las limitaciones ínsitas en el título de recepción, establecidas en garantía de los legítimos intereses de quienes lo entregaron.

Inclusive, también los propios administradores declaran que con esos ingresos (y los provenientes de otras Comunidades) se atendía a cubrir deudas del negocio existentes desde 2006: y así la recurrente, expresamente, explica la existencia de “un agujero importante de 600.000 euros que adeudaba su padre en 2006 y que consiguió reducir con su trabajo a la mitad”, lo que reitera el escrito de defensa, que centra la minoración de la deuda, como derivada de la propia gestión de su actividad en la Administración de Fincas.

Pero eran fondos recibidos en administración, sin que conste autorización expresa ni tácita para su utilización diversa al destino propio de los propios gastos y servicios de la Comunidad a que pertenecen los comuneros que la ingresan; autorización cuya existencia no resulta en lógica alguna entenderla viable, cuando no se cuenta con caución, seguro o medio alguno que garantizase los fondos de la sociedad y menos aún, si ello implica que esos ingresos (conjuntamente con los de otras Comunidades) vayan a servir para enjugar deudas pretéritas de tal entidad.

Es decir, resulta plenamente acreditado que se utilizó el dinero de la Comunidad como si fuera propio, para fines ajenos a los propios gastos de la misma; total o principalmente para atender deudas generadas por la Administración de fincas en su gestión, ya pretérita o bien presente, de otras Comunidades, sin autorización alguna para ello de la Comunidad denunciante, y en extralimitación obvia del título en virtud del cual recibieron los ingresos de la Comunidad.

De modo que contamos con unos ingresos de la Comunidad de Propietarios para atender a los gastos ordinarios y a la derrama del ascensor, de los cuales; admiten los propios acusados y así lo notifican a la Comunidad, 48.580,92 euros no fueron destinados a estos fines; sino diversos, definitivamente perdidos y consecuentemente sin devolución cuando la referida administración cesó.

- Apropiación Indevida: Esta Sala Segunda, entre otras varias resoluciones, en su sentencia 438/2018, de 3 de octubre, esclarece la interpretación de esta tipicidad:

El artículo 252 CP, al tiempo de los hechos castigaba a los que en perjuicio de otro se apropiaren o distrajeren dinero, efectos, valores o cualquier otra cosa mueble o activo patrimonial que hayan recibido en depósito, comisión o administración, o por otro título que produzca obligación de entregarlos o devolverlos, o negaren haberlos recibido. La jurisprudencia que interpreta este precepto es amplísima y no siempre uniforme, refiriéndose en muchos casos al significado de los términos “apropriaren” y “distrajeren”; pero, siguiendo una u otra teoría, nunca ha excluido la condena para aquellos que, habiendo recibido dinero por uno de los títulos típicos, luego lo hiciera suyo, incorporándolo a su patrimonio o invirtiéndolo en atenciones personales; o dispusiera de él, como si fuera suyo, entregándolo a terceros; o bien lo destinara con vocación de permanencia a una finalidad distinta de aquella para la que le fue entregado, causando en todos los casos un perjuicio al patrimonio afectado.

En la STS núm. 406/2017, de 5 de junio, se decía que “En la STS núm. 915/2005, que recogía el sentido de la jurisprudencia anterior y que ha sido reiterada en otras posteriores, se decía que «...cuando se trata de dinero u otras cosas fungibles, el delito de apropiación indebida requiere como elementos del tipo objetivo: a) que el autor lo reciba en virtud de depósito, comisión, administración o cualquier otro título que contenga una precisión de la finalidad con que se entrega y que produzca consiguientemente la obligación de entregar o devolver otro tanto de la misma especie y calidad; b) que el autor ejecute un acto de disposición sobre el objeto o el dinero recibidos que resulta ilegítimo en cuanto que excede de las facultades conferidas por el título de recepción, dándole en su virtud un destino definitivo distinto del acordado, impuesto o autorizado; c) que como consecuencia de ese acto se cause un perjuicio en el sujeto pasivo, lo cual ordinariamente supondrá una imposibilidad, al menos transitoria, de recuperación. Y como elementos del tipo subjetivo, que el sujeto conozca que excede de sus facultades al actuar como lo hace y que con ello suprime las legítimas facultades del titular sobre el dinero o la cosa entregada». Por lo tanto, es necesario que el autor, una vez que ha recibido una cantidad de dinero con una finalidad establecida por el título de recepción, proceda dolosamente a darle otra distinta con vocación definitiva, superando lo que se ha llamado el punto de no retorno, y causando de esta forma un perjuicio al titular de ese patrimonio. Esta conducta tiene así un significado apropiativo equivalente al de la apropiación clásica de cosas muebles y distinto de las conductas de mero uso perjudicial, características de la administración desleal recogida en el artículo 295 del C. Penal, aunque exclusivamente para el ámbito societario”.

En sentido similar, en la STS núm. 31/2017, de 26 de enero, se señalaba que en “la STS núm. 700/2016, de 9 de setiembre, con cita de la STS 163/2016, 2 de marzo, se hace referencia a la más reciente doctrina jurisprudencial que establece como criterio diferenciador entre el delito de apropiación indebida y el de administración desleal la disposición de los bienes con carácter definitivo en perjuicio de su titular (caso de la apropiación indebida) y el mero hecho abusivo de aquellos bienes en perjuicio de su titular pero sin pérdida definitiva de los mismos (caso de la administración desleal), por todas STS 476/2015, de 13 de julio. En consecuencia en la reciente reforma legal operada por la LO 1/2015, el art 252 recoge el tipo de delito societario de administración desleal del art 295 derogado, extendiéndolo a todos los casos de administración desleal de

patrimonios en perjuicio de su titular, cualquiera que sea el origen de las facultades administradoras, y la apropiación indebida los supuestos en los que el perjuicio ocasionado al patrimonio de la víctima consiste en la definitiva expropiación de sus bienes, incluido el dinero, conducta que antes se sancionaba en el art 252 y ahora en el art 253.

En definitiva, se entiende que constituirán delito de apropiación indebida los actos ejecutados sobre los bienes recibidos por alguno de los títulos típicos, que tengan significado o valor apropiativo, mientras que constituirán delito de administración desleal aquellos otros que supongan un uso inadecuado de los bienes sobre los que se tienen facultades para administrar, mediante un exceso en el ejercicio de las facultades otorgadas que cause un perjuicio al patrimonio administrado. En este sentido, recogiendo las anteriores, la STS núm. 906/2016, de 30 de noviembre y la STS núm. 476/2015, de 13 de julio, entre otras".

Finalmente, la cuestión radica en la identificación del título por el que se recibe; en las obligaciones de entregar o devolver que incorpora, y, con infracción de las mismas, en destinar lo recibido al propio patrimonio o al de terceros.

En autos, el título en que los encausados reciben los ingresos de los comuneros, en metálico y por abono en cuenta, es en concepto de administración, en su condición precisamente de "administradores de fincas"; cuyas funciones legalmente establecidas concorde el art. 553-18 del Libro V del Código Civil de Cataluña en su redacción inicial, la vigente en el momento de autos, eran:

- a) Tomar las medidas convenientes y hacer los actos necesarios para conservar los bienes y el funcionamiento correcto de los servicios de la comunidad.
- b) Velar por que los propietarios cumplan las obligaciones y hacerles las advertencias pertinentes.
- c) Preparar las cuentas anuales del ejercicio precedente y el presupuesto.
- d) Ejecutar los acuerdos de la junta de propietarios y efectuar los cobros y pagos que correspondan.
- e) Decidir la ejecución de las obras de conservación y reparación de carácter urgente, de todo lo cual debe dar cuenta inmediatamente a la presidencia.
- f) Pagar, con autorización de la presidencia, los gastos de carácter urgente que pueden correr a cargo del fondo de reserva.
- g) Las demás funciones que expresamente le sean delegadas por la junta de propietarios o atribuidas por la ley.

Consecuentemente, no media obligación de devolución alguna, sino la dedicación a esas funciones, entre cuyos gastos, correspondientemente aprobados, también obran sus honorarios. Es lógicamente el momento de la resolución o cese la ligazón de servicios contratada entre Comunidad y administradores, si el saldo fuera positivo a la Comunidad, cuando media la obligación de devolución.

Y la pérdida definitiva de las cantidades distraídas, pese al alegato del recurrente, resulta narrada y evidenciada, en momentos muy próximos al cese con la nula disponibilidad del saldo (de ahí que las resoluciones que invoca, no impiden, sino que corroboren la conclusión de comisión típica).

Mientras que el título en virtud del cual administraban los acusados los ingresos percibidos de la Comunidad denunciante, no autorizaban las disposiciones realizadas para atender gastos y servicios ajenos, aunque fueran propios de la gestión de administración de fincas, generados por otras Comunidades.

Por tanto, de conformidad con la doctrina jurisprudencial expuesta, los hechos deben ser subsumidos en un delito de apropiación indebida del dinero que recibido en administración para sufragar gastos de la Comunidad, no ha sido empleado a este fin, sino en otras atenciones como las referidas a otras Comunidades que también administraban; y ello, en forma incontestada y con el conocimiento al menos de la probable insuficiencia para liquidar adecuadamente con todas ellas, hasta su pérdida definitiva, pues extinguida la administración conferida y mediando un saldo de 48.580,92 a favor de la Comunidad, para la misma, ha operado ya una definitiva expropiación de esa cantidad. Ello, lógicamente al margen de las indemnizaciones por dicho perjuicio al cabo del tiempo se perciban, con exclusiva incidencia en vía de responsabilidad civil. Nada obsta a la calificación establecida, la reforma operada en esta materia por la LO 1/2015. Conforme indica esta Sala en la STS 272/2018, de 16 de junio, se establece como criterio diferenciador entre el delito de apropiación indebida y el de administración desleal la disposición de los bienes con carácter definitivo en perjuicio de su titular (caso de la apropiación indebida) y el mero hecho abusivo de aquellos bienes en perjuicio de su titular, pero sin pérdida definitiva de los mismos (caso de la administración desleal), por todas STS 476/2015, de 13 de julio. Tras la reforma legal operada por la LO 1/2015, el art 252 recoge el tipo de delito societario de administración desleal del art 295 derogado, extendiéndolo a todos los casos de administración desleal de patrimonios en perjuicio de su titular, cualquiera que sea el origen de las facultades administradoras, y la apropiación indebida los supuestos en los que el perjuicio ocasionado al patrimonio de la víctima consiste en la definitiva expropiación de sus bienes, incluido el dinero, conducta que antes se sancionaba en el art 252 y ahora en el art 253 (STS nº 700/2016, de 9 de setiembre, 163/2016, 2 de marzo, etc.).

Si bien la expansión que experimenta en la reforma la actual administración desleal, la aproxima en mayor medida a la apropiación indebida, de ahí la misma penalidad; así en el caso de autos, las disposiciones indebidas del patrimonio ajeno, como si fuera propio de los administradores, se han producido durante todo el decurso de la administración en la conciencia

de su eventual pérdida definitiva, pero la acreditación de la imposibilidad de su devolución, resulta muy próxima, casi coincidente temporalmente al cese, con el bloqueo de sus cuentas; y en la configuración de la actual administración desleal, la acción típica generalmente vendrá evaluada retrospectivamente, cuando el patrimonio administrado ha sufrido un detrimento y ello sea consecuencia de que el administrador no ha cumplido adecuadamente las obligaciones de su cargo, aunque no haya actuado con ánimo de provecho propio, ni dispuesto como suyo del patrimonio administrado.

Consecuencia de la carencia probatoria de mediar cesación fáctica en la administración en febrero de 2012, antes explicada, no pude afirmarse la existencia de dos infracciones diversas de apropiación indebida; la definitiva pérdida de los fondos administrados se produce en un momento previo pero próximo al cese, donde manera casi abrupta, coinciden la falta de disponibilidad de fondo alguno con que retornar las indebidas disposiciones y la extinción del contrato de administración.

DATOS SENTENCIA

Sentencia núm. 717/2018

Fecha de sentencia: 17/01/2019

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION

Número del procedimiento: 3039/2017

Voto Particular

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

TEMA

Delito continuado de agresión sexual a menor. Declaración de la víctima. Problemas que plantea en orden a su aptitud como prueba de cargo. Doctrina jurisprudencial.

ASPECTOS EXAMINADOS

- En casos como el presente en los que se analizan hechos relacionados con la indemnidad sexual es altamente frecuente, como recuerdan las SSTS 845/2012, de 10 de octubre y 251/2018, de 24 de mayo, que el testimonio de la víctima -haya sido o no denunciante de los mismos- se erige en la principal prueba sometida al examen del tribunal, habitualmente por oposición de quien es denunciado y niega la realidad del objeto de la denuncia en el caso del acusado, hemos dicho en STS 251/2018, de 24 de mayo, sus manifestaciones se encuentran amparadas por el elenco de garantías y derechos reconocidos en el art. 24 CE, y, entre ellos, los derechos a no confesarse culpable y no declarar contra sí mismo.

La versión de la víctima debe ser valorada, en cambio, desde el prisma propio de un testigo, que se encuentra por ello obligado, a decir verdad; pero sin olvidar las cautelas propias del status de quien asume la doble condición de testigo y denunciante, pues estamos ante un testigo en cierto modo implicado en la cuestión, al ser su testimonio la noticia misma del delito. Ahora bien, según apuntaba el Tribunal Constitucional en sus SSTC núm. 126/2010, de 29 de noviembre, o 258/2007, de 18 de diciembre, lo expuesto no es óbice para que la declaración de la víctima, practicada con plenas garantías, pueda erigirse en prueba de cargo que habilite un pronunciamiento de condena, incluso cuando actúe como acusador particular. Desde esta misma Sala de Casación también hemos declarado insistentemente que el testimonio de la víctima puede ser tenido como prueba capaz, por sí misma, de enervar la presunción de inocencia, incluso cuando sea la única prueba disponible. Son incontables las ocasiones en que hemos apuntado ciertos aspectos de posible valoración en el testimonio de la víctima, notas que no son más que pautas orientativas, sin vocación excluyente de otras y sin desconocer la importancia de la inmediación, dirigidas a objetivar la conclusión alcanzada. Son éstas la ausencia de incredulidad subjetiva, la verosimilitud de su versión y la persistencia en la incriminación. Pero incluso en el caso de que alguno de estos tres elementos no fuere, en todo o en parte, favorable a la credibilidad del testimonio de la víctima, puede el órgano judicial concederle validez como prueba de cargo siempre, eso sí, que motive suficientemente las razones de su proceder.

La STS. 381/2014 de 21.5, insiste en que tales tres elementos no han de considerarse como requisitos, de modo que tuvieran que concurrir todos unidos para que la Sala de instancia pudiera dar crédito a la declaración testifical de la víctima como prueba de cargo. A nadie se le escapa -dice la STS. 19.12.03 - que cuando se comete un delito en el que aparecen enemistados autor y víctima, en estas infracciones que ordinariamente se cometen en la clandestinidad, puede ocurrir que las declaraciones de esta última tengan que resultar verosímiles por las circunstancias concretas del caso. Es decir, la concurrencia de alguna circunstancia de resentimiento, venganza o cualquier otro motivo ético y moralmente inadmisibles, es solamente una llamada de atención para realizar un filtro cuidadoso de sus declaraciones, no pudiéndose descartar aquellas que, aun teniendo esas características, tienen solidez, firmeza y veracidad objetiva.

Por ello tiene aquí singular importancia la consignación de una motivación concreta y suficientemente desarrollada. En suma, el propósito último es que «valoración en conciencia» no signifique ni sea equiparable a «valoración irrazonada», por lo que

es el adecuado razonamiento del Tribunal lo que en todo caso deviene imprescindible (en parecidos términos, STS núm. 259/2007, de 29 de marzo). Conviene finalmente precisar que, como siempre que nos hallamos ante el problema de medir la eficacia probatoria de alguna prueba consistente en declaraciones prestadas ante el propio Tribunal que las preside y que ha de valorarlas, como regla general debe prevalecer lo que la Sala de instancia haya decidido al respecto, lo que no es sino lógica consecuencia de las exigencias propias del principio de inmediación procesal al que antes hacíamos referencia: En efecto la declaración de la víctima dice la STS 625/2010, encuadrable en la prueba testifical, su valoración corresponde al tribunal de instancia que con vigencia de los principios que rigen la realización del juicio y la práctica de la prueba oye lo que los testigos deponen sobre los hechos percibidos sensorialmente. Elemento esencial para esa valoración es la inmediación a través de la cual el Tribunal de instancia forma su convicción no sólo por lo que el testigo ha dicho, sino también su disposición, las reacciones que sus afirmaciones provocan en otras personas, la seguridad que transmite, en definitiva, todo lo que rodea una declaración y que la hace creíble, o no, para formar una convicción judicial.

Por ello la credibilidad de la víctima es un apartado difícil de valorar por esta Sala de casación, pues no ha presenciado esa prueba, pero su función revisora de la valoración de la prueba puede valorar la suficiencia de la misma y el sentido de cargo que la misma tiene, así como la racionalidad de la convicción manifestada por el tribunal de instancia.

Es por eso que esta Sala, SSTs 786/2017 de 30 noviembre y 338/2013 10 [sic] 19 abril, se ha referido en numerosas ocasiones a aspectos relacionados con su valoración, que, sin desconocer la importancia de la inmediación, pretenden la objetivación de la conclusión alcanzada mediante un razonamiento que exprese el proceso valorativo llevado a cabo por el Tribunal. En este sentido, valoración en conciencia no significa ni es equiparable a valoración irrazonada o a valoración oculta, de modo que la conclusión razonada del órgano jurisdiccional debe expresarse en la sentencia, como vía inexcusable para facilitar su conocimiento por parte del acusado y la revisión en vía de recurso.

De todos modos, como se dice en la STS 331/2008 y 9 junio "...en la casación, como en el amparo constitucional, no se trata de evaluar la valoración del tribunal sentenciador conforme a criterios de calidad u oportunidad y ello porque el proceso, ya en este trance de la casación, no permite el conocimiento preciso y completo de la actividad probatoria, ni prevé las garantías necesarias de publicidad, oralidad, inmediación y contradicción que deben rodear dicho conocimiento para la adecuada valoración de las pruebas..." (Como subraya el Tribunal Constitucional en su sentencia 262/2006 de 11 de septiembre en relación con el ámbito del control en vía de amparo de la citada garantía, situación equiparable a la casación cuando es ésta el motivo invocado).

El primer parámetro de valoración es la credibilidad del testimonio (o ausencia de incredibilidad subjetiva) en la terminología tradicional de esta Sala.

La falta de credibilidad subjetiva de la víctima puede derivar de las características físicas o psíquicas del testigo (minusvalías sensoriales o psíquicas, ceguera, sordera, trastorno o debilidad mental, edad infantil) que sin anular el testimonio lo debilitan, o de la concurrencia de móviles espurios, en función de las relaciones anteriores con el sujeto activo (odio, resentimiento, venganza o enemistad) o de otras razones (ánimo de proteger a un tercero o interés de cualquier índole que limite la aptitud de la declaración para generar certidumbre).

En el caso actual la víctima tenía 8 o 9 años cuando se iniciaron los hechos y 17 cuando finalizaron, pero ya era mayor de edad, en concreto tenía 23 años, cuando declaró en el juicio oral, y no padece ninguna deficiencia psíquica, por lo que desde esta perspectiva no cabe cuestionar la credibilidad subjetiva de su declaración.

La comprobación de la credibilidad subjetiva, desde la segunda perspectiva enunciada con anterioridad, que consiste en el análisis de posibles motivaciones espurias, exige un examen del entorno personal y social que constituye el contexto en el que se han desarrollado las relaciones entre el acusado y la víctima, cuyo testimonio es el principal basamento de la acusación, para constatar si la declaración inculpativa se ha podido prestar por móviles de resentimiento, venganza o enemistad u otra intención espuria que pueda enturbiar su credibilidad.

El fundamento de este criterio responde a que cuando se formula una grave acusación, que afecta a ámbitos muy íntimos de la denunciante, y no cabe atisbar racionalmente motivo alguno que pueda justificarla, un simple razonamiento de sentido común puede llevarnos a la conclusión de que la acusación se formula simplemente porque es verdad. Cuando pueda atisbarse racionalmente otra motivación, de carácter espurio, esta conclusión no puede aplicarse, lo que no significa que el testimonio quede desvirtuado, pero sí que precisará elementos relevantes de corroboración.

En el análisis de esta materia ha de tomarse en consideración que, como ha señalado reiteradamente esta Sala (STS 609/2013, de 10 de julio, y núm. 553/2014, de 30 de junio, entre otras), el deseo de justicia derivado del sufrimiento generado por el propio hecho delictivo no puede calificarse en ningún caso de motivación espuria que pueda viciar la credibilidad de la declaración de la víctima.

El recurrente considera que el testimonio de la denunciante no cumple con el requisito de ausencia de incredibilidad subjetiva puesto que, como declaró el acusado y la testigo D^a. CCC (hermana de éste) la discusión final entre el acusado y la madre de la denunciante, trae causa de la decisión del acusado de divorciarse, hecho

este que la sentencia no tiene en cuenta y que dio lugar a una campaña de la denunciante, su madre y la abogada de la acusación dirigida contra el acusado.

Pues bien, la sentencia de la mayoría, tras recoger el contenido de las declaraciones prestadas por el acusado, la denunciante, la madre y abuelos de ésta, la hermana del acusado y una vecina del pueblo TTT, así como el informe psicológico practicado a la víctima, considera que el testimonio de RRR en el juicio oral es creíble y sostenible desde el punto de vista de la lógica y de los hechos narrados y también subjetivamente teniendo en cuenta en relación a la víctima que se trata de una reelaboración de acontecimientos cuyo alcance ella no podía interpretar, dada su edad, cuando sucedieron.

Analiza la tardanza en denunciar -que coincide temporalmente con la ruptura de convivencia, ya deteriorada de su madre y del acusado, con ocasión de una denuncia de ésta y de la que resultó condenado el acusado por delito de violencia de género- y entiende tal demora como algo común cuando se trata de abusos en menores de edad ante el temor por las amenazas recibidas en el contexto del ambiente familiar autoritario por parte del acusado, y que pensaba que podía cumplir, tal es así que en los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales, entre otros, el art. 132.1 CP señala que cuando la víctima fuese menor de edad los términos de la prescripción se computarán desde el día en que ésta haya alcanzado la mayoría de edad.

En cuanto a la dificultad para situar temporalmente los abusos, hemos dicho -STS 355/2015, de 28 de mayo- que cuando se trata de abusos reiterados sobre menores por parte de personas de su entorno familiar, resulta en muchas ocasiones imposible identificar las fechas, las ocasiones y el número de acciones abusivas cometidas, pues la actuación abusiva es reiterada y comienza a temprana edad, de modo que los menores no pueden ordinariamente precisar ni el número de veces que se ha repetido el abuso, ni la fecha exacta de cada uno de los actos.

Precisamente por ello se recurre en estos supuestos, según recuerda la STS 210/2014, de 14 de marzo, y como acertadamente ha hecho la Sala sentenciadora, siguiendo fielmente nuestra doctrina jurisprudencial, a la aplicación del sustitutivo del delito continuado, de gran utilidad para abarcar la punición de la totalidad de la conducta enjuiciada.

Asimismo, frente a la declaración de la víctima y de su madre, también valora la sentencia la declaración del propio acusado y de los testigos de la defensa, sin que conceda credibilidad alguna a la versión de aquél y carentes de relevancia las de la hermana del acusado y de la vecina de TTT para el esclarecimiento de los hechos.

Y en cuanto a la ausencia del testimonio del novio de RRR, que la defensa imputa a la acusación particular que no intentó localizarlo porque no iba a ratificar la versión de aquella, con independencia de que la Audiencia justifica tal ausencia a la vista de las circunstancias dolorosas e inexplicables para la víctima en que aquella persona la abandonó -RRR manifestó a una de las psicólogas que decidió interrumpir su embarazo porque su pareja la dejó por un hombre-, carece de sentido referirse a una hipotética y posible prueba no practicada y menos al contenido que ésta hubiera podido tener, esto es, no es posible extraer consecuencia alguna -ni favorable ni perjudicial para el acusado- de una prueba no practicada, máxime cuando dicho testigo solo lo sería del hecho que se relata en el apartado tercero de los hechos probados -tocamiento de los pechos que el acusado efectuó a RRR en la cocina del domicilio familiar- que el recurrente ha admitido en parte.

Y en cuanto a la denuncia falsa y falso testimonio que el recurrente dice incurrieron la madre de RRR y ésta misma, al ser absuelto el acusado de la denuncia por robo que dio lugar al P.A. XXX, en las que RRR declaró como testigo de la acusación: como dato revelador de un móvil espurio, lo cierto es que lo que la madre imputaba a su esposo era que se había llevado el vehículo que estaba a su nombre, cogiendo las llaves en el domicilio, aprovechando que aquella, que tenía a su favor una orden de alejamiento, no estaba presente, y la sentencia absolutoria ... no lo fue porque estos hechos no fueran ciertos, sino por considerar que el vehículo era un bien ganancial, al haber sido el premio de una rifa, limitándose RRR a declarar que era cierto que el acusado se había llevado las llaves del vehículo -hecho no negado por éste-. Consecuentemente no cabe apreciar tipo alguno de motivo espurio que pueda desvirtuar la credibilidad del testimonio de RRR.

El segundo parámetro de valoración de la declaración de la víctima consiste en el análisis de credibilidad objetiva o verosimilitud del testimonio y según las pautas jurisprudenciales debe estar basada en la lógica de la declaración (coherencia interna) y en el suplementario apoyo de datos objetivos de carácter periférico (coherencia externa).

Ha de distinguirse la ausencia de contradicciones en el seno del relato de los hechos realizado por la víctima, o de elementos fácticos escasamente verosímiles, que es lo que caracteriza la coherencia interna, y dota a la versión acusatoria de credibilidad objetiva, de la ausencia de contradicciones entre las distintas versiones aportadas a lo largo del procedimiento, que constituye un elemento que ha de analizarse en el ámbito de la persistencia de la declaración.

En el caso actual en cuanto a la coherencia interna, como ya hemos indicado la Sala sentenciadora analiza detalladamente el testimonio de la víctima que considera creíble y suficiente para probar los hechos por lo que la versión de los hechos proporcionada por aquélla y apreciada directa y personalmente por la Sala es internamente coherente y acorde con las reglas de la experiencia en estos supuestos.

Y como elementos corroboradores destaca una serie de datos externos que corroboran la fiabilidad de aquel testimonio: fotografías aportadas que establecen la presencia de RRR en TTT durante un periodo de tiempo compatible con el relato de las acusaciones, tanto en el periodo de su infancia como después en el periodo de fiestas, y como iba el denunciado por la casa, en calzoncillos, como madre e hija relatan; la admisión del acusado del hecho relativo al tocamiento de los pechos, aunque negando la intencionalidad; la declaración de la madre que ratifica en parte dos episodios, el anterior del abrazo por detrás a RRR tocándole los pechos, episodio que aquella presencié y provocó su enfado, y el relativo al que el acusado se escondió detrás de la puerta en calzoncillos, mientras la hija estaba tumbada en la cama en braguitas, aunque admite que ella no se percató de lo que estaba sucediendo por sus limitaciones visuales.

Especial mención merecen las periciales de las psicólogas del XXX y del XXX sobre credibilidad del testimonio de RRR.

En efecto como con indudable acierto señala la sentencia recurrida habrá que partir de que dichas pruebas se realizan cuando la víctima era ya persona adulta, pero sobre hechos y vivencias que empezaron a suceder cuando era una niña de entre siete y ocho años y que se mantuvieron en el tiempo -el último abuso se produjo cuando ya tenía 17 años.

Siendo así hay que situar estas pericias en un ámbito adecuado, por cuanto cualquier psicólogo no está capacitado para este tipo de prueba que, por otra parte, -se adelanta- nunca puede suplantar el papel del juzgador la pericial facilitará pautas para la valoración. Pero decidir si los hechos han sucedido o no, valorar ese testimonio junto con el resto de pruebas, otorgarle o no crédito es función que está residenciada en el juzgador. Este no puede abdicar de esa tarea delegándola en el psicólogo que, por otra parte, si actúa con profesionalidad, no podrá asegurar la verdad o falsedad del testimonio. Tan solo indicará si con arreglo a los sistemas, protocolos y test valorativos convalidados concurren o no indicadores de fiabilidad o falta de fiabilidad.

En este sentido la STS. 179/2014 de 6.3, incide en que no se discuten los conocimientos especializados de los psicólogos, pero no se puede sustentar la credibilidad de un testimonio en informes, que tanto sean en un sentido o en otro, ni refuerzan ni descalifican el testimonio específico y concreto de una persona. El análisis crítico del testimonio es una tarea consustancial a la responsabilidad de valorar y resolver de los jueces, cuyo criterio no puede ser sustituido por especialistas que solo pueden diagnosticar sobre la personalidad en abstracto, pero no sobre su comportamiento en el caso concreto. Para bien o para mal los jueces, según el imperio de la ley, son los que, en último punto, deben valorar, con su personal criterio, la verosimilitud de las versiones que escuchan de los testigos o acusado, sin delegar esta misión en manos de terceros.

La STS. 28/2008 de 16.1, las descarta tanto en testigos como en acusados y señala que es doctrina jurisprudencial la que considera innecesaria la prueba pericial sobre cuestiones sobre las que el Juez o Tribunal posee una experiencia general o específica, como es el caso de la valoración de las declaraciones personales, sean confesiones o testimonios. Y añade que por ello su práctica es de aceptación excepcional en relación con los testigos que vienen obligados, a decir verdad, o innecesaria respecto del acusado que no está obligado a decir verdad y respecto al que incluso son improcedentes las exhortaciones a hacerlo. La resolución matiza que no es infrecuente la realización de estas pericias psicológicas en relación con testigos de corta edad, y aunque tampoco pueden nunca vincular al Juez o Tribunal ni sustituirlo en su exclusiva función valorativa, sí pueden aportarle criterios de conocimiento psicológico especializado y, por tanto, científico, sobre menores de edad y las pautas de su posible comportamiento fabulador, que le auxilien en su labor jurisdiccional.

Señala la STS. 238/2011 de 21.3, que “por lo que se refiere a la pericial psicológica sobre la “veracidad” de las declaraciones prestadas hemos de recordar que no corresponde a los psicólogos establecer tal cosa, que es competencia del Tribunal en su exclusiva función de juzgar y valorar las pruebas practicadas. Cuestión distinta es la relevancia que, en la valoración de la credibilidad del testigo, -sea víctima o sea un tercero- pueden tener sus condiciones psico-físicas, desde su edad, madurez y desarrollo, hasta sus posibles anomalías mentales, pasando por ciertos caracteres psicológicos de su personalidad, tales como la posible tendencia a la fabulación, o a contar historias falsas por afán de notoriedad etc. Y es esto y no la veracidad misma del testimonio, lo que puede ser objeto de una pericia”.

En igual sentido la STS. 1367/2011 de 20.12, afirma, con cita de otras precedentes 488/2009 de 23.6 ... “que no se puede solicitar la intervención de peritos, por ejemplo, para informar sobre el perfil psicológico del examinado o sobre la personalidad de las menores, ni tampoco para que los peritos manifiesten si, a su juicio, los hechos se produjeron, y tampoco para que se pronuncien sobre el grado de verosimilitud de unas manifestaciones u otras...”.

Añadiendo que “Incluso tratándose de supuestos en los que esa pericia psicológica ha llegado o practicarse, conviene no perder de vista que el fin de la prueba pericial no es otro que el de ilustrar al órgano judicial para que éste pueda conocer o apreciar algunos aspectos del hecho enjuiciado que exijan o hagan convenientes conocimientos científicos o artísticos (art. 456 LECrim). Apremiar significa precisamente ponderar el valor de las cosas. Se tendería o subvertir la naturaleza procesal de la prueba pericial, atribuyendo a ésta un alcance prácticamente definitivo. El perito es un auxiliar del ejercicio de la función jurisdiccional, pero no es alguien cuyo criterio deba imponerse a quienes asumen la tarea decisoria (...) Lo contrario sería tanto como convertir al perito en una suerte de pseudoponente con capacidad decisoria para determinar de forma implacable el criterio judicial. Lo que los peritos denominan conclusión psicológica de certeza, en modo alguno puede aspirar o desplazar la capacidad jurisdiccional pura decidir la concurrencia de los elementos del tipo y paro proclamar o negar la autoría del imputado (Cfr. STS 485/2007, 28 de mayo)¹.

Consecuentemente y teniendo en cuenta las limitaciones de estas periciales, éstas permitirían establecer -como destaca la sentencia recurrida- que RRR no padece patologías psicológicas, ni trastornos de personalidad, por tanto, con la misma capacidad de decir verdad o mentir que cualquier persona, así como que ha padecido dificultades en sus relaciones sexuales y que, esencialmente, lo que contó a los peritos coincide con lo que declaró en el juicio oral.

Y en tal sentido puede coadyuvar a formar la propia convicción del tribunal.

El tercer parámetro de valoración de la declaración de la víctima consiste en el análisis de la persistencia en la incriminación, lo que conforme a las referidas pautas jurisprudenciales supone:

- a) Ausencia de modificaciones esenciales en las sucesivas declaraciones prestadas por la víctima. Se trata de una persistencia material en la incriminación, valorable «no en un aspecto meramente formal de repetición de un disco o lección aprendida, sino en la constancia sustancial de las diversas declaraciones» (Sentencia de esta Sala de 18 de Junio de 1.998, entre otras).
- b) Concreción en la declaración. La declaración ha de hacerse sin ambigüedades, generalidades o vaguedades. Es valorable que la víctima especifique y concrete con precisión los hechos narrándolos con las particularidades y detalles que cualquier persona en sus mismas circunstancias sería capaz de relatar.
- c) Ausencia de contradicciones entre las sucesivas versiones que se ofrecen a lo largo del procedimiento, manteniendo el relato la necesaria conexión lógica entre las diversas versiones narradas en momentos diferentes.

En el caso presente la sentencia recurrida considera que se trata de una declaración persistente en cuanto al núcleo de la conducta de abusos, las felaciones, las posturas, introducción de dedos, siempre limita los abusos a esos comportamientos, que estos llegan hasta un determinado periodo de su desarrollo, coincidente con la propia conciencia de la 'sexualidad en que se detienen debido a que, como ella cuenta, evita que la ocasión fuera propicia, lo que en parte es corroborado por la propia hermana del acusado que dice que dejó de ir a TTT, donde con mayor frecuencia se producían los episodios e iba más a casa de los abuelos, salvo dos episodios esporádicos, sin que pueda apreciarse más que ligeras discrepancias, debidas más bien al paso del tiempo y que la afectada desea olvidar los hechos.

Por tanto, la Sala sentenciadora que ha apreciado su testimonio, considera que la víctima ha reiterado sustancialmente sus manifestaciones en todas sus comparecencias y concurre, por tanto, la necesaria persistencia material en la incriminación, manteniendo el relato la conexión lógica entre las diversas versiones narradas en momentos diferentes.

DATOS SENTENCIA

Sentencia núm. 718/2018

Fecha de sentencia: 17/01/2019

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION

Número del procedimiento: 2927/2017

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

TEMA

Apropiación indebida: contrato de préstamo es un título excluido de protección en el tipo penal de la apropiación indebida.

ASPECTOS EXAMINADOS

- Tiene declarado la Jurisprudencia de esta Sala que cuando se trata de dinero, el delito de apropiación indebida requiere como elementos del tipo objetivo: a) Que el autor lo reciba en virtud de depósito, comisión, administración o por cualquier otro título que contenga una precisión de la finalidad con que se entrega y que produzca la consiguiente obligación de entregar o devolver otro tanto de la misma especie y calidad; b) que el autor ejecute un acto de disposición sobre el objeto o el dinero recibido, que resulta ilegítimo en cuanto que excede de las facultades conferidas por el título de recepción, dándole un destino definitivo distinto del acordado, impuesto o autorizado; c) que como consecuencia de este acto se cause un perjuicio en el sujeto pasivo, lo cual normalmente supondrá una imposibilidad, al menos transitoria, de recuperación. Y como elementos del tipo subjetivo, que el sujeto conozca que excede de sus facultades de actuar como lo hace y que con ello suprime las legítimas facultades del titular sobre el dinero o la cosa entregada (SSTS 841/06, de 17 de julio; 707/12, de 20 de septiembre o 648/13, de 18 de julio, entre muchas otras).

Hemos dicho también, en indicación de cuáles son los títulos de posesión de los bienes o capitales que pueden configurar el delito de apropiación indebida, que la no devolución de un préstamo recibido comporta un incumplimiento de una obligación contractual, que aunque pudiera integrar una estafa si la subscripción del préstamo iba precedida del engaño de hacer creer falsamente al prestamista que se devolvería el objeto del préstamo (lo que en este procedimiento es excluido por el Tribunal de instancia), en ningún caso puede determinar un delito de apropiación indebida de lo ajeno. Como describe nuestra jurisprudencia, los títulos a que se refiere la apropiación indebida del artículo 253 del Código Penal (252 a la fecha en la que los hechos tuvieron lugar), tienen en común el transferir la posesión de la cosa, pero no su propiedad y, por lo tanto, quedan excluidos del ámbito del tipo delictivo los contratos en los que se adquiere el dominio por parte del que recibe el dinero (STS de 29 de junio de 2009), siendo uno de esos casos el del prestatario, que adquiere propiedad y disponibilidad del dinero recibido por efecto del propio título contractual (SSTS de 26 de abril de 2010 o de 16 de mayo de 2012).

Por último, cuando, como en este caso, la recepción del dinero responde a la gestión profesional de un determinado patrimonio, nuestra jurisprudencia venía sosteniendo, en la interpretación del que era el artículo 252 del CP aplicado al recurrente, que la distracción se entendía como una disposición del dinero más allá de lo que autoriza el título de recepción y con vocación definitiva. Se mostraba así la “distracción” como una especie de gestión desleal, pero que se configuraba por excederse de lo que permite el título de recepción (STS 162/2013, de 21 de febrero o 338/2014, de 15 de abril) y por su vocación de que la apropiación fuera permanente (SSTS 622/13, de 9 de julio o 691/14, de 23 de octubre), sin que debiera confundirse con la administración desleal del artículo 295 del Código Penal entonces vigente, que entrañaba un abuso por los administradores (no una transgresión) de las funciones propias de su cargo.

Lo expuesto muestra la insuficiente actividad probatoria en orden acreditar los elementos en los que debería descansar cualquier declaración de responsabilidad por este delito.

La sentencia de instancia declara probado que el acusado convenció a LLL y a sus padres: MMM e III, para abordar de manera conjunta un proyecto de promoción inmobiliaria e indica que: «Para la ejecución del citado proyecto decidieron constituir una sociedad, denominada «XXX S. L.» ... que tenía como único objeto social la construcción de las viviendas proyectadas en el terreno señalado. Seguidamente, se formalizó mediante contrato de préstamo, la aportación de los querellantes ... a la sociedad «XXX S. L.», por el que éstos prestarían a la sociedad la cantidad de 300.000 euros para destinarla a los gastos concretos y específicos que eran necesarios para la adquisición del terreno y construcción de las viviendas...

La afirmación de que el préstamo que se concedía estaba necesariamente afecto a sufragar los gastos para la adquisición del terreno y para la construcción de las viviendas, la extrae el Tribunal únicamente del contrato de préstamo firmado el xxx, si bien atribuyendo fuerza de pacto o convenio a lo que no era sino el fundamento subjetivo que llevó al prestatario a la celebración del contrato, es decir, por más que el motivo se recogiera en el redactado del convenio, carecía de virtualidad respecto a lo esencial del contrato.

La jurisprudencia de la Sala 1.^a del Tribunal Supremo se ha mantenido reiterada en que la causa de los contratos, como elemento esencial del negocio jurídico, es un concepto objetivo, esto es, el fin que se persigue en cada contrato o, lo que es lo mismo, la razón objetiva, precisa y tangencial a la formación del contrato, que es determinante de su realización y de que un determinado negocio jurídico reciba la tutela y protección del ordenamiento jurídico. Esta causa es algo ajeno al móvil subjetivo, que es el que impulsa a cada una de las partes en concreto a su celebración, y que se caracteriza por ser una realidad extranegocial, salvo en aquellas ocasiones en las que las partes lo incorporen al negocio jurídico como una cláusula o como una condición (SSTS 1 abril de 1998 o 1222/2004 de 17 de diciembre, entre otras).

En el caso presente, el contrato de préstamo que se firmó describe las necesidades de financiación de la entidad recientemente constituida XXX SL, precisando incluso la necesidad de un aporte dinerario de 300.000 euros para poder iniciar su actividad social y evitar los elevados costes financieros que supondría acudir a esa capitalización inicial por otros medios. Nada más se indica en el contrato sobre sus precedentes, describiéndose, de este modo, una motivación subjetiva de financiación para sufragar gastos inminentes y por la que se planteó la posibilidad de que los querellantes, aportaran esa cantidad a la empresa en concepto de préstamo, lo que aceptaron pactando expresamente y únicamente: 1) La entrega a la sociedad prestataria de la cantidad de 300.000 euros, 2) Que la devolución del capital prestado se verificaría en el plazo de 3 años a contar desde la fecha de la transferencia bancaria y 3) Que cumplido ese plazo, se iniciaría la obligación de la parte prestataria de devolver tal cantidad, lo que debería hacer dentro del año inmediatamente siguiente.

La exteriorización en el contrato de la razón subjetiva que impulsó a la entidad a petitionar el préstamo, ni puede ser entendida como una modificación de la naturaleza del contrato que se suscribía, al no justificarse que respondiera a una obligación de aportación de capital que afectara al conjunto de los socios, ni se introdujo en el contrato de préstamo como una cláusula o condición que regulara los términos de su cumplimiento. De este modo, el contrato no supuso que la entidad prestataria recibiera el dominio de los capitales condicionado a que los aplicara en una exclusiva finalidad y de una manera concreta, sino que los recibió con el mismo pleno dominio con que los hubiera adquirido de haberse recurrido al sistema de financiación bancaria que se desdeñaba por su elevado coste.

DATOS SENTENCIA

Sentencia núm. 722/2018

Fecha de sentencia: 23/01/2019

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION

Número del procedimiento: 1018/2017

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

TEMA

Desobediencia de autoridad a mandato judicial (Art. 410 CP). Error en derecho penal. Para integrar el dolo basta el conocimiento de la antijuridicidad de la conducta, no necesariamente de su relevancia penal o de su concreta tipificación. Pena de inhabilitación especial para cargo público. Alcance y contenido. Autonomía frente a previsiones específicas de inelegibilidad contenidas en la legislación electoral.

ASPECTOS EXAMINADOS

- Desobediencia de autoridad a mandato judicial (Art. 410 CP)
El dolo en derecho penal solo exige el conocimiento de la antijuridicidad genérica de la conducta; no un conocimiento de una específica antijuridicidad penal o de la exacta ubicación en un determinado tipo penal. Basta con saber que un comportamiento es antijurídico, aunque se ignore que está tipificado penalmente, para que se integren las exigencias culpabilísticas de una condena penal. Quien conduce a velocidad muy superior a la permitida, y sobrepasa los topes que abren paso a una respuesta, no le vale como excusa aducir que pensaba que las lindes entre la infracción administrativa y la penal se situaban en una velocidad superior. Quien defrauda a la Seguridad Social cien mil euros incurre en responsabilidad penal, aunque sea capaz de demostrar que estaba convencido de que la cifra que figura en el art. 305 CP se extendía también a los delitos contra la seguridad social.
No son estas ideas novedosas en la doctrina jurisprudencial. Recordemos un ya añejo pronunciamiento, la STS 1301/1998, de 28 de octubre:
«Prescindiendo del problema metodológico de su engarce con los elementos del delito, bien dentro del tipo como uno de los elementos del dolo, bien dentro del dolo como separado del tipo, bien dentro de la culpabilidad concebida como reproche personal al autor del hecho por un comportamiento, la conciencia de la antijuridicidad como requisito para la exigencia de responsabilidad penal, constituye un verdadero hito en el progreso del Derecho Penal. Fue introducida por vez primera en nuestras leyes en 1983. Hemos de precisar aquí su contenido.
Antes de 1983 nuestro CP. no requería esta conciencia de la antijuridicidad como elemento del delito. A partir de entonces, con la regulación que introduce del llamado error de prohibición, que es el reverso de este requisito, excluye la responsabilidad criminal de quien actúa con "la creencia errónea e invencible de estar obrando lícitamente" (art. 6 bis a CP

1973) o, como dice el art. 14 del CP ahora en vigor, de quien se halla afectado por un "error invencible sobre la ilicitud del hecho constitutivo de la infracción penal".

"Conforme a tales normas, la conciencia de antijuridicidad como elemento del delito no requiere el conocimiento concreto de la norma penal que castiga el comportamiento de que se trate, ni tampoco el conocimiento de que genéricamente el hecho está castigado como delito. Para incurrir en responsabilidad penal no hace falta conocer ni siquiera que hay un Código Penal que castiga determinadas conductas. Basta con saber, a nivel profano, que las normas que regulan la convivencia social (el Derecho) prohíben ese comportamiento que él realiza).

El contenido de este elemento del delito, la conciencia de la antijuridicidad, o de su reverso, el error de prohibición, se refiere al simple conocimiento genérico de que lo que se hace o se omite está prohibido por las leyes, sin mayores concreciones, sin que se requiera conocer las consecuencias jurídicas que de su incumplimiento pudieran derivarse. Basta conocer la ilicitud del propio obrar: "Creencia errónea de estar obrando lícitamente", decía el anterior art. 6 bis a); "error sobre la ilicitud del hecho", dice ahora el vigente art. 14.3.

Precisamente la sentencia recurrida incurre en el error de referir este elemento del delito al conocimiento de que el hecho está penado por la Ley cuando (FD19) se concede relevancia al hecho de no haber sido informada la acusada de las posibles consecuencias jurídico-penales derivadas del incumplimiento del cargo para el que había sido nombrada, y se argumenta, para fundar el error de prohibición, con que hay que "tener en cuenta el hecho de la absoluta falta de conocimiento público de que tales infracciones son constitutivas de delito".

Lo importante, a estos efectos, es que la acusada conocía que tenía el deber de asistir a la mesa el día señalado para las correspondientes elecciones, deber que le fue oficialmente comunicado y del que se excusó sin que la excusa le fuera atendida, como queda claro en la lectura de los hechos probados de la sentencia recurrida.

Conocía, en definitiva, que su comportamiento era ilícito porque existía una obligación, impuesta por las normas reguladoras de las elecciones, en virtud de las cuales tenía que ir a la mesa para la que había sido designada en la fecha y hora de su constitución, cualquiera que fueran las consecuencias que pudieran derivarse del incumplimiento de esa obligación, de carácter penal o de otro orden: esto es irrelevante para la exigencia de las responsabilidades derivadas de la aplicación de los arts. 143 y 137 por los que el Ministerio Fiscal acusó en el caso presente" (énfasis añadido).

Que el recurrente, consciente de la ilicitud de su conducta, hubiera llegado a pensar que según la opinión de algunos juristas podía discutirse su encaje penal es algo que a efectos penales es sencillamente irrelevante. Se exige conciencia de lo injusto, no conciencia de que se trata de un injusto penal. La pregunta que ha de responderse para afirmar el dolo penal es ¿sabía que su conducta era ilícita?; y no ¿sabía que su conducta era delictiva?

Por eso los debates doctrinales, en ocasiones apasionantes y polémicos, sobre el alcance de una concreta tipicidad no permiten extraer consecuencias en orden a errores de tipo o prohibición (art. 14 CP) basados en esas controversias dogmáticas. Una polémica doctrinal sobre los linderos de una descripción típica no es argumento, en principio, para usar el art. 14 CP como escudo con el que lograr inmunidad penal.

Un segundo motivo del recurso de Artur Mas aún como referencia normativa los arts. 850.1 y 852 LECrim en relación con el art. 24.2 (derecho a usar los medios de prueba pertinentes). Protesta por la denegación, que reputa indebida, de la documental consistente en el oficio de 17 de noviembre de 2014 emitido por el Fiscal Superior de Cataluña. Recogía la posición de la Junta de Fiscales de la Fiscalía Superior de Cataluña contraria a la formulación de la querrela origen de este procedimiento.

Idéntico contenido tiene el motivo cuarto del recurso interpuesto por Irene Rigau i Oliver. Agrupamos con éste su examen. El informe no es medio probatorio ni idóneo, ni necesario, ni siquiera pertinente, más allá de cuál sea su naturaleza jurídica. Resulta absurdo enredarse en debates, o polémicas o disquisiciones sobre esa naturaleza. Sería un análisis infecundo a los fines aquí perseguidos.

a) Si lo que se quiere con su aportación es introducir otra opinión en el debate jurídico, estaríamos no ante un medio de prueba, sino ante razones jurídicas que pueden ser hechas valer por la defensa, si se quiere invocando como argumento de autoridad el prestigio de quienes emiten la opinión (en el seno del proceso interno de formación de la posición de una institución con una organización compleja como es el Ministerio Fiscal). Pero solo valdrá como "opinión jurídica" tan respetable como la de cualquier letrado, o cualquier académico o jurista. No sería, empero, un medio de prueba, como tampoco lo sería un manual de derecho penal o un artículo doctrinal analizando el delito de desobediencia en general o en concreto en este supuesto (ejemplo que con acierto esgrime la acusación popular). Ni tampoco un dictamen, por prestigio académico o fama de que gozasen de los penalistas que lo suscribiesen, alcanzando unas conclusiones u otras. Las opiniones jurídicas no se prueban; se exponen y se razonan tratando de persuadir al Tribunal. De hecho, en los respectivos recursos, algunos de ellos con cita expresa, se hacen valer argumentos tomados de ese informe.

b) Si lo que se quería con esa "prueba" es erosionar el crédito o la solidez de la posición mantenida por el Fiscal, había que repeler radicalmente ese intento. Lo explica bien en su dictamen la acusación pública. La posición oficial de la institución constitucional que constituye el Ministerio Fiscal se forma a través de un proceso articulado en mecanismos internos en los

que juegan un papel importante, aunque no definitivo, los órganos colegiados. El hecho de que ese itinerario haya sido más o menos unánime carece de la más mínima repercusión procesal, fuera del poder convictivo o suasorio de las razones enarboladas por unos y por otros. Es irrelevante procesalmente si la posición del Fiscal es fruto de un acuerdo de junta tras un intenso debate, o de la imposición por el superior de su criterio jurídico ante las razones expuestas por el firmante; como lo es también el nivel de discrepancia que haya podido alcanzarse en ese, potencialmente rico, proceso de conformación de la postura del Fiscal o el número de detractores o partidarios que la posición finalmente asumida hubiese concitado, en su caso, en una votación en Junta.

c) Por fin, si lo que se pretendía es mostrar que los acusados podían pensar, al igual que ese grupo de fiscales manifestó oficialmente, que los hechos no tenían encaje en el Código Penal, habrá que contestar enlazando con lo razonado en el anterior fundamento: para cometer un delito no es necesario que el autor conozca que existe un tipo en el Código Penal que acoge indubitadamente ese comportamiento. Basta con ser consciente de la antijuridicidad material de la conducta. De esa comunicación interna no se desprende que esos fiscales considerasen lícita la conducta. Antes bien, la califican de abierto ataque al estado de derecho y atentado contra la autoridad del Tribunal Constitucional y contra las leyes, aunque imaginen dificultades de tipificación, no precisamente por falta de antijuridicidad, como se lee al final del oficio: “sin que por ello los miembros de la Junta de la Fiscalía Superior de Catalunya dejen de ser conscientes de que las Autoridades antes mencionadas, en su actuación en el denominado proceso participativo ciudadano, han recurrido al empleo de argucias jurídicas sin precedentes -ni siquiera en derecho comparado- y actuado con absoluta falta de lealtad al acuerdo constitucional”. No se ajusta a la realidad la interpretación que del contenido de ese informe se hace en el recurso de Irene Rigau: que la actuación de los acusados era jurídicamente irreprochable. Es esa una lectura del documento francamente sesgada.

Lo que es insoslayable es el conocimiento de una antijuridicidad genérica, no de la concreta tipicidad. Y en ese flanco nada aporta el oficio que se reclamaba como prueba; o, si se quiere, sí que aporta; aporta una obviedad, como es que también quienes han pensado que los hechos podrían no ser penalmente típicos, nunca han dudado de su ilicitud.

El debate pasa así de lo fáctico (territorio de los medios de prueba y su valoración) a lo jurídico (campo de la argumentación jurídica). Los argumentos jurídicos se exponen y se desarrollan; no se prueban con informes o dictámenes.

Además, el oficio es posterior a los hechos. No podía incidir en la percepción de los acusados. A este argumento se quiere reargüir alegando que el proceso seguía abierto cuando recayó el informe. Es verdad; pero el delito estaba ya consumado. El tramo, si se quiere también ejecutivo, producido después del informe no añadía nada ni podía alterar o influir en un delito que ya había alcanzado el grado de consumación.

Pero, incluso prescindiendo de ello y retomando el argumento: aunque se tratase de un dictamen anterior y los acusados se hubiesen fiado plenamente de él convenciéndose de que había razones para entender que los hechos, aun siendo antijurídicos, podían no ser típicos, no surgirían dificultades para llegar a una conclusión condenatoria.

Resultaría un dislate por lo demás, anular el juicio para su repetición previa unión de un documento que obra ya en la causa, aunque no haya sido aceptado como prueba por no aportar ningún elemento fáctico relevante. No sería solo una consecuencia desproporcionada, como reconoce Irene Rigau en su razonamiento; consecuencia que habría que asumir si tuviesen razón los recurrentes. Sería un despropósito desde la patente inutilidad a efectos estrictamente probatorios de ese dictamen. Nadie niega su realidad y todos -también el Tribunal- conocen su contenido.

No sobra, por fin, consignar que esta Sala ya se pronunció sobre este punto. Nos lo recuerda el Fiscal refiriéndose obviamente a la causa seguida contra el aforado al que se acusó por los mismos hechos.

No nos condiciona en absoluto esa sentencia en lo fáctico. No hay prejudicialidad penal positiva en el proceso penal (fuera de algún supuesto que puso de manifiesto un sector doctrinal y pensando solo en determinadas afirmaciones en beneficio del reo). No es por eso exacto hablar de un *déjà vu* como plásticamente expresa la acusación popular. Pero, sin duda, los argumentos de ese antecedente en el plano estrictamente jurídico vienen en nuestra ayuda para redondear el razonamiento. Decía a este respecto la STS 177/2017, de 22 de marzo:

“La primera de las quejas está vinculada al rechazo de la propuesta probatoria hecha valer en su escrito de defensa bajo el epígrafe «Más documental», mediante la que interesaba se expidiera por la Fiscalía General del Estado, para su aportación a la causa, testimonio del documento en el que se recogían las conclusiones de la Junta de Fiscales del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña y en la que sus integrantes, de forma unánime, habían proclamado la «falta de viabilidad» de la acción penal a ejercer respecto del Presidente de la Generalitat y miembros de su Gobierno, por los hechos sucedidos con ocasión del proceso culminado el día 9 de noviembre de 2014.

La defensa enfatizó la importancia de esta prueba, en la medida en que no se trata de un documento de trámite, sino la decisión jurídica suscrita por los integrantes de la Junta de Fiscales. Con su admisión -razonó la Letrada- no se está postulando una prueba artificiosa, de hecho, fue declarada pertinente por el Magistrado instructor designado por el Tribunal Superior de Justicia. Su importancia se refuerza desde el punto de vista probatorio por el hecho de haber sido divulgada en pleno proceso participativo.

A juicio de la Sala no ha existido la vulneración denunciada.

En el auto 6 de febrero de 2017 razonábamos la impertinencia de esa prueba. Recordábamos que su significado no es otro que el de un oficio –no resolución- dirigido por el Fiscal Superior de la Comunidad de Cataluña a su superior jerárquico. Añadíamos entonces que «la voluntad inequívoca del Ministerio Fiscal para el ejercicio de la acción penal ha de obtenerse de la interposición de la querella que está en el origen de esta causa, sin que la realidad de esa decisión pueda verse devaluada mediante la artificiosa propuesta de valoración de los trabajos preparatorios que ilustraron la decisión del máximo responsable de la Fiscalía General del Estado»

La Sala no considera necesario adentrarse en el debate promovido por la defensa acerca de la naturaleza de ese documento y, a partir de ahí, sobre la necesidad de su incorporación a la causa. Ya sea un documento conclusivo –como sugiere la defensa-, ya se trate de un mero documento preparatorio –como apunta el Fiscal-, lo cierto es que la improcedencia de su reclamación está más que justificada y, lo que resulta decisivo, la negativa no genera ningún tipo de indefensión. La estructura del Ministerio Fiscal, conforme se desprende del art. 124 de la CE y del art. 1 del EOMF, aprobado por Ley 50/1981, 30 de diciembre, se acomoda a los principios de unidad de actuación y dependencia jerárquica. La propuesta de la defensa de anteponer el valor de la decisión de la Junta de Fiscales del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña al criterio asumido por la Fiscalía General del Estado de interposición de una querella, supone voltear el diseño constitucional del Ministerio Fiscal. Implica, al fin y al cabo, confundir el principio de dependencia jerárquica –presupuesto ineludible de la seguridad jurídica como valor constitucional, ex art. 9.3 de la CE- con un extravagante formato asambleario en el que la opinión de los Fiscales del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña –cuya incorrección jurídica queda demostrada por la presente sentencia- se impone a la del Fiscal General del Estado, quien, conforme expresa el art. 22.2 del EOMF, «ostenta la jefatura superior del Ministerio Fiscal y su representación en todo en territorio español. A él corresponde impartir las órdenes e instrucciones convenientes al servicio y al orden interno de la institución y, en general, la dirección e inspección del Ministerio Fiscal».

El dato añadido de que ese documento ya obre incorporado a la causa por fotocopia y que ni el Fiscal ni la defensa hayan dudado de su autenticidad, facilita la decisión acerca de la innecesariedad de proceder a su reclamación oficial a la Fiscalía General del Estado. Las razones que avalan esta decisión de la Sala no se ven debilitadas por el hecho de que su difusión se hubiera producido, en palabras de la defensa «...en pleno proceso».

El momento de la divulgación no añade valor procesal a ese documento. Es más, le resta toda significación probatoria, en la medida en que el acuerdo y su publicación se produjeron cuando el delito que ahora es objeto de enjuiciamiento ya se había consumado”.

Ambos motivos (segundo del recurso de Artur Mas y cuarto del recurso de Irene Rigau) fenecen.

En el motivo tercero del recurso de Artur Mas, a través del formato clásico y más característico del modelo tradicional de casación -art. 849.1 LECrim- se discute que haya sido correctamente aplicado el art. 410 CP. Faltarían en el sentir de los recurrentes algunos de los elementos de esa tipicidad. Contenido similar presentan otros motivos paralelos de los otros dos recursos (quinto del recurso de Irene Rigau y cuarto del recurso de Joana Ortega) que tenemos a la vista para dar contestación a cada uno de ellos y los diferentes argumentos desarrollados, no siempre coincidentes.

La ya aludida STS 177/2017, de 22 de marzo, en lo que representa de doctrina jurídica proclamada oficialmente por esta Sala en una decisión jurisdiccional (aunque no jurisprudencial), supone un serio obstáculo –así lo perciben los recurrentes explícita o implícitamente- para que prosperen las tesis de los recursos que la contradicen. Pero esa sentencia ni nos convierte en esclavos de su doctrina o criterio, ni nos disculpa de analizar cada una de las cuestiones que traen a debate los recurrentes. No podemos atrincherarnos en ella para obviar, una contestación explícita a las razones expuestas por los recurrentes entre otras cosas porque de esa forma pueden intentar refutar los argumentos surgidos como fruto de un debate procesal en el que no fueron parte directa. Ni basta, ni puede bastar, con una remisión genérica a tal sentencia.

Los tres recursos –tanto en este punto como en todos los demás- presentan una factura impecable, en lo formal –sistemática, claridad, elegancia del lenguaje y de la construcción gramatical-; y en el fondo –disección profunda de cada cuestión; adecuado y erudito apoyo jurisprudencial; y fuerza dialéctica-. La acusación popular, con nobleza forense, alaba los tres escritos impugnatorios. Es un elogio merecido.

El arsenal argumental desplegado en este extremo concreto –debate jurídico sobre el art. 410- es especialmente variado y rico.

Se apunta que no puede hablarse de desobediencia en tanto la misma no podría surgir según la jurisprudencia más que tras un requerimiento preciso efectuado al obligado a cumplir lo resuelto en la Providencia recaída en el proceso constitucional. No estaríamos aquí ante una orden directa, precisa, singular, categórica y concreta dirigida a los recurrentes, sino ante una resolución de trámite y con naturaleza puramente declarativa: proclama el automático efecto suspensivo ex art. 161.2 CE. Si no se producen resoluciones complementarias tendentes a su ejecución carecería de fuerza ejecutiva.

No se habría producido una negativa abierta, es decir contumaz, rebelde, obstinada, como exige el art. 410 CP. Estaríamos ante una mera dilación o retraso en el acatamiento provocados por cierto confusionismo sobre el alcance del proveído y la

concreción de las actuaciones que se requerían para compatibilizar el contenido de la providencia con la voluntad de salvaguardar los derechos de participación política de los ciudadanos de Cataluña. Eso habría abocado al recurrente a dejar que el proceso siguiese su curso, mientras esperaba una respuesta del TC. Solo a través de una actividad reiterativa y persistente se podría llegar a la negativa abierta.

El requerimiento personal específico sería, según los tres recursos exigencia típica intrínseca de naturaleza objetiva, por más que no plasme en el precepto penal: la jurisprudencia así lo ha venido entendiendo, se sostiene.

No insiste, en cambio, el primer recurrente (a diferencia de los otros dos recursos) en un argumento blandido en la instancia y contestado en la sentencia del Tribunal Superior en torno al carácter jurisdiccional o no de la providencia que encarnaría el mandato eludido presupuesto del delito de desobediencia. Sí vuelve a discutir, que tal proveído reúna las notas necesarias para considerarlo presupuesto idóneo para dar vida a ese delito: no sería una orden precisa, singular y concreta. Solo la desatención contumaz a una orden expresa integraría el delito por el que ha merecido condena.

La última reforma de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional sirve a los recurrentes para reforzar la exégesis que proponen.

A mayor abundamiento se dice que la inconcreción de la providencia despertaba dudas en relación al alcance de la suspensión: “¿Implicaba simplemente que el obligado no emprendiera nuevas actuaciones?” -pregunta retóricamente el recurso de Artur Mas- “¿Qué efecto concreto producía la suspensión sobre los actos materiales ya realizados? ¿Se le exigía que, activamente, la Generalitat obligara a terceros, empresas particulares y, singularmente, voluntarios que cesaran en sus actividades? ¿Suponía impedir el acceso a los locales? ¿Retirar los ordenadores ya repartidos? ¿Se estaba obligando a anunciar públicamente que el proceso quedaba prohibido? ¿Las previsiones de los Mossos d’Esquadra y otros dispositivos activados en caso de acontecimiento de estas dimensiones debían ser suspendidos? ¿Hubiera bastado con una modificación de la pregunta principal formulada? ¿Se podía permitir que se desarrollara el proceso participativo y bastaba simplemente con privarle de su carácter oficial? En tal caso, ¿era necesaria una declaración al respecto de la Generalitat, o ya era suficiente la declaración efectuada en la providencia del TC?”.

Podría, quizás, surgir alguna duda en algún concreto punto; más seguramente en quien fuese proclive o mantuviese una deliberada actitud propensa a no querer entender. Pero en muchos otros puntos -la inmensa mayoría- fuese cual fuese la receptividad del destinatario, quedaba meridianamente claro qué actuaciones no venían consentidas por el Tribunal Constitucional por ser abiertamente vulneradoras de la orden de suspensión, se interprete ésta como se interprete y se le dé al alcance que se le quiera dar. No es de recibo argüir que como podrían suscitarse dudas en algún extremo, se abrían las puertas a desatender el todo; consintiéndose así también lo que suponía indubitadamente incumplir el proveído.

Se ha condenado por específicas actuaciones y omisiones, que la sentencia concreta refiriendo las atribuibles tanto a los tres recurrentes como a cada uno de ellos. Su contradicción frontal con el mandato del órgano constitucional podría ser percibida por cualquiera, salvo mala fe o un ejercicio de disimulo (ignorancia fingida podríamos decir parafraseando el sintagma ignorancia deliberada que ha hecho fortuna en la literatura jurídico-penal). Serían tolerables o incluso disculpables algunas eventuales dudas, si se percibiese por parte de los acusados una cierta voluntad de acatar o cumplir. Pero la secuencia de los hechos demuestra una firme decisión de desacato, aunque exteriorizada, tratando de disimularla, con subterfugios, excusas y endeble disculpas que siguen enarbolándose ahora pero que no consiguen esconder esa firme -abierta! - decisión de burlar el mandato del Tribunal Constitucional.

El calificativo "abierta" del que deriva el adverbio abiertamente que acota la tipicidad del art. 410, no remite a algo estrepitoso o hecho con escándalo, espectáculo o sin disimulo. Evoca más bien una oposición firme de fondo, decidida, sin paliativos, obstinada, lo que es compatible con que se tratase de una negativa con apariencia de amabilidad, respeto simulado o fingido acatamiento. Como sucede con la expresión “sin ánimo de ofender”, tantas veces preámbulo de inequívocas ofensas que no quedan neutralizadas por esa apostilla, los recurrentes parecen querer exteriorizar un “sin ánimo de desobedecer” como coartada de su decidido desacato (no acatar), de su empeñamiento en que llegase a término lo que el Tribunal Constitucional quiso impedir. Pretender que un retórico y gestual “sin ánimo de desobedecer” sirva de coartada al incumplimiento del mandato es tanto como decir que quien golpea a otro queda excluido del delito de lesiones si alega que lo hizo “sin ánimo de lesionar”.

El vocablo abiertamente no hace referencia en el examinado tipo penal a las formas, sino al fondo; no es un problema externo o de revestimiento: sino de contenidos, material. El tipo no protege la apariencia, sino lo nuclear: castiga la rebeldía sin paliativos, aunque venga adornada de protestas de acatamiento acompañadas, como coartada, de una perplejidad más aparente o fingida que real. No es un problema de escenografía, sino de sustancia. Abiertamente significa que la negativa ha de ser indudable, lo que es compatible con el disimulo, o una ficticia y buscada apariencia de no querer desobedecer. Desde esta perspectiva lo que describen los hechos probados en una oposición contumaz, firme, resuelta, meditada, decidida; aunque exteriorizada de forma ladina; una negativa abierta, aunque arteramente presentada como blanda, con paliativos, o motivada por una situación de duda. Deducir de ese adverbio la necesidad en todo caso de reiteración de la orden y reiteración del desacato, es ir más allá de la fórmula legislativa. En un supuesto como éste que la capacidad de desobedecer

se agotaba en pocos días, sería tanto como una destipificación de facto de los mandatos cuya eficacia tiene un plazo exiguo por su propia naturaleza.

Ante la decisión judicial de suspender un proceso participativo que ha sido puesto en marcha, impulsado y gestionado por un gobierno a cuya cabeza está el primer recurrente como Presidente, se hace difícil aceptar que esta persona no se sintiese concernida por la resolución. Se entiende que pretenda argumentar, en legítimo uso de su derecho de defensa, que era una resolución con efectos puramente declarativos, no efectivos - ¡cosméticos! -. Pero se hace muy difícil –contrario a toda lógica del discurso humano- admitir que pensó que tal mandato no le afectaba personalmente como Presidente de la Generalitat, que era algo que no iba con su cargo, ni con sus funciones; o que habían de ser otros los encargados, previo requerimiento en su caso, o el propio Tribunal Constitucional, de dotar de eficacia a ese mandato que le fue comunicado personalmente (¿un simple gesto de cortesía?).

Y es que, en efecto, la providencia fue notificada de modo oficial por mail a los Servicios Jurídicos de la Generalitat y, además, mediante una carta dirigida personalmente a este recurrente.

Por su posición institucional y por su implicación en la activación y llevanza a término de ese proceso, hacer caso omiso a la decisión constitucional suponía su abierto desacato. En su situación, por su condición, y por su conducta anterior, la mera inactividad constituiría ya abierta desobediencia. Quien ha puesto en marcha un proceso que continúa bajo su dominio es el principal llamado a detenerlo en caso de que se dé tal orden.

No se trata de que el acusado hiciese algo en esa dirección y que fuese insuficiente o ineficaz para dar plena efectividad del mandato; es que procuró que nada –y menos cualquier actuación o gesto suyo- pudiese interferir en el buen fin del proceso que se había proyectado, gestado, planificado, preparado, bajo su supervisión y con su activo impulso; y que seguía, al menos en buena parte, bajo el control del Gobierno que presidía. Decir que se limitó a retrasar la adopción de una decisión definitiva es un subterfugio para encubrir una real decisión: que se llevase a cabo la consulta. Faltaban pocos días. Ganar tiempo mediante una innecesaria aclaración o aparentando desconcierto era una forma de decidir; bastaba esperar y dejar desarrollarse las acciones en cuya activación tuvo un protagonismo esencial; bastaba no interferir en esos procesos para que se consumase el incumplimiento del mandato del órgano constitucional.

Es una falacia que roza lo estridente decir que se ha condenado por desobediencia por interponer un recurso de súplica o pedir una aclaración. No es así. Se condena por incumplir el mandato del órgano constitucional; no por recurrirlo.

Escudarse, en otro orden de cosas, en la supuesta intencionalidad de no lesionar los derechos de participación política de los ciudadanos constituye una muy débil excusa. Esos derechos han de ejercitarse según las leyes. Lo mismo que el Presidente de un Consejo de Gobierno no vacilaría en expulsar de los debates de su consejo a quien intentase inmiscuirse alegando su condición de ciudadano y su derecho a participar en los debates públicos (art. 1.1 y 23 CE); ni consentiría un plebiscito organizado al margen de toda legalidad, para destituirle; ni sería viable una consulta popular organizada en una corporación local para derogar en una población una norma autonómica; ni pueden ponerse por encima del debate legal, ajustado a la Constitución e institucionalizado, formas de participación colectiva encauzadas al margen de la legalidad (vid. argumentos en esta línea de la STS 161/2015, de 17 de marzo). No hay lesión de esos derechos de participación política por cuanto no son tales desde el momento en que se desarrollan al margen del marco legal y constitucional.

La especialísima posición de quien era Presidente de la Generalitat hace que no puedan extrapolarse conclusiones desde otros ámbitos o buscarse paralelismos con supuestos de resoluciones judiciales afectantes a particulares: con esto entramos a rebatir otra de las líneas de argumentación que afecta también a las otras dos recurrentes que actuaban asimismo como autoridad y en el desempeño de los cargos públicos que ostentaban. No eran particulares, sino integrantes del Gobierno que había impulsado el proceso cuya suspensión acababa de decretar un Tribunal.

Ciertamente no atender de inmediato una decisión plasmada en una sentencia dándole cumplimiento no es, así, sin más, desobediencia. Pero cuando se trata de la decisión pública, y comunicada además directamente en práctica excepcional que encierra un simbolismo que no podría pasar desapercibido, de suspender una actuación puesta en marcha por unos poderes públicos, que va a culminar en pocos días; y se es consciente de que lo que pretende esa decisión del Tribunal Constitucional es inequívocamente que se interrumpa ese proceso antes de llegar a término; y quien hace caso omiso de la decisión es la autoridad bajo cuyo mandato se ha impulsado el proceso que se debe abortar, es ridículo exigir un requerimiento personal. No es ese requisito del delito de desobediencia, sino una forma de asegurar el conocimiento del mandato, y prescindible en este caso.

No hay en este argumento un overruling jurisprudencial como denuncia algún recurrente y se preocupa de rebatir el Fiscal, recordando algunos precedentes. Menos, si enfatizamos que hablamos del tipo penal del art. 410 CP; no de la desobediencia genérica de particulares.

En esta línea puede traerse a colación algún pasaje de la precedente sentencia de esta Sala que contemplaba estos mismos hechos:

“La tesis de que sin notificación y sin requerimiento personales el delito de desobediencia previsto en el art. 410 del CP no llega a cometerse obliga a importantes matices. En efecto, es entendible que en aquellas ocasiones en las que el delito de

desobediencia se imputa a un particular (cfr. arts. 556, 348.4.c, 616 quáter CP), el carácter personal del requerimiento adquiere una relevancia singular. Sólo así se evita el sinsentido de que un ciudadano sea condenado penalmente por el simple hecho de desatender el mandato abstracto ínsito en una norma imperativa. De ahí que el juicio de subsunción exija que se constate el desprecio a una orden personalmente notificada, con el consiguiente apercibimiento legal que advierta de las consecuencias del incumplimiento. Sin embargo, en aquellas otras ocasiones en las que el mandato está incluido en una resolución judicial o en una decisión u orden de la autoridad superior (cfr. art. 410.1 CP) y se dirige, no a un particular, sino a una autoridad o funcionario público, la exigencia de notificación personal del requerimiento ha de ser necesariamente modulada. Lo decisivo en tales casos es que la falta de acatamiento, ya sea a título individual por el funcionario concernido, ya como integrante del órgano colegiado en el que aquél se integra, sea la expresión de una contumaz rebeldía frente a lo ordenado. Lo verdaderamente decisivo es que el funcionario o la autoridad a la que se dirige el mandato tenga conocimiento de su existencia y, sobre todo, del deber de acatamiento que le incumbe.

Y no cabe duda de que el acusado captó con el dolo todos los elementos que definen el tipo objetivo previsto en el art. 410 del CP. Conocía la providencia del Tribunal Constitucional que ordenaba la suspensión. Era consciente de que su efectividad o, por el contrario, su carencia de efectos, dependía, en buena medida, de decisiones que habían de ser tomadas en el ámbito de su competencia exclusiva como Consejero de la Presidencia. El Sr. Homs, a preguntas del Ministerio Fiscal, reconoció que la Generalitat como institución se dio oficialmente por notificada el día 4 de noviembre y que la providencia de suspensión dio lugar a un amplio debate en el Consejo de Gobierno y a la adopción de determinadas decisiones, entre las que se incluyeron el mantenimiento del proceso de participación, la convocatoria del Pacto Nacional del Derecho a Decidir, la interposición de un recurso contencioso administrativo y la adopción de instrucciones para la presentación de un recurso de súplica ante el Tribunal Constitucional”.

Sí que habría, ahora sí, un apartamiento del precedente (STS 177/2017) si estableciésemos otra conclusión.

Recuerda el Fiscal cómo la jurisprudencia había proclamado ya en ocasiones la inexigibilidad de este supuesto requisito del previo requerimiento si se entiende como verdad universal para todos los casos en todas las circunstancias. Cita junto a la STS 29 de abril de 1983, la 1615/2003, de 1 de diciembre: “la falta de la notificación de la sentencia o de un requerimiento expreso no puede impedir la calificación ... es evidente que el acusado conocía el mandato expreso”. Evoca también la STS 1095/2009, de 6 de noviembre que subraya la no exigencia en términos absolutos de este requisito por cuanto: “solo tiene razón de ser en asegurarse del conocimiento por el desobediente del mandato incumplido”,

Los precedentes citados, que tomamos prestados del informe del Fiscal, se refieren, además, a particulares. El criterio que enuncian cobra más sentido aun cuando pensamos en autoridades públicas en las que ha de presumirse el conocimiento del deber de acatamiento de las resoluciones del Tribunal Constitucional (art 87 LOTC). Cuentan además con medios para un asesoramiento específico.

Conocer el mandato y quedar ladina y pasivamente a la espera de que se reitere, para luego alegar que solo si hubiese sido reiterado o especificado (hay aspectos que no precisaban especificación alguna: suspender un proceso significa suspenderlo), no puede servir de coartada para eludir la responsabilidad por la deliberada, consciente y contumaz decisión de no atender al mandato que encarnaba esa providencia del Tribunal Constitucional.

“De hecho, -concluye el Fiscal con un argumento de enorme fuerza plástica, aunque solo referible al primer recurrente- cabe cuestionarse qué requerimiento o apercibimiento puede estimarse necesario cuando el propio recurrente compareció ante los medios para señalar que “si la Fiscalía quiere conocer quién es el responsable de abrir los colegios que me miren a mí; el responsable soy yo y mi gobierno”.

Esas palabras, están más próximas a una actitud desafiante, que a la psicología de una persona atormentada por el afán de conciliar el respeto al mandato constitucional con sus compromisos con sus electores.

El recurrente no puede pretender por su posición institucional que creamos que se mantuvo al margen. No ha tenido luego empacho alguno al asumir públicamente sus responsabilidades señalándose a sí mismo como responsable de ese hecho. No es desde luego una confesión procesal; y puede tener otras explicaciones distintas de la realidad (obtener réditos políticos y propagandísticos ante sectores en que esa responsabilidad puede representar un timbre de orgullo); pero en este caso esa auto-atribución de responsabilidades en un marco extraprocesal encaja perfectamente con el cuadro probatorio –en buena parte conformado por hechos notorios o publicitados- que surge del escenario procesal.

No es tampoco ni ha sido nunca requisito del delito de desobediencia la previa advertencia de incurrir en tal delito de no comportarse de determinada manera. Eso representa solo una fórmula para preconstituir la prueba del dolo, y, en su caso, para dotar de mayor eficacia conminatoria al mandato. Pero el dolo, o el conocimiento de la orden, si concurren y están probados, han de dar lugar a la condena por el delito de desobediencia, aunque no existiese un previo requerimiento personal. Y, a la inversa, aunque haya requerimiento y/o advertencia, si los hechos no constituyen delito de desobediencia, no será punible.

La responsabilidad por delito de desobediencia no queda al albur de la autoridad emisora de la orden de forma que solo otra decisión suya expresando la voluntad de que, de no acatarse será desobediencia, generaría la situación típica. Se desobedece

la orden. No es necesario además ni una extraña condición objetiva de punibilidad —que la autoridad desobedecida haya pretendido que el incumplimiento genere responsabilidad penal—; ni un anómalo elemento subjetivo del injusto —no bastaría con desobedecer, sino además sería necesario querer cometer un delito de desobediencia—. A esas ilógicas conclusiones llegaríamos extremando el razonamiento de los recurrentes.

No hay riesgo, según apunta un recurrente, de una especie de metástasis del delito de desobediencia. Sí que se podría producir, en cambio, la anorexia de tal figura penal si intercalásemos requisitos, dándoles un alcance más formal y burocrático que material, que no vienen exigidos por la tipicidad. El incumplimiento del mandato específico —suspender un proceso— por parte de quien inequívocamente por su cargo y por sus actuaciones previas debía sentirse interpelado y conocía la decisión del Tribunal Constitucional es desobediencia, aunque no se haya producido un superfluo requerimiento, y aunque la voluntad rebelde trate de ser camuflada bajo excusas de falta de claridad o de postergar la decisión para clarificar su contenido con la evidente e indisimulable intención de ganar tiempo para hacer incumplible la orden.

Hay que volver en este punto a repetir algo ya dicho y en lo que tendremos que insistir al analizar las alegaciones sobre un supuesto error. El tipo subjetivo exige conocer que la conducta es ilícita; no ser consciente de que es constitutiva de delito. Cabe otro argumento de cierre: la supresión del delito de desobediencia, paradójicamente, podría llevar a la reaparición del delito de prevaricación que esta Sala considera subsumido en aquél.

Este Tribunal en la sentencia varias veces aludida consideró que el contenido de injusto de la prevaricación (por la que acusó al Fiscal) quedaba absorbido por la desobediencia:

«La Sala limita su ámbito de conocimiento a los delitos por los que se ha formulado acusación. No se cuestiona si la aplicación económica de fondos públicos, promovida por el acusado en abierta y franca contradicción con el mandato emanado del Tribunal Constitucional, tiene o no relevancia penal. Estimamos, por tanto, que los hechos declarados probados sólo pueden ser sancionados como constitutivos de un delito de desobediencia, sin que podamos acoger la fórmula concursal sugerida por el Ministerio Fiscal. No estamos en presencia de un concurso de delitos, sino de un concurso de normas en el que el desvalor de una de las acciones —la desobediencia— absorbe el posible desvalor de la otra —la prevaricación—.

La punición conjunta de ambos delitos no es viable.

Se trata de una cuestión —como todas las que afectan a la relación concursal entre dos figuras delictivas— no exenta de matices. En la STS 79/2012, 9 de febrero, si bien referida a un supuesto de prevaricación judicial, nos hacíamos eco de la solución, no siempre uniforme, ofrecida por esta Sala en supuestos en los que el delito de prevaricación concurría con el de impedir el ejercicio de derechos cívicos. Así, en la STS 246/2003, 21 de febrero, aplicábamos los principios de especialidad y de consunción como expresión de la doctrina mayoritaria. En sentido contrario, aisladamente, la STS 172/1993, apreció un concurso ideal de delitos. En otras sentencias habíamos llegado a la misma conclusión, optando exclusivamente por el delito de prevaricación, al considerar que la vulneración de los bienes jurídicos afectados se encontraba en el caso especialmente imbricada (STS 1070/2000, 19 de junio).

En el supuesto que es ahora objeto de enjuiciamiento, la Sala estima que la conducta imputada al Sr. Homs ha de ser sancionada exclusivamente con la referencia que ofrece el delito de desobediencia, que absorbe en su desvalor al que sería predicable de otras conductas cuya injusticia radica, precisamente, en su condición de actos u omisiones desobedientes.

A) Conforme ha sido declarado en los hechos probados, al acusado Sr. Homs le son imputables comportamientos omisivos desarrollados entre los días 4 y 9 de noviembre 2014. Estas omisiones, en principio, son susceptibles de integrar la modalidad de la prevaricación omisiva, admitida por esta Sala en una jurisprudencia plenamente consolidada (cfr. SSTs 1382/2012, 17 de julio; 647/2002, 16 de abril; 426/2000, 18 de marzo y acuerdo de Pleno no jurisdiccional de 30 de junio de 1997). Se trata de supuestos en los que resulta imperativo para un funcionario o autoridad dictar una resolución —en nuestro caso, una orden de paralización de los trabajos ya iniciados— y, sin embargo, se omite permitiendo la injusticia de los efectos asociados a esa negativa.

Pues bien, la punición del Sr. Homs como autor de un delito de prevaricación, con fundamento en esas omisiones que permitieron el desarrollo del proceso de participación, implicaría vulnerar el principio de proporcionalidad o, desde otra perspectiva, desbordar la medida de culpabilidad. Y es que cada una de esas omisiones no son sino secuencias de una desobediencia más amplia, aquella que impulsó al acusado a menospreciar el mandato del Tribunal Constitucional. Condenar por un delito de prevaricación, tomando como acción típica las conductas omisivas del acusado —no paralizar las obras para acondicionar la infraestructura de seguimiento de las votaciones, no suspender la impartición de cursos a voluntarios por el CTTI, no interrumpir la instalación de programas en los ordenadores previamente adquiridos para su posterior reparto en los centros escolares en los que se desarrolló la votación y, en fin, no paralizar la campaña publicitaria y de buzoneo puesta en marcha días atrás— supondría fragmentar artificialmente una conducta omisiva que sólo se explica por su unidad. Las distintas omisiones no son sino manifestaciones de la contumacia del acusado, de su resistencia a someterse al mandato del Tribunal Constitucional. Si bien se mira, la injusticia de esas omisiones —elemento insustituible del tipo objetivo del delito de prevaricación— sólo podría apoyarse, en su caso, en la conducta desobediente que ya ha sido objeto de punición...

... no basta para afirmar la concurrencia del delito de prevaricación acreditar la existencia de una resolución administrativa. Se precisa, además, que ésta sea injusta. El problema radica en que la injusticia de esa carta sólo podría llegar a explicarse como manifestación de la renuencia del acusado a admitir la obligatoriedad de la providencia de suspensión. Dicho con otras palabras, la carta, si llegara a tildarse como una resolución injusta, lo sería porque mediante su contenido se desobedece lo resuelto por el Tribunal Constitucional. Pero eso es precisamente lo que ha servido a la Sala de presupuesto para el juicio de tipicidad que permite la condena del Sr. Homs como autor de un delito de desobediencia.

Duplicar el injusto atribuible al acusado supondría quebrantar principios irrenunciables del derecho penal...

B) la solución acogida por la Sala es congruente con lo prevenido en el art. 8.3 del CP para aquellos casos en los que no pueda afirmarse la concurrencia de alguna de las fórmulas concursales previstas en los arts. 73 a 77. Según aquel precepto, «los hechos susceptibles de ser calificados con arreglo a dos o más preceptos de este Código (...) se castigarán observando las siguientes reglas: 3.- El precepto penal más amplio o complejo absorberá a los que castiguen las infracciones consumidas en aquél».

Es coherente también con la doctrina jurisprudencial sobre el concurso de normas que, con carácter general, ya advierte de la importancia de no incurrir en la prohibición constitucional del *bis in idem*. En la STS 254/2011, 29 de marzo –cuya doctrina inspira las SSTs 544/2016, 21 de junio; 413/2015, 30 de junio; 494/2014, 18 de junio, entre otras muchas- dijimos que «el concurso aparente de normas implica, por definición, una unidad valorativa frente al hecho cometido, de suerte que la aplicación de uno solo de los tipos que convergen en la definición del concurso, es más que suficiente para agotar todo el desvalor jurídico-penal que puede predicarse de la infracción. Forma, pues, parte de su fundamento la suficiencia de uno de los preceptos para la correcta y plena valoración jurídico-penal de la conducta. De no acoger las normas concebidas por el legislador para la solución de esos casos de colisión de preceptos penales, se correría el riesgo de incurrir en una doble incriminación del hecho, con la consiguiente quiebra del principio de proporcionalidad».

Y centrándonos en la relación de consunción prevista en el art. 8.3 del CP, precisábamos que esta fórmula concursal «...exige, en sintonía con la idea central de todo concurso aparente de normas, que el desvalor de uno de los tipos aparezca incluido en el desvalor tenido en cuenta en el otro. Dicho con otras palabras, que la desaprobación de una conducta descrita por la ley y expresada en la pena que la misma ley señala para esa conducta (*lex consumens*), abarque el desvalor de otro comportamiento descrito y penado en otro precepto legal (*lex consumpta*). Esta relación de consunción, más que en ningún otro supuesto concursal, impone que el examen entre los tipos penales que convergen en la subsunción se verifique, no en abstracto, desde una perspectiva formal, sino atendiendo a las acciones concretas desarrolladas por el acusado, puesto que las soluciones de consunción no admiten un tratamiento generalizado. Mediante este principio encuentran solución, tanto los casos en que al tiempo que se realiza un tipo penal se realiza simultáneamente otro delito –hecho acompañante- y aquellos otros en los que se comete un segundo delito con el fin de asegurar o aprovecharse de los efectos de un delito previo –hecho posterior impune o acto copenado-».

En definitiva, es una solución que sigue la pauta de precedentes en los que hemos descartado la punición conjunta de los delitos de desobediencia y prevaricación. En efecto, en la STS 80/2006, 6 de febrero, declaramos que la decisión municipal de incumplir una resolución judicial sobre cierre de una incineradora «...acertadamente ha sido considerada (...) como un acto de incumplimiento meditado y consciente de una forma abierta de desobediencia, pero no puede ser, a su vez, considerado como un acto de prevaricación ya que, con ello, se incurre en un rechazable e inadmisibles *bis in idem*»

Pues bien, desaparecido el art. 410, podría emerger (Revivir: Auferstetung: STS 605/2018, de 28 de noviembre) la prevaricación con una pena -aunque solo la privativa de derechos- que podría alcanzar cotas más altas.

Insistiremos en todo caso que es este un argumento de cierre. No se trata ahora de analizar esa otra tipicidad que nadie reclama en casación. Somos conscientes de que aparecerían obstáculos procesales de fuste en ese camino.

Es obligado referirse a la STC 185/2016, de 3 de noviembre, que resolvía el recurso de inconstitucionalidad 229/2016 contra la LO 15/2015 de reforma de la LOTC. Los recurrentes quieren ver en tal reforma un cambio cualitativo en la naturaleza, posición y funciones del Tribunal; que se habría proyectado retroactivamente al momento de comisión de los hechos. Sus argumentos son desmentidos por la citada sentencia constitucional. La CE de 1978 -proclama tal resolución- configura al TC como un órgano jurisdiccional al que confiere en exclusiva el ejercicio de la jurisdicción constitucional. Goza por sí de la potestad inherente a todo órgano jurisdiccional, de ejecutar sus resoluciones. Todos los poderes públicos, y por ende sus titulares, están obligados al debido cumplimiento de las resoluciones del TC, lo que es consecuencia de su sumisión a la CE (art. 9.1). Y antes y después de la citada reforma -se indica- el TC es un órgano con potestad jurisdiccional en materia constitucional. Sus resoluciones son ejecutivas. Es este rasgo esencial propio desde la aparición de la jurisdicción constitucional no algo que habría surgido a raíz de esa reforma.

Lo sostiene acertadamente el Tribunal a quo en su muy bien construida sentencia, de sistemática perfecta y cristalina y cuidada literatura: «Ninguna duda ni reserva admitimos, por tanto, respecto de la atribución al Tribunal Constitucional de auténtica jurisdicción constitucional, por tanto, de que sus resoluciones, dictadas en el ejercicio de esa jurisdicción, deben ser tratadas como resoluciones judiciales a los efectos de la tipificación penal que aquí se propone».

El acatamiento de la anterior providencia de 29 de septiembre anterior por parte del recurrente y todo su gobierno (en el que estaban integradas las otras recurrentes) refuerza esta estimación. Aquélla se respetó; ésta, no. Su naturaleza era idéntica ¿Ejecutividad a la carta? No puede construirse una tesis tan extravagante como imaginativa y falta de fundamento. Tanto la sentencia de instancia con la de este Tribunal ya datada en asunto paralelo, así como el dictamen del Ministerio Público usan este argumento:

“Basta una lectura detenida y contextualizada de la providencia dictada por el Tribunal Constitucional -y traemos ahora nuevas consideraciones de la tan citada STS 177/2017- para captar el alcance de lo prohibido. En el primero de los apartados se expresa con nitidez qué actividades habían sido objeto de impugnación por la Abogacía del Estado y en el tercero se decreta la suspensión de esos actos como consecuencia de la impugnación. Fueron los actos impugnados los que quedaron afectados por la prohibición y son esos actos, no otros, los que quedaron suspendidos como consecuencia de lo prevenido en el art. 161.2 de la CE.

El objeto de la suspensión era, pues, inequívoco. La reclamada inconstitucionalidad del llamado proceso de participación llevaba aparejada la suspensión directa, no sólo de ese proceso, sino de «...los restantes actos y actuaciones de preparación, realizadas o procedentes, para la celebración de dicha consulta, así como cualquier otra actuación aún no formalizada jurídicamente, vinculada a la referida conducta»”.

Las dos Providencias de 29 de septiembre, de redacción muy similar a la Providencia de 4 de noviembre de 2014, bastaron para que el ahora recurrente, entonces sí, se sintiese concernido y paralizase un previo proceso de participación. Así lo hace notar la aludida STS 177/2017: “el mismo acusado, participando de una decisión colegiada también compartida con otros responsables gubernamentales que no son ahora objeto de enjuiciamiento, acató la suspensión acordada como consecuencia del recurso interpuesto por la Abogacía del Estado contra la Ley 10/2014, 26 de septiembre, sobre consultas populares no referendarias y otras formas de participación. Acató también la suspensión del Decreto 129/2014, 27 de septiembre, de convocatoria de consulta popular no referendaria sobre el futuro político de Cataluña. Y la suspensión de esas actuaciones fue consecuencia de dos providencias del Tribunal Constitucional, fechadas ambas el día 29 de septiembre de 2014 y redactadas en términos prácticamente literales a la de 4 de noviembre de 2014, cuya desatención está en el origen de la presente causa. Esa diferente actitud del acusado ante una y otra suspensión, acordadas en un marco procesal idéntico y hechas valer mediante el mismo vehículo formal, a saber, una providencia dictada por el Tribunal Constitucional, es bien acreditativa del conocimiento que en ambos casos tenía el Sr Homs de su deber. Lo que en los últimos días de septiembre fue acatado como consecuencia de un mandato emanado del Tribunal Constitucional, pasó a convertirse varias semanas después en una resolución de nula efectividad por su supuesta oscuridad”.

El proceso podía ser distinto; pero la orden de suspensión era de formato esencialmente idéntico. Como arguye el Fiscal en su dictamen no es admisible que esa orden pueda cumplirse o no en función de la consideración que merezca a su destinatario el proceso suspendido.

La decisión llegó a conocimiento de quienes debían sentirse interpelados por ese proveído. Se habían sentido concernidos por la del mes de septiembre anterior.

El propio día 4 de noviembre el recurrente Artur Mas reunió el Govern (con participación de las otras dos acusadas) que decidió formular recurso de aclaración y súplica. Carezcan de eficacia suspensiva. Se argumentaba que si no era levantada la Providencia no podría celebrarse la Consulta. La observación rigurosamente exacta: no podría celebrarse la consulta... salvo que se hiciese caso omiso al mandato del órgano constitucional. Esto hicieron los recurrentes.

Si no se modificaba la providencia, la consulta no se podría llevar a cabo. No se modificó. Pese a ello, se celebró. Ergo si se celebró es porque se actuó como si la providencia hubiese sido levantada o no hubiese existido: se desoyó su contenido.

No puede degradarse la imperatividad de la Providencia por presentarse la suspensión como un acto debido (art. 161.2 CE). No deja por ello de ser una decisión del Tribunal Constitucional que, como todas las decisiones jurisdiccionales, habría de adecuarse a la legalidad. Éstas pueden dejar mayor o menor margen al arbitrio. La desobediencia jugará, aunque el mandato emitido venga impuesto de forma indubitada y sin margen para la interpretación por la Ley. No se entiende por qué en ese caso, cuando el margen para la decisión es más estrecho o inexistente, no habría desobediencia.

Para dar respuesta a las consideraciones de alguno de los recursos que giran en torno a la naturaleza de la resolución incumplida y su fuerza, no podemos añadir nada a los párrafos que la STS 177/2017 dedica a esa cuestión:

«Tampoco son acogibles las alegaciones del recurrente cuando cuestiona la naturaleza misma de la providencia que ordenaba la suspensión y, con ello, su potencial idoneidad para generar un efecto vinculante. En fechas anteriores a la recepción de la providencia del Tribunal Constitucional, el Consell Assessor per a la Transició Nacional consideró como primer presupuesto para la comisión de un posible delito de desobediencia el dictado de «...una medida cautelar adoptada en un proceso contencioso administrativo o, incluso, en un proceso constitucional que instara a no celebrar una consulta cuya convocatoria hubiera sido impugnada» (pág. 622, pieza documental II).

Pero más allá de la opinión de ese órgano consultivo, lo cierto es que la imperatividad de las resoluciones emanadas del Tribunal Constitucional dimana de su propia configuración como «supremo intérprete de la Constitución» (art. 1 LOTC). Sus

sentencias tienen eficacia erga omnes y se publican en el Boletín Oficial del Estado (art. 164 CE). Esa eficacia quedaría irremediabilmente deteriorada si las medidas cautelares concebidas para asegurar la primacía de la Constitución –entre las que se encuentra el efecto suspensivo previsto en el art. 161.2 para los recursos promovidos por el Gobierno– no fueran directamente vinculantes y se dejara al arbitrio de sus destinatarios su aceptación o rechazo. Ya se califique esa suspensión imperativa como una medida cautelar, ya se considere que no participa de los presupuestos que definen una resolución de esa naturaleza, lo cierto es que la imperatividad derivada de la presentación de la demanda por el Gobierno de la Nación opera con automaticidad porque así lo ha querido el propio texto constitucional.

La insuficiencia de la providencia como vehículo formal para incorporar un mensaje de efectos vinculantes para la Generalitat fue enlazada también por el acusado con su censura a la consideración del Tribunal Constitucional como verdadero y genuino órgano jurisdiccional.

Ni lo uno ni lo otro puede ser aceptado por esta Sala.

El art. 1 de la LOTC, declara que «el Tribunal Constitucional, como intérprete supremo de la Constitución, es independiente de los demás órganos constitucionales y está sometido sólo a la Constitución y a la presente Ley Orgánica». Añade su párrafo segundo que «es único en su orden y extiende su jurisdicción a todo el territorio nacional».

La consideración del Tribunal Constitucional como verdadero órgano jurisdiccional, en la medida en que ejerce la jurisdicción constitucional con exclusividad, está hoy fuera de cualquier duda. Está llamado a asegurar la efectiva vinculación a la Constitución de todos los poderes públicos. Y esa naturaleza de genuino órgano jurisdiccional no se resiente por razón de su específico ámbito competencial (cfr. arts. 161 CE y 2 LO 2/1979), que hace explicable que, como se ha apuntado con acierto, le corresponda juzgar con arreglo a criterios y razones jurídicas verdaderas controversias políticas. En suma, el Tribunal Constitucional se constituye como órgano único de una jurisdicción especial a la que se ha atribuido la específica función del juicio de constitucionalidad sobre las disposiciones y actos de los diversos órganos del Estado. El poder jurisdiccional es, pues, atributo y carácter esencial del Tribunal Constitucional, de ahí que le sea atribuida supremacía como poder decisorio en materia de garantías constitucionales (art. 164 CE) y sus sentencias tengan valor de cosa juzgada, sean firmes y produzcan efectos frente a todos (cfr. SSTC 113/1995, 6 de julio y 150/1985, 5 de noviembre).

En definitiva, la falta acatamiento de lo resuelto en la providencia de 4 de noviembre de 2014 no puede justificarse a partir de una estratégica desnaturalización del relevante papel constitucional que nuestro sistema otorga al Alto Tribunal. Tampoco al amparo de la supuesta insuficiencia formal de la providencia notificada. Este tipo de resoluciones forman parte de la más absoluta normalidad en el proceso constitucional. La idea de que la obligatoriedad de las resoluciones del Tribunal Constitucional sólo se vincula a aquellas decisiones que adoptan la forma de sentencia, no es de recibo. Son varios los supuestos imaginables en que una resolución de esa naturaleza pone término al proceso constitucional y son muchos también los casos en los que las resoluciones interlocutorias deciden incidentes indispensables para el correcto desenlace del asunto principal (cfr. arts. 50, 86 y 93 LO 2/1979).

El art. 87 de la LOTC, recuerda en su primer apartado que «todos los poderes públicos están obligados al cumplimiento de lo que el Tribunal Constitucional resuelva». Y añade en su último párrafo que «a estos efectos, las sentencias y resoluciones del Tribunal Constitucional tendrán la consideración de títulos ejecutivos».

Que la providencia de 4 de noviembre de 2014 no era un mensaje puramente programático lo sabía el acusado Sr. Homs, quien también era conocedor de su deber legal de acatamiento, sin alegaciones llamadas a retrasar deliberadamente el cumplimiento de lo que no admitía otra alternativa que el obligado acatamiento.

En definitiva, como razonábamos en la STS 54/2008, 8 de abril, «...o la resolución judicial encierra en sí todos los elementos necesarios para predicar de ella su imperatividad (art. 410.1 CP) o adolece de algún defecto estructural que permitiría activar la causa de justificación y exonerar de responsabilidad penal al requerido (art. 410.2 CP). Lo que no puede aceptarse es que entre una y otra opción se construya artificialmente una vía intermedia que estaría integrada por aquellas otras resoluciones judiciales que, pese a estar revestidas de todas las formalidades legales, son discutibles o cuestionables por los servicios jurídicos de quien resulta jurídicamente obligado a su acatamiento. Nuestro sistema constitucional ha querido, como garantía de su propio equilibrio y existencia, que la función jurisdiccional alcance la plenitud de lo resuelto. No es difícil imaginar los efectos asociados a una doctrina, con arreglo a la cual, la ejecución de lo acordado en cualquier proceso jurisdiccional, quedara condicionada a que el requerimiento formulado resultara ulteriormente avalado por quienes asumen la defensa jurídica del requerido».

La obstinación y contumacia –negativa abierta– se perfila más nítidamente por la confluencia de voluntades entre los distintos acusados ahora recurrentes. Su concierto y actuación conjunta y al unísono (cada uno hizo lo necesario para que no se interrumpiese el proceso; y por el contrario nada realizaron en sentido opuesto) es otra evidencia de esa rebeldía. Razona así el Tribunal de instancia:

“como se relata en el epígrafe 10 de los hechos probados antecedentes, ante la claridad, elocuencia y taxatividad de la providencia del Tribunal Constitucional de 4 de noviembre de 2014, el Presidente de la Generalitat, como destinatario y primer compelido por el mandato constitucional suspensivo impuesto por el artículo 161.2 de la CE, lejos de hacer efectiva la

suspensión ordenada en la providencia del Tribunal Constitucional que transponía ese mandato, no solo no dictó ningún tipo de resolución ni efectuó anuncio alguno de suspensión del proceso participativo previsto para el día 9 de noviembre, sino que, de común acuerdo con al menos dos consejeras de su gobierno, dentro de sus respectivos ámbitos competenciales, observaron un catálogo de conductas, descritas también pormenorizadamente en el mismo antecedente fáctico, demostrativas en conjunto de su determinación firme de contravenir la providencia del Tribunal Constitucional y llevar a cabo, en toda su dimensión y hasta el agotamiento, el proceso participativo al que el President de la Generalitat había convocado”.

Y continúa señalando: “nada hicieron los acusados para suspender el proceso participativo, como les demandaba la providencia del Tribunal Constitucional, pudiendo y estando en su mano el hacerlo, si no que dispusieron y dieron las órdenes oportunas, también a partir del día 4 de noviembre de 2014, orientadas todas a poner a disposición del proceso participativo materiales, equipos técnicos y equipamientos públicos sin los cuales el proceso participativo, en definitiva las votaciones, no habrían podido desarrollarse, manteniendo hasta el agotamiento toda la actividad propagandística y de aseguramiento del buen fin de la jornada de votación”

Más adelante la sentencia desgrana las diferentes actuaciones desplegadas por los acusados para lograr que aquello que suspendió el TC se ejecutase. Y se detalla la prueba que acredita dichas actuaciones atribuibles a los recurrentes.

Concurren, pues, los elementos típicos del delito de desobediencia.

Los tres motivos examinados decaen.

El motivo cuarto del recurso de Artur Mas cuestiona la concurrencia de prueba suficiente para estimar acreditado el tipo subjetivo del art. 410. Parte de la invocación del art. 24.2 CE (presunción de inocencia). Derivadamente concluye que ha sido indebidamente aplicado el art. 410 CP (849.1 LECrim).

Los otros dos recursos carecen de un motivo correlativo, aunque ciertos argumentos de éste de alguna forma se corresponden con alegatos de los otros dos recursos incluidos en los motivos que se han analizado en los fundamentos anteriores.

Recordemos de nuevo, asumiendo el coste de parecer - ¡y ser! - cansinos y repetitivos, que el dolo exigible no consiste en querer cometer un delito de desobediencia; sino en querer incumplir un mandato judicial. Ese dolo fluye con naturalidad de la secuencia de episodios concatenados que recoge el *factum*. La inferencia que hace el Tribunal sobre ese punto es tan lógica como racional. Lo que resulta incompatible con los hechos es, ni siquiera entrever, una voluntad de respetar lo que disponía la providencia emanada del Tribunal Constitucional y notificada por carta dirigida al recurrente firmada por el Presidente de aquél órgano, en gesto que tenía que interpretar, como cualquiera haríamos, como algo más que una simple deferencia institucional.

Apunta el Fiscal los elementos que fundan sólidamente esa inferencia. Como en otros pasajes, seguimos aquí también su bien armada refutación del alegato de la defensa:

a) Los términos literales de la Providencia del Tribunal Constitucional eran absolutamente claros. Decía así:

“El Pleno, en el asunto de referencia, a propuesta de la Sección Tercera, acuerda:

1. Una vez comprobada la concurrencia de las condiciones procesales de admisibilidad, admitir a trámite el escrito presentado por el Abogado del Estado en nombre y representación del Gobierno de la Nación, de impugnación de disposiciones autonómicas (Título V LOTC) y, subsidiariamente, de conflicto positivo de competencia, contra las actuaciones de la Generalitat de Cataluña relativas a la convocatoria a los catalanes, las catalanas y las personas residentes en Cataluña para que manifiesten su opinión sobre el futuro político de Cataluña el día 9 de noviembre (y en los días sucesivos en los términos de la convocatoria), mediante un denominado “proceso de participación ciudadana”, contenidas en la página web participa2014.cat/es/index.html, y los restantes actos y actuaciones de preparación, realizados o procedentes, para la celebración de dicha consulta, así como cualquier otra actuación aún no formalizada jurídicamente, vinculada a la referida consulta.

2. Dar traslado de la demanda y documentos presentados al Gobierno de la Generalitat de Cataluña, por conducto de su Presidente, al objeto de que en el plazo de veinte días y, por medio de la representación procesal que determina el artículo 82.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTC), aporte cuantos documentos y alegaciones considere convenientes.

3. Invocado por el Gobierno el artículo 161.2 de la Constitución, con arreglo al cual el Gobierno podrá impugnar ante este Tribunal Constitucional las disposiciones y resoluciones adoptadas por los órganos de las Comunidades Autónomas, tal impugnación produce la suspensión de las actuaciones impugnadas, debiendo el Tribunal ratificar o levantar la suspensión en un plazo no superior a cinco meses (arts. 161.2 CE y 77 LOTC).

De conformidad con dicho artículo de la Constitución, acuerda suspender los actos impugnados (desde el 31 de octubre de 2014, fecha de interposición del recurso, para las partes del proceso y desde su publicación en el Boletín Oficial del Estado para los terceros), así como las restantes actuaciones de preparación de dicha consulta o vinculadas a ella.

4. Comunicar al Presidente de la Generalitat de Cataluña la presente providencia.

5. Publicar la incoación de la impugnación en el Boletín Oficial del Estado y en el Diari Oficial de la Generalitat de Catalunya. Madrid a cuatro de noviembre de dos mil catorce”.

b) La Providencia fue recurrida en aclaración y súplica. Tales recursos -y el recurrente lo sabía- carecen de efectos suspensivos (art. 93.2 LOTC). No se les condena, como de forma dialécticamente efectista, pero tramposa, se llega a afirmar en uno de los recursos por esa iniciativa procesal. Se les condena por el desacato a un mandato jurisdiccional cuya imperatividad no quedaba entre paréntesis por la interposición de esos recursos. Desde luego que un recurso o una aclaración no son signo alguno de desacato. Pero tampoco neutralizan el desacato producido con otras actuaciones.

c) El apartado 6º del recurso de súplica promovido aducía con razón que si no se revocaba la Providencia no se podría celebrar la Consulta. La afirmación reaparece en el petitum: se interesaba que se tuviera por entablado recurso de súplica contra la providencia de 4 de noviembre y se dejara ésta sin efecto, con el fin de que «... pueda celebrarse el día 9 de noviembre el proceso participativo convocado sobre el futuro político de Cataluña»;

Sabían los promotores de esos incidentes procesales de su incapacidad para provocar la suspensión por sí mismos.

d) En el certificado expedido por el Secretario del Govern el mismo día 4 de noviembre en el que se acuerda recurrir la Providencia está presente idéntica fórmula.

e) El recurso de aclaración, por su parte, no apunta a todo el contenido de la Providencia. La duda solo se suscita "respecto de si la suspensión alcanza a las actuaciones aun no formalizadas jurídicamente a fecha 31 de octubre". Hace notar el Fiscal que con anterioridad estaba ya formalizada materialmente la convocatoria. Y estaban formalizadas otras muchas actuaciones administrativas para la celebración.

f) Pese a que la Providencia de 29 de septiembre del TC, que suspendió un proceso anterior, decía literalmente lo mismo no se instó aclaración alguna sobre su contenido. Hay que presumir, que no despertó ninguna duda. Ello hace pensar en el carácter de simple pretexto de ese incidente de aclaración.

g) El ATC de 2 de diciembre de 2014, que resolvió la aclaración, señala en su FJ 6 “no procede la aclaración instada, pues no es preciso en este caso aclarar conceptos oscuros ni suplir omisión alguna”. Es la confirmación oficial de lo que ya se podía saber desde el principio.

h) El informe del Consell asesor aludía a la posibilidad de incurrir en responsabilidades penales. Además, recordaba alguna jurisprudencia: STC 103/2008 sobre la inconstitucionalidad de la consulta del País Vasco, STC 31/2010, de 28 de junio, y otras que hacía. Era más que previsible el desenlace del proceso; desenlace que llegará de la mano de la STC 138/2015, de 11 de junio. Se declaró inconstitucional la convocatoria del 9 de noviembre. No corresponde a la Comunidad Autónoma de Cataluña la convocatoria de consultas afectantes al orden constituido.

La invocación de derechos de los ciudadanos no permite sustituir esa inferencia por otra. Los derechos fundamentales han de ejercitarse en la forma y por los cauces establecidos en la Constitución y en las leyes. Interpretado por el máximo intérprete de la Constitución –el Tribunal Constitucional- que esa forma era contraria a la Constitución, no puede el resto de autoridades arrogarse un papel de fiscalizador o censor de lo decidido por el Tribunal Constitucional. Solo se acatarían sus decisiones si quien está obligado a hacerlo considera que no violan ningún derecho fundamental. Eso supondría lisa y llanamente acabar con el Estado de derecho y, en definitiva, con cualquier autoridad. Al final cada ciudadano sería quien en atención a sus propios criterios decidiría acatar o no acatar las órdenes que se le dan. Podrían desobedecerlas si a su juicio existen derechos fundamentales -propios o ajenos- que no se han respetado. El argumento ruborizaría a cualquier estudiante de derecho.

La sentencia impugnada señala por ello, repleta de razones, que “fluye de natural la inferencia que nos lleva a identificar, tras las clamorosas inacciones y conductas descritas en el antecedente fáctico, la presencia de una determinación firme de inobservancia de lo resuelto por el Tribunal Constitucional en su providencia de 4 de noviembre”.

En sentido paralelo se pronunciaba la sentencia de esta Sala 177/2017:

“La idea de que la excesiva amplitud del mandato oscurece el ámbito de lo prohibido encierra un inaceptable sofisma. Entender que cuando el mandato lo abarca todo, en realidad no abarca nada, carece de sentido. El acusado D. Francesc Homs sabía perfectamente cuál era el objeto de la impugnación y sabía que en el contenido de la providencia se aludía a todas aquellas actividades, presentes o futuras, que estuvieran dirigidas a hacer realidad la votación. Lo que pedía el Tribunal Constitucional del acusado era de fácil comprensión. Se trataba de que paralizara las actividades ya puestas en marcha y que se abstuviera de promover otras acciones dirigidas a la celebración de la consulta. Y a nada de ello atendió el Sr. Homs. La plena convicción alcanzada por la Sala acerca de que el acusado conocía perfectamente su deber de acatamiento de la suspensión decretada por el Tribunal Constitucional se ve reforzada por dos hechos clave”.

A continuación, se detiene la sentencia, como hemos hecho aquí de la mano del dictamen del Fiscal, en el paralelismo con la providencia de fecha 29 de septiembre (i); y el tenor de la súplica entablada (ii).

«De una parte, porque el mismo acusado, participando de una decisión colegiada también compartida con otros responsables gubernamentales que no son ahora objeto de enjuiciamiento, acató la suspensión acordada como consecuencia del recurso interpuesto por la Abogacía del Estado contra la Ley 10/2014, 26 de septiembre, sobre consultas

populares no referendarias y otras formas de participación. Acató también la suspensión del Decreto 129/2014, 27 de septiembre, de convocatoria de consulta popular no referendaria sobre el futuro político de Cataluña. Y la suspensión de esas actuaciones fue consecuencia de dos providencias del Tribunal Constitucional, fechadas ambas el día 29 de septiembre de 2014 y redactadas en términos prácticamente literales a la de 4 de noviembre de 2014, cuya desatención está en el origen de la presente causa. Esa diferente actitud del acusado ante una y otra suspensión, acordadas en un marco procesal idéntico y hechas valer mediante el mismo vehículo formal, a saber, una providencia dictada por el Tribunal Constitucional, es bien acreditativa del conocimiento que en ambos casos tenía el Sr Homs de su deber. Lo que en los últimos días de septiembre fue acatado como consecuencia de un mandato emanado del Tribunal Constitucional, pasó a convertirse varias semanas después en una resolución de nula efectividad por su supuesta oscuridad.

Por otra parte, los términos en que los Servicios Jurídicos de la Generalitat formalizaron el recurso de súplica contra la providencia de 4 de noviembre, despejan cualquier duda acerca de la plena conciencia que el acusado tenía acerca de los efectos asociados a la suspensión decretada por el Tribunal Constitucional. En el encabezamiento del punto 6 puede leerse lo siguiente: «si el TC no resuelve inmediatamente, tal omisión causará indefensión al haberse dejado pasar la fecha del 9 de noviembre para la que se ha convocado el proceso participativo sin que éste haya podido celebrarse». En el petitum del recurso se interesaba que se tuviera por entablado recurso de súplica contra la providencia de 4 de noviembre y se dejara ésta sin efecto, con el fin de que «... pueda celebrarse el día 9 de noviembre el proceso participativo convocado sobre el futuro político de Cataluña». Los Servicios Jurídicos de Cataluña, con una no cuestionada dependencia orgánica de la Consejería de Presidencia dirigida por el acusado, ya expresaban en sus alegaciones la necesidad de que la pronta estimación del recurso de súplica permitiera celebrar la consulta sin obstáculos constitucionales. La desestimación del recurso de súplica fue acordada mediante auto de 2 de diciembre de 2014.

Nada de ello fue obstáculo para que el acusado impusiera su voluntad frente al mandato suspensivo asociado a la providencia de 4 de noviembre, pese a que en el plenario pretendiera camuflar su negativa —en su legítimo ejercicio del derecho de defensa— afirmando que no se puede confundir «...un recurso retórico (...) con el énfasis en la necesidad y voluntad de acatar la norma».

- Error en derecho penal. Para integrar el dolo basta el conocimiento de la antijuridicidad de la conducta, no necesariamente de su relevancia penal o de su concreta tipificación.

A través del art. 849.1º LECrim se reclama en ulterior motivo (quinto de los recursos de Artur Mas, y Joana Ortega y octavo del recurso de Irene Rigau) la aplicación del art. 14 CP: se alega error de tipo o de prohibición, para el caso de no haber tenido éxito los motivos precedentes. Los recurrentes habrían obrado en un estado psicológico de error en tanto no se habrían representado con el grado de certeza exigible el haz de deberes provenientes de la resolución judicial en unos términos que permitiera la apreciación del correspondiente dolo típico.

Nada en el *factum* avala esa consideración. Esta constatación permitía una respuesta desestimatoria sin mayores aditamentos argumentales (art. 884.3º LECrim). Pero la alegación podría reformarse llevándola al art. 852 LECrim (presunción de inocencia). Examinamos por ello su fondo.

En último término este alegato sobre el error es otra forma de enfocar el problema referido al tipo subjetivo del delito de desobediencia que ya hemos tratado al hilo del motivo cuarto del recurso de Artur Mas.

No queda más remedio que reiterar una vez más la aseveración que venimos repitiendo machaconamente: no es necesario conocer que se está cometiendo un delito; basta con saber que la conducta es ilícita.

Los informes que se invocan para justificar ese alegado error no permiten concluir que la conducta fuese lícita, sino que podría discutirse su relevancia penal, pero sin cuestionarse su flagrante contrariedad a derecho.

El asesoramiento prestado por un catedrático de derecho constitucional que es traído a colación, es devaluado con justicia en la sentencia de instancia:

“Mostró en el juicio oral —se comenta— una memoria selectiva que pone en serio compromiso su credibilidad. Dijo no recordar si había sido consultado con ocasión de la providencia del Tribunal Constitucional de 29 de septiembre de 2014 (perfectamente comprendida e implementada en sus propios y elocuentes términos suspensivos por el Govern de la Generalitat). Si bien recordó, y claramente, haberlo sido con ocasión de la providencia del mismo Tribunal Constitucional de 4 de noviembre (cuyos términos coincidían en elocuencia suspensiva con los de la providencia de 29 de septiembre); y no solo eso, sino que recordó más, concretamente el haber recomendado una petición de aclaración y dado su parecer sobre la necesidad de instar esa aclaración. Pues bien, en el escenario descrito, deberá comprenderse que la aportación de este testigo no pueda merecer mayor consideración que la viabilidad que obtuvo su opinión sobre la oportunidad y necesidad de aclarar la providencia del Tribunal Constitucional de 4 de noviembre, estando para ello a los términos en que quedó resuelta la petición aclaratoria formalizada y respondida en el ATC 292/2014, de 2 de diciembre. Más sorprendente resulta el testimonio del juicio cuanto que el auto reseñado del Alto Tribunal se encuentra alineado precisamente con el informe emitido por el Consell Assesor per a la Transició Nacional (recuérdese que autorizado por este testigo), en que

anticipadamente se reconocía eficacia automática suspensiva para una resolución de esta naturaleza, en cuanto derivada del artículo 161.2 CE”.

Consideraciones parecidas encontramos en la STS 177/2017: “... resulta especialmente llamativo que quien ha desempeñado el cargo de vicepresidente del Tribunal Constitucional albergue alguna duda –y pueda transmitirla a quien le consulte- acerca del efecto automático de la suspensión asociada a la interposición de un recurso por el Abogado del Estado al amparo del art. 161.2 de la CE”.

Antes nos hemos referido también al dictamen de la Junta de Fiscales del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña y a su inidoneidad para alentar conclusiones diferentes en este punto.

Nada autoriza estimar que los recurrentes desconocían que el ordenamiento jurídico imponía el respeto a la decisión del Tribunal Constitucional y su cumplimiento. Por tanto, sabían que las actuaciones que suponían ignorar ese mandato eran contrarias a derecho, ilícitas, antijurídicas.

- **Pena de inhabilitación especial para cargo público. Alcance y contenido. Autonomía frente a previsiones específicas de inelegibilidad contenidas en la legislación electoral. Tratamiento de eventuales interferencias o solapamientos**
Los recurrentes protestan por el alcance conferido a la pena de inhabilitación: todo cargo público electivo en las esferas local, autonómica o estatal. Si ha sido juzgado en su condición de Presidente de la Generalitat el primero y, las otras, en su condición de Consejeras de tal Gobierno y en relación al desempeño de las funciones inherentes a esos cargos y ninguna de las actuaciones enjuiciadas estaba relacionada con las atribuciones o funciones propias de un parlamentario u otros puestos electos, la pena privativa de derechos -se razona- se estaría extendiendo indebidamente al proyectarse a otros ámbitos funcionales.

No son acogibles los motivos.

La sentencia fundamenta así la extensión de los efectos de la pena: “El alcance de la pena de inhabilitación especial se fijará en acogimiento de los términos propuestos por las acusaciones, esto es, con proyección de efectos sobre el ejercicio de cargos públicos electivos ya sean de ámbito local, autonómico o estatal, así como para el ejercicio de funciones de gobierno tanto en el ámbito autonómico como en el del Estado, pues en el ejercicio de ese mismo tipo de responsabilidades públicas electivas se sirvieron todos ellos para la comisión del delito que aquí se les reprocha”.

Se les aparta del ejercicio de responsabilidades públicas análogos.

El art. 42 CP establece que la pena de inhabilitación especial “produce... la incapacidad para obtener el mismo [empleo o cargo] u otros análogos, durante el tiempo de la condena”. (énfasis añadido).

La jurisprudencia ha exigido una relación directa entre el cargo que se ostenta y objeto de privación con otros futuros cargos u ocupaciones. La cuestión controvertida estaba en esclarecer si concurre semejanza entre las funciones ejecutivas y de gobierno de los recurrentes como Presidente y Consejeros respectivamente, del Gobierno de la Generalitat y las encomendadas a un integrante del Poder Legislativo en el Parlamento de Catalunya, el Parlamento Europeo o las Cortes Generales.

La respuesta ha de ser afirmativa.

En esa dirección apunta el art. 6. 2 apartado b) de la Ley Orgánica del Régimen Electoral General 5/1985, de 19 de junio (LOREG) al declarar inelegibles a “Los condenados por sentencia, aunque no sea firme, por delitos de rebelión, de terrorismo, contra la Administración Pública o contra las Instituciones del Estado cuando la misma haya establecido la pena de inhabilitación para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo o la de inhabilitación absoluta o especial o de suspensión para empleo o cargo público en los términos previstos en la legislación penal”, En ese supuesto se encuentran incursos los recurrentes.

Es verdad como señalan los recursos que ese precepto no va dirigido a delimitar el perímetro de la pena de inhabilitación especial. Pero proporciona un argumento de fuste para establecer analogías entre cargos y empleos.

En la causa tantas veces mencionada seguida en este mismo Tribunal contra otro acusado por los mismos hechos se suscitó este mismo tema a través de un recurso de aclaración. El auto de 6 de abril de 2017 lo resolvió con una solución que ha de proyectarse a la queja contenida en este motivo:

“De conformidad con el fallo de la sentencia dictada por esta Sala, el Sr. Homs ha sido condenado, entre otras, a la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de cargos públicos electivos, ya sean de ámbito estatal, autonómico o local, así como para el ejercicio de funciones de gobierno en el ámbito estatal, autonómico o local por 1 año y 1 mes.

La citada pena incluye, en primer lugar, la imposibilidad de ejercer funciones de eurodiputado en el Parlamento Europeo.

En efecto, los diputados del Parlamento Europeo se eligen por sufragio directo en unas elecciones de ámbito nacional, que se regulan por la legislación electoral nacional, concretamente por la Ley Orgánica Estatal del Régimen Electoral General 5/1985, de 19 de junio. Tales diputados ejercen sus funciones en un órgano central de la Unión Europea, y sin perjuicio de que deban defender los intereses de esta última, también ejercen funciones en representación del Estado español que, de hecho, de acuerdo con el apartado cinco del artículo cuatro del Reglamento de dicha Institución, puede encomendarle misiones a través de la autoridad correspondiente.

En este marco, y como con acierto señala el Ministerio Fiscal en su escrito de 30 de marzo de 2017, es la Junta Electoral Central la competente para todas las cuestiones relacionadas con la presentación y proclamación de candidatos a las elecciones al Parlamento Europeo, unos candidatos que lógicamente deberán cumplir los requisitos exigidos por la legislación española a estos efectos, entre ellas, y de acuerdo con el artículo 6.2, apartado b), del texto legal citado, no haber sido condenados, aunque la sentencia no sea firme, por delitos de rebelión, de terrorismo, contra la Administración Pública o contra las Instituciones del Estado cuando la misma haya establecido la pena de inhabilitación para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo o la de inhabilitación absoluta o especial o de suspensión para empleo o cargo público en los términos previstos en la legislación penal; que es precisamente lo que ocurre en el caso de autos.

Cabe asimismo añadir que el solicitante ha sido condenado, en su condición de autoridad pública -que ejercía en un cargo de naturaleza política-, por negarse abiertamente a dar el debido cumplimiento a una resolución judicial; imponiendo de esta forma su voluntad frente al mandato suspensivo asociado a la providencia del Tribunal Constitucional de 4 de noviembre de 2014, tal y como se expresaba en la sentencia dictada por esta Sala. En este contexto, debe entenderse que la pena de inhabilitación -que se prevé como pena principal para el delito citado- debe alcanzar a cualquier ámbito que implique el ejercicio de funciones públicas -y el Parlamento Europeo lo es de forma patente- porque es en dicho ámbito en el que se comete el delito. En este sentido nos pronunciábamos, entre otras resoluciones, en el ATS de 24/06/2015, dictado en el recurso núm. 10546/2014, donde declarábamos que el alcance concreto de la pena de inhabilitación ha de ser entendido con claves exegéticas finalísticas para no vaciar de contenido la penalidad y traicionar tanto su componente retributivo como su contenido preventivo-especial.

En esta línea, también podemos citar la STS 259/2015, de 30 de abril. Decíamos en esta resolución lo siguiente: «Es obvio que cuando el delito de prevaricación se comete en un cargo público de naturaleza política, como lo es el de miembro de Consejo de Gobierno de una Comunidad Autónoma, constituiría una burla al respeto que los ciudadanos deben al buen funcionamiento de los Poderes Públicos, que la pena de inhabilitación se limitase al cargo específico en el que se cometió la prevaricación, y permitiese al condenado seguir cometiendo esta clase de delitos en otro cargo análogo, fruto directo o indirecto de unas elecciones políticas, por el mero hecho de trasladarse de un cargo de representación política a otro similar, en el propio Gobierno Autonómico o de la Nación, en el Parlamento Autonómico, del Estado o de la Unión Europea, o en el ámbito municipal».

En conclusión, no hay duda alguna que la pena de inhabilitación especial impuesta al Sr. Homs incluye la imposibilidad de ejercer cargos públicos electivos o funciones de gobierno en las instituciones europeas.

3.2. En segundo lugar, solicita el condenado en estos autos que se aclare la expresión «funciones de gobierno», a la que alude la sentencia dictada por esta Sala cuando establece que la inhabilitación será para el ejercicio de funciones de gobierno en los tres ámbitos: estatal, autonómico y local.

A este respecto, no es preciso realizar ninguna aclaración toda vez que la expresión debatida, como también expresa el Ministerio Fiscal en su escrito, es lo suficientemente clara y concisa.

Si lo que se pretende de esta Sala es que la misma facilite una especie de lista o relación de qué cargos o funciones concretas no puede desempeñar el condenado, dicha pretensión no puede ser acogida puesto que, como reiteradamente ha establecido la jurisprudencia de este Tribunal en interpretación del artículo 42 CP, es inviable un pronunciamiento que tratase de listar o enumerar todos esos hipotéticos cargos o empleos similares imaginables -STS 426/2016, de 19 de mayo, ATS de 24/06/2015 (recurso núm. 10546/2014) o STS 16/07/2015 (recurso número 2057/2014)-.

Basta, en definitiva, con que la sentencia especifique los empleos o cargos sobre los que debe recaer la inhabilitación, que es precisamente lo que se hace en el caso de autos cuando se declara que la inhabilitación lo será para el ejercicio de cargos públicos electivos, ya sean de ámbito estatal, autonómico o local, así como para el ejercicio de funciones de gobierno en el ámbito estatal, autonómico o local. Esta extensión de la pena, decíamos en la sentencia dictada, se estima ajustada a la gravedad de los hechos y al decisivo papel del entonces acusado en su ejecución, que «aprovechó su posición institucional en aquellas fechas para sumarse a un desafío que no circunscribía sus efectos al ámbito estrictamente autonómico o local, sino que afectaba a las bases mismas del sistema constitucional».

La finalidad de la pena de inhabilitación impuesta en la sentencia, relacionada con el ejercicio desviado por el acusado de la función pública, se vería burlada mediante la interpretación restrictiva solo afectante al cargo de Presidente o miembro de Gobierno de la Generalitat que pretende el recurrente.

En ese sentido, la STS 259/2015, de 30 de abril, citada en el ATS antes mencionado, es suficientemente expresiva sobre el alcance de la pena de inhabilitación, en un caso similar al ahora enjuiciado, cuando señala: «la pena de inhabilitación alcanza no solo al empleo o cargo en el que se cometió el delito, sino también a la incapacidad para obtener el mismo, “u otros análogos”, durante el tiempo de la condena. Es obvio que cuando el delito de prevaricación se comete en un cargo público de naturaleza política, como lo es el de miembro de Consejo de Gobierno de una Comunidad Autónoma, constituiría una burla al respeto que los ciudadanos deben al buen funcionamiento de los Poderes Públicos, que la pena de inhabilitación se limitase al cargo específico en el que se cometió la prevaricación, y permitiese al condenado seguir cometiendo esta clase

de delitos en otro cargo análogo, fruto directo o indirecto de unas elecciones políticas, por el mero hecho de trasladarse de un cargo de representación política a otro similar, en el propio Gobierno Autonómico o de la Nación, en el Parlamento Autonómico, del Estado o de la Unión Europea, o en el ámbito municipal”.

DATOS SENTENCIA

Sentencia núm. 4/2019

Fecha de sentencia: 14/01/2019

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION

Número del procedimiento: 1035/2018

Ponente: Excmo. Sr. D. Miguel Colmenero Menéndez de Lurca.

TEMA

Contra la seguridad vial en concurso con delito de homicidio: dolo eventual

ASPECTOS EXAMINADOS

- Alega el recurrente que no se aprecia la existencia de dolo y que, en consecuencia, debe apreciarse una conducta imprudente.

Ya hemos dicho en otras ocasiones que el dolo eventual consiste en el conocimiento de los elementos del tipo objetivo. Es decir, en el conocimiento de que con la conducta que se va a ejecutar se crea un riesgo jurídicamente desaprobado para el bien jurídico protegido, así como de la existencia de una alta probabilidad de que dicho riesgo se concrete en un resultado lesivo para dicho bien. Decíamos en la STS nº 981/2017, de 11 de enero, que “se estima que obra con dolo quien, conociendo que genera un peligro concreto jurídicamente desaprobado, no obstante actúa y continúa realizando la conducta que somete a la víctima a riesgos sumamente relevantes que el agente no tiene seguridad alguna de poderlos controlar o neutralizar, sin que sea preciso que persiga directamente la causación del resultado homicida, ya que es suficiente con que conozca que hay un elevado índice de probabilidad de que su comportamiento lo produzca. Entran aquí en la valoración de la conducta individual parámetros de razonabilidad de tipo general que no puede haber omitido considerar el autor, sin que sea admisible por irrazonable, vana e infundada la esperanza de que el resultado no se materialice, hipótesis que se muestra sin peso frente al más lógico resultado de actualización de los riesgos que el agente ha generado (SSTS 311/2014, de 16-4; y 759/2014, de 25-11; 155/2015, de 16-3; y 191/2016, de 8-3)”.

En el caso, de los elementos valorados en la sentencia de instancia y a los que ya hemos hecho referencia se desprende sin dificultad la existencia del dolo. El recurrente fue consciente de que utilizaba el vehículo luego de haber consumido dosis importantes de alcohol; fue consciente de que circulaba en dirección contraria por la autopista, pues fue advertido en sucesivas ocasiones por otros usuarios; sabía, pues, que existían altas probabilidades de que se produjera una colisión frontal contra otro usuario de la carretera que circulara correctamente; y sabía que, dada la velocidad del camión, entre 70 y 90 km/h., y la velocidad a la que normalmente se circula por autopista, y dado el peso y características de camión, de producirse tal colisión frontal, existía una probabilidad igualmente alta o altísima de que se causara la muerte de los usuarios del otro vehículo. Y a pesar de ello, el recurrente, que dispuso de otras opciones que habrían evitado la persistencia del riesgo, continuó ejecutando la conducción del vehículo en sentido contrario, lo cual acredita que su decisión fue continuar con la acción admitiendo, al menos, el altamente probable resultado.

De todo ello resultan con claridad, como se razona en la sentencia impugnada, los elementos del dolo eventual. En este sentido, en el FJ 4º se razona de la siguiente manera: “Así se acredita o deriva del rendimiento extraíble a las declaraciones testificales de todas aquellas personas que tuvieron contacto, verbal y/o visual con el acusado, en el decurso de los hechos que venimos enjuiciando. No había, por ejemplo, dificultad en mantener el equilibrio, en la marcha, somnolencia, no había conducción irregular, o excesivamente desajustada a las condiciones de la vía, por exceso o por defecto... Nada de esto aconteció, antes al contrario, el acusado habló con la camarera mientras bebía sus últimas consumiciones, pagó, se metió en el camión, condujo de acuerdo a las condiciones propias de la vía, y respondió, en algún caso, a las ráfagas que le iban dando, es decir, que no solo procesó los estímulos propios de la conducción, sino que les dio cumplida respuesta, aunque ralentizada. A pesar de todo ello, como decimos, siguió circulando por esta dirección contraria, y cuando visualizó, de forma pues, perfectamente adecuada, los dos vehículos que le venían de frente, les dio, repetidas veces, las luces largas, para que fueran ellos los que se apartaran, y nada más, porque no frenó, no aminoró la velocidad, no se intentó retirar hacia el otro sentido de la marcha, nada de nada...”

De esta forma, debemos concluir que el alcohol ingerido no influyó en su capacidad para comprender la situación circulatoria en la que se hallaba, para ser consciente del elevadísimo riesgo que estaba generando con su mantenimiento en este sentido contrario de circulación, y para, en definitiva, optar, cognoscitiva y volitivamente, por seguir circulando como lo hacía, debiendo colegirse, por consiguiente, que el acusado era consciente del riesgo que para los demás usuarios de la vía estaba generando con esta conducción, pero que tal situación de peligro concreto de lesión le era indiferente, puesto que nada hizo para que la misma cesara...”.-

DATOS SENTENCIA

Sentencia núm. 5/2019

Fecha de sentencia: 15/01/2019

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION (P)

Número del procedimiento: 10387/2018 P

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

TEMA

Agresión sexual. Unidad de acción y delito continuado en agresiones sexuales. Doctrina de la Sala. Individualización de la pena. La repetición de los accesos carnales puede valorarse para determinar la pena.

ASPECTOS EXAMINADOS

- Agresión sexual. Unidad de acción y delito continuado en agresiones sexuales. Doctrina de la Sala.

Si los ataques, al margen de su diversidad, se efectuaron en un marco único de una relación sexual de cierta duración, obedeciendo a un dolo único o unidad de propósito, bajo la misma situación intimidatoria o de violencia, la acción debe calificarse como constitutiva de un solo delito de agresión sexual.

Cuestiona la aplicación al caso de la denominada “unidad natural de acción” acogida por la sentencia del TSJA para descartar el delito continuado previsto en el art. 74 CP por considerar que los plurales actos sexuales se produjeron en la misma y singular situación y contexto, es decir, en estrechez e inmediatez temporal, criterio que choca frente a la correcta valoración que realizó la sentencia de la Audiencia Provincial en atención al bien jurídico protegido y la conducta desplegada por el acusado (“naturaleza del hecho y del precepto infringido”) y considera que los hechos debieron subsumirse en la figura del delito continuado, art. 74.3 CP.

En efecto, como hemos dicho en SSTs 354/2014, de 9 de mayo; 560/2014, de 9 de julio; 650/2018, de 14 de diciembre, el problemático supuesto en la dogmática penal de la unidad natural de acción parte de la existencia de una pluralidad de actos, de acciones, que son valorados como una unidad, constituyendo un objeto único de valoración. Será natural o jurídica dice la STS. 18.7.2000, en función del momento de la valoración, si desde la perspectiva de una reacción social que así lo percibe o desde la propia norma. En todo caso se requiere una cierta continuidad y una vinculación interna entre los distintos actos entre sí, respondiendo todos a un designio común que aglutine los diversos actos realizados, STS. 820/2005 de 23.6.

Dicho, en otros términos, existirá unidad de acción y no una pluralidad de acciones, entendidas ambas en el sentido de relevancia penal cuando las pluralidades de actuaciones sean percibidas por un tercero no interviniente como una unidad por su realización conforme a una única resolución delictiva y se encuentre vinculadas en el tiempo y en el espacio.

En esta dirección la doctrina considera que la denominada teoría de la “unidad natural de acción” supone varias acciones y omisiones que están en una estrecha conexión espacial y temporal que puede reconocerse objetivamente y con una vinculación de significado que permita una unidad de valoración jurídica y que pueden ser juzgadas como una sola acción.

En la jurisprudencia se destaca como el concepto de unidad natural de acción no ha provocado en la doctrina un entendimiento unánime. La originaria perspectiva natural explicaba este concepto poniendo el acento en la necesidad de que los distintos actos apareciesen en su ejecución y fueran percibidos como una unidad por cualquier tercero. Las limitaciones de ese enfoque exclusivamente naturalístico llevaron a completar aquella idea con la de unidad de resolución del sujeto activo. Conforme a esta visión, la unidad de acción podía afirmarse en todos aquellos en los que existiera una unidad de propósito y una conexión espacio-temporal o, con otras palabras, habría unidad de acción si la base de la misma está constituida por un único acto de voluntad. Pese a todo, hoy es mayoritaria la idea de que el concepto de unidad de acción, a efectos jurídico-penales, exige manejar consideraciones normativas, dependiendo su afirmación de la interpretación del tipo, más que de una valoración prejurídica. (SSTS. 213/2008 de 5.5, 1349/2009 de 25.1.2010).

En definitiva, el concepto normativo de acción atiende sustancialmente al precepto infringido y al bien jurídico protegido, de modo que la acción se consuma cuando se produce el resultado previsto por la norma, cualesquiera que sean los hechos naturales (únicos o plurales) que requiera tal infracción, para que se produzca en el mundo real. En suma, la ley penal no

atiende estrictamente a la naturalidad de las acciones, sino a sus componentes jurídicos. Un solo disparo, por ejemplo, que por la fuerza del proyectil atraviesa dos cuerpos humanos, originando su muerte, constituye dos delitos de homicidio, cuando la acción natural era solo una. Lo propio sucede al revés: una multitud de actos naturales (una gran cantidad de golpes sobre una misma persona), es el resultado de un solo delito de lesiones (STS. 566/2006 de 9.5).

En cuanto a su aplicación en los delitos contra la libertad sexual la STS. 739/2011 de 14.7, analiza la cuestión, recordando que esta Sala en STS. 1295/2006, ha apreciado la unidad natural de acción cuando la actividad delictiva se reitera en el mismo lugar y en un escaso periodo, siempre bajo el mismo designio y afectando al mismo sujeto pasivo, esto es "cuando los movimientos corporales típicos se repiten dentro de un mismo espacio y de manera temporalmente estrecha", o sea cuando, cuando se dan dos o más penetraciones en la misma situación y contexto (STS 553/2000).

En efecto, el acceso carnal por las distintas vías del art. 179 CP, practicado en un mismo acto, con la misma persona y con una única intención libidinosa, constituye un solo delito (STS. 42/2007 de 16.1). La razón la explican diversas sentencias (STS. 396/2004 de 26.4), porque ante una secuencia ininterrumpida, donde progresivamente se suceden los ataques a la libertad sexual de la víctima, de forma que no es posible distinguir diferentes ámbitos espacio-temporales, encadenándose sucesivamente las actuaciones libidinosas, deben considerarse las sucesivas penetraciones como una sola acción, o bien porque "al ser un mismo sujeto pasivo, si los ataques se ejecutan en un marco único de una relación sexual de cierta duración, mantenida en el tiempo, que obedece a un dolo único o unidad de propósito, bajo la misma situación intimidatorio o de violencia, debe igualmente calificarse de un solo delito".

En este sentido, expresaba la STS núm. 1295/2006, de 13 de diciembre, que existirá unidad natural de acción cuando la actuación delictiva se reitera en el mismo lugar y en un escaso período de tiempo, siempre bajo el mismo designio y afectando al mismo sujeto pasivo. En tal caso, el acto delictivo no puede descomponerse en tantos hechos como reiteraciones de la misma conducta, afirmándose la existencia de una sola infracción criminal.

También apuntaba la STS núm. 935/2006, de 2 de octubre, que, en caso de múltiples penetraciones y agresiones sexuales de menor grado, cuando el hecho se produce entre las mismas personas y en un mismo ámbito espacio-temporal, por ser todo ello realizado en el seno de una misma situación y como consecuencia de un mismo dolo, no hay una pluralidad de acciones, sino una sola, según esta misma teoría de la unidad natural de acción que analizamos. Cuando se dan tales presupuestos, no cabe hablar de pluralidad de delitos, como tampoco de delito continuado, sino de un solo delito que absorbe o consume a través de la infracción penal más gravemente apreciada aquella otra que resulte más leve. Este mismo criterio acogía ya la más antigua STS núm. 1560/2002, de 24 de agosto, en el sentido de considerar un delito unitario, y no continuado, las varias penetraciones por la misma o diferentes vías anatómicas cuando los hechos se producen entre los mismos sujetos activo y pasivo, ejecutándose las acciones típicas en el marco de un mismo espacio físico y temporal, sin que exista prácticamente solución de continuidad entre unas y otras, correspondiendo el conjunto de éstas a un dolo unitario, no renovado, que abarca una misma situación, y no las diversas ocasiones idénticas que caracterizan la continuidad delictiva. La misma línea recoge la STS núm. 994/2011, de 4 de octubre, afirmando que "con expresiones tales como "secuencias ininterrumpidas", "ataques progresivos", "encadenamiento sucesivo de agresiones" o "iteración inmediata", por designar algunas, esta Sala II sigue asumiendo la doctrina de la "unidad natural de acción" o mejor como la ha designado algún sector doctrinal "unidad típica" de acción. Sin embargo, al objeto de integrar o delimitar el concepto de unidad típica de acción en el delito de violación que nos atañe, sería provechoso acudir a otros temperamentos o criterios que permitan completar o contribuir a discernir hipótesis de posible "concurso interno" entre las diversas modalidades comisivas del art. 179 CP. La doctrina de la unidad natural de acción o unidad típica en términos generales podría entenderse como "la concurrencia (simultánea o sucesiva) de varias acciones u omisiones que se hallan en estrecha conexión espacial y temporal, que puedan reconocerse objetivamente, y que, con una vinculación de significado, se las puede considerar como unidad de valoración jurídica y ser juzgadas como una sola acción".

Los aspectos que podrían contribuir a delimitar el concepto los podemos agrupar, sin mayores pretensiones dogmáticas, en dos apartados: a) estructura de la conducta delictiva; b) dolo del autor del hecho. Desde el primer punto de vista la doctrina científica ha venido considerando a los delitos de agresión sexual como delitos integrados "por varios actos", concepto próximo al de los "tipos mixtos alternativos", en los que resulta indiferente la utilización de una o más modalidades comisivas para la consecución del resultado. El efecto o resultado de estos delitos estaría integrado por la "instrumentalización sexual de la víctima sometiéndola a la satisfacción sexual del sujeto o sujetos agresores", resultando irrelevante que a esa situación interpersonal hayan coadyuvado uno o varios actos sexuales, siempre que estén abarcados por un mismo y persistente dolo y que el resultado producido no se descontextualice de algún modo. Consiguientemente la doctrina científica mayoritaria y esta Sala considera que la realización reiterada de los elementos integrantes del comportamiento típico dentro del mismo contexto circunstancial no es obstáculo para calificar el conjunto como una única infracción (véase, por todas, STS 578/2004, de 26 de abril).

Desde el punto de vista del dolo del autor sería suficiente la conciencia y voluntad de penetrar a la víctima por la vía expresada en el Código contra su voluntad. Con la simple introducción del órgano en la cavidad del sujeto pasivo el delito estaría

consumado, por lo que el dolo en sentido estricto se limita a la conciencia y voluntad de ese inicial acoplamiento entre el órgano u objeto y la cavidad.

Sin embargo, se dice en relación al dolo o propósito del agente que los delitos de agresión sexual son “delitos de tendencia interna intensificada”, lo que nos indica, que aun cuando la consumación bastaría el comportamiento que acabamos de referir, para el “agotamiento” del delito se debería contemplar la conducta sexual castigada, integrada por la “ilícita satisfacción de un ánimo lúbrico” del sujeto que en la generalidad de los casos estaría integrado por la “expresión de una descarga lasciva que lleva al agente a buscar sin freno alguno para el instinto la completa satisfacción de sus apetencias libidinosas, “normalmente identificados por el orgasmo o eyaculación”.

Es interesante sigue diciendo la STS. 994/2011, tomar en consideración este dato, como circunstancia fáctica, sin influencia en la tipicidad, ya que en muchas ocasiones podremos diferenciar el agotamiento de un delito o el surgimiento o nacimiento de un dolo renovado para cometer otro. Así, frente a una interacción agresiva sexual en el contexto de una misma ocasión de entorno, ambiente, lugar y circunstancias, el lapso de tiempo que transcurre entre el primer ataque sexual y el coito consumado y agotado no permite dotar de significación jurídica a las diversas agresiones progresivas, encadenadas, sucesivas o de iteración inmediata, como respuesta individualizada a impulsos eróticos diferentes.

En definitiva, la reciente STS 351/2018, de 11 de julio, con cita de las SSTS 463/2006, de 27 de abril; 305/2017, de 27 de abril, distingue tres situaciones diferenciadas, sin perjuicio de otras que la realidad sociológica nos puede deparar:

- a) Cuando no existe solución de continuidad entre uno y otro acceso, produciéndose una iteración inmediata, bien por insatisfacción íntima del deseo sexual del sujeto activo o porque el episodio criminal responde a una misma manifestación o eclosión erótica prolongada, aunque se produzcan varias penetraciones por la misma o diferente vía (vaginal, anal o bucal) nos hallaremos ante un solo delito y la reiteración podrá tener repercusión en la individualización de la pena.
- b) Cuando los actos de agresión o abuso sexual se lleven a cabo lógicamente entre idénticos protagonistas y la repetición de actos individuales se prolonga durante el tiempo, pero tienen lugar bajo una misma situación violenta o intimidatoria, nos hallaremos ante un supuesto de continuidad delictiva.
- c) Finalmente, cuando la iteración de los actos sexuales (normalmente agresivos) son diferenciables en el tiempo y consecuencia de distintas agresiones o amenazas para doblegar en cada caso concreto la voluntad del sujeto pasivo, nos hallaremos ante un concurso real de delitos.

En el caso enjuiciado -como resalta el Ministerio Fiscal al impugnar el motivo- la secuencia de agresión sexual que describe la sentencia se desarrolló entre el mismo acusado y la misma víctima, y se enmarca en un único espacio físico, el interior de un vehículo, y sin resaltar una fractura o diferenciación temporal entre los distintos hechos. Se refiere una felación y “posteriormente” dos penetraciones vaginales. Por lo tanto, considerando que los ataques, al margen de su diversidad, se ejecutaron en un marco único de una relación sexual de cierta duración, obedeciendo a un dolo único o unidad de propósito, bajo la misma situación intimidatorio o de violencia, la acción debe calificarse constitutiva de un solo delito de agresión sexual. Y ello, sin perjuicio de que la reiteración de las penetraciones pueda tener repercusión en la individualización de la pena (STS. 351/2018, 11 de julio).

- Individualización de la pena. La repetición de los accesos carnales puede valorarse para determinar la pena.

En concreto y en cuanto a la individualización de la pena a imponer deben tenerse en cuenta las circunstancias personales del delincuente y la mayor o menor gravedad del hecho. En cuanto a las primeras son las que se refieren a los motivos o razones que han llevado a delinquir el acusado, así como aquellos rasgos de su personalidad delictiva que configuran igualmente esos elementos diferenciales para efectuar tal individualización penológica y que deben corregirse para evitar su reiteración delictiva.

La gravedad del hecho a que se refiere el precepto no es la gravedad del delito, toda vez que esta “gravedad” habrá sido ya contemplada por el Legislador para fijar la banda cuantitativa penal que atribuye a tal delito. Se refiere la Ley a aquellas circunstancias fácticas que el Juzgador ha de valorar para determinar la pena y que sean concomitantes del supuesto concreto que está juzgando; estos elementos serán de todo orden, marcando el concreto reproche penal que se estima adecuado imponer. Por ello, en cuanto a los caracteres del hecho, es decir, a un mayor o menor gravedad, tiene que tenerse en cuenta que el legislador ha puesto de manifiesto en la infracción, su doble consideración de acto personal y de resultado lesivo para el bien jurídico, de modo que para determinar ese mayor o menor gravedad del hecho ha de valorarse el propio hecho en sí, con arreglo a la descripción que se contenga en el relato de hechos, es decir, con arreglo al verdadero hecho real, y así concretar el supuesto culpable, por cuanto la gravedad del hecho aumentará o disminuirá en la medida que lo haga la cantidad del injusto (antijuricidad o el grado de culpabilidad del delincuente, la mayor o menor reprochabilidad que merezca). Por ello, y considerando que el legislador, al establecer el marco penal abstracto, ya ha valorado la naturaleza del bien jurídico afectado y la forma básica del ataque al mismo, la mayor o menor gravedad del hecho dependerá:

En primer lugar, de la intensidad del dolo, -y si es directo, indirecto o eventual- o, en su caso, del grado de negligencia imputable al sujeto.

En segundo lugar, la mayor o menor gravedad del hecho dependerá de las circunstancias concurrentes en el mismo, que, sin llegar a cumplir con los requisitos necesarios para su apreciación como circunstancias atenuantes o agravantes, ya genéricas, ya específicas, modifiquen el desvalor de la acción o el desvalor del resultado de la conducta típica.

En tercer lugar, habrá que atender a la mayor o menor culpabilidad -o responsabilidad- del sujeto, deducida del grado de comprensión de la ilicitud de su comportamiento (conocimiento de la antijuricidad del grado de culpabilidad y de la mayor o menor exigibilidad de otra conducta distinta).

Y, en cuarto lugar, habrá que tener en cuenta la mayor o menor gravedad del mal causado y la conducta del reo posterior a la realización del delito, en orden a su colaboración procesal y su actitud hacia la víctima y hacia la reparación del daño, que no afectan a la culpabilidad, por ser posteriores al hecho, sino a la punibilidad.

Se trata, en definitiva, de un ejercicio de discrecionalidad reglada, que debe ser fundamentadamente explicado en la propia resolución judicial y controlable en casación, incluso por la vía del art. 849.1 LECrim. para la infracción de Ley.

En el presente caso nos hallamos ante un delito en el que no concurren circunstancias atenuantes ni agravantes, por lo que resulta de aplicación la mencionada regla 6ª del art. 66.1 CP que permite aplicar la pena establecida por la ley en la extensión que estime adecuada -6 a 12 años de prisión, y no necesariamente en la mitad inferior 6 a 9 años-, “en atención a las circunstancias personales del delincuente y a la mayor o menor gravedad del hecho”.

Pues bien, la sentencia recurrida -esto es, la dictada en apelación por el Tribunal Superior de Justicia, condena al acusado por un delito de agresión sexual con acceso carnal que, como ya se ha indicado, lleva aparejada una penalidad de seis a doce años de prisión, sin concurrencia de circunstancias modificativas y tras eliminar la concurrencia de la continuidad delictiva, impone una pena de nueve años de prisión, esto es, el límite máximo de la mitad inferior.

Y en cuanto a la concreta motivación se remite a las consideraciones que realizó la sentencia de instancia, y si bien en relación a las circunstancias personales solo refiere que no tiene antecedentes penales, en cuanto a la gravedad del hecho tiene en cuenta el plus de antijuricidad que supone el contexto de dominación provocado por el acusado que retiene a la víctima en un descampado, limitando efectivamente sus posibilidades de huida y defensa, mientras dispone de las llaves del vehículo que previamente había quitado a la perjudicada, y hace especial hincapié al hecho de que el condenado prolonga la retención de la víctima, resultando ésta con importantes lesiones, traumas psíquicos y secuelas, con miedos, fobias y tratamientos con fármacos (folios 162 y 170 Rollo Audiencia).

Factores de individualización que deben considerarse correctos, máxime cuando -como ya hemos apuntado en el análisis del recurso interpuesto por la acusación particular- el no considerar los hechos constitutivos de un delito continuado, no impide que la reiteración de los accesos carnales por distintas vías pueda ser valorado como un factor de individualización de la pena a imponer.

DATOS SENTENCIA

Sentencia núm. 13/2019

Fecha de sentencia: 17/01/2019

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION (P)

Número del procedimiento: 10416/2018 P

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

TEMA

Diferencia entre abuso sexual y agresión sexual. Incidencia de la parafilia en la imputabilidad del sujeto autor del delito contra la libertad sexual.

ASPECTOS EXAMINADOS

- Diferencia entre abuso sexual y agresión sexual.
Así la clave diferencial entre el delito de agresión sexual y el de abuso sexual queda verificada por la concurrencia, o no, de violencia o intimidación: Así:
Art. 178 CP (agresión sexual). Empleo de violencia o intimidación en ataque a la libertad sexual de una persona.
Art. 181 CP (abuso sexual). Ataque a la libertad sexual de una persona sin violencia o intimidación.
En ambos casos, evidentemente, no hay consentimiento.

La violencia es un acto claro de empleo de la misma sobre el cuerpo de la víctima, no exigiéndose un acto causante de una lesión, sino el empleo coercitivo, utilizando un movimiento sobre una parte del cuerpo de la víctima por el que intente vencer su voluntad, como puede ser cogerle de las manos de forma fuerte para vencer su resistencia a llevar a cabo el acto sexual, o ponerse encima de la víctima tras haberla arrojado al suelo. No se exige un resultado lesivo con el empleo de la violencia, sino su mero uso sobre alguna parte del cuerpo de la víctima para someterla y vencer su oposición, por lo que valdría cogerle de las muñecas, o brazo de forma fuerte para que no se pueda mover, o escapar y atacar a su libertad sexual.

Mientras tanto, en el abuso sexual no hay “ningún empleo de violencia o intimidación. De ahí que esta Sala del Tribunal Supremo haya señalado en sentencias 396/2018 de 26 Jul. 2018, Rec. 2194/2017 y 615/2018 de 3 Dic. 2018, Rec. 778/2018 que Cualquier acción que implique un contacto corporal in consentido con significación sexual, en la que concurra el ánimo tendencial ya aludido, implica un ataque a la libertad sexual de la persona que lo sufre y, como tal, ha de ser constitutivo de un delito de abuso sexual previsto y penado en el artículo 181 CP; sin perjuicio de que la mayor o menor gravedad de dicha acción tenga reflejo en la individualización de la pena.

Nótese que en estos casos no estamos exigiendo ni violencia o intimidación para llevar a efecto ese acto, por lo que el caso típico son los meros tocamientos en parte sexual, pero sin violencia o intimidación, por lo que, si ese acto de ataque a la libertad sexual se lleva a cabo con actos ejecutivos contra la voluntad de la víctima, pero que impliquen violencia o intimidación nunca podrá tratarse de meros abusos sexuales, y sí de actos de agresión sexual.

El empleo de la violencia está clara en cuanto concepto en los casos de condena por los arts. 178 y 179 CP. La aplicación del art. 178 CP en estos 4 casos y del art. 178 y 179 CP en los 2 casos nº 6 y 11, y del art 178 CP en el nº 9 se evidencian por:

- 1.- Ausencia de consentimiento de las víctimas manifestada claramente en los hechos probados.
- 2.- Empleo de violencia o intimidación.
- 3.- Actos que suponen ataque a la libertad sexual de la víctima.

Si en los ataques a la libertad sexual existe también la ausencia de consentimiento, pero no se emplea violencia o intimidación el acto integra un delito de abuso sexual del art. 181 CP.

En los casos tipificados en los hechos probados por la vía del art. 178 CP se evidencia el empleo de violencia. Y por esta entendemos actos de compulsión física, de acometimiento o imposición material. Y se trata de una agresión, con mayor o menor empleo de violencia, pero al fin y al cabo de agresión, como coger a alguien del brazo y tratar de arrojarle al suelo, de la cintura para realizar un movimiento sobre ella y tirarla al suelo; en definitiva, de actos de coerción física para vencer su voluntad, no con intimidación para vencer el aspecto psicológico de la víctima y conseguir el autor su voluntad de ataque a la libertad sexual, sino de vis física, la cual no requiere que sea grave, o muy grave, sino cualquier acto que implique una acción física sobre la víctima.

La consecución, o no, del objetivo inicial de la intención del autor lo que conllevaría es la aplicación de la tentativa, como aquí ha ocurrido, pero no degrada la acción para que sea considerada como mero acto de abuso sexual, ya que en este caso no se requiere ningún tipo de violencia o intimidación. En estos casos no se exige una vis ni física ni compulsiva.

Recordemos que, históricamente, en Roma el derecho pretoriano atribuía a la violencia física o moral una significación un tanto distinta. La primera -vis absoluta- resultaba del empleo de una fuerza material que reducía a la víctima a un estado pasivo, convertida en mero instrumento de la voluntad de otro; destruía la voluntad, y por tanto el acto obrado carecía de existencia como acto jurídico. Es lo que en la actualidad se ha entendido que es la violencia.

Sin embargo, la violencia moral -vis compulsiva- en cambio, consistía en el temor actual de un mal inminente: debilita la voluntad sin destruirla. El acto no era inexistente, pero como la voluntad estaba viciada, se reconocía al sujeto el derecho a pedir la rescisión, independientemente, y además de su derecho a reclamar por la acción civil de daños y perjuicios. Se decía con una frase de los glosadores romanos que explicaba la doctrina: "coactus voluit, sed tamen voluit". Es decir, puesto ante dos males el coaccionado optó por uno: la celebración del acto; pero si eligió consintió, aunque imperfectamente. Luego, el contrato existía, aunque es susceptible de anulación por el empleo de la vis compulsiva. En este último caso es lo que ahora se entiende y recoge en el texto penal como intimidación.

Así, para que se entienda cometida la conducta integrante del tipo penal del art. 178 CP se exige una conducta violenta de contenido material, como vis física, o intimidación, como vis compulsiva, ejercida sobre el sujeto pasivo, ya sea de modo directo o de modo indirecto.

No puede entenderse, pues, que en este caso pudiera aplicarse el art. 181 CP de abusos sexuales, y no el del art. 178 CP de agresión sexual, dados los hechos declarados probados en base a las declaraciones de las víctimas, por cuanto queda claro el empleo de una conducta violenta en el sujeto o intimidatoria en tanto el acusado crea un permanente clima de acoso en su conducta ante las víctimas, pese a que todas reaccionan ante esa conducta o huyendo o intentando zafarse del agresor, pero o bien en unas se ejerce la violencia o la intimidación con su actitud en la que les conminaba a “hacer el amor”, mientras las hacía girar, las arrojaba al suelo, o se ponía encima de ellas con estas palabras y en una clara actitud de “imposición” de

su conducta, bien desde un punto de vista físico o psicológico, pese a que las víctimas se resistieron abandonando su conducta, lo que lleva a situar los hechos en grado de tentativa.

Hay que recordar que no es preciso la causación de lesiones en el tipo penal del art. 178 y 179 CP, ya que solo requiere la existencia de la violencia y la introducción de miembros corporales, estando admitido en este tipo hacerlo con los dedos, tal y como consta en el hecho probado, donde se fija que:

El día 6 de junio de 2016, sobre las 14,30 horas, MMM iba paseando por la orilla de la playa escuchando música con auriculares, y aprovechando esta circunstancia el acusado se le aproximó y agarrándola por la cintura le tocó el culo y luego le metió la mano por el interior de la parte inferior del bikini hasta introducirle un dedo en la vagina.

Como ya expusimos en la sentencia de esta Sala del Tribunal Supremo 1222/2000 de 7 Jul. 2000, Rec. 1956/1998 "Lo que aquí se describe es un salvaje y degradante atentado que, aun recayendo sobre la libertad sexual del sujeto pasivo, en tanto se supone que la introducción del objeto simula un acto de significación sexual, tiene como objeto más directo y patente de lesión a la integridad física y moral del que sufre el atentado. La inclusión de este tipo delictivo en el art. 179 CP, junto al de violación e incluso englobándolo bajo el mismo «nomen iuris», puede estar justificada por razones criminológicas y por la equivalente gravedad de las agresiones, pero hay que reconocer produce un efecto distorsionante en la estructura del precepto si no se hace de dicha innovación una interpretación que tenga en cuenta y pondere los distintos bienes jurídicos - libertad sexual por un lado, integridad física y moral de la persona por otro-- que se trata de proteger con los tipos delictivos agrupados en la norma cuestionada".

Es decir, que el hecho declarado probado no exige una objetivación de qué tipo de lesión física o psicológica hubiera podido tener la víctima, sino que los elementos del tipo penal del art. 178 y 179 CP son objetivables en el empleo de violencia o intimidación y en este caso la introducción de miembros corporales u objetos en la vagina, que es lo que aquí ha ocurrido. Pero que no se causen lesiones objetivas ello no degrada la conducta, ni la hace impune.

Hemos señalado, también, en la sentencia de esta Sala del Tribunal Supremo 667/2008 de 5 Nov. 2008, Rec. 11102/2007 el art. 178 CP que:

"Se describe en el art. 178 CP el tipo básico de las agresiones sexuales que vincula la presencia de la violencia o intimidación al atentado contra la libertad sexual de la víctima, sin establecer otras circunstancias personales u objetivas para entender consumado el tipo. En este sentido el elemento normativo expresado en la alternativa violencia o intimidación, tratándose además de un tipo comprendido dentro de los delitos contra la libertad sexual, que afecte al libre consentimiento del sujeto pasivo, constituye el fundamento del delito, es decir, el castigo se produce por cuanto se coarta, limita o anula la libre decisión de una persona en relación con su actividad sexual".

No se exige, con ello, lesiones objetivables para entender cometido el delito. Pero ante este tema de la coexistencia de lesiones en la ejecución de un delito de agresión sexual hemos señalado en la sentencia de esta Sala 62/2018 de 5 Feb. 2018, Rec. 1446/2017 que:

"a) Las lesiones psíquicas no pueden ser objeto de punición separada. Quedan subsumidas por la agresión sexual como se sostuvo en el Acuerdo del Pleno no Jurisdiccional de esta Sala de 10 de octubre de 2003, según recuerda el Fiscal: "las alteraciones síquicas ocasionadas a la víctima de una agresión sexual ya han sido tenidas en cuenta por el legislador al tipificar la conducta y asignarle una pena, por lo que ordinariamente quedan consumidas por el tipo delictivo correspondiente, por aplicación del principio de consunción del art. 8.3 CP, sin perjuicio de su valoración a efectos de la responsabilidad civil".

Apunta al respecto la STS 721/2015, de 22 de octubre: "La expresión, "ordinariamente" indica la regla general, admite excepciones ya que su aplicación depende de que se trate de consecuencias psíquicas que van inexorablemente unidas a la propia agresión sexual, como consecuencias ineludibles o al menos generalizadas, como sucede con la tensión, el estrés o la ansiedad y sensación de temor que de forma ordinaria suceden a cualquier agresión de naturaleza sexual. En la doctrina de esta Sala se admiten excepciones para supuestos en que los resultados psíquicos de la agresión, abuso o acoso sexual superen la consideración normal de la conturbación anímica y alcancen una naturaleza autónoma como resultados típicos del delito de lesiones psíquicas, adquiriendo una magnitud desproporcionada a la que puede haber sido tomada en cuenta al penalizar el acto contra la libertad sexual y merecedora de reproche penal específico. Siempre, obviamente, que concurren los demás elementos típicos del delito de lesiones, es decir, la asistencia facultativa y el tratamiento médico que expresen, claramente, el diagnóstico de la enfermedad y dispongan el preciso tratamiento para su sanidad. Para alcanzar una subsunción autónoma en el delito de lesiones, concurrentes según las reglas del concurso ideal, es preciso que las consecuencias psíquicas aparezcan claramente determinadas y excedan de lo que pudiera considerarse resultado y consecuencia ordinaria de la agresión. Aquí resulta aplicable el criterio del Acuerdo reseñado que ha plasmado en pronunciamientos jurisprudenciales como los de 7 y 13 de noviembre de 2003 o 4 de febrero y 7 de octubre de 2004.

b) En cuanto a las lesiones físicas, hay que atender al dato de si las causadas son o no, desde una apreciación razonable, inherentes a la agresión sexual. En el primer caso, se produce la consumación Sólo se castiga el delito sexual (STS 7 de noviembre de 1997). En el segundo, se deberá apreciar un concurso de delitos (SSTS 3 de junio de 1996; 725/2005, de 9 de junio; y 892/2008, de 11 de diciembre).

La STS 506/2008, de 17 de julio, fija parámetros para diferenciar los distintos supuestos: "la jurisprudencia ha tomado posición al respecto, con independencia del carácter grave o leve de las mismas, declarando que "la violación solamente consume las lesiones producidas por la violencia cuando éstas pueden ser abarcadas dentro del contenido de ilicitud que es propio del acceso carnal violento, por ejemplo, leves hematomas en los muslos o lesiones en la propia zona genital, no ocasionados de modo deliberado sino como forzosa consecuencia del acceso carnal forzado" (v. STS 10-12-2002); y la razón de ello es que el delito de agresión sexual con empleo de violencia requiere el empleo de ésta, pero no exige la causación de lesiones corporales, "de modo que el ataque a la salud y a la integridad corporal protegidos por el tipo de lesiones no es elemento indispensable del delito contra la libertad sexual" (v. STS 2-11-2004). De ahí que, como se pone de manifiesto en la STS 14-12-2004, el problema aquí planteado "es si estamos ante un concurso de normas del art. 8 CP o ante un concurso ideal de delitos del art. 77" y, para distinguirlos, ha de utilizarse el criterio siguiente: "si con uno de los dos preceptos penales en juego queda absorbida la total antijuridicidad del hecho, nos encontramos ante un concurso de normas; pero si es necesario aplicar los dos para abarcar toda esa antijuridicidad, estamos ante un concurso ideal de delitos". En conclusión, como se pone de relieve en la STS 21 mar. 2004, "el criterio de la consumación sólo podría admitirse y con limitaciones en referencia a las lesiones causadas de forma absolutamente imprescindible para la agresión carnal"; pues, "las lesiones -no se olvide-, tienen un bien jurídico -la integridad física-, distinto del de la agresión sexual -libertad sexual-, de suerte que para el ataque de ésta no se exige necesariamente la lesión a la integridad física", y ello "incluso en el caso de lesiones constitutivas de falta (Cfr. STS 305/2001, 2-3)".

La STS 1078/2010, de 7 de diciembre introduce aclaraciones: "Ciertamente una reiterada jurisprudencia, por todas las SSTS 892/2008, 11-12; 1305/2003, 6-11, citada por la STS 886/2005, 5-7; 673/2007, 19-7, apunta que cuando el menoscabo de la integridad corporal o de la salud física se ha producido como consecuencia de la violencia empleada para vencer la resistencia de la víctima al ataque contra su libertad sexual, el régimen de concurso es el del concurso real y ello porque el delito de violación requiere el empleo de violencia, pero no exige la causación de lesiones corporales, de modo que el ataque a la salud y a la integridad corporal protegidos por el tipo de lesiones no es elemento indispensable del delito contra la libertad sexual. Así, se ha señalado (STS 2047/2002, 10-12), que "la violación solamente consume las lesiones producidas por la violencia cuando éstas pueden ser abarcadas dentro del contenido de ilicitud que es propio del acceso carnal violento, por ejemplo, leves hematomas en los muslos o lesiones en la propia zona genital, no ocasionados de modo deliberado sino como forzosa consecuencia del acceso carnal forzado». Pero cuando se infieren lesiones deliberadas y adicionales, como medio de vencer la resistencia de la víctima, pero con entidad sustancial autónoma, procede la aplicación de lo dispuesto en el art. 73 y, en su caso, del art. 77 CP, en función del tipo de concurrencia, en este supuesto no discutido".

Por su parte, la STS 625/2010, de 6 de julio advierte que "esta doctrina impone el examen detenido de cada supuesto en particular para comprobar, de un lado, si las lesiones sufridas por la víctima fueron una consecuencia derivada directamente de la misma agresión sexual, en cuyo caso quedarían absorbidas por ésta y, de otro, si la violencia ejercida para doblegar o vencer la resistencia de la persona atacada superó los límites mínimos necesarios para entender que concurrió la violencia contemplada en la descripción del tipo objetivo de la agresión sexual, sancionando independientemente aquello que la exceda".

Es posible el concurso real entre los delitos de agresión sexual y lesiones cuando éstas últimas no son el medio comisivo para lograr la penetración típica. Pero cuando constituyen el mecanismo a través del cual se consigue el trato carnal estaremos ante un concurso medial (subespecie del real, tradicionalmente asimilado al ideal)".

Es decir, que esta Sala explicita lo que se entiende por la apreciación de un concurso real, o no, con lesiones que se causen. Pero la circunstancia de que la introducción de los dedos no haya causado lesiones no evita la punición del hecho, por cuanto su descripción en los hechos probados determina la condena del recurrente sin aditamentos objetivos de lesiones físicas o psicológicas que hubieran sido valoradas en un contexto de integración en el tipo penal, o de concurso real como se ha expuesto.

- Incidencia de la parafilia en la imputabilidad del sujeto autor del delito contra la libertad sexual
De acuerdo a la definición del diccionario de la Real Academia Española (DRAE), una parafilia es un desvío de índole sexual. Se trata de una conducta íntima donde el placer se obtiene mediante una actividad diferente a la relación sexual en sí misma. En concreto, se establece que una persona disfruta llevando a cabo una parafilia porque eso le supone gozar con uno o con los dos de los siguientes elementos:

- 1.- Riesgo. El riesgo que trae consigo llevar a cabo una práctica sexual clasificada como parafilia supone que la persona en cuestión disfrute del mismo y cuente con una excitación mucho mayor.
- 2.- Voluntad de poder. A través de una de estas prácticas, quien la lleva a cabo disfruta de una sensación de poder sobre la persona con quien la realiza, se siente por encima de ella y con capacidad para hacer lo que desea.

Es importante destacar que los expertos no han hallado trastornos psicológicos o cambios orgánicos que brinden una explicación sobre el origen de una práctica parafilica. Estas desviaciones, de todos modos, pueden tratarse mediante la terapia psicoanalítica. El problema surge ante la falta de tratamiento y el peligro que se causa a las víctimas con estas conductas al disponer el sujeto de la conciencia y voluntad de lo que hace, lo que impide acudir a la exención de responsabilidad penal que propugna el recurrente. Se llama "parafilia" a lo que en la ley se denomina "perversiones". Algunos psicoanalistas y psiquiatras aún la denominan así, y ello no puede en modo alguno, por sí mismo anular la conciencia y voluntad del mal que se está haciendo. Se sabe y conoce lo que se hace. Se sabe que es incorrecto, y pese a ello persiste en su conducta. Y el efecto más negativo se puede constatar en los presentes hechos probados, donde se acredita y constata la reiteración de conductas de ataque sexual, reiteradas y con semejante *modus operandi*, con empleo de la violencia en la mayoría de los casos, lo que agrava la situación de las víctimas, que ante esta perversión del sujeto activo se convierten en víctimas del deseo del autor de los hechos. El DSM-IV las caracteriza por consistir en impulsos sexuales intensos y recurrentes, fantasías o comportamientos que implican objetos, actividades o situaciones poco habituales.

Los expertos la califican en:

- 1.- leve, ocasionalmente expresada.
- 2.- moderada, implica mayor manifestación conductual;
- 3.- severa, si lo lleva a niveles de compulsión.

Esta compulsión a veces implica que el individuo parafilico comete actos delictivos, cuando su parafilia es asocial.

Pues bien, lo que el Tribunal admite probado es la existencia de un "trastorno de parafilia", que no le impide conocer y comprender la naturaleza ilícita de los hechos por él cometido, si bien aparece su capacidad ligeramente modificada.

Con respecto a esta disfunción, la doctrina especializada en esta alteración señala que los trastornos parafilicos son fantasías recurrentes e intensas de excitación sexual, pulsiones o comportamientos sexuales angustiosos o incapacitantes y que involucran objetos inanimados, niños o adultos sin consentimiento, o el sufrimiento o la humillación de uno mismo o de la pareja con probabilidad de causar daño. Las parafilias son un deseo impulsivo y compulsivo de realizar el acto o de fantasearlo. De hecho, los individuos que la practican pueden parecer exteriormente tan normales como cualquier otra persona.

Sobre la afectación a la conciencia y voluntad del sujeto y si puede apreciarse como eximente completa del art. 20.1 CP la doctrina rechaza categóricamente esta posibilidad. Y ello, porque se considera que son sujetos libres de actuar al tener capacidad de querer, de entender y de obrar plenas (STS de 16 de Julio de 1991), apreciando una eximente incompleta del art. 21.1 CP solamente cuando el trastorno de la personalidad concurre con otros factores que acentúen la misma y erosionen de forma significativa la voluntad del sujeto, dejando la atenuante analógica para aquellos casos en los que se mostraba una afectación sensible de la capacidad intelectual y volitiva del sujeto.

En la sentencia de esta Sala del Tribunal Supremo 1397/2009 de 29 Dic. 2009, Rec. 10722/2009 se trata este tema afirmando que:

"a) La "parafilia" es un término genérico que se refiere al conjunto de desviaciones o anomalías de la conducta sexual, en las que la imaginación o los actos inusuales o extravagantes son necesarios para conseguir la excitación o el placer, de modo que la respuesta sexual se produce de forma exclusiva o preferente ante situaciones u objetos que no se corresponden con la pautas habituales. Y se dividen en dos grandes grupos: aquellas en que existe una desviación del objeto sexual, en los cuales el deseo se orienta hacia objetos que no son los normales: niños (pedofilia), ancianos (gerontofilia), animales (zoofilia), prendas de ropa y similares (fetichismo) y en segundo lugar las parafilias que se caracterizan por una desviación del fin en los cuales la atracción y el placer no se encuentran en el acto sexual mismo sino en otras situaciones como pueden ser la producción de dolor (algolagnia activa o sadismo), el ser humillado o golpeado (algolagnia pasiva o masoquismo), el vestir ropas del sexo opuesto (trasvestismo) el mostrar los propios genitales (exhibicionismo) o la observación de otras personas en actitudes eróticas (voyeurismo).

b) Esta Sala con relación por ejemplo a la pedofilia que es la parafilia más próxima por su propia naturaleza a una posible acción delictiva, ya dijo que no impide ni limita la capacidad de actuar conforme al conocimiento de la ilicitud de acción salvo cuando se asocia a otros trastornos psíquicos relevantes como la toxicomanía, el alcoholismo o la neurosis depresiva (Sª 285/03 de 28 de febrero que reitera lo ya declarado en Sª de 1283/97 de 24 de octubre)".

En la sentencia de esta Sala de 16 de Julio de 1991 se ha asociado la parafilia a las perversiones sexuales. E incluso se ha llegado a puntualizar que la circunstancia de que un sujeto sufra parafilia no significa que ya, de por sí, pueda y deba quedar

afectada su imputabilidad, pues parece existir acuerdo sobre la capacidad de estos sujetos para comprender y entender la gravedad de los actos que realizan, y también para conocer las normas sociales y legales prohibidas.

En esta línea, la doctrina especializada en esta materia médico-jurídica señala, asimismo, la dificultad para reconocer la incidencia de estos sujetos en la imputabilidad de quien los sufre, pues son definidos jurídicamente como imputables. Pero dado que los mismos pueden tener impulsos o deseos irrefrenables, necesidad imperiosa de llevar a cabo esos actos, o cuadros de ansiedad con impulsos intermitentes y difíciles de controlar que les lleva a buscar con deseo la satisfacción de sus pulsiones la doctrina apunta que pueden suponer una alteración de la voluntad que, aunque difícilmente supondrá una declaración de inimputabilidad (pues el sujeto sabe perfectamente lo que hace y sus repercusiones en las víctimas), sí que, al existir una ruptura del equilibrio entre la realización del acto y la prohibición de no hacerlo a favor del primero, permite reconocer una disminución de la misma.

Recordemos, también, la sentencia de esta Sala del Tribunal Supremo, de 2 Feb. 1998, Rec. 1053/1997, donde se apunta que “La perversión sexual es un trastorno de la personalidad, de naturaleza caracterial, que se manifiesta en específicas desviaciones de la conducta sexual, tanto en la elección del objeto con que se satisface el instinto, como en los actos a través de los cuales se busca dicha satisfacción. Es por ello por lo que la mera existencia de una perversión sexual, aunque la misma obligue a considerar personalidad psicopática a quien la presenta, no debe llevar a la apreciación de una circunstancia atenuante como la que se impugna en este último motivo del MF. Determinados atentados contra la libertad sexual descritos en la ley penal -concretamente, aquellos de los que el procesado ha sido declarado autor- apenas son concebibles en sujetos que no sean sexualmente perversos; y no tendría sentido que se hubiesen tipificado como delitos, es decir, como hechos máximamente reprobables, conductas en las que necesariamente hubiere de apreciarse una disminución mayor o menor de la culpabilidad. Las persiones sexuales, como cualesquiera otras psicopatías, sólo deben merecer una atenuación de la responsabilidad criminal cuando afecten sensiblemente a la capacidad intelectual y volitiva del sujeto -S 8 Mar. 1995- y, por consiguiente, a su capacidad de autodeterminación -SS 24 Dic. 1991 y 22 Abr. 1993- o cuando se asocien con enfermedades mentales o intoxicaciones alcohólicas o de otras sustancias, o cuando concurren con circunstancias excepcionales -S 6 Nov. 1993- que potencien el desequilibrio afectivo que es característico de las psicopatías. Fuera de estos casos, el debilitamiento de los frenos inhibitorios que puede provocar una perversión sexual no debe reflejarse en circunstancia atenuante alguna, porque el mismo no es mayor que el que precede, en la inmensa mayoría de los casos, al triunfo de las pulsiones instintivas sobre la motivación nacida de la norma en favor de una conducta socialmente adecuada. Para que pueda ser apreciada una circunstancia atenuante cuyo significado es el de la menor culpabilidad -y éste es el caso de la análoga a la eximente incompleta de enajenación mental- es preciso, en definitiva, que el hecho antijurídico perpetrado no pertenezca a su autor de la misma o semejante forma que pertenecen al ciudadano medio los hechos que normalmente se les imputan”.

Esta Sala del Tribunal Supremo ha reconocido la afectación a la imputabilidad de la parafilia por la vía del art. 21.1 CP en aquellos supuestos en los que el afectado, además de tener un trastorno de inclinación sexual padece otros trastornos psíquicos relevantes, u otros factores que acentuaban la misma y erosionaban de forma significativa la voluntad del sujeto, lo que implicaba, a su vez, una disminución importante de las capacidades del sujeto que no anulación de las mismas. Y así podemos citar las siguientes:

- 1.- STS 12 de Mayo de 1960: El sujeto presentaba un cuadro de comorbilidad por marcada y persistente desviación homosexual de tipo sadista, pedofilia y oligofrenia.
- 2.- STS de 12 de Mayo de 1975: El acusado presentaba una psicopatía sexual que le llevaba a cometer actos exhibicionistas.
- 3.- STS de 20 de Enero de 1976: El acusado era un psicópata paranoide celotípico en el que, además, se injertaban tendencias agresivas y sádicas.
- 4.- STS de 8 de Febrero de 1995: El acusado presentaba psicopatía bien caracterizada, parafilia con varias manifestaciones, distimia o neurosis depresiva, adicción a la cocaína y consumo de alcohol.
- 5.- STS de 30 de Abril de 1990: El acusado era diagnosticado de sintomatología neurótica, parafilia de fechitismo y trastorno obsesivo compulsivo.
- 6.- STS de 29 de Junio de 1999: Se estima como afectación del acusado un bajo nivel intelectual, que está en el límite en la línea de separación (bordeline) con la oligofrenia, pero sin llegar a ésta, una peculiaridad de preferencia sexual con niños o paidofilia, y una grave adaptación social caracterizado por situaciones de angustia y depresión.
- 7.- STS de 22 de Septiembre de 2000: Aparece una parafilia o trastorno psicosocial conocido como fetichismo a la que se asocia un trastorno de personalidad.

Se reconoce por la doctrina que la atenuante análoga ha sido la circunstancia más admitida por estimarse que los sujetos que padecen parafilia no presentan afectación de su capacidad cognoscitiva, de su capacidad de comprender, pero sí cierta influencia en su capacidad para controlar sus pulsiones mediante los apropiados frenos o estímulos inhibitorios, que salvo que se demuestre que es grave por encontrarse unido a otros trastornos o alcohol o drogas, -lo que conllevará a la consideración de una semieximente-, se considera afectación leve, encontrándose solo en una afectación, o incidencia

moderada en su capacidad de comprensión del hecho y en el adecuamiento de esa conducta a esa comprensión. Por todo ello, la doctrina concluye que las parafilias constituyen enfermedades mentales que no siempre afectan a las facultades psíquicas del sujeto, y si lo hacen será la intensidad de esa afectación la que determina la disminución de la imputabilidad en la persona que lo padece. Y así, en este caso está suficientemente reconocida esa afectación en la determinación de la circunstancia modificativa de la responsabilidad penal con la que ha sido reconocida, siendo imposible, tras lo expuesto, elevarlo a la pretendida eximente completa.

El descontrol de actitud de la parafilia, que conlleva el deseo de llevar a cabo actos sexuales con mujeres, no puede ser utilizado para postular una anulación de la responsabilidad penal, por cuanto esta no puede existir al no constatarse una inimputabilidad, sino que el sujeto tiene la plena conciencia y voluntad del mal que está haciendo, siendo consciente de que está reprobado desde el punto de vista social y es actitud prohibida, pese a lo cual opta por ejercer su deseo a llevar a cabo el acto con conciencia y voluntad de lo que está haciendo y que con su conducta causa daño a las mujeres a las que se acercó y realizó ataques contra su libertad sexual, uno de los delitos más execrables que pueden darse por llevarse a cabo contra el cuerpo de las mujeres en este caso, y contra su libertad de decidir sexual, ocasionando en muchos casos traumas importantes ante una conducta de ataque del sujeto activo del delito que es imposible de olvidar. La reprochabilidad penal de la conducta no puede quedar anulada por el alegato de exención de responsabilidad penal del recurrente ante un deseo que es evitable por la conciencia y voluntad de su conducta ilícita y dañina, no pudiendo convertir en irrelevante lo que lo es, bajo el abrigo de la parafilia. Por todo ello, en general, estos trastornos suelen afectar levemente a la imputabilidad del sujeto, dándose en los casos más acusados la aplicación de una atenuante analógica. Esta sala del Tribunal Supremo ha decretado que no se da el caso de una eximente completa ya que “estos sujetos son libres de actuar al tener una capacidad de querer, de entender y de obrar, plenas”.

Sin embargo, como ya se ha expuesto, al tratarse de trastornos caracterizados por una incapacidad de inhibición, la voluntad estaría alterada, no así la comprensión de la ilicitud del hecho. De esta forma se aprecia una eximente incompleta únicamente en los supuestos en que estos trastornos concurren con otros factores que erosionen de forma significativa la voluntad o comprensión del sujeto (por ej. oligofrenia, demencias, consumo de alcohol o de drogas).

DATOS SENTENCIA

Sentencia núm. 25/2019

Fecha de sentencia: 24/01/2019

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION (P)

Número del procedimiento: 10467/2018 P

Ponente: Excmo. Sr. D. Eduardo de Porres Ortiz de Urbina.

TEMA

Jurado. Doctrina sobre la motivación del veredicto y de las sentencias.

ASPECTOS EXAMINADOS

- Doctrina sobre la motivación del veredicto y de las sentencias: Se considera que en la sentencia se puede complementar las conclusiones probatorias del veredicto.

Según se expone en la STS 331/2015, de 3 de junio, " [...] la exigencia de motivación de las sentencias resulta, en primer lugar, del artículo 24.1, en tanto que el derecho a la tutela judicial efectiva comprende el de obtener una resolución suficientemente fundada, tanto sobre los hechos como sobre el derecho aplicable, así como acerca de la concreción de las consecuencias de tal aplicación. El carácter fundado de la resolución resulta precisamente de su suficiente motivación. En segundo lugar, de la previsión específica contenida en el artículo 120.3 de la Constitución. En ninguno de los dos casos se excluyen del ámbito de las previsiones constitucionales las sentencias dictadas por los tribunales de jurados que, en consecuencia, deben ser igualmente motivadas. Es lógico, sin embargo, que el nivel técnico de la fundamentación no sea el mismo cuando se trata de tribunales profesionales o de tribunales compuestos por legos. Tampoco las exigencias son las mismas cuando se hace referencia a la motivación del veredicto, que corresponde a los jurados, o a la motivación de la sentencia que corresponde al Magistrado Presidente. En cualquier caso, como hemos reiterado, la exigencia de motivación no pretende satisfacer necesidades de orden puramente formal, sino permitir a los directamente interesados y a la sociedad en general conocer las razones de las decisiones de los órganos jurisdiccionales y facilitar el control de la racionalidad y corrección técnica de la decisión por el Tribunal que revise la resolución en vía de recurso. Igualmente contribuye a que el propio órgano que dicta la resolución verifique su correcta fundamentación [...]".

La motivación supone la existencia de una argumentación ajustada al objeto del enjuiciamiento, para evaluar y comprobar que la solución dada al caso es consecuencia de una exigencia racional de la misma y no fruto de la arbitrariedad. No conlleva, pues, la imposición de una determinada extensión, ni de un determinado nivel de rigor lógico o de apoyo científico, o ni siquiera que se singularicen todos y cada uno de los extremos de un relato que haya podido conducir a la persuasión (no siempre coincidente en los motivos) de los distintos integrantes del tribunal.

Por esa razón una doctrina constante, destacada en la STS 628/2010, de 1 de Julio, incide en que habrá vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva por falta de motivación cuando la resolución judicial carezca de modo absoluto de esa motivación, por ausencia de los elementos de juicio que permitan identificar los criterios jurídicos que fundamentan la decisión o cuando la motivación sea meramente aparente, lo que ocurre si la decisión judicial parte de premisas inexistente o patentemente erróneas o sigue un desarrollo argumental que incurre en quiebras lógicas de tal magnitud que las conclusiones alcanzadas no pueden considerarse basadas en ninguna de las razones aducidas (STS 770/2006 de 13 de julio). En definitiva y según señala la STC. 82/2001, "[...] solo podrá considerarse que la resolución judicial impugnada vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva, cuando el razonamiento que la funda incurra en tal grado de arbitrariedad, irrazonabilidad o error que, por su evidencia y contenido, sean tan manifiestas y graves que para cualquier observador resulte patente que la resolución, de hecho, carece de toda motivación o razonamiento [...]".

El deber de motivación tiene singularidades en el caso de sentencias dictadas en procedimiento del Tribunal del Jurado, por la intervención de jueces legos, no expertos en derecho.

En la STS número 694/2014, de 20 de octubre, se indica que "[...] cuando son dictadas en un procedimiento de Jurado no puede exigirse a los ciudadanos que emitan el veredicto con el mismo grado de razonamiento intelectual y técnico que un juez profesional. La Ley Orgánica del Tribunal del Jurado solo requiere en el artículo 61.1.d) que conste en el acta de votación la expresión de los elementos de convicción y una sucinta explicación de las razones por las que han admitido o rechazado como probados unos determinados hechos. Con ello se configura la motivación del veredicto, que debe ser lo suficientemente explícita para que el Magistrado-Presidente pueda cumplir con la obligación de concretar la existencia de prueba de cargo que le impone el artículo 70.2 de la Ley, completando aquellos aspectos (SSTS 816/2008, de 2-12; 300/2012, de 3-5; 72/2014, de 29-1; 45/2014, de 1-2; y 454/2014, de 10-6, entre otras) [...]".

La STS. 132/2004 de 4 de febrero nos dice también que la motivación de la sentencia del Tribunal del Jurado viene precedida del acta de votación, que constituye su base y punto de partida, en cuanto contiene la expresión de los elementos de convicción y una sucinta explicación de las razones por las que los jurados han declarado o rechazado declarar determinados hechos como probados. Pero debe ser desarrollada por el Magistrado-Presidente al redactar la sentencia, expresando el contenido incriminatorio de esos elementos de convicción señalados por los jurados y explicitando la inferencia cuando se trate de prueba indiciaria o de hechos subjetivos. Se trata de una responsabilidad que la ley impone a quien puede cumplirla, pues el Magistrado-Presidente, que ha debido asistir atento al juicio y a sus incidencias; que ha entendido en el momento procesal correspondiente que existe prueba valorable que impide la disolución anticipada; que ha redactado el objeto del veredicto, y que ha debido impartir al jurado instrucciones claras sobre su función y la forma de cumplirla adecuadamente, debe estar en condiciones de plasmar con el necesario detalle en cada caso, cuáles son las pruebas tenidas en cuenta por los jurados y cuál es su contenido incriminatorio, así como, en caso de prueba indiciaria y de elementos subjetivos, cuál es el proceso racional que conduce de forma natural desde unos hechos ya probados hasta otros hechos, objetivos o subjetivos, necesitados de prueba.

En esta dirección la STS. 1116/2004 de 14.10 precisa: "[...] La necesidad de motivación de la sentencia (artículos 120.3 y 24 C.E.), también alcanza al Jurado, dándose la peculiaridad de que quién dicta la sentencia, el Magistrado-Presidente, no ha participado en la decisión de aquél sobre los hechos. Si el veredicto fuese de culpabilidad, conforme dispone el artículo 70.2 citado, la sentencia concretará la existencia de prueba de cargo exigida por la garantía constitucional de presunción de inocencia, lo que corresponde al Magistrado-Presidente. Este mandato debe ponerse en relación con el artículo 61.1.d), que establece, en relación con el acta de votación, la existencia de un cuarto apartado que deberá contener una sucinta explicación de las razones por las que los jurados han declarado o rechazado declarar determinados hechos como probados. De ambos preceptos se deduce que el Magistrado-Presidente debe señalar en este apartado de la presunción de inocencia los elementos de convicción que ha tenido en cuenta el Jurado y además añadir sus propias consideraciones sobre la concurrencia en el caso de la prueba de cargo que técnicamente deba ser considerada como tal. Debemos señalar además al respecto que si el Juez técnico decidió someter al Jurado el objeto del veredicto ello es porque ya había entendido que no procedía la disolución anticipada del Jurado a que se refiere el artículo 49 L.O.T.J., por falta de existencia de prueba de cargo que pueda fundar una condena del acusado. El Magistrado-Presidente debe pues tener en cuenta las explicaciones sucintas expresadas por el Jurado que complementará con sus propias consideraciones sobre la prueba de cargo tenida en cuenta por aquél. Lo que no es coherente es que dichas consideraciones sean contradictorias o divergentes con la decisión del Jurado [...]".

La respuesta que se ha dado en ambas instancias ha sido debidamente motivada, razón por la que el motivo debe ser desestimado.

En el veredicto el Jurado declaró los hechos probados, individualizó las pruebas que sustentaban su pronunciamiento y añadió una breve explicación sobre las razones básicas por las que estas pruebas habían sido determinantes de su decisión. El Jurado justificó su decisión en la credibilidad que otorgó a la declaración de doña NNN y al testigo don AAA, en la falta de credibilidad de la declaración del acusado, en las explicaciones ofrecidas por el agente policial encargado de la investigación y en los resultados de los informes periciales. Es cierto que las explicaciones del Jurado fueron sucintas, pero también que fueron lo suficientemente precisas como para que el Magistrado-Presidente pudiera cumplir con la obligación de concretar la prueba de cargo tomada en consideración.

En efecto, en la sentencia se hizo un relato más pormenorizado y preciso no sólo de la fuerza convictiva de cada una de las pruebas de cargo, sino que se razonó la calificación jurídica de los hechos, (FJ 1), la valoración de la prueba (FJ2), la individualización de la pena (FJ4) y la determinación de la responsabilidad civil (FJ5), sin apartarse en ningún momento de las pruebas señaladas por el Jurado ni de los argumentos principales expresados en el veredicto.

En la sentencia se hizo un especial esfuerzo argumentativo para justificar la concurrencia de alevosía en las dos muertes, valorando que en ambos casos se trató de un ataque por sorpresa y sin posibilidad alguna de defensa por cada una de las víctimas.

En lo tocante a la valoración de la prueba se puso de relieve la credibilidad otorgada al relato de doña NNN respecto de los hechos inmediatamente anteriores a las muertes, tales como la identificación del vehículo del acusado que apareció en las inmediaciones de su domicilio derrapando de forma ostensible; la salida de su hijo detrás de él por considerar que lo que había hecho era una provocación; la llamada a la policía temiendo que se produjera una reyerta; la audición de tiros y la localización inmediatamente después del cadáver de su hijo, así como el relato de los problemas que había entre ambos (robo de una motocicleta) que podían haber sido el detonante de la tragedia.

También se justificó la credibilidad otorgada al testigo AAA, que relató el primer homicidio de forma detallada por haber estado delante cuando ocurrió, identificando sin duda alguna al acusado como el autor, haciendo referencia a las razones por las que se otorgó credibilidad a su última versión, frente a otros relatos ofrecidos con anterioridad. Incluso se hizo referencia a las contradicciones fundamentales de este testigo en sus declaraciones anteriores y se justificó la mayor credibilidad del relato final en el hecho de que el testigo hizo sus primeras manifestaciones para “no perjudicar a su amo” o para perjudicarle lo menos posible, hasta que tuvo que enfrentar la realidad de los hechos.

También se puso de relevancia la declaración ordenada y clarificadora del agente Instructor de las diligencias y se destacó la relevancia probatoria de los dos informes periciales fundamentales, el de balística que acreditó la compatibilidad de la munición intervenida por la policía con las armas utilizadas y con los restos encontrados en las víctimas, y el peritaje biológico que evidenció la ausencia de huellas biológicas de AAA en el vehículo utilizado por el autor, lo que excluye la veracidad de la coartada del acusado.

Por último, en la sentencia se puso también en evidencia la ausencia de credibilidad del acusado no sólo por el dato antes mencionados, sino porque era una persona que utilizaba habitualmente armas, estaba enfrentado a DDD y, una vez producidas las muertes, estuvo en paradero desconocido durante 4 años.

Frente a lo que se indica en el recurso, la sentencia, aun de forma sucinta, explica por qué razón la Sra. NNN identificó al autor, indicando que el vehículo era inconfundiblemente suyo e indicando que su hijo al ver el vehículo identificó de inmediato y antes de morir a su conductor. La sentencia también expresa el móvil que pudo dar origen al incidente y las contradicciones fundamentales apreciadas en las distintas declaraciones del Sr. AAA indicando que “primero dijo que no estaba presente, luego que vio disparar a JJJ el segundo tiro y oyó el primer tiro”, manifestando en el acto del juicio “que vio cómo JJJ disparó dos veces con la escopeta de caza a DDD sin mediar palabra y a escasa distancia y como DDD cayó allí mismo, por él se encontraba junto a JJJ en el chiringuito”.

Ciertamente el veredicto del Jurado podía haber tenido una mayor motivación, pero cumplió con las exigencias legales al identificar los medios de prueba fundamentales tomados en consideración y a buen seguro el Magistrado-Presidente podría haberse extendido en la motivación, pero lo cierto es que limitó su argumentación a una estricta valoración de los medios de prueba identificados por el Jurado, complementando la motivación del veredicto. En cualquier caso, la motivación integrada de veredicto y sentencia han permitido conocer con suficiencia las razones de la decisión adoptada y han permitido el control de la racionalidad y corrección técnica de la decisión.

En cuanto a la sentencia de apelación, no cabe duda alguna de que la sentencia de segunda instancia ha cumplido de una forma no sólo suficiente sino con exquisita corrección el deber de motivación que le es exigible y en el recurso no se hace prácticamente referencia alguna a la sentencia de apelación. Basta una lectura de esa sentencia para comprobar que ha dado una respuesta extensa, prolija y completa a todas y cada una de las cuestiones que fueron planteadas en el recurso de apelación que, en lo sustancial, han sido reproducidas en este recurso de casación.

- La redacción del objeto del veredicto con omisión de las tesis de la defensa no lesiona el derecho a un proceso justo caso de que las tesis de la defensa se limitan a negar la acusación.

Hemos indicado en anteriores ocasiones que el artículo 52 de la LOTJ no tiene como función el cumplimiento de unos requisitos formales, sino la redacción de los hechos objeto de litigio con la necesaria claridad para evitar la confusión de los jurados y procurar que se pronuncien de una forma secuencial y no contradictoria sobre todos los aspectos que han sido objeto de debate.

En la STS 248/2007, de 27 de septiembre se señalaba que: “[...] aunque los hechos cuya existencia sostienen las partes han de quedar plasmados con claridad en función de su relevancia jurídica, debe evitarse la reiteración del planteamiento de aspectos que ya queden resueltos en las respuestas a otros apartados del referido objeto del veredicto. En consecuencia, no darán lugar a la nulidad del juicio las omisiones de cuestiones fácticas en los apartados propuestos por las partes cuando puedan ser solucionadas a través de las respuestas requeridas del jurado respecto de otros apartados distintos del objeto del veredicto, pues en esos casos no es posible apreciar indefensión y, por el contrario, puede afirmarse que el jurado pudo pronunciarse de forma coherente sobre todos los aspectos fácticos que resultaban relevantes [...]”.

Esta doctrina ha sido reiterada por la más reciente STS 486/2013, de 31 de mayo, en la que se añaden algunas precisiones de interés en relación con la inclusión en el Objeto del Veredicto de los planteamientos o proposiciones de la defensa. Así, se recuerda que “[...] cuando la versión de la defensa acerca de los hechos por los que se formula acusación se aferre simplemente a negar su acaecimiento o cuestionar la autoría, sólo será sometida a valoración del Jurado una única proposición, que no puede ser otra que aquella que encierra el hecho principal de la acusación que es, no se olvide, el que define el objeto del proceso. No en vano, carecería de sentido exigir al Jurado que se pronunciara acerca de si, además de dar por no probado el hecho principal de la acusación, estima correlativamente probado el hecho sobre el que se fundamenta la inocencia del acusado. Se ha dicho de forma bien plástica que la propia inocencia no es objeto del proceso penal. Y es evidente que cuando entre las conclusiones propuestas por la acusación y defensa exista una incompatibilidad histórica, el rechazo al enunciado ofrecido por la acusación será suficiente, sin necesidad de exigir del Jurado que, además, se pronuncie sobre el efugio del acusado. Del mismo modo, la aceptación por el Jurado del hecho principal de la acusación liberará, por su manifiesta incompatibilidad, de la necesidad de un pronunciamiento añadido sobre el respaldo fáctico de la simple negativa del acusado [...]”.

De otro lado, esta Sala ha destacado también que la intervención de las partes en la conformación del Objeto del Veredicto es esencial hasta el punto de que no es admisible que éstas no objeten deficiencias en su redacción en el momento procesal idóneo para su corrección y que posteriormente pretendan la nulidad del juicio por las deficiencias que no fueron puestas de manifiesto en tiempo oportuno.

A ello se refiere la STS 454/2010, de 10 de junio, en los siguientes términos: “[...] El propio art. 846 bis c) a) contempla como quebrantamiento de las normas y garantías procesales es defecto en la proposición del objeto del veredicto, siempre que de ello se derive indefensión, y no podemos olvidar –dice la STS. 487/2008 de 17.7- que dada la trascendencia del trámite que señala el objeto del veredicto, el Legislador no ha excluido a las partes, muy al contrario, les ha otorgado una importante intervención, haciéndoles igualmente responsables de su contenido, en cuanto tiene conferido el derecho a participar en su redacción definitiva mediante la oportuna audiencia. Así se plasma en el art. 53.1 LOTJ., pudiendo las partes solicitar las inclusiones y exclusiones que estimen pertinentes y pudiendo formular protesta respecto a las peticiones que les fueran rechazadas. Es decir, que las partes asumen junto con el Magistrado Presidente ante el Jurado, una función de colaboración para incluir en el objeto del veredicto todos los elementos que pueden influir en la decisión que ha de tomar el Jurado al declarar los hechos probados de dicho veredicto. Esta función se debe cumplir, como ya se ha indicado, pidiendo inclusiones y exclusiones en el objeto del veredicto, lo que supone que también pueden pedir aclaraciones en la redacción para evitar contradicciones. Por ello parece evidente que las partes no pueden guardar silencio cuando adviertan que en el objeto del veredicto se incurre en algún defecto, para luego dictada la sentencia y advertido el tenor de la misma pretender la nulidad de lo actuado con repetición del juicio oral. La doctrina más autorizada considera que la Ley, con muy buen criterio, parte de que los defectos que pueden subsanarse en la instancia deben quedar subsanados en la misma y de que no puede resultar favorecido por la nulidad, bien quien contribuyó a ella, bien quien pudo evitarla y no lo hizo. La exigencia de protesta previa no es un mero requisito de forma del que pueda decirse que cabe incurrir en formalismo, si se exige su aplicación con rigor técnico, es un requisito que hace al correcto desarrollo del proceso, pretendiendo evitar declaraciones de nulidad que hacen desmerecer en el concepto público la sentencia [...]” (En igual sentido SSTs 14/10/2002, 196/2007, de 9 de marzo, entre otras).

En el caso que se somete a nuestro examen es cierto que el objeto del veredicto contiene únicamente los hechos invocados por la acusación, pero no puede desconocerse que la defensa del acusado se limitó a negar los hechos, a negar que estuviera en el lugar en que se produjo el acontecimiento letal y que fuera el autor de las muertes, así como que fuera poseedor de las armas con que éstas se produjeron. Por lo tanto, y pese a lo que se indica en el recurso, la formulación de los hechos de la acusación excluye de forma absoluta las alternativas fácticas de la defensa, de ahí que el voto favorable o desfavorable de

los hechos reseñados en el Objeto del Veredicto conllevaba implícitamente la negación o afirmación, respectivamente, de los planteamientos de la defensa.

Esta circunstancia se hizo constar expresamente al final del documento redactado por el Sr. Magistrado Presidente con la siguiente frase: “no se incluye hechos favorables porque sería una alternativa a los anteriores y bastaría con declararlos no probados”. Aun cuando en el recurso se afirma que esa explicación no fue adecuada ni comprensible, atendido el nivel cultural de los jurados esa afirmación no pasa de ser una mera conjetura. Entendemos que la redacción del documento se ajustó a las previsiones del artículo 52.1 a) de la LOTJ en cuanto que la formulación de los hechos de la acusación era plenamente contradictoria con los planteamientos de la defensa, razón por la que ningún reproche puede hacerse a que en el documento se incluyeran las proposiciones de la acusación, con indicación expresa de que el voto favorable de ésta suponía la negación de las proposiciones alternativas de la defensa.

DATOS SENTENCIA

Sentencia núm. 27/2019

Fecha de sentencia: 24/01/2019

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION (P)

Número del procedimiento: 10511/2018 P

Ponente: Excm. Sra. D. ^a Susana Polo García.

TEMA

Imparcialidad: haber dictado auto de procesamiento. Delito de Maltrato habitual (ART. 173.2): requisitos. Concepto de domicilio a efectos de agravación del tipo penal de maltrato del art. 153.3 CP.

ASPECTOS EXAMINADOS

- Imparcialidad: haber dictado auto de procesamiento, auto de prisión o intervenir en el juicio el Presidente haciendo preguntas a los testigos.

En primer lugar, en cuanto a la alegada falta de imparcialidad por haber dictado el Tribunal de instancia el auto resolviendo y confirmando el auto de procesamiento del acusado, hay que tener en cuenta que la provisionalidad del citado auto hace que ello no afecte al principio de imparcialidad que proclama el art. 117.1 CE si a las exigencias del art. 6.1 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de 4-11-50 en cuanto que el Tribunal que dicta sentencia no deja de ser independiente ni imparcial por el hecho de pronunciarse sobre el procesamiento a los solos efectos de dar oportunidad a la acusación de obtener la tutela judicial efectiva -que es también un derecho constitucional- si en su pretensión hay un mínimo de racionalidad. Una cosa es tomar la iniciativa en la averiguación y práctica de las pruebas y otra muy distinta que sobre el material que ha ordenado es importado otro Juez, se comprueba si tal efectividad, absolutamente provisional, permite entrar en el proceso penal propiamente dicho (STC 113/87, de 3-7).

Por ello, cuando se trata del procesamiento la doctrina jurisprudencial distingue, como señalan las STS 470/2003, de 2-4 y 1493/99 de 2-12, entre aquellos supuestos, en los que la Audiencia se limita a resolver un recurso interlocutorio contra el procesamiento acordado por el juez instructor, confirmando dicho procesamiento sobre la fase de un relato que el Tribunal no ha constituido ni preparado, no habiendo tenido contacto alguno con el material de hecho objeto de investigación, en cuyo caso se estima que no queda afectada su imparcialidad objetiva (ss. 1186/98 de 16.10, 1405/97 de 28.11, entre otras) o aquellos otros supuestos en que es la propia Audiencia Provincial la que dicta un procesamiento ex novo sobre la base de imputaciones que no han sido formuladas o aceptadas por el Juez de instrucción. (auto de 8.2.93, caso de la presa de Tous y sentencia de 8.11.93), en los que sí cabe apreciar dicha pérdida de imparcialidad.

Asimismo el Tribunal Constitucional en sentencias como las 85/92, 136/92, y 142/97, entre otras, ya anteriormente reseñadas, estima que no existe confusión entre funciones instructoras y decisorias cuando la Audiencia conoce en apelación de un auto dictado por un juez de instrucción pues la desestimación del recurso de apelación interpuesto contra un auto de procesamiento solo implica que el Tribunal no desaprueba la apreciación de indicios racionales de criminalidad en el procesado realizada cautelarmente por el instructor, sin que deba ser considerada una actividad instructora que contamine la imparcialidad objetiva del Tribunal. Como regla general el TC. insiste en la idea de que la acumulación de funciones instructoras y sentenciadoras no puede examinarse en abstracto sino que haya que descender a los casos concretos y comprobar si se ha vulnerado efectivamente la imparcialidad del juzgador en cada caso, debiéndose tener muy en cuenta que no todo acto instructor compromete dicha imparcialidad sino únicamente aquellos en que por asumir el juez un juicio sobre la participación del imputado en el hecho punible, pueden producir en su ánimo determinados prejuicios sobre la culpabilidad que no inhabiliten para conocer de la fase de juicio oral.

Como señala la sentencia de 21.12.99 nº 1493/99, en la doctrina se ha planteado que la Sentencia dictada el 28.10.98 por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso Castillo-Algar imponía una revisión radical del citado criterio jurisprudencial, tanto del Tribunal como de esta Sala conforme al cual el Tribunal que tiene encomendada legalmente la resolución de los recursos de apelación contra los autos de procesamiento y otras resoluciones del juez instructor no queda en principio afectado por la causa de recusación analizada, ya que esta sentencia del TEDH apreció una vulneración del art. 6 del Convenio Europeo en un supuesto en el que dos vocales del Tribunal Militar Central que confirmaron un auto de procesamiento formaron parte del Tribunal sentenciador. Sin embargo, esta Sala ha señalado ya con reiteración que no se puede pretender extraer conclusiones generalizables de dicha resolución, pues está muy íntimamente vinculada a las circunstancias específicas del caso concreto examinado (s. 569/99, de 7.4, s. de 21.12.99, 1493/99). Así lo ha entendido entre otras, la sentencia nº 569/99, de 7.4, que tras un minucioso análisis de la doctrina del Tribunal Supremo, Tribunal Constitucional y Tribunal Europeo de Derechos Humanos, llega a la conclusión de que la doctrina jurisprudencial no se ha visto alterada substancialmente por la sentencia dictada el 28.10.98 por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso Castillo-Algar por tratarse de un supuesto específico, y que han sido las circunstancias especiales del caso y en concreto los términos empleados en los específicos razonamientos que se inscribieron en la resolución que confirmó el auto de procesamiento lo que determinaron que el Tribunal Europeo apreciase como razonable el temor a la pérdida de imparcialidad en los miembros del Tribunal que confirmaron el procesamiento y que posteriormente formaron parte del Tribunal sentenciador.

En el mismo sentido la sentencia de 15.10.99 nº 2/99 de causas especiales, caso Gómez de Liaño, reitera este criterio resaltando que de lo que se trata no es de si la confirmación de un acto de procesamiento (en abstracto) elimina objetivamente la imparcialidad del Tribunal que la decide, sino de si en las circunstancias de la causa ello es así, concluyendo que lo determinante para que pueda apreciarse pérdida de la imparcialidad objetiva es que el auto dictado por el Tribunal sentenciador comporte un prejuicio sobre el fondo de la cuestión o sobre la culpabilidad del procesado. Este criterio se reafirma en las sentencias 1393/00, de 19.9, 1158/00, de 30.6, 1494/99, de 2.1.00, entre otras, y en las SSTC. 162/99, de 27.9, 52/2001, de 26.2 y 154/2001, de 2.7 y ATC. 68/2002, de 22.4.

De esta doctrina debe deducirse una clara distinción entre dos supuestos radicalmente diferentes, que no pueden ser confundidos:

1º) Cuando quien ha actuado como Juez Instructor pasa a formar parte del Tribunal o Juzgado enjuiciador. Es en estos casos cuando concurre de modo específico la causa legal de abstención (haber actuado como instructor de la causa penal), y por tanto como regla general debe apreciarse la vulneración del derecho al juez imparcial, y solo muy excepcionalmente tal vulneración no será apreciable cuando la intervención durante la instrucción sea totalmente inocua, puramente accidental e irrelevante.

2º) Cuando ninguno de los miembros del Tribunal sentenciador ha sido Instructor de la causa, y únicamente se denuncia que el Tribunal ha resuelto, en el ejercicio de las competencias revisoras que expresamente le atribuye la Ley como función propia, algún recurso interpuesto contra las resoluciones del Instructor o dictado alguna medida cautelar en prevención del juicio. En estos casos no concurre la causa legal de abstención pues dichas actuaciones no constituyen legal ni materialmente instrucción, ni los integrantes del Tribunal han actuado en momento alguno como instructores. Por ello como regla general no cabe apreciar en estos supuestos la vulneración del derecho fundamental a un Tribunal imparcial, y solo excepcionalmente se producirá dicha vulneración en casos especiales en que el propio Tribunal hubiese dictado auto de procesamiento, actuación materialmente instructora que incorrectamente le atribuyó el procedimiento de urgencia al Tribunal sentenciador, auto de 8.2.93 caso de la presa de Tous y s. de 8.11.93, o bien cuando se aprecie en el caso concreto que el Tribunal al resolver un recurso o dictar alguna otra resolución de su competencia previa al enjuiciamiento haya expresado un prejuicio sobre el fondo de la cuestión o sobre la culpabilidad del imputado. (SS. 569/99 de 7.4, 15.10.99, 19.9.2000, 1393/00 de 30.6, 1158/00 de 2.1, 1494/99 entre otras). Y así se contamina y genera parcialidad objetiva cuando, por ejemplo, se acuerda el procesamiento en contra del parecer del instructor (STC. 138/91, TS. 24.9.91, 28.12.93 y 20.1.96) o se acuerde la apertura del juicio oral, TC. 170/93.

En el caso presente, tras revisar este Tribunal las actuaciones, no consta que el auto de procesamiento dictado por el Juzgado de Instrucción nº 1 de XXX de fecha 7 de septiembre de 2015, haya sido objeto de recurso de apelación, y por consiguiente, que los Magistrados que formaron parte de la Sala que celebró el juicio dictaran auto alguno confirmando el citado procesamiento, ya que lo único que obra en la causa es el auto de transformación de Diligencias Previas en Procedimiento Sumario de fecha 8 de abril de 2015, que es confirmado por la Audiencia Provincial, al desestimar el recurso de apelación interpuesto contra el mismo, mediante resolución de 22 de junio de 2015, y auto de confirmación de la conclusión de sumario de 10 de febrero de 2017 en el que se decide la apertura de Juicio Oral. No obstante, en todo caso, lo importante en este supuesto sería que el recurrente no habría acudido al mecanismo de la recusación para plantear esta cuestión en la instancia,

si tuvo conocimiento de la situación con la que ahora se queja, sin que nada hiciera al respecto, ni consta, ni se alega por el mismo.

Por lo tanto -precisa la STS 29-11-2005- la primera cuestión a resolver es si es posible plantear la cuestión relativa a la imparcialidad del juez en el recurso, en este caso de casación, cuando pudo ser planteada con anterioridad y, sin embargo, no lo fue. La jurisdicción del TS en el recurso de casación es esencialmente revisora, lo que implica que las cuestiones que ante él se plantean han debido ser cuestionadas y resueltas previamente en la instancia. Por tanto, la respuesta a la cuestión planteada ha de ser negativa por cuanto se configura legalmente el ejercicio de este derecho estableciendo el mecanismo de la recusación al alcance de la parte que se considere agraviada por la intervención de un juez que considera parcial, e impone que la cuestión se plantee tan pronto se tenga conocimiento de la causa en que se funde-la existencia es radical habida cuenta que la sanción para el caso de cumplimiento es el rechazo liminar de la pretensión ("no se admitirá a trámite" art. 223.1 LOPJ). Por lo tanto, incluso ante un planteamiento realizado en trámite del recurso, la resolución deberá ser la inadmisión del motivo, al tratarse de un planteamiento tardío.

Insiste en este criterio la STS 735/2006, de 4 de julio, "lo trascendente es que, quien entiende que su derecho al juez imparcial puede verse comprometido, lo haga saber de forma que puede ser resuelta la cuestión antes de avanzar en la tramitación de la causa. Para ello deberá ajustar su actuación a las normas procesales, las cuales no sólo señalan el momento procesal oportuno para el planteamiento de la pretensión, sino que, además, regulan su tramitación y establecen sus consecuencias."

- Delito de Maltrato habitual. En relación con el delito de maltrato habitual en el ámbito familiar previsto el artículo 153.2 CP hemos dicho de forma reiterada que castiga la ejecución de actos de violencia física o psíquica perpetrados de forma asidua sobre sujetos comprendidos en el ámbito familiar o cuasifamiliar, con los que se convive o concurre una vinculación personal persistente. Actos que, desde una perspectiva de conjunto, generan una situación de dominio o de poder sobre la víctima que menoscaba su dignidad, lo que da lugar a un injusto específico que rebasa el correspondiente a cada una de las acciones individuales que integran el comportamiento habitual.

El precepto de que se trata ha suscitado ya abundante jurisprudencia que ha resaltado que el bien jurídico protegido en el delito de malos tratos habituales del artículo 173.2 CP, es la dignidad de la persona y su derecho a no ser sometida a tratos inhumanos o degradantes en el ámbito de la familia, protegiéndose al tiempo, de esta forma, la paz en el núcleo familiar como bien jurídico colectivo. Aspecto éste que quedó reforzado tras la reforma operada por la L.O. 11/2003, que situó los malos tratos habituales entre los delitos de torturas y contra la integridad moral, y los sancionó de modo agravado respecto del tipo básico, principalmente en atención a las características propias del ámbito familiar en el que se producen. Además, los límites del bien jurídico se ampliaron, pues eliminó como exigencia la convivencia en los supuestos de relaciones de afectividad análogas a las de los cónyuges y se amplió expresamente el abanico de posibles sujetos pasivos del delito a las personas que, por su especial vulnerabilidad, se encuentren sometidas a custodia o guarda en centros públicos o privados. De manera constante ha destacado la doctrina de esta Sala, que la violencia física y psíquica a que se refiere el tipo es algo distinto de los concretos actos violentos o vejatorios aisladamente considerados, y que el bien jurídico es mucho más amplio y relevante que el mero ataque a la integridad, quedando afectados fundamentalmente valores inherentes a la persona y dañado el primer núcleo de toda sociedad, el familiar.

Se trata de un tipo con sustantividad propia que sanciona la consolidación por parte de sujeto activo de un clima de violencia y dominación; de una atmósfera psicológica y moralmente irrespirable, capaz de anular a la víctima e impedir su libre desarrollo como persona, precisamente por el temor, la humillación y la angustia inducidos. Un estado con autonomía propia y diferenciada, que se vertebra sobre la habitualidad, pero en la que los distintos actos que lo conforman sólo tienen el valor de acreditar la actitud del agresor.

Por ello ha dicho de manera reiterada esta Sala que el maltrato familiar del artículo 173.2 CP se integra por la reiteración de conductas de violencia física y psíquica por parte de un miembro de la familia en relación a las personas que el precepto enumera, que crean, por su repetición, esa atmósfera irrespirable o el clima de sistemático maltrato al que ya nos hemos referido.

La habitualidad que necesariamente debe darse en el ejercicio de la violencia dentro del ámbito de las relaciones familiares, es una exigencia típica que ha originado distintas corrientes interpretativas. La jurisprudencia de esta Sala se ha apartado de la que vinculaba la habitualidad con un número de acciones violentas, que por establecer un paralelismo con la habitualidad que describe el artículo 94 CP a afectos de sustitución de penas, se fijó en más de dos, es decir, a partir de la tercera acción violenta. Gana terreno y se consolida en la doctrina de esta Sala la línea que considera que lo relevante no es el número de actos violentos o que estos excedan de un mínimo, sino la relación entre autor y víctima, más la frecuencia con que ello ocurre, esto es, la permanencia del trato violento, de lo que se deduce la necesidad de considerarlo como delito autónomo. La habitualidad así configurada responde a un concepto criminológico-social más que jurídico-formal. Será conducta habitual la del que actúa repetidamente en la misma dirección con o sin condenas previas, que, de existir, son prueba de aquella, aunque no la única vía para su acreditación (entre otras SSTs 981/2013, de 23 de diciembre y 856 /2014, de 26 de diciembre).

La consumación del delito habitual ocurre cuando la situación puede considerarse establecida atendiendo al número de actos, sean específicamente típicos o no, y a la proximidad entre ellos, tal como establece el artículo 173.2 del CP. (STS 192/2011, de 18 de marzo). el Tribunal de instancia subsume conforme a Derecho y a la jurisprudencia de esta Sala, la conducta del recurrente en el tipo del artículo 173.2 del Código Penal, ya que los hechos declarados probados en sentencia revelan la habitualidad negada por el recurrente pues describen que este impuso a la víctima un clima de dominación y temor hacia su persona, de forma permanente en el tiempo (desde el 20 de junio al 29 de junio de 2014) y cuyo exponente se concretó en la agresión sexual habida el día 29 de julio de 2014.

En todo caso, debe negarse la razón al recurrente por razón del cauce casacional invocado en la medida en que no ajusta su denuncia al relato de hechos probados de la sentencia, circunstancia que constituye su presupuesto de prosperabilidad. En efecto, el factum de la sentencia describe, el delito previsto en el artículo 173.2 del Código Penal y la habitualidad exigida en el mismo al afirmar que “Llegaron a XXX el día 20 de junio de 2014, y dado que inicialmente no tenían alojamiento, estuvieron en la calle durante tres días. Durante ese tiempo el procesado cambió de actitud hacia BBB, comenzando a mantener respecto de ella una situación de vejaciones, abusos y agresiones, y así durante el tiempo en el que estuvieron viviendo en un parque el procesado se dedicó a golpear a su compañera BBB en las manos, la tiraba del pelo, la mordía, la escupía, la golpeó en la cara, y en algunas ocasiones los golpes los efectuaba utilizando un cinturón y el cable del cargador del teléfono móvil; en una ocasión, estando en un banco del parque, se orinó encima de ella, motivo por el cual el procesado le pidió a una conocida suya llamada RRR la dejara a BBB ir a su casa a ducharse, a lo que ella accedió.... Por ello el día 23 de junio de 2014 el procesado y BBB fueron a casa de SSS, en la XXX de la localidad de XXX, y le pidieron a ésta que les permitiera alojarse en su casa, a lo que ella accedió.

Pero la actitud del procesado hacia BBB continuó siendo la misma antes descrita, de vejaciones, abusos y agresiones...Así el día 28 de junio de 2014 BBB se fue con SSS a montar a caballo y cuando llegó de la calle al domicilio, el acusado estaba esperándola y tras reprocharle que hubiera salido a la calle, la empujó contra la ventana, golpeándose BBB contra ella, causándose lesiones en la muñeca y en el brazo izquierdo.”.

El relato de hechos probados contempla dos episodios de violencia por parte del acusado hacia su pareja por diversos motivos y que se suceden en un periodo de menos de un mes, que se tipifican como dos delitos de lesiones del art. 153 del CP, además de un episodio de conducta vejatoria –que hemos calificado como falta de vejación injusta-. Por ello, cabe concluir, en sentido contrario a lo entendido por la parte recurrente, que, precisamente, puede apreciarse esta nota de habitualidad cuando en tan corto periodo de tiempo se dan los dos episodios de violencia concretados en fechas, más la actitud diaria de maltrato persistente, físico y mental, con obvia merma la integridad psicológica de cualquier persona, lo que sin duda debió generar en la víctima sentimientos naturales de inquietud, miedo y angustia, y que como ha quedado acreditado culminaron con la agresión sexual llevada a cabo por el mismo el día 29 de junio.

Delito que tiene sustantividad propia, pues reprime la consolidación de un clima de violencia y dominación por parte del sujeto activo, creando en la víctima una atmósfera psicológica y moralmente irrespirable, con entidad distinta y diferente de la violencia específica de cada acción concreta, sin que desaparezca la nota de permanencia por el hecho de que los malos tratos tengan lugar en un breve espacio de tiempo, y que la relación sea breve, tal y como ha indicado esta Sala.

- Concepto de domicilio a efectos de agravación del tipo penal de maltrato del art. 153.3 CP.

El artículo 153 CP en su redacción anterior a la reforma operada por ley 1/2015, establecía en su apartado tercero que “Se impondrán las penas en su mitad superior cuando el delito se perpetre en presencia de menores, o utilizando armas, o tenga lugar en el domicilio común o en el domicilio de la víctima”, agravación esta última que ha sido mantenida con la reforma del Código Penal citada.

Tal y como decíamos en nuestra Sentencia 870/2016, de 18 de noviembre “El art. 153.3 habla del domicilio de la víctima. Con esa agravación se presta una tutela reforzada al ámbito de privacidad de la víctima sancionando de forma más rigurosa el plus de antijuridicidad y victimización que supone que el ataque o la agresión se lleve a cabo en el espacio de privacidad de la víctima, en el lugar donde desarrolla su vida cotidiana, en su más señalado reducto de intimidad.

Han de excluirse del ámbito de la agravación por razones tanto teleológicas como estrictamente literales los supuestos en que el maltrato se lleva a cabo en un inmueble que, siendo propiedad de víctima o familiares, no constituye su domicilio ni siquiera transitorio o de temporada; o en un lugar de estancia meramente esporádica o puntual (la habitación del hotel, v. gr.). No es que se quiera administrativizar el concepto de domicilio del art. 153.3, (vid. STS 731/2013, de 7 de octubre); pero sí exigir que estemos ante un lugar de desarrollo más o menos estable de la propia vida personal.”.

Según ha declarado el Tribunal Constitucional, resaltando el carácter de base material de la privacidad (STC 22/1984), el domicilio es un «espacio apto para desarrollar vida privada» (STC 94/1999, de 31 de mayo, F. 4), un espacio que «entraña una estrecha vinculación con su ámbito de intimidad», «el reducto último de su intimidad personal y familiar» (STC 22/1984, STC 60/1991 y 50/1995, STC 69/1999, de 26 de abril y STC núm. 283/2000, de 27 de noviembre). Esta Sala, entre otras en la STS núm. 1108/1999, de 6 de septiembre, ha afirmado que «el domicilio es el lugar cerrado, legítimamente ocupado, en el que transcurre la vida privada, individual o familiar, aunque la ocupación sea temporal o accidental» (SSTS 24-10-1992, 19-

7-1993 y 11-7-1996). Se resalta de esta forma la vinculación del concepto de domicilio con la protección de esferas de privacidad del individuo, lo que conduce a ampliar el concepto jurídico civil o administrativo de la morada para construir el de domicilio desde la óptica constitucional, como instrumento de protección de la privacidad.

En este caso si partimos del factum de la resolución recurrida, la calificación de los hechos allí descritos, que necesariamente hemos de respetar dado el cauce casacional elegido, como un delito de maltrato familiar previsto y penado en los artículos 153.1 y 3, es ajustada a derecho pues allí se describe, en lo que al núcleo de las conductas típicas se refiere, como el recurrente, pareja de la víctima, con la que convivía el día allí descrito, le agredió en el domicilio que compartían en ese momento, en concreto en XXX de XXX, así se desprende de la declaración de la titular de la vivienda, y de las declaraciones del acusado y la víctima, constando en todas ellas como único domicilio el indicado, siendo el mismo su domicilio aunque lo fuera de forma transitoria, y aunque la titularidad del mismo fuera de otra persona, ya que debemos destacar la vinculación del concepto de domicilio con la protección de esferas de privacidad del individuo, lo que conduce a ampliar el concepto jurídico civil o administrativo de la morada para construir el de domicilio desde la óptica constitucional. Siendo el lugar donde tuvieron lugar los hechos donde ambos desarrollaban su vida cotidiana, aunque ello fuera de forma transitoria.

DATOS AUTO

Recurso de Casación núm. 2379/2017

Auto de 26 de noviembre de 2018

Ponente: Excm. Sra. D^a María del Pilar Teso Gamella.

TEMA

Asistencia Jurídica gratuita: no concurre legitimación para impugnar la resolución de la Comisión cuando esta ha reconocido íntegramente lo pretendido por el solicitante. Estatuto Básico del empleado Público: Defensa jurídica y protección de la Administración Pública cuando se dirija contra ellos alguna acción como consecuencia del legítimo desempeño de sus funciones o cargos, o cuando hubieran cumplido orden de autoridad competente.

ASPECTOS EXAMINADOS

- El recurrente preparó recurso de casación contra la Sentencia de 21 de septiembre de 2017, dictada por la Sección Séptima de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en el recurso de apelación núm. 8381/2016. Habiendo sido tenido por preparado el recurso de casación, se acordó emplazar a las partes para su comparecencia ante la Sala Tercera del Tribunal Supremo. Con fecha 18 de abril de 2018, el recurrente actuando en su propio nombre, presentó un escrito ante la Sala por el que solicitaba que, con suspensión del término de emplazamiento para su personación, se le concediera de oficio, al amparo del artículo 14.f) de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público (EBEP) una de las siguientes opciones: o bien la defensa y representación con cargo a la abogacía del Estado en aplicación del Convenio entre la Universidad Politécnica de Madrid y el Ministerio de Justicia, o bien la defensa y representación con cargo a la Administración por parte de un abogado y procurador del turno de oficio.
- El Ministerio Fiscal ha informado que el art. 14.f) del Estatuto Básico del empleado Público proclama el derecho del empleado público a la defensa jurídica y protección de la Administración Pública en los procedimientos que se sigan ante cualquier órgano jurisdiccional como consecuencia del ejercicio legítimo de sus funciones o cargos públicos, lo que no guarda relación con una resolución sobre justicia gratuita como la presente, enmarcada en una controversia judicial que se sostiene frente a la Administración Pública. Añade que no procede acceder a la petición del recurrente de que quede sin efecto la diligencia de ordenación impugnada, que simplemente dispone la unión a los autos de la resolución de la Comisión Central de Asistencia Jurídica Gratuita y dispone el impulso de las actuaciones, no siendo tal diligencia el lugar adecuado para que se incorporen a la misma pasajes o alusiones que quien recurre tenga por pertinentes -cuestión distinta- culmina el Fiscal su exposición- es que el recurrente adopte las iniciativas procedimentales que estime oportunas ante el Ministerio de Justicia en relación con la referida resolución de la Comisión Central de Asistencia Jurídica Gratuita. Por su parte, la Universidad Politécnica de Madrid también se opone a la estimación del recurso de reposición, coincidiendo con el Fiscal en que el tan citado artículo 14.f) no es de aplicación a un caso como el presente, en que el recurrente litiga contra la Administración Pública a la que sirve. Añade que esta Sala Tercera del Tribunal Supremo ha rechazado un planteamiento del mismo recurrente idéntico al que ahora sostiene, mediante auto de 11 de mayo de 2018, dictado en el recurso de casación n° 2510/2017.
- La Sala en sus razonamientos jurídicos dice: El artículo 20 de la Ley 1/1996, de Asistencia Jurídica Gratuita, establece que quienes sean titulares de un derecho o de un interés legítimo podrán impugnar las resoluciones que, de modo definitivo, reconozcan, revoquen o denieguen el derecho a la asistencia jurídica gratuita (apartado 1°); añadiendo (párrafo 3°) que recibido el escrito de impugnación y los documentos y certificación a que alude el párrafo anterior, el secretario judicial requerirá a las partes y al Abogado del Estado o al Letrado de la Comunidad Autónoma correspondiente cuando de ella dependa la Comisión de Asistencia Jurídica Gratuita, para que en el plazo de cinco días presenten por escrito las alegaciones y pruebas que estimen oportunas. En este caso no se ha verificado el trámite indicado en el apartado 30 que se acaba de reseñar, pero puede prescindirse del mismo en atención al hecho (recogido en los antecedentes de esta resolución) de que la misma parte recurrente, en paralelo, ha recurrido en reposición la diligencia de ordenación que, una vez designados profesionales de oficio para su representación y defensa, le requirió para personarse en debida forma ante este Tribunal Supremo; y ese recurso de reposición, coincidente en su planteamiento y argumentación con la impugnación de la resolución de la Comisión de Asistencia Jurídica Gratuita, ha sido admitido a trámite y se ha dado traslado de) mismo a las demás partes, quienes han formulado con extensión alegaciones para oponerse al mismo. Así las cosas, resultaría redundante y ocioso abrir ahora el trámite del artículo 20.3 precitado, cuando las partes ya se han pronunciado abundantemente en estas mismas actuaciones sobre lo coincidentemente pretendido, al fin y al cabo, por la misma parte recurrente.
- Dicho esto, y resolviendo la impugnación de la decisión de la Comisión Central de Asistencia Jurídica Gratuita, hemos de comenzar nuestra respuesta señalando que una impugnación de tal índole es procedente en tanto en cuanto la resolución de la Comisión de Asistencia Jurídica Gratuita haya denegado el reconocimiento del derecho solicitado, o aun habiéndolo

reconocido lo haya hecho de forma sólo parcial o limitada, o en todo caso con menor extensión que la pretendida por el solicitante. En cambio, no concurre legitimación para impugnar la resolución de la Comisión cuando esta ha reconocido íntegramente lo pretendido por el solicitante, y este pretende impugnar no la parte dispositiva de la resolución, sino los razonamientos que han conducido a su adopción, por estimarlos incompletos. Tal es el caso que nos ocupa. El recurrente ha obtenido lo que pidió, a saber, el reconocimiento a litigar gratuitamente mediante la designación de abogado y procurador de oficio en este recurso de casación. Derecho que además ha sido reconocido sin limitaciones. Lo que pretende ahora, insistimos, no es que se revoque o modifique la parte dispositiva de la resolución que así lo acordó, y que le favorece, lo que pretende es que se complemente, según las propias expresiones del recurrente, en el sentido de que en la fundamentación jurídica de la resolución de la Comisión se deje expresa constancia de que el derecho reconocido lo ha sido al amparo del artículo 14.f del Estatuto Básico del empleado Público, respecto de lo cual, como ya hemos señalado, no existe legitimación. Conviene recordar, además, respecto del invocado artículo 14.f) del Estatuto Básico del empleado Público, cuando señala que el funcionario tiene derecho "a la defensa jurídica y protección de la Administración Pública en los procedimientos que se sigan ante cualquier orden jurisdiccional como consecuencia del ejercicio legítimo de sus funciones o cargos públicos", que esta Sala y Sección, por Auto de 11 de mayo de 2018, dictado en un recurso de casación promovido por el mismo recurrente, en el que era parte recurrida —como aquí- la Universidad Politécnica de Madrid, ha señalado con carácter general que "el derecho de los empleados públicos a la defensa jurídica y protección de la Administración Pública está prevista cuando se dirija contra ellos alguna acción como consecuencia del legítimo desempeño de sus funciones o cargos, o cuando hubieran cumplido orden de autoridad competente. Obviamente no cuando, como ocurre en el presente caso, es el empleado público el que litiga contra la Administración, abstracción hecha de las razones o fundamentos considerados para entablar el pleito". Por lo expuesto, conforme al artículo 20 de la Ley 1/1996, de 10 de enero, de asistencia jurídica gratuita, la Sala declara que procede mantener la decisión ahora recurrida; debiendo continuar la sustanciación del recurso de casación por sus trámites procedentes.

DATOS SENTENCIA

Recurso de Revisión núm. 8/2018
Sentencia núm. 1647/2018
Fecha Sentencia: 20 de noviembre de 2018
Ponente: Excmo. Sr. D. Jesús Cudero Blas.

TEMA

Recurso de revisión: computo del plazo de interposición.

ASPECTOS EXAMINADOS

- El artículo 512 de la Ley de Enjuiciamiento Civil —aplicable al procedimiento que nos ocupa por remisión expresa del artículo 102.3 de la Ley de esta Jurisdicción-, dispone, en cuanto al plazo de interposición de la demanda y por lo que ahora interesa, que "se podrá solicitar la revisión siempre que no hayan transcurrido tres meses desde el día en que se descubrieren los documentos decisivos, el cohecho, la violencia o el fraude, o en que se hubiere reconocido o declarado la falsedad". En el caso de autos, el documento aportado por la parte demandante para justificar la concurrencia del motivo de revisión es, como se ha dicho, la sentencia de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife de 21 de abril de 2015. Consta en las actuaciones, además, que la representación procesal de la Sra. TTT solicitó su personación en el procedimiento judicial de lesividad que se había seguido ante la Audiencia Nacional —y en el que se dictó la sentencia cuya revisión se insta- con fecha 4 de julio de 2017 y que se le tuvo finalmente por comparecida en dicho procedimiento el 26 de julio de 2017 (por diligencia de ordenación de la Letrada de la Administración de Justicia). Y puede comprobarse, finalmente, (i) que la demanda de revisión se presentó en el Registro General de la Audiencia Nacional el 20 de diciembre de 2017, (ii) que se rechazó su admisión —indicando que el órgano competente era el Tribunal Supremo- mediante diligencia de ordenación de 28 de diciembre de 2017 y (iii) que se registró en este Tribunal Supremo el 29 de enero de 2018. Vaya por delante que el documento que la actora reputa esencial y que habría sido "recobrado" está constituido por la sentencia absolutoria de la Audiencia Provincial de fecha 21 de abril de 2015, siendo así que la interesada no acredita en absoluto —como solo a ella incumbía- la fecha en que tal documento fue obtenido a efectos de computar el plazo de caducidad de los tres meses establecido en la normativa aplicable. Lo lógico es que la sentencia penal le fuera notificada personalmente a la interesada en su momento. Y aun aceptando dialécticamente, en beneficio de la demandante, que el documento solo estuvo en su poder desde el mes de julio de 2017 —cuando la actora se persona en la Audiencia Nacional-, es evidente que en diciembre de 2017 —fecha en la

que se presenta la demanda de revisión que ahora nos ocupa- había transcurrido con exceso el indicado plazo legal de tres meses, lo que determina —como propone el Ministerio Fiscal- la inadmisión de la presente demanda.

DATOS SENTENCIA

Recurso de Revisión núm. 51/2017

Sentencia núm. 1643/2018

Fecha Sentencia: 20 de noviembre de 2018

Ponente: Excmo. Sr. D. Francisco Jose Navarro Sanchís.

TEMA

Recurso de revisión: documentos decisivos, no aportados por causa de fuerza mayor o por obra de la parte en cuyo favor se hubiere dictado la sentencia firme.

ASPECTOS EXAMINADOS

- Se impugna, a través de la presente demanda de revisión, la sentencia dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección Primera) del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, con sede en Granada, acción que fundamenta en la causa revisoría enunciada en el artículo 102.1, letra a) de la LJCA y 511 y siguientes de la LEC.

La Sala al amparo de su jurisprudencia a la vista de las inexcusables exigencias legales, dice que: Es claro y evidente que la presente demanda de revisión debe ser rechazada, pues no sólo no se ampara debidamente y con fundamento sustantivo en alguna de las concretas causas legales cuya probada concurrencia abriría la posibilidad de rescindir la sentencia firme, sino que no se razona adecuadamente al respecto, siendo bastante para poner de relieve la manifiesta falta de fundamento de la acción emprendida la forma en que aparentemente se razona sobre los documentos de pretendida aparición sobrevenida: "[...] V. En cuanto al fondo del asunto, concurre en el presente caso el motivo de revisión previsto en el apartado 1. a) del art. 102 de la LJCA al haberse recobrado documentos decisivos para la resolución del pleito no aportados por esta parte por causa de fuerza mayor ajena a la misma, al haber tenido conocimiento de ellos el pasado 17 de octubre de 2017, tras el requerimiento realizado por el Consejo de Transparencia y Buen Gobierno a la Comunidad de Regantes demandada, quien el pasado día 18 de septiembre remitió a dicho Consejo un informe en el que se recogen todos los Presidentes de la Junta de Gobierno de la Comunidad de Regantes demandada desde el año 1.995 hasta el 2.016, acreditándose que el Sr. FFF no fue Presidente de la Junta de Gobierno ni el 29/06/2005 cuando se le otorgó el Poder General y Especial de Pleitos ni en fecha posterior, careciendo de legitimidad para comparecer como parte procesal legítima en representación de la demandada tanto en el procedimiento de Recurso Contencioso núm. XXX del Juzgado de lo Contencioso núm. 3 de Jaén, como posteriormente en el Recurso de Apelación contra la sentencia dictada por dicho Juzgado, interpuesto ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía en Granada. De la misma manera, ninguna otra persona distinta del Presidente puede ser considerado sujeto de la relación jurídico procesal, ni parte procesal legítima para comparecer por la demandada como así lo recoge la L.E.C. en su art. 10. "Condición de ser parte procesal legítima. - Serán considerados partes legítimas quienes comparezcan y actúen en juicio como titulares de la relación jurídica u objeto litigioso". Visto tal planteamiento, aun entendiendo que la razón sustentadora del motivo de revisión, sobrevenida al proceso mismo, sea la prevista en el artículo 102.1.a) LJCA -los casos en que, después de dictada la sentencia firme, se recobrasen documentos decisivos, no aportados por causa de fuerza mayor o por obra de la parte en cuyo favor se hubiere dictado la sentencia- no se identifica con una mínima claridad y precisión de qué pruebas decisivas tratarían los documentos, esto es, qué hechos demostrarían éstos con valor incontrovertible; en qué fechas llegaron a real conocimiento del Sr. GGG y las circunstancias, mínimamente expuestas, de la imposibilidad de aportarlos al proceso de instancia, precisamente por fuerza mayor o por obra de la Administración allí recurrida, lo que ni siquiera se sugiere, así como un razonamiento sobre el valor y utilidad de los documentos para dar amparo a su pretensión -que era, cabe recordar, de orden procesal, relativa a la inválida constitución de la relación jurídica en el litigio-.

Antes, al contrario, el demandante se ha limitado a aportar ahora unos documentos que se dicen obtenidos el 17 de octubre de 2017, tras el requerimiento realizado por el Consejo de Transparencia y Buen Gobierno a la Comunidad de Regantes demandada, remitido el 18 de septiembre anterior, consistente en informe en el que se mencionan todos los Presidentes de la Junta de Gobierno de la Comunidad de Regantes demandada desde el año 1995 hasta el 2016, lo que a juicio del recurrente significa que 7. el Sr. FFF no fue Presidente de la Junta de Gobierno ni el 29/06/2005 cuando se le otorgó el Poder General y Especial de Pleitos ni en fecha posterior, careciendo de legitimidad (sic) para comparecer como parte procesal legítima en representación de la demandada". Sin embargo, resulta claramente patente, de las propias palabras de la demanda, que no se alude en tal escrito procesal a documentos anteriores al litigio, recobrados o aparecidos más tarde -ocultos por fuerza mayor o por artimaña procesal de la Comunidad demandada- sino a datos o informaciones que fueron obtenidos por el Sr. GGG tras la firmeza sobre hechos o circunstancias anteriores, lo que resulta diferente.

En suma, aun agotando todas las posibilidades e interpretando, con muy escasa base, hipotéticamente, que el motivo en el que se ampara la revisión de sentencia que aquí se intenta fuera el contemplado en el apartado a) del artículo 102.1 LJCA -

pues se refiere a documentos recobrados después del término del proceso y que hubieran servido por sí mismos, en su opinión, para variar el sentido del fallo, lo que ni siquiera se razona con un mínimo de rigor argumental- el recurso carece de base y fundamento.

En efecto, el artículo 102.1.a) señala que: "1. Habrá lugar a la revisión de una sentencia firme: a) Si después de pronunciada se recobraren documentos decisivos, no aportados por causa de fuerza mayor o por obra de la parte en cuyo favor se hubiere dictado...", por lo que es patente la falta de concurrencia en este caso de la transcrita causa rescisoria, lo que vamos a sintetizar del modo siguiente: -. Conforme a la reiterada jurisprudencia de esta Sala -y de las demás del Tribunal Supremo, pues la institución es común a ellas- en materia de revisión de sentencias firmes no es admisible, dado el carácter extraordinario del proceso, la pretensión sino cuando tiene un exacto encaje en algunos de los concretos casos en que se autoriza su interposición. Bajo tal necesaria exigencia, la demanda debe ser rechazada, pues si bien se indica a qué causa legal revisoria se acoge y bajo qué fundamentos, no se argumenta sobre la imposibilidad de que tales documentos hubieran podido ser obtenidos tempestivamente y aportados en el proceso por el actor en defensa de sus intereses, en las dos sucesivas instancias del litigio. -. El recurrente pretende en realidad formular una nueva demanda tras el fracaso de la primera, en los mismos términos en que estableció su pretensión en la instancia ante el juzgado y en apelación ante la Sala que lo han enjuiciado, para que se reinterprete el criterio de ambas sentencias, no ya sobre el fondo del asunto, sino sobre la denuncia de falta de legitimidad -así se la denomina de forma reiterada- de que adolecería la comunidad de regantes demandada para comparecer en juicio. -.

Además, dada la extrema vaguedad con que se menciona el documento pretendidamente decisivo -un informe que revela datos que eran ya conocidos por el Sr. GGG y que bien pudo poner a disposición del Juzgado y la Sala sucesivamente sentenciadores-, existe el problema del plazo legal de interposición, pues aunque el de cinco años que establece el artículo 512.1 de la LEC se cumple en este asunto, por el contrario el plazo de tres meses (artículo 512.2 LEC) a contar desde la supuesta aparición o recobro del documento que se dice -más bien no se dice- retenido sería problemático que se hubiera observado, pues la fecha de la recepción por el interesado no consta con certeza si es anterior en más de tres meses a la interposición de esta demanda, sin que conozcamos dato alguno sobre la retención y recuperación de tal documento, salvo que no se imputa a fuerza mayor o a ardid o maniobra procesal alguna de la Administración demandada en la instancia (art. 102.1.a) LJCA).- La demanda no revela dato alguno del que extraer la fecha de conocimiento real por el Sr. GGG de tal documento, siendo así que, como resulta de jurisprudencia constante y reiterada, la prueba de la observancia del plazo de tres meses -entre los demás requisitos procesales-, es carga que incumbe al demandante de revisión y que se satisface concretando el "dies a quo" de los mencionados tres meses -STS de 5 de junio de 2017 (recurso de revisión nº 27/2016) y STS de 12 de junio de 2014 (recurso de revisión nº 37/2012). Además, como también hemos dicho repetidamente, no es la obtención física del documento el momento de inicio del cómputo trimestral, cuando el conocimiento de los datos o hechos contenidos en él fuera anterior, como aquí parece haber sucedido, tal como indica el Ministerio Fiscal en su informe. -. 5) En todo caso, tratándose en este caso de un informe sobre hechos de que tiene constancia desde hace años la Comunidad de Regantes informante -desde 1995, al menos, a que se refiere la fecha de otorgamiento del poder para pleitos que se denuncia como indebido-, bien pudo ser solicitado y obtenido por aquél, en su momento oportuno, para aportarlo como prueba en el recurso de instancia o en la apelación. Ello impide conceptuarlo como documento recobrado, todo ello al margen de que, dado el escaso valor probatorio de los hechos certificados para establecer el núcleo central de la responsabilidad patrimonial, tal documento no puede ser conceptuado como decisivo. El artículo 102.1.a) LJCA configura como motivo de revisión los casos en que, después de dictada la sentencia firme, se recobrasen documentos decisivos, no aportados por causa de fuerza mayor o por obra de la parte en cuyo favor se hubiere dictado la sentencia. Conforme a la jurisprudencia constante de esta Sala, la revisión basada en tal causa legal requiere: a) Que los documentos hayan sido "recobrados" con posterioridad al momento en que haya precluido la posibilidad de aportarlos al proceso; b) Que tales documentos sean "anteriores" a la fecha de la sentencia firme objeto sometida a proceso de revisión, habiendo estado "retenidos" por fuerza mayor o por obra de la parte favorecida con la resolución firme; y c) Que se trate de documentos "decisivos" para resolver la controversia, en el sentido de que mediante una provisional apreciación pueda inferirse que, de haber sido presentados en el litigio, la decisión recaída tendría un sesgo diferente [sentencia de 29 de marzo de 2012 (recurso de revisión 37/2010; ES:TS:2012:2672), FJ 11. La doctrina expuesta pone en evidencia, de forma diáfana, que la demanda de revisión que examinamos ahora no puede alcanzar el éxito procesal, pues no se cumple, como seguidamente detallaremos, ninguno de los tres requisitos o características que han de reunir los documentos aportados como justificadores de la procedencia de aquélla, siendo así que las tres notas han de reunirse cumulativamente: no estamos ante documentos en sentido propio, aunque su contenido se vierta lógicamente sobre un documento, sino en presencia de un informe que, lógicamente, se plasma en un soporte documental. No es inoportuno recordar a tal efecto que nuestra ley procesal menciona como documentos -susceptibles por ello de las acciones de sustracción, retención, recobro o descubrimiento-, los aptos para ser considerados así desde el punto de vista procesal, como objeto o soporte de la prueba documental, siendo así que lo que aquí se reivindica no es la aportación -o ausencia, en su día- del documento como tal, sino la existencia de un dato o una información conocido después y que, como es obvio, se refleja en un documento, que no es preexistente al proceso, sino posterior a él. Se trata, por ende, de un documento expedido en un momento posterior a la firmeza de la sentencia, incumpliendo claramente la exigencia legal insoslayable de que fuera anterior a ésta, única posibilidad en que cabría sostener que la sentencia cuya revisión se pretende habría sido injusta porque los documentos, preexistentes, no pudo presentarlos la parte a quien beneficiaban por haber sido privada de tal posibilidad, bien por causa de fuerza mayor, bien por obra de la parte favorecida por la sentencia. En suma, no se puede retener, recuperar o sustraer aquello que aún no existe. Tampoco podría ser objeto de sustracción, retención o recobro una mera información o un dato al margen de su estampación en un soporte documental, cuanto tales datos o hechos sucedieron antes del pleito, figuran en archivos públicos

de los que puede obtenerse copia y pueden ser conocidos de forma oficial, con sólo pedirlos. Además de lo anterior, no estamos ante documentos en rigor decisivos, pues ni acreditan per se de forma fehaciente unos hechos o pruebas, ni cabe suponer con algún fundamento que el Tribunal sentenciador habría cambiado de parecer de haberlos conocido y valorado. No puede olvidarse que la pretensión que aquí se supone desatendida es procesalmente insólita -sin mencionarlo de modo explícito, parece sugerirse la falta de legitimación pasiva de la Administración demandada, instada por quien la demanda en juicio-. Pues bien, al margen de que no estamos ante documentos en el sentido estricto y especial del artículo 102.1.a) LJCA y de que, aun suponiendo que lo fueran, serían posteriores a la sentencia que se aspira a rescindir, aun cuando en un sentido material tuvieran la condición de documentos no revelarían per se una verdad irrefragable, máxime si se tiene en cuenta que la razón sustentadora del rechazo de la inadmisión propuesta quedó suficientemente razonada en las dos sentencias cuya revisión se pretende, que abordaron el fondo del asunto y rechazaron la pretensión de responsabilidad articulada en el litigio por falta absoluta de los hechos determinantes de aquélla. Recapitulando todo lo expuesto, aun cuando todas las razones que hemos ofrecido para negar que estemos en presencia de la causa de revisión prevista en el artículo 102.1.a) de la LJCA no fueran suficientes, las alegaciones que aduce la parte recurrente para tratar de justificar la aportación a posteriori de los datos ofrecidos como documento refuerzan la necesidad de desestimar la demanda, pues no son aceptables ni sirven para soslayar las exigencias estructurales del proceso de revisión, ya que no hay aquí, con toda evidencia, documentos en sentido propio, ni recibo de éstos, ni fuerza mayor, ni impedimento para su presentación que fuera debido a la conducta de la contraparte, ni tales informaciones sobre la identidad de las personas que han ostentado cargos representativos en la Comunidad de Regantes, dados sus términos y su significación, poseen valor de prueba tasada o son reveladores per se de la imputada equivocación de la Sala de instancia. Por ello mismo, no cabe concluir que, de haberse conocido y aportado pertinentemente al proceso como pruebas, necesariamente habría cambiado el signo del fallo. Baste para ello con la clara e insalvable contradicción en que incurre la demanda: de un lado considera como Administración pública a la comunidad de regantes -no de otro modo podría haber sido demandada ante esta jurisdicción, aun cuando falte todo rastro del acto administrativo expreso o tácito que debería constituir el objeto impugnatorio sobre el que dirigir la acción de nulidad y que aquí brilla por su ausencia-; y de otro, contradictoriamente, le niega tal carácter en la demanda, pero a efectos de no dotarla del estatuto procesal que a las Administraciones -entre otras, la corporativa o de base asociativa o personal- confiere la ley de esta jurisdicción, como en lo atinente a la consideración insoslayable de parte demandada (artículo 21 LJCA), a "...a) [L]as Administraciones públicas o cualesquiera de los órganos mencionados en el artículo 1.3 contra cuya actividad se dirija el recurso...", con referencia en el apartado 2º a las Corporaciones públicas. Tal condición procesal de demandada, además, se ha reconocido para las comunidades de regantes en la sentencia de este Tribunal Supremo de 1 de febrero de 2011 (recurso de casación nº 5670/2006). Al margen de ello, el artículo 50 de la LJCA, citado por el Ministerio Fiscal, aclara que "...1. El emplazamiento de la Administración se entenderá efectuado por la reclamación del expediente 2. Las administraciones públicas se entenderán personadas por el envío del expediente". El problema, por tanto, radica en que el recurrente planteó en la instancia y en apelación una especie anómala, no formalizada como tal, de inadmisión por falta de legitimación pasiva, aunque fundada en que el poder para pleitos lo había otorgado quien no era presidente de la Comunidad de Regantes en el momento de su otorgamiento. Sin embargo, basta con la elemental observación de que el demandante no puede objetar causas legales de inadmisión de su propio recurso (vid. artículos 51, 58 y 69 de la Ley reguladora de esta jurisdicción), para negar paladinamente la condición de documento decisivo al aportado a tal fin como base de la revisión intentada. Por lo anteriormente expuesto, el proceso de revisión debe ser desestimado.

DATOS AUTO

Conflicto núm. 8/2018. Sala Especial de Conflictos de Competencia Artículo 42 LOPJ
Auto núm. 17/2018,
Fecha Auto: 26 de noviembre de 2018
Ponente: Excm. Sra. D^a María Lourdes Arastey Sahún.

TEMA

Conflicto de jurisdicción: solicitud de reingreso al servicio activo: relación previa como contratado laboral y posterior nombramiento como funcionario.

ASPECTOS EXAMINADOS

- El 25 de noviembre de 2016 por la representación legal de D. EEEl se presentó demanda ante el Juzgado de lo Social nº 5 de los de Valencia frente a la Generalitat Valenciana (Conselleria de Justicia, Administración pública, reformas democràtiques i llibertats públiques) y frente al Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS), suplicando que se declarara su derecho al reingreso al servicio activo como funcionario de la Generalitat Valenciana. Previa audiencia al actor y traslado al Ministerio

Fiscal, por Auto de 7 de febrero de 2017 la Magistrada-Juez de dicho órgano judicial declaró la falta de competencia del Juzgado en favor del orden jurisdiccional contencioso-administrativo. En fecha 4 de abril de 2017 el actor reprodujo su pretensión ante el Juzgado de lo Contencioso-administrativo nº 10 de los de Valencia, el cual, por decreto de 23 de mayo de 2017, admitió a trámite la demanda, acordando su tramitación por el cauce del procedimiento abreviado del art. 78 LJCA, fijando la cuantía en indeterminada —sin perjuicio de la que definitivamente se fijara en sentencia—, y señalando para la vista el 22 de marzo de 2018. Por providencia de 3 de abril de 2018 se acordó oír a las partes y al Ministerio Fiscal respecto de la eventual incompetencia del orden contencioso-administrativo. Evacuando el indicado trámite, mediante Auto de 30 de abril de 2018 el Magistrado-juez de lo Contencioso-administrativo nº 10 de Valencia acordó declinar el conocimiento del asunto por falta de jurisdicción.-. El 11 de mayo de 2018 la parte actora presentó ante el citado Juzgado de lo Contencioso-administrativo recurso por defecto de jurisdicción.

El origen de la controversia se halla en la solicitud de reingreso al servicio activo en el grupo D, que el actor presentó el 4 de julio de 2016. El actor, ocupaba plaza de funcionario perteneciente al subgrupo C2, y pasó a situación de excedencia voluntaria por interés particular el 3 de marzo de 2016 en relación al puesto XXX. Alega el mismo que cabe su reingreso como contratado laboral fijo, condición que ostentaba con anterioridad, habiendo pasado a situación de excedencia voluntaria automática tras su nombramiento como funcionario el 16 de septiembre de 1999. Pretende, pues, su reingreso en aquel puesto del grupo D entendiéndolo que la Administración está obligada a dotarle de un puesto de naturaleza laboral del grupo D. La solicitud fue desestimada por la Dirección General de la Función Pública de la Generalitat Valenciana en fecha 3 de agosto de 2016 argumentando que no existía en la Administración de la Generalitat ningún puesto de trabajo de naturaleza laboral de su categoría. Frente a dicha resolución el actor interpuso reclamación previa el 24 de agosto de 2016, desestimada, a su vez, por resolución del 16 de septiembre de 2016, indicando que contra la misma cabía acudir ante el Juzgado de lo Social, según los arts. 125 LRJAP y PAC y 69 y ss. LRJS. Se razonaba en la resolución que el actor ostenta la condición de funcionario de carrera (cuerpo C2-01-01, auxiliar de gestión). La Administración demandada sostiene que no existe ningún puesto de trabajo de naturaleza laboral de dichas características, no siendo admisible su reingreso por aquella causa, al ser ahora funcionario, lo que exige que el reingreso se produzca en puesto funcional y siempre que se cumplan los requisitos para el reingreso —permanencia de dos años en la excedencia—.

Para el Juzgado de lo Social la condición de funcionario público del demandante impide aceptar la competencia de ese orden jurisdiccional. Por el contrario, el Juzgado de lo Contencioso-administrativo pone de relieve que el actor no está invocando su condición de funcionario, sino su situación de excedencia como empleado laboral, lo que, para ese órgano judicial determina su falta de competencia.

Con arreglo a lo establecido en el art. 1 LRJS, la competencia de los órganos jurisdiccionales del orden social está determinada por la naturaleza la pretensión que promueve, de suerte que están incluidas aquellas que se encuentren "dentro de la rama social del Derecho". Este concepto se integra por lo que de modo minucioso se desarrolla en el art. 2 LRJS que, de nuevo, atiende a la "cuestión litigiosa", lo que nos obliga a definir cuál es el objeto de la pretensión. Dentro de la rama social del Derecho se incluyen las cuestiones litigiosas promovidas entre empresarios y trabajadores como consecuencia del contrato de trabajo (art. 2 a) LRJS). De ahí que cualquier controversia surgida entre las partes del contrato de trabajo precisamente por razón de ese vínculo contractual deba ser necesariamente ventilada ante los jueces y tribunales de lo Social. Ninguna duda cabe que ello incluye las relaciones laborales de los empleados públicos, cuando ésa sea la naturaleza de la vinculación con la administración empleadora, de suerte que la naturaleza pública del empresario no altera aquella distribución competencial, ya que las Administraciones públicas, tienen también reconocida la posibilidad de ajustar una parte de dicha actuación a las normas del Derecho privado, bien sea este el civil o el laboral (ATS/Sala Art. 42 de 17 junio 2013 —A42/5/13—, recogiendo la doctrina de la Sala 3a de este Tribunal).

De lo que aquí se trata es de analizar el núcleo de lo pretendido en la demanda, sin perjuicio de la decisión judicial que finalmente resuelva sobre la prosperabilidad o no del reconocimiento del derecho pretendido por el demandante. Es cierto que el sustrato fáctico en el que se asienta el litigio revela que entre las partes se han dado dos tipos de relaciones distintas —laboral y funcional; mas, la demanda se plantea partiendo de una situación peculiar provocada por la situación de excedencia del actor. Éste cesó en la prestación de servicios de carácter laboral —formalmente, al menos— por pasar a una situación de excedencia que es a la que ahora pretende poner fin solicitando su reingreso. Su pretensión delimita la cognición del proceso a la determinación de si reúne los elementos necesarios para el logro de la satisfacción de su interés en reanudar aquella relación laboral interrumpida con el pase a la excedencia. Desde esa perspectiva, el debate litigioso se ceñirá a una cuestión estricta sobre los derechos y obligaciones derivados de aquel contrato de trabajo, sin incidencia alguna sobre la relación funcional —aun cuando la adquisición de esta condición sí pudiera tener relevancia, en cambio, para valorar cuestiones tales como la pervivencia o pérdida de aquélla— Por consiguiente, es al órgano judicial de lo Social al que le corresponde dar respuesta a la pretensión de la parte demandante y analizar si, efectivamente, le asistía el derecho al reingreso en calidad de empleado con relación laboral, como pretende y, por tanto, en virtud del vínculo contractual que existía con anterioridad a su ulterior condición de funcionario. Así lo entiende la propia administración demandada cuando

justifica la negativa al reingreso en la inexistencia de plaza. En consecuencia, procede atribuir la competencia al orden jurisdiccional social.

DATOS SENTENCIA

Conflicto de Jurisdicción núm. 8/2/2018. TCJ Art.38 LOPJ
Sentencia de 26 de noviembre de 2018
Ponente: Excmo. Sr. D. Landelino Lavilla Alsina.

TEMA

Asistencia jurídica gratuita: determinación del órgano a quien compete declarar que D^a. MMM, ha venido a mejor fortuna y, en consecuencia, está obligada al pago de las costas causadas: modificación normativa: régimen aplicable.

ASPECTOS EXAMINADOS

- El conflicto se suscita a los efectos de decidir a quien compete determinar si D^a. MMM, a quien la Comisión de Asistencia Jurídica Gratuita de Badajoz confirmó la decisión adoptada por el Colegio de Abogados de Badajoz reconociéndole el derecho de asistencia jurídica gratuita con las prestaciones fijadas en el artículo 6 de la Ley 1/1996, para su ejercicio ante el Juzgado de lo Contencioso-administrativo N^o1 de Mérida, ha venido a mejor fortuna y, en consecuencia, está obligada al pago de las costas causadas (en su defensa y en la de la parte contraria) en los autos del procedimiento ordinario n^o XXX seguidos ante el Juzgado de lo Contencioso-administrativo N^o1 de Mérida.
El Ministerio Fiscal informa que la competencia corresponde, al amparo de lo dispuesto en la Ley 1/1996, de Asistencia Jurídica Gratuita -en su redacción original-al Juzgado de lo Contencioso-administrativo n^o 1 de Mérida: así ha sido resuelto de manera reiterada -dice- por el Tribunal de Conflictos en varias sentencias cuyo contenido se recoge en la de 28 de junio de 2010 (conflicto 1/2010) en el sentido de que tal decisión pertenece al órgano judicial siguiendo el criterio de la sentencia de 20 de octubre de 1999 (conflicto 5/99), reproducido posteriormente en la de 18 de diciembre de 2000 (conflicto 9/00) y en la de 17 de diciembre de 2009 (conflicto 2/09) y mantenida en la más reciente Sentencia del Tribunal de Conflictos de 18 de febrero de 2014 (conflicto 9/2013). El propio Fiscal advierte, previamente, que la Disposición final tercera 18', de la Ley 14/2015, de 5 de octubre, de reforma de la Ley 1/2000 de Enjuiciamiento Civil, modificó los apartados 1 y 2 del artículo 36 de la Ley 1/1996, de 10 de enero, de Asistencia Jurídica Gratuita, y estableció que compete a la Comisión de Asistencia Jurídica Gratuita -dice- "la declaración de si el beneficiario ha venido a mejor fortuna, conforme a lo dispuesto en el artículo 19", pudiendo ser impugnada la resolución que dicte en la forma prevista en el artículo 20. La disposición transitoria de la Ley 42/2015 establece, por otra parte, que "las solicitudes de justicia gratuita, presentadas con anterioridad a la entrada en vigor de la presente Ley, se regirán por la normativa vigente en el momento de efectuar la solicitud" y la disposición final duodécima prescribe que "la presente Ley entrará en vigor el día siguiente al de su publicación en el BOE", por lo que, publicada el 6 de octubre, entró en vigor el 7 de octubre de 2015.
- En virtud del cambio legislativo producido, el conflicto se traslada a fijar el día en que fue solicitado el beneficio de justicia gratuita, a efectos de discernir si es de aplicación al caso la Ley 42/2015 o la versión del artículo 36 de la Ley 1/1996 antes de su modificación por aquella Ley 42/2015. En el caso ahora considerado, el derecho a la asistencia gratuita había sido reconocido el 13 de octubre de 2011, antes por consiguiente de la entrada en vigor de la Ley 42/2015 (que tuvo lugar el 7 de octubre de 2015), por lo que el conflicto debe ser resuelto con sujeción a las normas -y criterios de interpretación y aplicación- contenidos en la Ley 1/1996. En consecuencia, al mantenerse para su aplicación al caso el artículo 36 en la versión de 1996 de la Ley de Asistencia Jurídica Gratuita, la conclusión a que se llega es que el conflicto debe ser resuelto declarando la competencia jurisdiccional del Juzgado Contencioso-administrativo N^o 1 de Mérida.

DATOS SENTENCIA

Recurso de Casación núm. 509/2017
Sentencia núm. 1452/2018
Fecha Sentencia: 2 de octubre de 2018
Ponente: Excmo. Sr. D. Segundo Menéndez Pérez.

TEMA

Funcionario de la Administración del Estado que es propuesto y nombrado vocal-vecino de una Junta de Distrito del Ayuntamiento de Madrid. Su condición jurídica es la propia de un cargo público representativo, incluido como tal en el ámbito subjetivo de aplicación del art. 23 de la Constitución. Compatibilidad de dicho cargo con su condición de funcionario.

ASPECTOS EXAMINADOS

- Antecedentes de hecho: El informe del Ministerio Fiscal: Con entrada en el Registro General de este Tribunal Supremo el día 22 de diciembre de 2017. En él interesa que “se acuerde la nulidad de la Sentencia de 19 de diciembre de 2016, dictada por la Sección Séptima de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, en el rollo XXX, y se dicte una nueva resolución en la que se declare compatible el cargo de Vocal Vecino de la Junta de Distrito de Retiro del Ayuntamiento de Madrid, con el desempeño de las funciones de D. CCC, como funcionario Jefe de Área de la Subdirección de Gerencia del Museo Nacional Centro de Arte Reina Sofía, fijando como doctrina de la Excm. Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo, que la participación representativa y el acceso de los ciudadanos a los cargos públicos no necesariamente conecta con el derecho electoral y los principios de sufragio universal, libre, igual, directo y secreto ”
- Sus razonamientos jurídicos son los siguientes: La primera cuestión con interés casacional formulada por la Excm. Sala de Admisión, en su Auto de 4 de julio de 2017, conecta con el análisis del interrogante de "Si el cargo de vocal vecino de la Junta Municipal del Distrito de Retiro de Madrid está comprendido en el ámbito de protección que dispensa el derecho fundamental de acceso a las funciones y cargos públicos establecido en el artículo 23.2 de la Constitución". Lo que nos lleva al estudio y análisis del artículo 23 de la Constitución de 27 de diciembre de 1978, cuya dicción literal establece: [...] La doctrina y la jurisprudencia coinciden en afirmar que en el precepto se tutelan tres Derechos Fundamentales: 1º. - El derecho a la participación política directa, o a través de representantes, que alude a las formas de democracia directa o semidirecta. (Art. 23.1). 2º. - El derecho de acceso a cargos públicos con los requisitos establecidos en las leyes. (Art.23.2.) 3º. - El derecho de acceso a la función pública en condiciones de igualdad conforme a los principios de mérito y capacidad referidos en el artículo 103.3 de la CE. (Art.23.2). El Derecho de Acceso a los Cargos Públicos con los Requisitos Establecidos en las Leyes. Ciñendo nuestro estudio al análisis del Derecho de Acceso a los Cargos Públicos con los Requisitos Establecidos en las Leyes, la doctrina y la jurisprudencia han entendido mayoritariamente que el referido apartado segundo del art. 23 de la norma constitucional, acoge con carácter complementario al Derecho de Participación Representativa, previsto en el apartado primero, el derecho a acceder a cargos públicos también de carácter representativo. Siendo por ello necesario precisar que los derechos de participación en asuntos públicos (art. 23.1 CE) y el derecho de acceso a los cargos públicos (art. 23.2 CE), forman un todo inescindible, al tiempo que ambos derechos poseen un contenido prestacional, una función de garantía y un derecho de libertad (STC 136/1999, de 20 de julio), así lo ha declarado la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, al reiterar hasta la saciedad que: "La norma contenida en el artículo 23.1 CE, resulta inseparable de la contenida en el artículo 23.2 CE, (SSTC 161/98, de 20 de septiembre FJ 6; 24/89, de 2 de febrero FJ 2 y STC 71/1980, de 20 de abril), aunque la conexión entre ambos apartados del artículo 23 CE, no debe suponer la imposibilidad de identificar el contenido propio y distinto de cada uno de los derechos reconocidos en el precepto".
- Por ello, la primera consideración que debemos hacer es concretar, si el cargo de Vocal Vecino de la Junta de Distrito Retiro del Ayuntamiento de Madrid, está comprendido, o no, en el ámbito de protección de los derechos fundamentales protegidos en el artículo 23 de la CE, y si así fuera, identificar cual es el derecho realmente lesionado. Hasta ahora la jurisprudencia ha ubicado en el ámbito del artículo 23 de la Constitución, los derechos de participación y acceso a los cargos públicos, pero en conexión con los principios de sufragio universal, igual, libre, directo, secreto, soberanía nacional y pluralismo político. Así lo ha declarado el Tribunal Constitucional en su Sentencia núm. 212/1993, de 28 de junio, al afirmar en su FJ 4, que [...], olvidando que la participación representativa puede ser electiva o de otra naturaleza. La Constitución de 1978, es fiel reflejo de las tendencias favorables a la participación ciudadana en los asuntos públicos, así en su texto abundan los mandatos o llamadas a la participación arts. 9.2, 27.5, 48, 51.1, 87.3, 105 a) 131.2, pero sobre todo destaca su artículo 23 CE. La Participación de los Ciudadanos en los Asuntos Públicos. El Tribunal Constitucional, en SS. 51/84; 119/95 y 166/2001, ha sostenido que el Derecho a Participar en asuntos públicos a que se refiere el art. 23-1 de la CE, es la participación política que se realiza a través del referéndum o elecciones por sufragio universal, pero no la participación administrativa para la que se requiere un llamamiento legal; aunque también es cierto, que en alguna decisión aislada ha llegado a afirmar que el precepto, interpretado a la luz de los Pactos Internacionales sobre Derechos Fundamentales suscritos por España, hace referencia no solo a los cargos y funciones representativos, a los que se llega por procedimientos electivos (STC 23/1984); de ahí que hoy la doctrina más actual entienda que los derechos fundamentales reconocidos en el artículo 23 de la CE, son aplicables a supuestos de participación ciudadana o de acceso a cargos públicos no representativos, siempre claro está, que se trate de cargos y funciones públicas (así, entre otras, SSTC 5/1983, 10/1983, 21/1984, 5/1986, 148/1986, 176/1986). Esta extensión del ámbito protegido por el Derecho Fundamental no implica, sin embargo, en modo alguno, que dentro de él no hayan de establecerse distinciones, pues no es el mismo el contenido de tal derecho cuando se predica de cargos

funcionariales o, más ampliamente, no representativos, que cuando hace relación a cargos que se alcanzan a través de la elección popular y tienen, por tanto, naturaleza representativa. Respecto de los primeros, como dice la STC 50/1986 «lo que como concreción del principio general de igualdad otorga el art. 23.2 C.E. a todos los españoles, es un derecho de carácter puramente reaccional para impugnar ante la jurisdicción ordinaria y en último término ante este Tribunal, toda norma o toda aplicación concreta de una norma que quiebren la igualdad.» Por el contrario, en el caso de los cargos y funciones representativos y, en general, de cargos y funciones cuya naturaleza esencial viene definida por la propia Constitución «los requisitos que señalen las leyes» solo serán admisibles en la medida en que sean congruentes con esa naturaleza y, por tanto, las normas que los establecen como los actos de aplicación de éstas pueden ser traídos ante este Tribunal, no solo por quiebra de la igualdad, sino por cualquier otro género de inadecuación. Esta doctrina que establecen las SSTC 5/1983, 10/1983 y otras, apoya la íntima relación que existe entre los derechos garantizados en los dos apartados del art. 23 CE, sin que el carácter de configuración legal del derecho de acceso a los cargos públicos con los requisitos establecidos en las leyes (art.23.2), nos pueda hacer olvidar que ambos derechos reconocidos en el artículo 23, son derechos fundamentales.

Así el Tribunal Constitucional en una de sus primeras Sentencias declaró que «nada que concierna al ejercicio por los ciudadanos de los derechos que la Constitución les reconoce, podrá considerarse ajeno a este Tribunal» (STC 26/1981, fundamento jurídico 14) y por ello en su condición de «intérprete supremo de la Constitución» (art. 1.1 LOTC), el Tribunal Constitucional debe revisar, si a ello es instado en vía de amparo, si la interpretación de la legalidad configuradora de los derechos fundamentales se ha llevado a cabo *Secundum Constitutionem* y, en particular, si dados los hechos apreciados por el órgano judicial, la aplicación de la legalidad ha podido afectar «a la integridad del derecho fundamental aquí comprometido (art. 23.2 C.E.)» (STC 79/1989 antes citada). De no ser así, los derechos fundamentales de configuración legal quedarían degradados al plano de la legalidad ordinaria y por esta vía excluidos del control del amparo constitucional [art. 161.1.b) C.E.], instrumento que resulta idóneo para revisar una eventual lesión de los derechos del art. 23.2 C.E., pues el principio de interpretación de la legalidad en el sentido más favorable a los derechos fundamentales ha sido reiteradamente reconocido por el Tribunal, tanto en términos generales (SSTC 34/1983, 17/1985 y 57/1985, entre otras resoluciones), como a propósito de los derechos de sufragio activo y pasivo. Dicho de otro modo, el Tribunal, en su STC 76/1987, fundamento 2º, dijo, y ahora lo reitera, que «la Constitución ha introducido un principio de interpretación del ordenamiento jurídico en el sentido más favorable al ejercicio y disfrute de los derechos fundamentales que ha de ser tenido en cuenta por todos los poderes públicos y muy especialmente por los órganos jurisdiccionales en su función de aplicación de las leyes». SÉXTO.- De los anteriores razonamientos y teniendo siempre presentes las cuestiones planteadas por la Excm. Sala de Admisión, sin perjuicio de las amplias facultades de la Excm. Sala de Enjuiciamiento, podemos llegar a la conclusión que los derechos fundamentales vulnerados por la sentencia impugnada, son el derecho de participación del artículo 23.1 CE, en su proyección sobre el derecho de acceso a los cargos públicos que como derecho de configuración legal, conecta con: 1º) Las leyes que integran las fuentes del Derecho Local, en cuyas exposiciones de motivos se reitera constantemente el derecho de participación ciudadana en la gestión de los asuntos municipales, y 2º) Las normas reglamentarias del Ayuntamiento de Madrid, que configuran como órgano de la corporación municipal a los Vocales Vecinos a los que se integra en la Junta Municipal de Distrito, órgano de representación político vecinal en el referido Ayuntamiento. Normas que integran las Fuentes del Derecho Local. Por lo que respecta a normas que integran las fuentes del Derecho Local, están constituidas por: a) La Legislación Estatal, que conforman la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local; los preceptos del Texto Refundido de Régimen Local, aprobado por el Decreto Legislativo 78/1986, de 18 de abril, reformado por la Ley 11/1999, de 21 de abril, fruto del Pacto Local; la Ley 57/2003, de 16 de diciembre, de Medidas para la Modernización del Régimen Local, que introdujo en la LRBRL un nuevo Título X, en el que se establece un régimen orgánico específico para los municipios de gran población, y la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de Racionalización y Sostenibilidad Financiera de la Administración Local. b) Las Leyes Autonómicas de Régimen Local, y c) La Normativa Autónoma Municipal, constituida fundamentalmente por los Reglamentos Orgánicos de cada Entidad Local (Artículo 47.3 LRBRL), normas a las que se puede añadir como Legislación Estatal de carácter Supletorio, el Texto Refundido y el Reglamento Estatal de Organización y Funcionamiento de las Corporaciones Locales, aprobado por R. D. 2568/1986, de 28 de noviembre. Marco Normativo de la Participación Ciudadana. Así pues, el marco normativo de la participación ciudadana en la administración local, está constituido por: 1º) El artículo 130 del ROFCL, que contempla la posibilidad de que el Pleno de cada Corporación pueda acordar el establecimiento de los Consejos Sectoriales, que tienen por finalidad la participación de los ciudadanos y sus asociaciones en los asuntos locales. 2º) El artículo 131.1 de la LRBRL, que obliga a los ayuntamientos acogidos al régimen especial de municipios de gran población a crear un Consejo Social de la Ciudadanía, donde se integran las asociaciones de vecinos más representativas, cuya constitucionalidad ha sido refrendada por la STC 103/2001. 3º) El art. 24 de la LRBRL, que para facilitar la participación ciudadana en la gestión de los asuntos locales establece que los municipios podrán establecer órganos territoriales de gestión desconcentrada. 4º) El artículo 128 del ROFCL, que, para acercar el Gobierno Municipal a las barriadas o distritos, establece que el Pleno del Ayuntamiento podrá acordar la creación de las Juntas Municipales de Distrito y así facilitar la participación ciudadana en el respectivo ámbito territorial (STS 24-2007). Todo, ello sin olvidar que fue la Ley

57/2003, de reforma de la LRBR, la que en su artículo 128.1 dio un paso más, al obligar a los ayuntamientos que se acogen al Régimen Especial de Municipios de Gran Población a crear los Distritos, como divisiones territoriales propias dotadas de órganos de gestión desconcentrada con la finalidad de impulsar y desarrollar la participación ciudadana en la gestión de los asuntos municipales, precepto cuya constitucionalidad fue refrendada también por el Tribunal Constitucional en su STC 103/2013.

El Reglamento Orgánico de Participación Ciudadana del Ayuntamiento de Madrid de 31 de mayo de 2004, publicado en el BOCM de 22 de junio de 2004, tomando como base el principio de participación de los ciudadanos en los asuntos públicos, tal y como se establece en la Carta Europea de la Autonomía Local y en la Constitución de 1978, teniendo en cuenta la nueva regulación que en materia de participación ciudadana estableció la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local, en su redacción dada por la Ley de Medidas de Modernización del Gobierno Local, así como las Recomendaciones que, respecto a la participación ciudadana en las grandes ciudades europeas, ha impartido el Comité de Ministros del Consejo de Europa declara en su exposición de motivos: "Que se combinan los clásicos mecanismos de participación a través de órganos estables, permanentes y con unas funciones definidas y, por otro, se arbitran procesos y tácticas participativas más informales, directas y flexibles, que incorporan técnicas rápidas propias de las nuevas tecnologías al servicio de la comunicación y la participación. Igualmente, se han consultado los reglamentos y normas de participación ciudadana de aquellos gobiernos". Por su parte, la estructura del reglamento viene a poner de manifiesto que: a) Se dirige tanto a los ciudadanos individualmente considerados como a las organizaciones en que se estructura la sociedad civil. b) Su finalidad esencial es impulsar los mecanismos de la democracia participativa. c) Se contemplan los derechos más importantes de la ciudadanía que se encuentran directamente implicados en una participación efectiva, tales como: La información en sus distintas modalidades, el derecho de petición, constitucionalmente garantizado, la participación efectiva de los vecinos y las entidades ciudadanas en los órganos centrales del Ayuntamiento y en las Juntas Municipales de Distrito; los derechos de iniciativa popular, la propuesta ciudadana, las proposiciones y el derecho de consulta; se contempla por primera vez el derecho a la audiencia pública, mediante sesiones abiertas en la que los ciudadanos puedan ser informados y escuchados respecto a los temas de competencia municipal. d) Se configura un Registro de Entidades Ciudadanas en el que estarán inscritas todas aquellas que tengan sede social en Madrid y que desarrollen actividades en la ciudad, sin perjuicio de que su actividad trascienda, como sucede en la mayoría de los casos, los límites del territorio municipal. e) La voluntad política de promocionar el asociacionismo y el voluntariado. Como órganos de participación ciudadana se regulan el Consejo Director de la Ciudad, que es el órgano más amplio de participación en la gestión municipal, al que corresponde el estudio y propuesta en materia de desarrollo económico social, planificación estratégica de la ciudad y grandes proyectos urbanos; los Consejos Sectoriales, que responden a la necesidad de crear espacios de participación, no sólo a nivel territorial, sino en las grandes áreas de actuación municipal, porque la participación ciudadana es una materia transversal, que debe estar presente en todos los ámbitos en los que se desarrolla la actividad municipal y los Consejos Territoriales de los Distritos, que se configuran como los órganos de participación por excelencia, ya que el distrito es el ámbito más cercano al vecino. En estos Consejos está presente el Concejil del Distrito, representantes de las asociaciones de vecinos con implantación en los distintos barrios y de las restantes asociaciones más representativas. En este ámbito es donde verdaderamente se otorga a las asociaciones vecinales una mayor presencia. En una experiencia relativamente novedosa, figuran también vecinos del Distrito, elegidos mediante un procedimiento aleatorio. Finalmente, el Reglamento también se ocupa principalmente de otras formas de desarrollo y promoción de la participación ciudadana, a través de mecanismos que permiten la participación en el diagnóstico de situaciones y en la formulación de políticas públicas. A esta idea responden los sondeos de opinión, las encuestas de satisfacción de los usuarios de servicios, los consejos y foros temáticos, y los paneles ciudadanos. Se trata, en definitiva, de fórmulas ágiles y rápidas de participación, que permiten incorporar las nuevas tecnologías de la comunicación y la información al servicio de la participación ciudadana.

Los Distritos y las Juntas Municipales de Distrito y los Vocales Vecinos. Según dispone el art.1 del Reglamento Orgánico de los Distritos de Madrid, de 23 de diciembre de 2004 (BOCM de 10 de enero de 2005, n° 7 pág. 98 a 106). "Sin perjuicio de la unidad de gobierno y gestión del municipio, los distritos constituyen divisiones territoriales del municipio de Madrid, dotados de órganos de gestión desconcentrada para el impulso y desarrollo de la participación ciudadana en la gestión de los asuntos municipales y su mejora". La Junta Municipal de Distrito, es el órgano de representación político-vecinal del distrito, y en ella junto a cargos electivos se articula la participación ciudadana a través de los vocales vecinos (art. 4).

La composición y el número de los miembros de la Junta Municipal de Distrito la determinara el Pleno del Ayuntamiento al inicio de cada mandato, y su distribución entre los grupos políticos con representación en el ayuntamiento, se realizará en proporción a su representación en el pleno, garantizándose así la presencia de todos los grupos políticos que hayan obtenido representación en las elecciones municipales (art. 38). La Junta municipal de Distrito la conforman: a) El Concejil Presidente. b) Un Vicepresidente y c) Los vocales, nombrados entre concejales o vecinos, por el alcalde a propuesta de los grupos políticos que designarán un portavoz, así como un portavoz adjunto (art. 7). Respecto del régimen jurídico de los Vocales, podemos destacar que: 1°. - Pueden formar parte de la Junta de Distrito, concejales o vecinos. 2°. - Al cargo de vocal vecino

puede acceder cualquier ciudadano mayor de edad inscrito en el censo electoral, siempre que no esté incurso en las causas de inelegibilidad o incompatibilidad previstas para los concejales en el artículo 178 de la LGE, 5/1985, de 19 de junio (art. 37). 3°. - El número de vocales vecinos lo determinará el Pleno del Ayuntamiento a propuesta de los grupos que componen la corporación municipal en proporción al número de concejales que hubieran obtenido en las últimas elecciones municipales (arts. 30, 38). 4°. - Los Vocales Vecinos serán nombrados por Decreto del Alcalde. 5°. - Una vez nombrados los vocales vecinos deberán prestar juramento y tomar posesión de su cargo ante el Presidente de la Junta de Distrito (art. 8) y a partir de ese momento, serán parte integrante de la Junta Municipal de Distrito (art. 36). 6°. - Cuando tomen posesión del cargo tendrán derecho a la percepción de la asignación económica que se establezca (art. 42). 7°. - La duración del cargo y el cese de los vocales vecinos está sujeta a la duración del mandato de la corporación municipal (art. 40). 8°. - Los vocales vecinos podrán ser cesados por el alcalde por las siguientes causas: a) Cuando el grupo político que los propuso les retire su confianza. b) Por inasistencia injustificada a más de tres sesiones consecutivas. c) Por causa sobrevenida de inelegibilidad o incompatibilidad. NOVENO-. Por su parte la exposición de motivos del Reglamento de Organización y Estructura de los Distritos y las Juntas Municipales, de 27 de julio de 2006, publicado en el BOCM de 11 de agosto de 2006, declara que la Ley 22/2006, de 4 de julio, de Capitalidad y de Régimen Especial de Madrid, establece para la Ciudad de Madrid, determinadas especialidades en el ámbito de la organización administrativa y del régimen de competencias de los órganos políticos del Ayuntamiento y en consecuencia, este nuevo modelo organizativo y competencial de la Administración de Madrid motiva y exige la adecuación de las competencias asignadas actualmente a los distintos órganos ejecutivos del Ayuntamiento a las previsiones de este nuevo marco legal, por lo que el referido Acuerdo tiene por objeto reordenar las delegaciones de competencias efectuadas hasta ahora por el Alcalde y la Junta de Gobierno en los Distritos, de conformidad con lo previsto en la Ley de Capitalidad.

A la vista de la anterior regulación, podemos afirmar que el cargo de vocal vecino de la Junta Municipal de Distrito del Retiro de Madrid, ha de considerarse miembro de la Corporación Local del Ayuntamiento de la Capital, lo que se infiere también de la reforma de la LRRL operada por la Ley 57/2003, que introdujo un régimen orgánico específico para los llamados municipios de gran población en los que se pueden diferenciar distintos tipos de órganos: a) Órganos de representación y control político, tales como: El pleno. Las Comisiones Informativas y las Comisiones Especiales de Sugerencias y Reclamaciones. b) Órganos de gobierno y gestión: Alcalde. Teniente Alcalde. Coordinadores Generales. Directores Generales y otros cargos. c) Órganos de Participación: Los Distritos y El consejo Social de la Ciudad. En consecuencia, con lo anterior, podemos afirmar que los concejales se integran en los órganos municipales de representación y control político y los vocales vecinos en los órganos municipales de participación, formando parte (concejales y vocales vecinos) de la organización municipal en la que asumen las competencias que le son propias, sin perjuicio de la unidad de gobierno y gestión del Ayuntamiento. Pues hoy la presencia de los partidos políticos en el sistema democrático ha desplazado la presunción de representación política, es decir, la presunción de que la voluntad del representante es la voluntad de los representados, en razón de la cual son imputados a éstos en su conjunto y no solo a quienes votaron en su favor o formaron la mayoría, los actos de aquél. En un planteamiento que puede sustentarse en los artículos 43 y 44 de la Ley General Electoral 57/1985, de 19 de junio, al conferir a los partidos políticos la condición de representantes de las candidaturas y permitirles la presentación de candidatos o listas de candidatos. Dicho de otro modo, la presunción en la que consiste la representación se presenta hoy como escasamente creíble y poco razonable si se ignora a los partidos políticos, que como señala el artículo 6 de la Constitución, expresan el pluralismo político y son instrumento fundamental para la participación política de los ciudadanos en los procesos de toma de decisiones, tanto a nivel estatal, autonómico y local, pero con una especial significación cuando se refiere al ámbito municipal. En coherencia con lo anterior los Vocales Vecinos, son propuestos por los partidos con representación política en el pleno del ayuntamiento en proporción al número de concejales obtenidos en las elecciones, lo que les confiere sin ninguna duda, la condición de cargo representativo, máximo exponente la participación ciudadana en las asuntos públicos conforme a las previsiones del artículo 23 de la Constitución, en una interpretación de la legalidad vigente en el sentido más favorable para los derechos fundamentales, lo que ha de ser tenido muy en cuenta por los poderes públicos, y muy especialmente por los órganos jurisdiccionales en su función de aplicación de las leyes. DÉCIMO PRIMERO. - En consecuencia, con los razonamientos anteriores, entendemos que debe aplicarse al vocal vecino la excepción contemplada en el artículo 5.1.b) de la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de incompatibilidades del personal al servicio de las administraciones públicas, cuya dicción literal dice: [...] En definitiva, los Vocales Vecinos junto con el Concejal-Presidente y los Concejales Vocales, son parte de la Corporación Municipal del Ayuntamiento de Madrid, forman parte (de la) organización municipal y se integran en las Juntas Municipales de los Distritos, que como órgano de representación político vecinal constituyen el cauce de participación de la población en la gestión de los asuntos municipales que afectan al distrito, así se evidencia del Acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de Madrid, de 29 de junio de 2011, por el que se determinó la composición de las Juntas Municipales de Distrito, para la legislatura 2011-2015, que quedaron integradas por: El Concejal-Presidente, nombrado por el Alcalde; El Vicepresidente, que sustituye al Concejal-Presidente en los casos de vacante o ausencia y 25 Vocales, los cuales podrán ser Vecinos o Concejales, nombrados por el Alcalde a propuesta de los Grupos

Políticos, distribuidos entre los distintos grupos políticos con representación en el pleno en proporción a los resultados electorales obtenidos, lo que determinó para el mandato 2011-2015, la asignación de 14 vocales vecinos al Partido Popular; 6 al Partido Socialista Obrero Español; 3 al Grupo IU-LV; y 2 a UP y D.

Por último hay que recordar que los vocales vecinos no desempeñan en la corporación municipal, un cargo retribuido en régimen de dedicación exclusiva, sino que tienen derecho a la percepción de una asignación económica establecida como indemnización por sus asistencias (a) las sesiones de la Junta Municipal de Distrito, tal y como establece el Reglamento Orgánico de los Distritos de la Ciudad de Madrid, correspondiendo al Pleno del Ayuntamiento, la fijación de las cuantías correspondientes en función de que se desempeñe el cargo de: Portavoz, Portavoz Adjunto o Vocal Vecino, a los que se asigna 570 euros, distribuidos en once mensualidades, lo que hace un total de 6.270 euros anuales, tal y como consta en el Acuerdo Plenario del Ayuntamiento de Madrid de 20 de diciembre de 2013, por el que se aprobó asignación económica anual de los Vocales Vecinos para el año 2014, y que se ha mantenido invariable desde su fijación, sin que su cuantía supere los máximos fijados en el RD 462/2002, de 24 de mayo, sobre indemnizaciones por razón del servicio. Como conclusiones podemos establecer las siguientes: 1º.- La Resolución del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas, de 8 de octubre de 2015, denegando la compatibilidad del cargo de Vocal Vecino de la Junta de Distrito Retiro del Ayuntamiento de Madrid, con la actividad principal de D. Carlos Gómez García, como funcionario Jefe de Área de la Subdirección de Gerencia del Museo Nacional Centro de Arte Reina Sofía, vulneró el artículo 23.1.2 de la Constitución de 27 de diciembre de 1978, al poder considerarse que hoy la participación ciudadana en los asuntos públicos en cualquiera de las distintas modalidades del derecho de participación no se agota en la participación directa o representativa de los ciudadanos en elecciones por sufragio universal, libre, directo y secreto. Pues hoy en su dimensión jurídica toda forma de participación ciudadana regulada por la ley debe ser entendida como configuradora de un auténtico Derecho Fundamental, que se expresa mediante el reconocimiento o la práctica de distintos ámbitos de intervención, ya sea en el proceso de conformación de las cámaras o corporaciones mediante la elección de los representantes, o en el proceso de participación y acceso a los órganos de toma de decisiones públicas. Así la toma de decisiones públicas en el ámbito político constituye el atributo esencial del ejercicio del poder político y se convierte en una relación jurídica en tanto el vínculo que se establece entre los órganos decisores y los destinatarios de las decisiones (ciudadanos) genera derechos y obligaciones recíprocos. Este proceso de toma de decisiones en la esfera local y la participación de los ciudadanos en sus diferentes fases reviste un papel esencial en la satisfacción y garantía de los intereses asociados a la vida cotidiana de las personas y a los problemas, necesidades y demandas que se derivan de ella y en consecuencia el ámbito municipal se ha ido convirtiendo en una estructura administrativa hacia donde convergen gran número de demandas populares, precisamente por ser allí donde transcurre la vida cotidiana de la cual emergen las necesidades y aspiraciones más inmediatas de las personas. Si el municipio es la instancia básica o primaria de poder, y ese poder se expresa fundamentalmente en la facultad decisoria de sus instancias municipales, en un sistema democrático es un requisito esencial la participación de los ciudadanos en el proceso de toma de decisiones a ese nivel, como expresión ejemplarizante de la soberanía popular; y aun cuando la toma de decisiones propiamente dicha, recae en las instituciones gubernamentales representativas, resulta de vital importancia la participación de los ciudadanos en las diversas fases del proceso, entendidos no como simples destinatarios de decisiones, sino como sujetos activos de las mismas, para lo cual se hace necesario el reconocimiento de mecanismos jurídicos e institucionales para la participación, así resulta especialmente interesante la previsión que introdujo la Ley 57/2003, de 16 de diciembre, de medidas para la modernización del gobierno local, de modificación de la Ley 7/1985, reguladora de las bases de régimen local, a través de la nueva previsión en el art. 70, con los apartados de nueva creación, «bis» y «ter», que conmina a los ayuntamientos a establecer y regular en normas de carácter orgánico procedimientos y órganos adecuados para la efectiva participación de los vecinos en los asuntos de la vida pública local, tanto en el ámbito del municipio en su conjunto como en el de los distritos, en el supuesto de que existan en el municipio dichas divisiones territoriales. 2º.- Hoy puede mantenerse que en el marco del artículo. 23 CE, los vocales vecinos propuestos por los partidos con representación en el pleno del ayuntamiento tienen la condición de cargo público representativo siendo el máximo exponente de la participación ciudadana en los asuntos públicos. 3º.- El régimen jurídico de los Vocales Vecinos, integrados en las Juntas Municipales de los Distritos del Ayuntamiento de Madrid (expresión del principio de desconcentración, sin perjuicio de la unidad de gobierno y gestión del municipio) puede considerarse similar al de los Concejales y otorga a los mismos la condición de miembros de la corporación municipal. 4º.- A la vista de la regulación de los artículos 22, 32-bis, 89, 90, 92, 104, 104-bis, 127 y 130 la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases de Régimen Local, en relación con el artículo 12 de la Ley 7/2007, de 12 de abril, por la que se aprueba el Estatuto Básico del Empleado Público, tras la reforma de la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local, se puede afirmar que los vocales vecinos no ocupan cargo de confianza de carácter eventual. 5º.- El cargo de Vocal Vecino de la Junta de Distrito de Retiro del Ayuntamiento de Madrid, de D. CCC, a propuesta del Partido Socialista Obrero Español, es compatible con su actividad principal como funcionario Jefe de Área de la Subdirección de Gerencia del Museo Nacional Centro de Arte Reina Sofía, dependiente del Ministerio de Educación, Cultura y Deporte del Gobierno de España, al estar integrado el referido cargo en la estructura orgánica del

Ayuntamiento de Madrid y no desempeñar en ella ningún cargo en régimen de dedicación exclusiva. 6°. - El cambio de criterio de la administración al denegar la compatibilidad solicitada, no infringe el principio constitucional de igualdad del art. 14 CE, y si lo pudiera haber infringido, el recurrente no impugnó la resolución de 8 de octubre de 2015, con cita y exposición razonada de los casos en que la administración resolvió de forma diferente casos idénticos. La Sala en el FD 1º, se remite a lo expuesto en los antecedentes de hecho.

Concretando el núcleo de la cuestión a resolver en el FD 2º, del siguiente tenor: Dado que el recurso contencioso-administrativo se interpuso al amparo del procedimiento especial de protección de los derechos fundamentales de la persona, la primera cuestión a decidir es, en suma, si debe predicarse la condición jurídica de cargo público representativo, incluido como tal en el ámbito subjetivo de aplicación del art. 23 de la Constitución, a un funcionario público estatal que, tras las elecciones municipales al Ayuntamiento de Madrid celebradas en mayo de 2015, fue propuesto y nombrado vocal vecino para uno de los Distritos en que territorialmente se divide el municipio. Y, derivada de ella, la segunda, relativa a cuál ha de ser la interpretación y aplicación al caso de la norma del art. 5.1.b) de la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de Incompatibilidades del Personal al Servicio de las Administraciones Públicas, que, por excepción, permite a ese personal compatibilizar sus actividades con el desempeño de “cargo electivo” de miembro de una Corporación Local, salvo que éste sea un cargo retribuido en régimen de dedicación exclusiva (salvedad, ésta, ajena a las razones de decidir de la resolución administrativa, no alegada en el proceso y que, en definitiva, no concurre en el caso de autos, tal y como resulta de lo expuesto en los antecedentes de hecho primero y segundo y, en especial, del inciso último de éste). El FD 3º esboza el contexto normativo a tomar en consideración. Y una Proposición de Ley que no prosperó. En el FD 4º se traen a colación tres sentencias de la Sala Tercera del Tribunal Supremo que tienen alguna relación con la cuestión a decidir. El F 5º se dedica al derecho fundamental de acceso a los cargos públicos representativos. Art. 23 de la Constitución -Aunque su tenor literal es de sobra conocido, no está de más tenerlo a la vista. Dice así: “Artículo 23. 1. Los ciudadanos tienen el derecho a participar en los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes, libremente elegidos en elecciones periódicas por sufragio universal. 2. Asimismo, tienen derecho a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos, con los requisitos que señalen las leyes.” -Tratándose de “cargos públicos representativos”, la doctrina constitucional ha insistido en la conexión existente entre los dos apartados del art. 23, pues, en efecto, el contenido del primero es presupuesto hermenéutico del derecho de acceso a esos cargos públicos que reconoce el segundo. Así, por todas, la STC 24/1989, de 2 de febrero, afirma en su FJ 2 que no cabe negar la conexión establecida entre los dos apartados de este precepto cuando se trata de cargos representativos, pues ambos se presuponen mutuamente. -Desgranando ambos apartados, queda claro de entrada que los titulares de los derechos de participación política y, entre ellos, del que nos ocupa, no son otros que los ciudadanos, esto es, las personas físicas, no las jurídicas. Se trata de derechos *uti cives*, es decir, reconocidos únicamente a los ciudadanos, y cuya titularidad corresponde únicamente a las personas físicas (por todas, SSTC 53/1982, 30/1993, 32/1995, etc.). Titularidad que traemos a colación no por ser dudosa, que no lo es, sino porque de ella nace como lógica la idea de que los electores, en principio, no dan mandato a un partido político, sino a personas concretas. -El derecho a participar es, según el tenor literal del art. 23, “en los asuntos públicos”. Pero ahí, en cuanto al alcance que deba tener esa expresión, la interpretación ha de ser restrictiva, limitándola exclusivamente a la participación política o democrática en cualquiera de sus formas. Ésta es, en suma, la interpretación que avala el Tribunal Constitucional, como resulta, entre otras, de la STC 119/1995, de 17 de julio, de la que transcribimos los siguientes párrafos: “[...] La expresión «asuntos públicos» resulta aparentemente vaga y, a primera vista, podría llevar a una interpretación extensiva del ámbito tutelado por el derecho que incluyera cualquier participación en asuntos cuyo interés trascienda el ámbito de lo privado. Esta interpretación literalista de la expresión no es, desde luego, la única posible, y no parece tampoco la más adecuada cuando se examina el precepto en su conjunto y se conecta con otras normas constitucionales. [...] la participación en los asuntos públicos a que se refiere el artículo 23 es en primera línea la que se realiza al elegir los miembros de las Cortes Generales, que son los representantes del pueblo, según el artículo 66 de la Constitución y puede entenderse asimismo que abarca también la participación en el gobierno de las Entidades en que el Estado se organiza territorialmente, de acuerdo con el artículo 137 de la Constitución. [...] este Tribunal ha rechazado la pretendida vinculación entre la condición de miembro de la Junta de Gobierno de una Facultad y el artículo 23 CE (STC 212/1993), o entre este mismo precepto y la elección de representantes sindicales, pues «lo que ejercitan los trabajadores en los procesos electorales sindicales no es una parcela subjetivada del derecho que regula el artículo 23.1 CE, sino un singular derecho, emanación del legislador, que se enmarca en las modalidades participativas de acceso de los trabajadores a la empresa» (STC 189/1993, fundamento jurídico 5.º). E igualmente ha concluido que los cargos de la Junta de Gobierno de un Colegio de Abogados no se encuentran incluidos entre los cargos públicos que contempla el artículo 23.2 de la Constitución (STC 23/1984), y lo mismo cabe decir del Secretario de un Colegio público (STC 80/1994). [...] el derecho de acceso a los cargos públicos que regulan el artículo 23.2, interpretado en conexión con el 23.1 y de acuerdo con tales preceptos, se refiere a los cargos públicos de representación política, que son los que corresponden al Estado y a los entes territoriales en que se organiza territorialmente de acuerdo con el artículo 137 de la Constitución -Comunidades Autónomas, Municipios y Provincias- [...] Fuera del artículo 23 CE quedan cualesquiera otros

títulos de participación que, configurados como derechos subjetivos o de otro modo, puedan crearse en el ordenamiento (ATC 942/1985), pues no todo derecho de participación es un derecho fundamental (SSTC 212/1993 y 80/1994). Para que la participación regulada en una Ley pueda considerarse como una concreta manifestación del artículo 23 CE es necesario que se trate de una participación política, es decir, de una manifestación de la soberanía popular, que normalmente se ejerce a través de representantes y que, excepcionalmente, puede ser directamente ejercida por el pueblo, lo que permite concluir que tales derechos se circunscriben al ámbito de la legitimación democrática directa del Estado y de las distintas entidades territoriales que lo integran, quedando fuera otros títulos participativos que derivan, bien de otros derechos fundamentales, bien de normas constitucionales de otra naturaleza, o bien, finalmente, de su reconocimiento legislativo. [...] Es evidente que este entendimiento de la participación a que se refiere el artículo 23.1 CE no agota las manifestaciones del fenómeno participativo que tanta importancia ha tenido y sigue teniendo en las democracias actuales y al que fue especialmente sensible nuestro constituyente. De hecho, el Texto constitucional es rico en este tipo de manifestaciones. En unos casos, se contiene un mandato de carácter general a los poderes constituidos para que promuevan la participación en distintos ámbitos: así, el artículo 9.2 CE contiene un mandato a los poderes públicos para que faciliten «la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social», y el artículo 48 establece la obligación de los poderes públicos de promover las condiciones para la participación de la juventud en el desarrollo político, social, económico y cultural. En otros casos, el constituyente ha previsto formas de participación en ámbitos concretos algunas de las cuales se convierten en verdaderos derechos subjetivos, bien ex constitutione, bien como consecuencia del posterior desarrollo por parte del legislador; es el caso del artículo 27, que en sus apartados 5 y 7 se refiere a la participación en la programación en la enseñanza y en el control y gestión de los centros sostenidos por la Administración con fondos públicos; del artículo 105, según el cual la Ley regulará la audiencia de los ciudadanos en el procedimiento de elaboración de las disposiciones administrativas [apartado a)], y la garantía de la audiencia de los interesados en el procedimiento de producción de actos administrativos [apartado c)]; del artículo 125, que prevé la participación de los ciudadanos en la Administración de Justicia mediante la institución del Jurado, y del artículo 129, que en su apartado primero remite a la Ley el establecimiento de formas de participación de los interesados en la Seguridad Social y en la actividad de determinados organismos públicos, y en su apartado segundo recoge un mandato a los poderes públicos para que promuevan eficazmente formas de participación en la empresa. Diversas fórmulas de participación -bien directamente, bien a través de órganos establecidos al efecto- se recogen también en los artículos 51, 52 y 131.2 de la Constitución. Se trata, como es fácil apreciar, de formas de participación que difieren no sólo en cuanto a su justificación u origen, sino también respecto de su eficacia jurídica que, por otra parte, dependerá en la mayoría de los casos de lo que disponga el legislador (aunque en su labor configuradora esté sometido a límites como los derivados de la interdicción de la arbitrariedad -artículo 9.3 CE- y del derecho de igualdad -artículo 14 CE-). No puede aceptarse, sin embargo, que sean manifestaciones del derecho de participación que garantiza el artículo 23.1 de la Constitución, pues no sólo se hallan contempladas en preceptos diferentes de la Constitución, sino que tales preceptos obedecen a manifestaciones de una ratio bien distinta: en el artículo 23.1 CE se trata de las modalidades -representativa y directa- de lo que en el mundo occidental se conoce por democracia política, forma de participación inorgánica que expresa la voluntad general, mientras que en los restantes preceptos a que se ha hecho alusión -si se exceptúa el jurado, cuya naturaleza no procede abordar aquí- se da entrada a correctivos particularistas de distinto orden. [...] el artículo 23.1 CE no garantiza «un derecho a que los ciudadanos participen en todos los asuntos públicos, cualquiera que sea su índole y su condición, pues para participar en los asuntos concretos se requiere un especial llamamiento, o una especial competencia, si se trata de órganos públicos, o una especial legitimación si se trata de Entidades o sujetos de Derecho privado, que la Ley puede, en tal caso, organizar» (STC 51/1984, fundamento jurídico 2.1). Ese especial llamamiento, necesario para cualquier tipo de participación, debe ser además un llamamiento a intervenir directamente en la toma de decisiones políticas para que pueda considerarse como una facultad incluida en el ámbito constitucionalmente protegido del derecho de participación ex artículo 23.1 CE.” -El haz de facultades que integran el contenido del derecho que ahora analizamos no se compone sólo del acceso en sí mismo (ius ad officium, en la terminología acuñada por SANTI ROMANO y acogida por el Tribunal Constitucional -por todas, SSTC 161/1988, 205/1990, 225/1992 o 40/2003-), sino que incluye también la permanencia y el ejercicio de las funciones inherentes al cargo (ius in officium). Así, entre otras, en las SSTC 5/1983, 10/1983 y 32/1985. Pero aquí, en esta sentencia, hemos de limitarnos al primero de esos dos grandes núcleos, por ser ese, no el otro, el objeto del litigio. En consecuencia, quedan fuera de nuestro análisis y no han de influir en la decisión que adoptemos las consideraciones que pueden ser hechas sobre la constitucionalidad o no de las normas que regulan la permanencia o el ejercicio del cargo de vocal vecino. -El acceso a los cargos públicos protegido por el art. 23 es un derecho de configuración legal, pero ahí, en esa norma constitucional, no se establece cuál debe ser el tipo y rango de las normas subconstitucionales que definen las condiciones de acceso a los cargos públicos. Será la naturaleza del cargo y las habilitaciones legales por razón de ella, las que determinen el rango admisible de la norma o normas a aplicar. Aquí, basta recordar las habilitaciones expresas que a favor de los reglamentos orgánicos de los Ayuntamientos se contienen en las leyes estatales básicas y en la ley autonómica de las que hemos dado cuenta al analizar el contexto normativo. Y recordar también la afirmación de la STC 47/1990, de 20 de

marzo: [el art. 23.2 CE] no configura un derecho fundamental sustantivo de acceso a las funciones y cargos públicos, por lo que no es lícito concluir que queda infringido si los requisitos que condicionan dicho acceso no se regulan exclusivamente por normas con rango de Ley o, menos aún, por Ley Orgánica. -El cargo público representativo ha de ser elegido en elecciones periódicas por sufragio universal. Ese mecanismo o instrumento requerido por el art. 23 ha de ser, además de universal, libre, igual y secreto. Pero aquí, en esta sentencia, lo que debemos analizar no son esas notas necesarias, sino la referida a si también ha de ser directo. La Constitución exige que sea así para las elecciones a Diputados (art. 68.1), Senadores provinciales (art. 69.2) y Concejales (art. 140). Esa es pues la regla, derivada con toda lógica de la vigencia del principio democrático, en cuanto éste exige una correspondencia entre la voluntad de los electores y la composición de los órganos representativos. Pero una regla que no impide la existencia de excepciones en el propio texto constitucional. Así ocurre en cuanto a los Senadores autonómicos (art. 69.5) [que analiza la STC 40/1981, de 18 de diciembre, en la que puede leerse que El proceso de acceso de los Senadores de las Comunidades Autónomas, aunque se haga por elección, presenta el rasgo diferencial de que es una elección de segundo grado, en el seno de las respectivas Asambleas legislativas, y para subrayar su peculiaridad lo califica expresamente el artículo 69.5 de «designación», la cual se lleva a cabo de acuerdo con lo que establezcan los Estatutos en cada caso] o los Diputados provinciales (art. 141.2, en relación con los artículos 204 a 209 de la LOREG, de los que ha de prestarse especial atención al art. 206) [analizado en la STC 187/2007, de 10 de septiembre, en la que leemos [el] procedimiento para la elección de Diputados provinciales, regulado por el título V LOREG, que especialmente en sus arts. 204 a 206, en lo que ahora interesa, establece un sistema de fases distintas, que es necesario recordar. Se determina primero el número de Diputados correspondientes a cada Diputación Provincial según el número de residentes en cada provincia, y las Juntas Electorales Provinciales reparten este número global entre los distintos partidos judiciales, debiendo contar todos los partidos judiciales, al menos, con un Diputado (art. 204 LOREG). Posteriormente, una vez constituidos todos los Ayuntamientos de la respectiva provincia, las Juntas Electorales de Zona proceden inmediatamente a formar una relación de todos los partidos políticos, coaliciones, federaciones y de cada una de las agrupaciones de electores que hayan obtenido algún concejal dentro de cada partido judicial, ordenándolos en orden decreciente al de los votos obtenidos por cada uno de ellos. Realizada esta operación, las Juntas Electorales de Zona proceden a distribuir los puestos que corresponden a los partidos políticos, coaliciones, federaciones y a cada una de las agrupaciones de electores en cada partido judicial, mediante la aplicación del procedimiento previsto en el art. 163 LOREG, según el número de votos obtenidos por cada grupo político o cada agrupación de electores (art. 205 LOREG). Finalmente, realizada la asignación de puestos de Diputados provinciales, las Juntas Electorales convocan por separado a los concejales de los partidos políticos, coaliciones, federaciones y agrupaciones de electores que hayan obtenido puestos de Diputados, para que elijan entre las listas de candidatos avaladas, al menos, por un tercio de dichos concejales a quienes hayan de ser proclamados Diputados, eligiendo además tres suplentes, para cubrir por su orden las eventuales vacantes. Efectuada la elección, las Juntas Electorales de Zona proclaman los Diputados electos y los suplentes (art. 206 LOREG).

Cabe, pues, afirmar que atendiendo a valores y razones no incompatibles per se con el principio democrático, pueda justificarse y ser admisible una elección indirecta o de segundo grado para determinados cargos públicos. En este punto, esencial para la cuestión que hemos de decidir, procede recordar, tomando un texto que compartimos, que el principal valor o bien jurídico protegido en el art. 23 CE es la integridad y pureza del sufragio, tanto en su vertiente activa (derecho de voto o condición de elector), como en su vertiente pasiva (derecho a ser candidato o condición de elegible). De ahí la necesaria precisión de que el art. 23 no protege el derecho de sufragio (activo y pasivo) en todos sus elementos o ramificaciones, sino en aquellos sin los cuales no cabría reconocer la existencia, en una democracia constitucional contemporánea, de un sistema electoral libre y limpio. En la misma línea, cabe traer a colación, tomando otro, el principio de no falseamiento de la voluntad popular, como canon para aceptar o no las “particularidades” adheridas al derecho de sufragio, activo y pasivo, en algún caso. El DF 6º y 7º, contienen respectivamente, algunas consideraciones del Tribunal Constitucional que tienen conexión con el contexto normativo analizado y las conclusiones. Por fin, antes de expresar en el siguiente fundamento de derecho las conclusiones a las que llegamos en esta sentencia, es importante transcribir algunas consideraciones del Tribunal Constitucional realizadas al desestimar (menos en un único extremo, relativo a la facultad reconocida al Alcalde para nombrar como miembros de la Junta de Gobierno Local a personas que no ostenten la condición de concejales) el recurso de inconstitucionalidad interpuesto contra determinados preceptos de la LRBRL tras la reforma operada por la Ley 57/2003, de 16 de diciembre, de Medidas para la Modernización del Gobierno Local (LMMGL). En concreto, en la STC 103/2013, de 25 de abril, obran las siguientes: “[...] La reforma operada por la LMMGL en el modelo de organización municipal pretende, según su Exposición de Motivos, dar respuesta a las necesidades de los municipios altamente poblados para los que resulta insuficiente el modelo municipal existente, necesidades que fueron puestas de manifiesto en el Acuerdo del Pleno del Senado de 27 de marzo de 2003 (Boletín Oficial de las Cortes Generales de 31 de marzo de 2003 núm. 628) por el que se aprueba el dictamen de la Comisión de las entidades locales en relación con el Informe sobre las grandes ciudades y las áreas de influencia urbanas. En dicho acuerdo se pone el acento en la necesidad de acercar la política local a los ciudadanos y de reforzar su estructura y funcionamiento. En él se destaca, en lo que en este momento interesa, el interés en potenciar los

mecanismos de participación ciudadana y de protección de los derechos de los vecinos frente a la Administración, para lo que se recomienda la creación de órganos específicos como el Consejo Social de la Ciudad y, en segundo lugar, la necesidad de intensificar el acercamiento de la administración al ciudadano, creando divisiones territoriales internas en aquellos municipios en que por su tamaño, dispersión o diversidad, sea necesario garantizar que los problemas de cada zona del territorio tienen cabida en la política municipal, facilitando la participación vecinal. Para ello, se establece un nuevo diseño organizativo, caracterizado por la ampliación de los órganos básicos de existencia preceptiva en los municipios de gran población. El diseño básico de la organización municipal había comprendido tradicionalmente, los órganos de gobierno y de representación directamente enraizados en el art. 140 CE: Alcalde, tenientes de Alcalde, Pleno, Comisión de gobierno y, en ausencia de regulación autonómica, un órgano representativo de estudio, informe o consulta de los asuntos del Pleno y seguimiento del ejecutivo local. La organización complementaria correspondía diseñarla a las Comunidades Autónomas. Tras la reforma operada por la LMMGL en los municipios de gran población, el elenco de órganos que componen esta organización básica se ha ampliado, con la correlativa disminución de la organización complementaria cuya regulación corresponde a las Comunidades Autónomas y a la potestad organizativa de los entes locales. [...] más allá de lo establecido para los municipios de régimen general, uno de los objetivos de la nueva regulación orgánica de los municipios de gran población es el reforzamiento de la participación y la protección de los derechos de los ciudadanos, especialmente necesaria cuanto mayor es la población, pues la organización municipal se hace más compleja y se difumina, en buena medida, la proximidad a los administrados [...] [...] es objetivo prioritario reforzar la participación de los ciudadanos en el gobierno y administración municipal, propósito que si bien se extiende a todos los municipios, adquiere una mayor intensidad en los de gran población. El legislador parte de la idea de que los mecanismos de participación de la LBRL eran insuficientes y que es necesario establecer otros de carácter vinculante que garanticen unos niveles mínimos comunes de participación. [...]. Antes de la reforma operada por la LMMGL, estaba prevista la creación por los municipios de órganos territoriales de gestión desconcentrada (art. 24.1 LBRL), aunque correspondía a los Ayuntamientos decidir en qué medida eran necesarios y determinar su organización, funciones y competencia. Ello se mantiene en los municipios de régimen general. El legislador estatal ha considerado, sin embargo, que en los municipios de elevada población o especial complejidad, como son los regulados en el título X, la participación de los vecinos en la gestión municipal requiere necesariamente de su existencia pues, como señala la exposición de motivos de la ley, los órganos territoriales desconcentrados no solo están orientados a garantizar una gestión adecuada y eficaz de los intereses municipales por lo que supone de desplazamiento de atribuciones desde los órganos centrales de gobierno y administración hacia los órganos desconcentrados de los distritos, sino, sobre todo, a intensificar la participación ciudadana, estableciendo un nivel mínimo común para todos ellos. [...]”. Consideraciones también reflejadas en parte en la STC 143/2013, de 11 de julio, que, en lo que ahora interesa, rechaza la inconstitucionalidad de los arts. 20.1 d), 70 bis, apartados 1 y 3, 123.1 c), 128, 131 y 132 de la LBRL. Conclusiones: 1ª Naturaleza jurídica de los Distritos del Ayuntamiento de Madrid. Son divisiones territoriales del municipio dotadas, sin perjuicio de la unidad de gobierno y gestión de todo él, de órganos de gestión desconcentrada, creados como instrumento esencial para el logro de un doble fin: la aplicación y desarrollo de políticas municipales de proximidad, orientadas como tales a la corrección de los desequilibrios y a la representación de los intereses de los diversos barrios del municipio; y la efectiva, inmediata, regular y constante participación de los vecinos en los asuntos de la vida pública local. No son, pues, órganos de estricto quehacer administrativo, sino también, y más allá de ello, de adopción de decisiones de gobierno en su ámbito territorial, sujetas al control jurídico y político por el Pleno de la Corporación. 2ª Naturaleza jurídica de la Junta Municipal del Distrito. Se trata (art. 4 del Reglamento Orgánico de los Distritos de la Ciudad de Madrid) de un órgano colegiado de representación político-vecinal, en el que, junto a cargos electivos, se articula la participación ciudadana a través de los vocales vecinos. A nuestro juicio, y como resulta de lo que exponemos en la siguiente conclusión, el tenor literal del precepto, contraponiendo cargos electivos y vocales vecinos, no es sino consecuencia, sin más, de la percepción de que estos últimos no son elegidos directamente en las elecciones municipales. Sin más transcendencia, pues lo decisivo es la concreta caracterización o naturaleza del órgano que precede a ese tenor (órgano colegiado de representación político-vecinal). 3ª Condición jurídica de los vocales-vecinos integrados en ese órgano junto a miembros de la Corporación. Son cargos públicos representativos, pues: a) son designados para intervenir directamente en la toma de decisiones políticas; b) participan en el gobierno de las Entidades en que el Estado se organiza territorialmente; c) su participación es, así, no de cualquier índole, sino política; y d) el origen y causa de la propuesta y nombramiento de cada uno de los vocales-vecinos conecta y está ligado a los resultados de un sufragio universal, cuál es el de la elección de los concejales del Ayuntamiento; aspecto, éste, que requiere unas reflexiones complementarias, que hacemos a continuación: Ciertamente es que se trata de una “elección” indirecta o de segundo grado. Pero ello, aunque se aparte de la regla general con que se concibe el sufragio -directo-, no resulta prohibido por el texto constitucional, que contempla, como ya hemos dicho, mecanismos de elección indirecta o de segundo grado; ni, en concreto, por el tenor del art. 23 del mismo, que no añade al término universal esa nota de que el sufragio haya de ser directo. Además, aquélla, la “elección” o, con más acierto, “designación”, no deja de guardar la necesaria correlación o correspondencia con la voluntad del elector expresada en las urnas, pues la propuesta y el nombramiento han de hacerse

respetando los resultados electorales, de forma tal que la primera proviene de los grupos políticos que componen la Corporación y en proporción al número de concejales obtenidos en las últimas elecciones municipales, garantizándose, a su vez, la presencia de todos los grupos políticos que hayan obtenido representación en el Pleno del Ayuntamiento. Y, por último, esa concreta forma de “elección” o “designación”, ni es incompatible per se con el principio democrático, dado lo que acabamos de exponer sobre aquella correlación o correspondencia, ni deja de tener, sin perjuicio de otras formas o fórmulas posibles, una lógica correlación con la organización global del gobierno local, en la que tal vez sea necesaria o aconsejable que el deseable favorecimiento de la participación vecinal no dé lugar, en los Distritos, a una composición de las diversas ideas o sensibilidades políticas distinta o alejada de la lograda en el Pleno del Ayuntamiento por mor de los resultados electorales. Y 4ª Interpretación del art. 5.1.b) de la Ley 53/1984, de 26 de diciembre. La expresión “cargos electivos” que emplea el precepto no tiene una única interpretación posible, que excluya del concepto de cargo electivo a aquél cuya designación sea producto de una elección indirecta o de segundo grado. Al contrario, cabe incluir en ella a éste y debe incluirse en todo caso si se trata de cargos públicos representativos titulares del derecho de participación política que protege el art. 23 de la Constitución, como es el caso.

Por último, como respuestas a las cuestiones planteadas en el auto de admisión la Sala, hade dos consideraciones: Primera. El cargo de Vocal Vecino de la Junta Municipal de cualquiera de los Distritos del Ayuntamiento de Madrid, sí está comprendido en el ámbito de protección que dispensa el derecho fundamental de acceso a los cargos públicos reconocido en el artículo 23.2 de la Constitución, cuando su propuesta y nombramiento se ajusta a lo dispuesto en el Reglamento Orgánico de los Distritos de la Ciudad de Madrid, publicado en el Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid núm. 7, de 10 de enero de 2005. Segunda. En tal caso, el Vocal Vecino ha de considerarse miembro de la Corporación Local a los efectos de aplicar la excepción prevista en el artículo 5.1.b) de la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de Incompatibilidades del Personal al Servicio de las Administraciones Públicas.

No haciendo imposición de las costas causadas en primera instancia y en apelación, pues de lo razonado resulta que el caso presentaba serias dudas de derecho (art. 139.1 de la LICA). Ni tampoco de las de este recurso de casación, debiendo cada parte abonar las causadas a su instancia y las comunes por mitad (art. 93.4 de la misma ley).

DATOS AUTO

Recurso de Casación Ordinario núm. 554/2017

Fecha Auto: 16 de noviembre de 2018

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

TEMA

Derechos Fundamentales: Derecho de Huelga: imposición de Arbitraje Obligatorio.

ASPECTOS EXAMINADOS

- La Sala, expuestos los argumentos de las partes, examina si concurren o no, los presupuestos requeridos por el artículo 10 del Real Decreto Ley 17/1977, para que el Gobierno acuerde la imposición de un arbitraje obligatorio a fin de que cese una huelga y se resuelva el conflicto en el que se convocó mediante el laudo a dictar por el árbitro nombrado al efecto.
- Al afrontar esa tarea debemos señalar que estamos de acuerdo con la demanda en que las graves consecuencias que comporta para el derecho fundamental a la huelga, exigen, ciertamente, interpretar restrictivamente los conceptos utilizados por ese precepto y, también, reclama que el acuerdo que imponga el arbitraje obligatorio motive en términos concretos la verificación de los presupuestos que habilitan al Gobierno para dar ese paso y poner así fin a una huelga. Será, pues, ésa la perspectiva desde la que nos vamos a pronunciar, además de tener en cuenta la que ofrece la jurisprudencia que ha interpretado este artículo 10. De igual modo, conviene advertir que no vamos a entrar en el análisis de las causas del conflicto laboral en el que se produjo la huelga. Nos atendremos a determinar si se justificó o no la existencia de la situación que habilita al Gobierno a imponer un arbitraje obligatorio. En fin, hemos de indicar, también, que ni el artículo 10 del Real Decreto-Ley 17/1977 limita la posibilidad de imponer el arbitraje obligatorio a los supuestos en que no se hayan fijado servicios mínimos, ni su establecimiento previo es impedimento para hacer uso de esa facultad si se dan las circunstancias previstas por el precepto. La primera afirmación resulta de su mera lectura. La segunda resulta de la lógica que subyace a la regulación del ejercicio del derecho a la huelga. Los servicios mínimos y la imposición del arbitraje obligatorio no son medios

alternativos que se excluyen entre sí. Al contrario, se trata de medidas de distinta naturaleza que muy bien pueden adoptarse de manera sucesiva cuando los primeros no sirvan para asegurar los servicios esenciales para la comunidad cuya garantía erige en límite del derecho a la huelga el artículo 28.2 de la Constitución. Precisamente, el hecho de que los servicios mínimos no hayan conjurado los perjuicios a los intereses generales que limitan el derecho a la huelga permite que, al acudir al arbitraje, se aduzcan las mismas razones que ya se esgrimieron para justificar aquellos.

- El juicio de la Sala. Consideraciones preliminares sobre el fondo. 1.º) Según recuerdan las partes, se refiere, en primer lugar, el artículo 10 del Real Decreto-Ley 17/1977 a "la duración o las consecuencias de la huelga". El acuerdo del Consejo de Ministros y también el Abogado del Estado indican que la convocatoria formal de huelga se solapaba con una "huelga de celo" para poner de manifiesto que arrancó antes del 4 de agosto de 2017 --en particular, indican que el aumento de los tiempos de espera comenzó el 24 de julio de 2017-- y enfatizan también sus consecuencias. Aunque la conjunción "o" que emplea el precepto parece tener un sentido disyuntivo, duración y consecuencias se implican. Tampoco es difícil concluir que, de los dos conceptos utilizados por el artículo 10, el que predomina es el segundo pues una huelga duradera normalmente producirá las consecuencias en que piensa. Y, si efectivamente, sus efectos son de gran entidad desde el primer momento, el dato temporal quedará relativizado pues lo relevante será si es proporcionado o no que el ejercicio del derecho a la huelga siga perjudicando por más tiempo los intereses generales protegidos por la Constitución. Esa apreciación debe hacerse, claro está, caso por caso, atendiendo a las singulares circunstancias existentes. Es significativo que la jurisprudencia que ha interpretado el primer párrafo de este artículo 10 en huelgas que afectaban al transporte aéreo y por carretera, haya considerado suficientes para apreciar el requisito temporal diez días, uno por semana, durante dos meses [sentencias de 10 de noviembre de 2003 (recurso 500/2001) y de 11 de mayo de 2004 (recurso n.º 518/2001)]; o seis días [sentencia de 6 de junio de 2007 (casación n.º 10.131/2004)] para pasar a ser indefinida a partir del séptimo, atendidas las consecuencias que estaban produciendo. Ciertamente, la sentencia del Tribunal Constitucional n.º 11/1981 habla aquí de "duración muy prolongada" pero no añade más precisiones al respecto y, desde luego, no la relaciona con los efectos que deriven de la huelga. Por eso, no se puede extraer de esa referencia ninguna consecuencia definitiva para acotar temporalmente el período que ha de transcurrir para que se cumpla el requisito. La "duración", en definitiva, al igual que las "consecuencias" son conceptos jurídicos indeterminados que han de concretarse en cada caso singular. Pues bien, en este, aunque se consideren solamente el período comprendido entre el 4 de agosto de 2017 y el 16 de agosto, el carácter indefinido de la convocatoria y que ésta pasó a ser de huelga total, se podía tener por cumplida esta exigencia en relación con dichas consecuencias. Desde luego, como dice el Ministerio Fiscal no son de menor entidad que las estimadas suficientes por las sentencias de 10 de noviembre de 2003 (recurso n.º 500/2001) de 11 de mayo de 2004 (recurso 518/2001). No sirve a los propósitos de la demanda de negar la concurrencia de estos presupuestos legales la circunstancia de que, inicialmente, la huelga fuera parcial y se extendiera solamente a una hora en cada turno durante los viernes, domingos y lunes hasta que pasó a ser total. Hablar de una hora de huelga por turno, en total cuatro al día durante tres días, no refleja la realidad. No lo hace porque las características de la labor de los trabajadores en huelga llevan a que la cesación de su actividad en esos períodos, aún con servicios mínimos, acumule retrasos suficientes como para provocar prolongadas colas de los pasajeros que tienen que atravesar los filtros de seguridad. Seguramente, por eso, los tiempos de espera fueron a veces más largos en horas en que formalmente no había huelga que durante las que se correspondían con ella. Además, los días en que esa huelga parcial tuvo lugar fueron los del comienzo y término del fin de semana y en un período de máxima afluencia de viajeros con motivo de las vacaciones veraniegas. Basta con examinar los tiempos de espera para pasar los filtros de seguridad que recoge el acuerdo recurrido. Corresponden al 4 de agosto de 2017 y muestran demoras superiores a los treinta minutos que llegan en algunos momentos a los ciento ocho minutos. Por tanto, ya en esa fase de la huelga, aun cumpliéndose los servicios mínimos, los tiempos de espera, fueron de todo punto excesivos siendo notorias las enormes colas que se produjeron y la consiguiente afectación de numerosos pasajeros de toda edad y condición. Dice la demanda que la razón de ello reside en la insuficiencia de la plantilla de EULEN Seguridad, S.A.U. y, en consecuencia, del exceso de horas extraordinarias que hacen los trabajadores. En sus conclusiones, el Comité de Huelga subraya, trabajador por trabajador, las que se hicieron en diversos meses de 2016 y 2017 y, si bien las de EULEN Seguridad, S.A.U., apuntan errores en las hechas por distintos trabajadores, no desvirtúan la realidad de su elevado número, aunque diga que eran estos los que solicitaban realizarlas. Pero lo cierto es que, antes y después de la huelga, no hubo colas así que la causa inmediata de las que se produjeron en agosto de 2017 no puede separarse de ella. En fin, aunque no hubiera alteración del orden público por la concentración de pasajeros, en las terminales, es cierto que el aumento extraordinario de viajeros que estaban a la espera de pasar los filtros fue un notable factor de riesgo que, afortunadamente no trajo consecuencias, pero esto, que se puede afirmar a posteriori, no podía asegurarse en el momento de adoptarse el acuerdo del Consejo de Ministros. Sí las tuvo, en cambio, para las miles de personas que tuvieron que esperar durante mucho más tiempo del debido antes de acceder a las puertas de embarque. 2.º) Las posiciones de las partes no hacían presagiar un acuerdo en tiempo inmediato previsible pues la propuesta a que condujo la mediación del Departamento de Trabajo, Asuntos Sociales y Familia de la Generalidad de Cataluña, fue rechazada por la asamblea de los trabajadores cuyas reivindicaciones económicas y de ampliación de la plantilla

estaban lejos de la oferta de la empresa y de la solución ofrecida por el mediador. Así puede deducirse del examen de las actas de ese proceso, según nos lo indica el Ministerio Fiscal y del rechazo señalado.

Así, pues, en el contexto de una huelga que estaba afectando directamente a la empresa, pero, también, a infinidad de pasajeros, no era irrazonable concluir que la solución del conflicto no estaba a la vista, aunque no se hubieran roto formalmente las negociaciones. Por tanto, desde esta perspectiva tampoco cabe reprochar la actuación del Gobierno. (3. °) La expresión "consecuencias para la economía nacional" utilizada por el artículo 10 es otra noción indeterminada que requiere precisión a la luz de las circunstancias específicas del conflicto. Es claro, por lo que hemos dicho antes, que no equivale a una alteración cualquiera pero también lo es que, para justificar su materialización no es necesario señalar porcentajes ni tampoco cuantificar separadamente la incidencia de la huelga sector por sector.

Para decidir si hay o no afectación a la economía nacional es suficiente una valoración de conjunto a partir, eso sí, de datos concretos significativos. Esos datos los ofrece el acuerdo del Consejo de Ministros y resultan igualmente del expediente: el número de vuelos de salida previstos en las jornadas de la huelga --más de quinientos en cada una-- y el de pasajeros previstos para los mismos --varias decenas de miles por día-- así como los tiempos de espera mencionados. A partir de ahí, no es difícil deducir la trascendencia económica de la huelga. Ayudan a ello los datos que ofrece el acuerdo del Consejo de Ministros sobre la distribución del impacto en distintos sectores de actividad económica de las huelgas en los servicios de transporte aéreo. Hay que tener en cuenta, además, que la relevancia para la economía nacional de los aeropuertos de interés general que gestiona AENA, S.M.E. está reconocida también por el legislador, según recuerda el acuerdo del Consejo de Ministros refiriéndose al artículo 21 de la Ley 15/2014, de 15 de octubre, de aprobación de medidas urgentes para el crecimiento, la competitividad y la eficiencia. Por tanto, estimar que una huelga de las características indicadas y con los notorios efectos que produjo en el segundo aeropuerto más importante de España incide en la economía nacional no está fuera de lugar. Tal apreciación se refuerza con la consideración de las consecuencias negativas que conllevó desde el punto de vista de la imagen, aspecto inmaterial pero muy importante en un país en el que, es verdad, el turismo es la principal actividad económica. Los argumentos que ofrece la demanda, apoyándose en documentos del Comité de Libertad Sindical de la Organización Internacional del Trabajo no desvirtúan cuanto acabamos de decir. En primer lugar, porque imponer un arbitraje obligatorio no supone prohibir el ejercicio del derecho de huelga sino someter el conflicto que le ha dado lugar a la decisión de un tercero imparcial. En segundo término, porque los supuestos a que se refiere el recurrente --crisis nacionales agudas como las causadas por la declaración de emergencia ante un golpe de Estado o ante una insurrección o la motivada por una catástrofe natural-- hacen pensar en circunstancias del todo ajenas al desenvolvimiento de los conflictos laborales en sociedades democráticas. Apuntan, por el contrario, a escenarios más acordes con los estados previstos en el artículo 116 de la Constitución. Por lo demás, el arbitraje obligatorio previsto por el artículo 10 del Real Decreto-Ley 17/1977 ha sido considerado conforme al texto fundamental por la sentencia n.° 11/1981. Para la Sala no hay infracción del derecho a huelga. En definitiva, no advertimos la desproporción que ve la demanda en la imposición del arbitraje obligatorio. El juicio de ponderación a que conduce la aplicación del artículo 10 del Real Decreto-Ley 17/1977 supone, justamente, contrapesar el derecho fundamental a la huelga de unos determinados trabajadores con los derechos e intereses protegidos constitucionalmente que se ven afectados. La apreciación de la concurrencia de los requisitos de ese precepto supone, precisamente, constatar que la continuidad del ejercicio del derecho a la huelga comporta ya unas consecuencias desproporcionadas para esos otros derechos e intereses y justifica que se sustituya por el laudo de un árbitro imparcial.

DATOS SENTENCIA

Sentencia núm. 942/2018

Fecha Sentencia: 31/10/18 (Sentencia de Pleno)

Recurso de casación nº 88/18.

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

TEMA

Despido colectivo (disfunción entre el contenido de la demanda y el Suplico; falta de competencia y falta de acción).

ASPECTOS EXAMINADOS

- Se trata de un pleito interpuesto por la totalidad de la plantilla de la empresa adjudataria del servicio de Apoyo Asistencia escolar al alumnado con necesidades educativas de apoyo específico en los centros docentes públicos de la provincia de Sevilla, según la contrata asignada por la Junta de Andalucía. Se solicita la nulidad del Despido Colectivo y los demandantes establecen, entre otros, como hechos de la demanda: la comunicación a todos los trabajadores haciendo saber la extinción de su relación laboral y procediendo a cursar su baja en Seguridad Social, que los trabajadores prestan servicios durante todo el curso escolar, que el número de afectados en un período inferior a noventa días y superior a treinta supera el umbral del art. 51 ET, y por último, que la fórmula empleada es la de despido individual en lugar de la de despido colectivo.
- La sentencia del TSJ de Andalucía recoge como HP que con fecha 23 de junio de 2017 la demandada comunica a los trabajadores con contratos fijos-discontinuos que han finalizado su prestación de servicios por el periodo en curso, sin que quede constancia de si han reanudado o no la prestación una vez iniciado el correspondiente periodo de actividad; y que con fecha 23 de junio de 2017 la demandada ha cursado la baja en Seguridad Social por causa de "baja inactividad fijo discontinuo" de los trabajadores. En el Fallo se estimaban las excepciones de falta de acción, inadecuación de procedimiento, y falta de competencia objetiva de la Sala, absteniéndose de entrar a conocer del fondo de la reclamación.
- Recurre la parte actora en casación planteando el carácter irregular y de hecho del despido colectivo al no utilizar el cauce del art. 51 ET, lo que lleva a su impugnación por la vía del artículo 124 de la LJS y a que esta cuestión deba ser resuelta por la sentencia como cuestión prejudicial. La sentencia de suplicación, partiendo de que la suspensión de la relación laboral de un trabajador fijo-discontinuo (carácter de parte de los trabajadores afectados) no puede asimilarse a un despido al no haberse extinguido la relación, por lo que deberá descartarse el trámite regulado en el artículo 124 de la LJS; en segundo lugar, se rechaza la competencia de la Sala para conocer de esa reclamación.
- Pone de manifiesto la Sala del TS que la competencia existe en función de la acción que se ejercita y las acciones tienen atribuido un procedimiento en general o de manera específica, como ocurre con el despido colectivo, cuyo desenvolvimiento procesal viene establecido en el artículo 124 de la LJS. Es el suplico de la demanda el que refiere la acción a ejercitar, y el litigio se ha situado en el proceso del artículo 124 de la LJS, por lo que la competencia en este caso debería corresponder a la Sala del TSJ que ha dictado la sentencia. Continúa argumentando el Alto Tribunal que con carácter prejudicial ha sido necesario valorar la disfunción que se produce entre los hechos que la parte actora reseña en su demanda y la acción que el suplico pone de manifiesto: la disfunción apreciada deja el suplico huérfano de soporte fáctico, pasando a primer plano una situación real, la comunicación de una suspensión de la actividad, que obliga a desplazar el petitum, carente de sentido ante unos hechos incapaces de albergar el objeto de la demanda. Perdida toda virtualidad del suplico la acción se muestra inexistente, y el proceso observado ineficaz para seguir soportando lo que sería otra acción distinta, coherente con los hechos de la demanda. Todo ello implica que no existe modo de atraer a la Sala la competencia para conocer la demanda, pues rechazada la existencia del cese de la relación laboral, huelga proseguir el debate de dicho cese. En cuanto a la especialidad del procedimiento seguido, toda vez que no se discute la superación de los umbrales del artículo 51 ET, el trámite de despido colectivo resultaría correcto siempre que constara la extinción del contrato; al no resultar acreditada y llevar la parte actora el debate a la controversia acerca de la verdadera naturaleza de los contratos, y si éstos admiten o no una suspensión durante la etapa de inactividad, la conexión procesal desaparece y la adecuación del procedimiento, por falta del sustrato fáctico esencial, el despido. De haberse producido la extinción y dado el número de afectados, la Sala habría sido competente y el procedimiento habría sido el adecuado.

DATOS SENTENCIA

Sentencia núm. 941/2018

Fecha Sentencia: 31/10/18 (Sentencia de Pleno)

Recurso de casación en unificación de doctrina nº 2886/16.

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

TEMA

Cantidad (supresión de plus; acciones declarativas y de condena; pretensiones de condena de futuro; prescripción).

ASPECTOS EXAMINADOS

- La sentencia examinada tiene por objeto una demanda en reclamación de diferencias salariales, consecuencia de la realización de trabajos que la empresa estuvo abonando hasta determinada fecha. La sentencia recurrida ha entendido que no concurre prescripción alguna por cuanto que ésta se ha visto interrumpida por la presentación de la demanda, en la que se reclamaban las cantidades regularizadas a la fecha del acto de juicio. En consecuencia, la Sala considera que dichos trabajadores tienen derecho a todo lo reclamado, en la cantidad que se cuantificó en el escrito de ampliación de demanda.
- Se examina la infracción del art. 59.1 y 2 ET en relación con el art. 1969 y 1973 CC y la Sala hace un previo recordatorio sobre las acciones declarativas y de condena, poniendo de manifiesto que el acceso a la jurisdicción que se consagra en el art. 24 CE, se articula mediante el ejercicio de las acciones, que son las que delimitan el objeto del proceso, con un variado contenido, que puede verse satisfecho mediante la tutela jurisdiccional. Pone de manifiesto la sentencia que a partir de la STC 71/91, existen las acciones declarativas, por medio de las cuales se va a concretar una situación, cuyo acogimiento no exige ejecución ulterior, entre las que no se integran las pretensiones que tengan un interés preventivo, o cautelar, no efectivo ni actual. Las acciones declarativas, a su vez, pueden comprender las meramente declarativas, en las que se pide del órgano jurisdiccional una pura o simple función de declaración, y las acciones meramente constitutivas, que vienen definidas como aquellas que afectan a "supuestos en que el pronunciamiento judicial es indispensable para la constitución, modificación o extinción de una relación jurídica...." y que se contraponen a aquellas otras en que "la situación jurídica sobre la que se asiente la pretensión no precisa de una calificación por parte de los tribunales, llegándose a ésta sólo ante la presencia de conflicto entre las partes por la negativa de la demandada a ceder a los intereses de la parte actora" (STS de 13/08/2010, R. 2014/2009, y 580/16, de 29 de junio). Es por ello por lo que estas acciones declarativas no llevan aparejada una ejecución del pronunciamiento judicial que las solventa (art. 521.1 LEC), lo que no impide que, como recoge el art. 522 de la LEC, todas las personas deban acatar y cumplir lo que se disponga en las sentencias constitutivas, y atenerse al estado o situación jurídica que surja de ellas. No obstante, las acciones constitutivas pueden ir acompañadas de acciones de condena, lo que dota a las sentencias que las resuelvan de un doble contenido, permitiendo que los pronunciamientos judiciales de condena que surjan de esas acciones sean ejecutables (art. 521.3 LEC). En efecto, por medio de las peticiones de condena se viene a reclamar del demandado el cumplimiento de una obligación -de hacer, no hacer o dar- que, de estimarse, permitirá que la resolución judicial que se dicte sea ejecutada, en caso de no cumplirse su fallo. Si estas peticiones fueran de condena a una cantidad, deberán expresarse las que fueran objeto de la demanda (art. 80.1 d), art. 89.4 d) y art. 99 LPL 1995 y la vigente LRJS). Concluye la Sala que en el caso de autos la acción ejercitada era una acción claramente de condena puesto que los trabajadores estaban reclamando una obligación que la demandada había dejado de cumplir, pidiendo lo dejado de percibir y lo que se fuera devengando desde la presentación de la demanda.
- Examina a continuación la Sala las pretensiones de condena de futuro y hace referencia a la doctrina constitucional, determinando que en el marco de la regulación anterior a la vigente LRJS, no siempre era admisible, sin más, cualquier rechazo a pretensiones que conlleven una eventual condena al pago de prestaciones que puedan devengarse en el futuro, ya que ha de atenderse a los caracteres de la pretensión y a su aptitud para adecuarse a las exigencias de liquidez propias de la sentencia en el ámbito laboral. Por tanto, ya se venía admitiendo entonces y hasta la LRJS la posibilidad de que pudieran producirse sentencias con condenas de futuro, sin que se entendiera con ello que se estuviera incumpliendo el mandato del art. 99 LPL, referido a las sentencias con reserva de liquidación, sino que dicha aceptación venía, además, amparada en el art. 220.1 de la LEC que, como norma supletoria, recogió expresamente las condenas de futuro. Y así lo vino a indicar la Exposición de Motivos de la actual LRJS, lo que se plasmó en el art. 99, en el que, manteniéndose la prohibición de reservas de liquidación, reproduce en su apartado 2 el mismo texto del art. 220.1 LEC. Entiende la Sala que en el caso de autos no estamos ante una situación en la que la parte demandante esté introduciendo en el pleito cuestiones no conocidas o que no pudieran conocerse ni debatirse en el momento de ratificarse la demanda y formularse la oposición a la misma, ya que no debe considerarse un debate sobre el futuro lo que hasta el acto de juicio se haya producido y así haya sido demandado por los trabajadores, cuando la parte demandada pudo combatir y el juez de instancia examinar y resolver. Si bien es cierto que

el hecho de que la parte actora reclamara en demanda el pago de las cantidades que se fueran devengando a partir de la demanda, pudiera calificarse entonces de petición de condena de futuro, la consecución de tal petición, centrándola a lo devengado hasta el acto de juicio, hace que la sentencia que resuelve dicha pretensión no contenga un pronunciamiento de tal naturaleza, cuando otorga las cantidades, ya que son cantidades adeudadas, por ya devengadas en ese momento, de forma que la sentencia que estima esa pretensión es una pura sentencia condenatoria al pago de una concreta cantidad, líquida, vencida y exigible. En definitiva, la declaración de condena no se podría calificar de condena de futuro cuando la sentencia que se dicte, de estimarse dicha acción, contiene una de pago de una cantidad de dinero determinada, siendo condena de futuro la que afectase a las cantidades que se fueran devengando a partir de la resolución judicial, tal y como actualmente se indica en el art. 99 LRJS. En conclusión, el pronunciamiento que es objeto del recurso no contiene una condena de futuro, y el problema sobre el que gira se ubica en un hecho excluyente de la obligación.

- A continuación la Sala entra en el examen de la prescripción extintiva, institución que atiende a las pragmáticas consecuencias de dotar a las relaciones jurídicas de un mínimo de certeza y seguridad; y de las causas de interrupción del plazo de prescripción, haciendo un pormenorizado examen de la Jurisprudencia al respecto, que ha venido estableciendo que las acciones meramente declarativas carecen de eficacia para interrumpir la prescripción de las acciones de condena que se deriven de dicha declaración, pero entiende la Sala del Alto Tribunal que no es el caso debatido porque no se está otorgando ni pretendiendo otorgar eficacia a una previa acción declarativa, sino si la demanda, en sí misma y por constituir el ejercicio de la acción ante los Tribunales, interrumpe la prescripción de las cantidades que se han devengado con posterioridad a su presentación y hasta el acto de juicio, en el que la pretensión que contiene, no solo es ratificada sino que, en coherencia con el suplico de la demanda, en ese mismo momento se actualiza su alcance económico. Pues bien, continúa la sentencia, conforme a los criterios jurisprudenciales expuestos, si la interrupción de la prescripción es válida cuando existen actos del interesado de los que se desprende su voluntad de conservar el derecho, es evidente que una demanda en la que se reclama el mantenimiento del derecho que se venía ostentando y la reclamación de lo hasta entonces vencido y de lo que se fuera devengando, tiene el efecto de interrumpir la prescripción de la acción en toda su extensión y no solo de lo que se haya devengado hasta el momento de presentación de la demanda; no solo se está reclamando una tutela frente a quien aún no ha incumplido la obligación que le incumbe, pero que, por su conducta actual, es previsible que no la cumpla, sino que se pone en conocimiento del demandado la persistencia en seguir disfrutando del derecho sustraído y para que no le sea discutido en el futuro y, por ende, evitar al vencimiento cada año una nueva demanda, como medio de enervar la prescripción de lo que se fuera devengando, máxime en este caso en el que los actores reaccionaron a los cinco meses, aproximadamente, de la falta de pago del plus que venían cobrando, presentando la demanda a los seis meses, y cuando, desde la presentación de la demanda y hasta la sentencia, han transcurrido siete años en la tramitación del proceso judicial en instancia. En definitiva, una interpretación acorde con el principio de seguridad jurídica y certeza que deben presidir las relaciones jurídicas, permite entender que la parte demandada conoce, con absoluta claridad y precisión, desde la presentación de la demanda, el no abandono por el demandante de su derecho y de las consecuencias económicas del mismo, en tanto que en aquella se está reclamando, ya jurisdiccionalmente, una declaración de restitución del derecho que ostentaba, así como sus consecuencias jurídicas, como la de condena al abono de lo devengado hasta el acto de juicio. Y, en estos términos, no es exigible al demandante que, pendiendo ya esta reclamación ante los Tribunales, deba seguir reclamando al demandado, ya judicial o extrajudicialmente, lo que ya está pidiendo y se encuentra pendiente de sentencia, máxime cuando ya se ha dicho que esa actualizando de lo exigible, por vencido, no viene a constituir una modificación de la propia demanda sino una mera actualización de lo reclamado. Finaliza la sentencia poniendo en relación la postura mantenida con los principios de celeridad y evitación de juicios reiterados que presiden el proceso laboral, así como con la tutela judicial efectiva.

DATOS SENTENCIA

Sentencia núm. 974/2018

Fecha Sentencia: 22/11/18 (Sentencia de Pleno)

Recurso de casación nº 67/18.

Ponente: Excmo. Sr. D. Sebastián Moralo Gallego.

TEMA

Despido Colectivo (suspensión contrato fijos-discontinuos; extinción contratos temporales a efectos determinación umbrales numéricos del despido colectivo; imposibilidad de acudir al procedimiento del despido colectivo cuando no está determinado

previamente el carácter fraudulento de la contratación temporal; falta de legitimación activa; inadecuación procedimiento; falta de competencia)

ASPECTOS EXAMINADOS

- La sentencia del TSJ de Andalucía objeto de recurso de casación, tras acoger la excepción de falta de legitimación pasiva esgrimida por las codemandadas, Junta de Andalucía y Agencia Pública de Educación, desestima la demanda sin entrar a conocer del fondo del asunto, por entender que la situación jurídica objeto del litigio no constituye un despido colectivo que pudiese impugnarse por los representantes legales de los trabajadores a través del procedimiento del art. 124 LRJS, apreciando por ese motivo falta de acción, inadecuación de procedimiento y falta de competencia objetiva de la Sala para conocer del asunto como órgano judicial de instancia.
- Pone de manifiesto la sentencia del Alto Tribunal que la cuestión jurídica que realmente subyace en el caso de autos no es otra que la de determinar si la actuación de la empresa debe o no calificarse como un despido colectivo, de lo que dependerá la solución que haya de darse a cada una de las diferentes pretensiones, esto es, la adecuación del procedimiento del art. 124 LRJS, y en consecuencia, la competencia objetiva de la Sala de lo Social del TSJ de Andalucía, la legitimación activa de los representantes legales de los trabajadores para ejercitar la acción de impugnación de esa medida, y la calificación que haya de hacerse de la misma, en tanto hubiere de ajustarse al procedimiento del art. 51 ET.
- La sentencia recoge como HP a los que hay que atenerse para resolver el litigio: a) La empresa demandada gestiona el servicio de apoyo y asistencia escolar al alumnado con necesidades educativas de apoyo específico en los centros públicos de la provincia de Sevilla dependientes de la Consejería de la Junta de Andalucía; b) La inmensa mayoría de los trabajadores adscritos a esa actividad son trabajadores fijos discontinuos, algunos interinos y otros contratados temporales por obra o servicio determinado; c) En fecha 23 de junio de 2017 la empresa remite a todos sus trabajadores la comunicación en la que les indica que en esa fecha se procede a la "suspensión/extinción" del contrato y acaba la carta deseándoles feliz verano y con la expresión "Nos vemos en septiembre"; d) Frente a esta comunicación que reciben todos los trabajadores, interpone la representación unitaria la demanda de impugnación de despido colectivo ante la Sala de lo Social del TSJ de Andalucía, por la vía del art. 124 LRJS; e) En la fecha de aquella comunicación la empresa cursa la baja en seguridad social por causa de "baja inactividad fijo discontinuo" de los trabajadores contratados bajo esa modalidad, siendo todos ellos dados nuevamente de alta el 11 de septiembre de 2017. La baja de otros trabajadores es por "fin de contrato", y en el caso de trabajadores que tenían el contrato suspendido y estaban sustituidos por interinos, algunos de ellos se reincorporaron y fueron dados de alta a mediados de septiembre, y en otros casos sus sustitutos.
- La Sala defiende que el recurso no puede ser acogido, pues, como bien razona la sentencia de instancia, la actuación de la empleadora no supone la extinción de los contratos de trabajo fijos discontinuos, sino, simplemente, su suspensión por finalización del curso escolar para su posterior reanudación en septiembre al comienzo del siguiente, pese a que la comunicación que la empresa remite a la finalización del curso 2016-2017 a todos sus trabajadores es confusa y poco precisa. Podrá cuestionarse, argumenta la Sala, la verdadera naturaleza jurídica de tales contratos de trabajo, pero es evidente que la empresa no ha extinguido la relación laboral con los trabajadores a los que atribuye la condición de fijos-discontinuos, que no pueden por lo tanto computarse a efectos de calcular los umbrales que determinan la aplicación del despido colectivo del art. 51 ET.
- Continúa la sentencia abordando la denuncia relativa a que la empresa ha extinguido diversos contratos temporales para obra o servicio determinado en la misma decisión. La sentencia del TSJ se ha acogido en este extremo al criterio aplicado por la Sala IV en la STS 22/12/2016, rec. 10/2016, del Pleno de la Sala, que se pronuncia sobre la calificación que merece la actuación de la empresa que en un periodo de 90 días extingue un determinado número de contratos de trabajo temporales, que cuantitativamente considerados y en el caso de ser indefinidos, constituiría un despido colectivo por superar los umbrales del art. 51 ET. Afirma la Sala del Alto Tribunal que esta doctrina resulta de aplicación al caso de autos, en tanto que la demanda computa igualmente la resolución de tales contratos temporales y viene con ello a sostener que la relación laboral de esos trabajadores debe considerarse indefinida porque los contratos temporales extinguidos se encuentran celebrados en fraude de ley. Parte la demanda de una premisa que no está confirmada con carácter previo, cual es la de que, efectivamente, los contratos temporales de los trabajadores afectados por los ceses habrían de calificarse de fraudulentos y que, al no tener naturaleza de relaciones laborales de duración determinada, las extinciones habrían de considerarse despidos improcedentes. A ello anuda además la parte actora la conclusión de que la presumible improcedencia en masa provoca en este caso la superación de los umbrales previstos en el art. 51.1 ET y, en consecuencia, sitúa el sustrato fáctico sobre el que asienta su pretensión en el marco del despido colectivo y, por tanto, en el ámbito procesal del art. 124 LRJS. Pone de relieve la sentencia que la calificación de la verdadera causa de extinción de cada uno de los contratos de trabajo tiene contornos estrictamente individuales, en la medida que pueda ser necesario acudir a declarar, con carácter previo, que la verdadera naturaleza de la relación no era temporal, sino indefinida; o que la extinción se produjo antes de que acaeciera el término o

hecho objetivo que había de poner fin al contrato temporal. Pues, ciertamente, si se trata de contrataciones temporales en que la obra o el servicio concertados no han finalizado, no cabe excluir del cómputo de tales trabajadores a los efectos discutidos, ya que, en otro caso, se dejaría al arbitrio del empleador la utilización de la vía del despido colectivo, excluyendo de los referidos umbrales las contrataciones de esta clase. Está claro que entre los contratos temporales excluidos del cómputo no pueden comprenderse los que tan sólo ostenten esa temporalidad con carácter formal -en el contrato- y que, por fraudulentos, han de considerarse determinantes de relación laboral indefinida. Así, de darse alguna de aquellas circunstancias -que el contrato aparentemente temporal carezca de causa de temporalidad que lo justifique, o que el cese se produzca con anterioridad a que sobrevenga la causa válida de terminación-, no habría duda de que estaríamos ante una extinción unilateralmente acordada por el empresario carente de justificación a la que, además, habría que anudar la posibilidad de que engrosara el parámetro numérico delimitador del despido colectivo y, en consecuencia, las extinciones contractuales llevadas a cabo por el empresario sin seguir los trámites del artículo 51 ET, cuando éstos resultaban ineludibles por aplicación del referido precepto, deberían ser calificadas como nulas con las consecuencias inherentes a tal declaración. Continúa afirmando la sentencia que examinamos que el despido colectivo puede producirse al margen de que la empresa utilice el procedimiento del art. 51 ET (despido colectivo irregular) o que, incluso, se oculte su carácter colectivo (despido colectivo de hecho); y, tanto en un caso como en el otro, la decisión empresarial puede ser impugnada por la vía del art. 124 LRJS (STS/4ª/Pleno de 25 noviembre 2013 -rec. 52/2013- y 21 julio 2015 -rec. 370/2014-); más en el presente caso la demanda se construye sobre unas afirmaciones no meramente fácticas -las que se refieren a la existencia de la comunicación empresarial de cese de un determinado número de trabajadores-, sino sobre una calificación jurídica -el fraude de ley en la contratación y la inexistencia de justificación de la terminación de los contratos- que necesariamente individualiza la situación de los trabajadores haciendo necesarios unos pronunciamientos previos que no pueden ser incluidos en el objeto del proceso regulado en el precitado art. 124 LRJS. Y si no cabe la acción del art. 124 LRJS, no se da tampoco la competencia que el art. 7. a) párrafo segundo atribuye a las Salas de lo Social de los Tribunales Superiores de Justicia para conocer en única instancia de los procesos de despido colectivo del art. 124 de dicha norma adjetiva, lo que a su vez supone que los representantes unitarios de los trabajadores carecen de acción y legitimación activa para interponer la demanda colectiva bajo esos presupuestos.

DATOS SENTENCIA

Sentencia núm. 992/2018

Fecha Sentencia: 29/11/18 (Sentencia de Pleno)

Recurso de casación en unificación de doctrina nº 3382/16

Ponente: Excmo. Sr. D. Jesús Gullón Rodríguez

TEMA

Discapacidad (reconocimiento del 33% a los beneficiarios SS afectos de incapacidad permanente total, absoluta o gran invalidez; Real Decreto Legislativo 1/13 incurso en ultra vires).

ASPECTOS EXAMINADOS

- En este recurso de casación para la unificación de doctrina se resuelve si en los casos en los que un beneficiario de Seguridad Social tiene reconocido el grado de incapacidad permanente total, absoluta o gran invalidez, se le ha de reconocer al amparo de lo previsto en el art. 4.2 del RDL 1/13, de manera automática y a todos los efectos, el 33% de discapacidad; o, por el contrario, esa atribución no cabe hacerla en esa forma porque el precepto del Texto Refundido incurre en ultra vires en relación con la autorización normativa concedida en la Ley 26/11, de 1 de agosto.
- El demandante en este caso tiene reconocida una pensión de incapacidad permanente total para su profesión habitual de albañil por resolución del INSS de 13 de noviembre de 2013. Posteriormente, solicitó de la Administración Autonómica el reconocimiento de minusvalía, lo que motivó que se dictase resolución por la Gerencia Territorial de Servicios Sociales en fecha 12 de junio de 2014, en la que se le reconoció un grado de discapacidad del 18%, con base en las limitaciones acogidas en la propuesta del Equipo de Valoración y Orientación. La Sala de Suplicación estimó el recurso de la Administración y, revocando la sentencia de instancia, desestimó la demanda, con el argumento de que el artículo 4.2 del Real Decreto Legislativo 1/13, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, incurre en ultra vires por haber rebasado los límites de la delegación normativa otorgada por la Ley

5/2003, lo que determinaba la necesidad de mantener la doctrina jurisprudencial que interpretó esa última norma, en la que la atribución del 33% del grado de discapacidad a los beneficiarios de incapacidad permanente total, absoluta o gran invalidez, lo eran a los efectos de la propia Ley, no "a todos los efectos".

- La Sala del Alto Tribunal parte para resolver la cuestión de fondo de la redacción dada a las normas que se han de aplicar, analizando la evolución normativa y jurisprudencial de ese pretendido paralelismo automático entre la declaración de incapacidad permanente total, absoluta o gran invalidez, y el reconocimiento del grado de discapacidad igual al menos al 33%. El derogado artículo 1.2 de la Ley 51/03, establecía que "A los efectos de esta ley, tendrán la consideración de personas con discapacidad aquellas a quienes se les haya reconocido un grado de minusvalía igual o superior al 33 por ciento. En todo caso, se considerarán afectados por una minusvalía en grado igual o superior al 33% los pensionistas de la Seguridad Social que tengan reconocida una pensión de incapacidad permanente en el grado de total, absoluta o gran invalidez, y a los pensionistas de clases pasivas que tengan reconocida una pensión de jubilación o de retiro por incapacidad permanente para el servicio o inutilidad.
- La acreditación del grado de minusvalía se realizará en los términos establecidos reglamentariamente y tendrá validez en todo el territorio nacional". La Jurisprudencia, que nace en dos sentencias del Pleno, ambas de 21 de marzo de 2007 (rec. 3872/2005 y 3902/2005), entendió que a los efectos de las previsiones de esa Ley 51/03, la acreditación de alguna de esas situaciones de incapacidad permanente posibilitaba la adquisición del referido grado de discapacidad del 33%, pero para los demás efectos se requería la aplicación del RD 1971/99 a la hora de establecer el porcentaje correspondiente, aunque se tuviese reconocido uno de esos grados de incapacidad permanente total, absoluta o gran invalidez. Así las cosas, se aprobó posteriormente la Ley 26/11, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad que, como se explica en el Preámbulo, tiene por objeto imprimir un nuevo impulso para alcanzar el objetivo de adecuación de la regulación en materia de discapacidad a las directrices marcadas por la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su Protocolo Facultativo que fueron aprobados el 13 de diciembre de 2006 por la Asamblea General de las Naciones Unidas (ONU), ratificados por España el 21 de abril de 2008, y entraron en vigor el 3 de mayo de ese mismo año. A tal efecto, se otorga un nuevo redactado al art. 1.2 de la Ley 51/03, que, en lo que ahora interesa, pasó a ser del siguiente tenor literal: "2. Son personas con discapacidad aquellas que presenten deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con los demás... Ello, no obstante, a los efectos de esta Ley, tendrán la consideración de personas con discapacidad aquellas a quienes se les haya reconocido un grado de discapacidad igual o superior al 33 por ciento. En todo caso, se considerarán que presentan una discapacidad en grado igual o superior al 33 por ciento los pensionistas de la Seguridad Social que tengan reconocida una pensión de incapacidad permanente en el grado de total, absoluta o gran invalidez, y a los pensionistas de clases pasivas que tengan reconocida una pensión de jubilación o de retiro por incapacidad permanente para el servicio o inutilidad".
- Desde esa literalidad se desprende con nitidez que existe una absoluta coincidencia entre este último párrafo y la redacción del art. 1.2 de la Ley 51/03, identidad de términos que resulta relevante a la hora de analizar si el RD Legislativo 1/13 ha incurrido en ultra vires al modificar el contenido literal de este precepto en términos que exceden del mandato recibido del legislador, que en la nueva redacción del precepto mantiene en la Ley 26/11, de forma expresa la frase "a los efectos de esta Ley", y que es sustituida en el art. 4.2 del RD Legislativo 1/13 por la de "a todos los efectos". La citada Ley 26/11, en su Disposición Final Segunda, autoriza al Gobierno para la refundición de textos legales en la materia, y ordena al Gobierno elaborar y aprobar "...antes del 31 de diciembre de 2013 y previa consulta al Consejo Nacional de la Discapacidad, un Texto Refundido en el que se regularicen, aclaren y armonicen la Ley 13/1982, de 7 de abril, de integración social de los minusválidos, la Ley 51/03, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad y la Ley 49/07, de 26 de diciembre, de infracciones y sanciones en materia de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad". Precisamente en cumplimiento de este mandato el Gobierno aprobó el RD Legislativo 1/13, que deroga la Ley 51/03, y que en su art. 4.2 establece que: "1. Son personas con discapacidad aquellas que presentan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales, previsiblemente permanentes que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con los demás.
2. Además de lo establecido en el apartado anterior, y a todos los efectos, tendrán la consideración de personas con discapacidad aquellas a quienes se les haya reconocido un grado de discapacidad igual o superior al 33 por ciento. Se considerará que presentan una discapacidad en grado igual o superior al 33 por ciento los pensionistas de la Seguridad Social que tengan reconocida una pensión de incapacidad permanente en el grado de total, absoluta o gran invalidez, y a los pensionistas de clases pasivas que tengan reconocida una pensión de jubilación o de retiro por incapacidad permanente para el servicio o inutilidad.

Las normas que regulen los beneficios o medidas de acción positiva podrán determinar los requisitos específicos para acceder a los mismos".

- Partiendo de las anteriores consideraciones entiende la Sala que la sentencia recurrida contiene la buena doctrina cuando razona acertadamente que el RD Legislativo 1/13 ha incurrido en un exceso en el mandato de legislación delegada conferido al modificar el contenido de las normas legales que debía integrar en el texto refundido, modificación que es de carácter sustancial puesto que llega hasta el punto de reconocer un grado de discapacidad del 33% "a todos los efectos" a los pensionistas de incapacidad permanente total, absoluta y gran invalidez, y no exclusivamente a los efectos de aquella Ley, variando de esta forma y de manera esencial el mandato recibido del legislador. Pone de manifiesto la Sala que el TC ha venido reconociendo la posibilidad de que los excesos en la delegación legislativa achacable a los decretos legislativos puedan ser conocidos en la jurisdicción ordinaria, de manera que en esa sede se identifiquen aquellos extremos en los que la delegación hubiera podido excederse y el juez ordinario pueda atribuir valor de reglamento a la norma que sobrepase aquella habilitación y entrar a valorarlo para proceder a su inaplicación si resultase ultra vires. Precisamente en ejercicio de esa facultad, que además constituye una obligación, la sentencia afirma que el art. 4.2 del RD Legislativo 1/13 ha incurrido en ultra vires por exceso en la delegación legislativa. Concluye la Sala que resulta palmario que si el legislador quería mantener en sus términos la dicción literal del precepto que equiparaba al 33% de discapacidad a los pensionistas de incapacidad permanente total, absoluta y gran invalidez a los exclusivos efectos de esa ley, no estaba en su espíritu la extensión de este beneficio a todos y cualquiera de los múltiples, variados y muy heterogéneos efectos que despliega en distintas ramas de nuestro ordenamiento jurídico el reconocimiento de un grado de discapacidad del 33%.

DATOS SENTENCIA

Sentencia núm. 1012/2018

Fecha Sentencia: 4/12/18

Recurso de casación en unificación de doctrina nº 3559/16.

Ponente: Excm. Sra. D^a M^a Luisa Segoviano Astaburuaga

TEMA

Derechos y Cantidad (aplicación de normas no laborales; función institucional recurso de casación unificadora; innecesariedad de contradicción; incompetencia de jurisdicción).

ASPECTOS EXAMINADOS

- La cuestión que se plantea en el recurso consiste en determinar si es competencia del Orden Social de la Jurisdicción el conocimiento de la reclamación de una determinada suma, formulada por un Sindicato, cantidad que aparece contemplada en el Acuerdo de 16 de septiembre de 2003 de la Mesa General de Negociación, sobre Jornada de Trabajo y Derechos Sindicales del Personal que presta servicios en Instituciones Sanitarias transferidas a la CAM, y en el que se establece que "la Comunidad de Madrid dotará de fondo anual de 445.000 euros que se distribuirá en el primer semestre del año entre los Sindicatos con presencia en la Mesa Sectorial del Personal al Servicio de Instituciones Sanitarias Públicas del Instituto Madrileño de la Salud".
- En primer lugar, pone la sentencia de manifiesto que la función institucional del recurso de casación para la unificación de doctrina es procurar la aplicación uniforme del ordenamiento jurídico por los órganos judiciales del orden social. De ahí que, conforme a lo recogido en el art. 225.4 LRJS, podrán ser inadmitidos los recursos de casación para unificación de doctrina que carezcan de contenido casacional, esto es, los que se interpusieran contra sentencias cuyas decisiones sean coincidentes con la doctrina sentada por esta Sala del Tribunal Supremo. En consecuencia, es irrelevante la contradicción alegada en el recurso, pues la doctrina aplicada por la sentencia recurrida es coincidente con la seguida por la Sala IV en la sentencia de 11 de mayo de 2010 (R. 3262/2009), y las que en ellas se citan; así, se indica expresamente: "...El problema que se plantea en el recurso puede entenderse ya resuelto por esta Sala en la medida que, en asuntos que guardan identidad de razón, hemos declarado la incompetencia del orden social y la competencia del contencioso administrativo. Así, las sentencias de 5 de diciembre de 2006 (R. 15/2005), 22 de enero de 2007 (R. 105/05), 12 de junio de 2007 (R. 48/06), 10 de febrero de 2009 (R. 20/08), y las que en ellas se citan, reconocen la competencia del orden contencioso administrativo cuando la norma cuya aplicación se pretende no es laboral, sino que pertenece al ordenamiento jurídico administrativo y cuando el conflicto afecta,

ya sea de modo indirecto, como es ahora el caso, a personas que están unidas al organismo demandado mediante una relación jurídica estatutaria o funcionarial...”. La misma doctrina sobre la problemática de la competencia o incompetencia jurisdiccional se ha aplicado en otros pronunciamientos posteriores tanto de la Sala de lo Social como de la Sala de Conflictos de Competencia del Tribunal Supremo. Entre otros, en STS de 17/09/14, rec. 232/13, al decir que: “...la incompetencia de esta jurisdicción ha sido declarada por esta Sala en sus sentencias de 11 de mayo de 2010 (Rcud. 3262/2009) y 11 de octubre de 2011 (R.O. 102/2011), sobre ayudas y subvenciones a sindicatos, y en los Autos de la Sala de Conflictos de Competencia de este Tribunal de 23 de diciembre de 1997, 23 de octubre de 2000, 9 de octubre de 2013 (Conflicto 3/2013) y 6 de octubre de 2003 (Conflicto 16/2003), resoluciones todas en las que se ha declarado que la competencia para resolver sobre reclamaciones en materia de subvenciones es de la jurisdicción contencioso administrativa...”. En el mismo sentido la STS de 29/03/16, rec. 176/15, en la que trataba de un acto -o inactividad- de la Administración que afecta a todos los empleados públicos de la CAM, cualquiera que sea la naturaleza de su relación, sea laboral, estatutaria o funcionarial, cuyo conocimiento no es competencia del orden social de la jurisdicción, sino del contencioso- administrativo. Se ataca la inacción de la CAM por no desplegar instrumentos o mecanismos para hacer efectiva la gestión por el Sindicato accionante del porcentaje que le corresponde en los fondos de formación, sin embargo, tales actos, o más bien inactividad son absolutamente inescindibles del instrumento de la pretendida lesión, esto es, de las disposiciones generales y actos administrativos que -se dice- la materializan; con lo que a la postre, son estas últimas las combatidas. También la STS de 21/11/17, rec. 2267/15, que precisa que, aunque las condiciones afectadas estaban plasmadas en productos normativos separados para funcionarios y para personal laboral, la Administración acuerda en un único acto la suspensión de las condiciones que resultan comunes a ambos colectivos, lo que lleva a sostener que los acuerdos aquí combatidos son de aplicación conjunta, a los efectos de delimitar la competencia del órgano judicial legalmente competente para conocer de dicha impugnación. Declaraba así la falta de competencia de los Jueces y Tribunales de lo social para el conocimiento de dicho litigio.

SECCION DE LO MILITAR

DATOS SENTENCIA

RECURSO DE CASACIÓN nº 27/2018.

Sentencia nº: 100/2018

Fecha Sentencia: 20/11/2018.

Ponente, Excmo. Sr. D. Jacobo Barja de Quiroga López.

TEMA

Delito de "desobediencia" del artículo 102 del Código Penal Militar de 1985.

ASPECTOS EXAMINADOS

- En esta sentencia se analizan los requisitos que jurisprudencialmente se han venido exigiendo para delimitar esta figura delictiva, distinguiéndola de la infracción disciplinaria que contempla otras acciones consistentes en la inobservancia y desobediencia de órdenes e instrucciones militares. Resulta esclarecedor reproducir parte de la argumentación utilizada por el Tribunal Supremo:

<<...El segundo motivo del recurso se centra en considerar que ha sido vulnerado el principio de legalidad; básicamente por haber sido aplicado el art. 102 del Código Penal Militar de 1985 vigente al tiempo de los hechos. Tres son las cuestiones que el recurrente plantea al respecto; a) no se trataba de una orden; b) no tuvo gravedad para superar la infracción administrativa; y, c) el acusado no obró con conciencia de la antijuridicidad de su conducta, lo que a su juicio afecta al dolo.

a) El art. 19 del Código Penal Militar (LO 13/1985) dispone que "a los efectos de este Código orden es todo mandato relativo al servicio que un superior militar da, en forma adecuada y dentro de las atribuciones que legalmente le corresponden, a un inferior o subordinado para que lleve a cabo u omita una actuación concreta".

El elemento típico "orden" ha sido reiterada y uniformemente considerado por la jurisprudencia de esta Sala, como entre otras, recoge la STS, 5ª, 4/2016, de 28 de enero, que debe reunir los siguientes requisitos: "a) Se trata de orden legítima transmitida de forma adecuada y personal (Sentencias 06.04.1992; 20.06.2003 y 27.09.2005); b) Que es taxativa en su contenido, es decir, sin margen de discrecionalidad apreciable por el destinatario de la misma (Sentencias 06.04.2004 y 27.09.2005); c) Transmitida por medio idóneo al efecto, cual sucede con la comunicación telefónica (Sentencias 28.09.2001; 22.01.2003 y 09.07.2004); d) Aunque lo sea a través de subordinado (Sentencia 28.09.2001); e) Relativa a acto de servicio que corresponde al sujeto activo del delito, según viene entendiendo esta Sala en los casos de obligada comparecencia a fin someterse a reconocimientos o exámenes médicos (Sentencias 31.03.1995; 07.06.1999; 20.09.2002; 12.03.2004 y 14.06.2004); y f) De grave entidad en consideración a la naturaleza del mandato incumplido, consecuencias del incumplimiento, circunstancias del caso, reiteración de la negativa, o intencionalidad del sujeto activo y el quebrantamiento de la disciplina que es el bien jurídico protegido (Sentencias 20.06.2003; 02.02.2004; 12.03.2004; 09.07.2004 y 07.02.2005)".

En el presente caso, la orden recibida por el recurrente, que obra al folio 120 del sumario, fue enviada por burofax que el destinatario recibió el día 8 de mayo de 2015 (folio 122 del sumario) y, en ella se dice literalmente: "al recibo del presente burofax, y a la mayor urgencia posible deberá presentarse en (...)". Pues bien, dicha orden cumple con todas las características que antes mencionábamos que exige la jurisprudencia para considerar que se trata de una orden a los efectos del delito de desobediencia: es una orden legítima, taxativa, transmitida por un medio idóneo, relativo a un acto de servicio y de grave entidad. La taxatividad no resulta afectada por el hecho de que no se haya determinado una fecha concreta para el cumplimiento de lo ordenado, pues lo que se ordena es que se realice algo (presentarse en el RIL Tercio Viejo de Sicilia, nº 67, Acuartelamiento Loyola, San Sebastián) dentro de un periodo de tiempo razonable ("a la mayor urgencia posible") y, como relatan los hechos probados, el recurrente hizo caso omiso y no se presentó hasta el 17 de julio cuando fue al Regimiento para despedirse. Es más, el día 10 de julio (había transcurrido un mes desde la orden recibida), la Teniente Enfermera y el Cabo Mayor se desplazaron a su domicilio, en donde no se encontraba y al poco tiempo lo vieron regresar a su casa subiendo las escaleras con normalidad y sin aparente impedimento. En definitiva, tuvo un tiempo razonable para cumplir la orden de acudir al Regimiento y no lo hizo. La expresión "a la mayor urgencia posible", deja claro y de forma comprensible lo que se ordena: la comparecencia en el Regimiento y, únicamente deja en un cierto grado de imprecisión el momento en que debe cumplirse la orden. Ahora bien, constituye una orden que trata al receptor como persona capaz de comprender lo que se le dice: a la mayor urgencia posible. Esto no la transforma en indeterminada y, en

consecuencia, en falta de taxatividad. En otras palabras, se le concede un periodo de tiempo razonable para dar cumplimiento a la orden. La orden fue suficientemente concreta y cumple con la exigencia de taxatividad que exige la jurisprudencia al respecto.

b) Considera el recurrente que no concurre el elemento típico de la gravedad en la desobediencia.

Lo cierto es que el tipo penal contenido en el art. 102 del Código Penal Militar no contiene el elemento de la "gravedad". En ningún sitio señala que la desobediencia haya de ser grave. El indicado artículo señala: "el militar que se negare a obedecer o no cumpliera las órdenes legítimas de sus superiores relativas al servicio que le corresponde será castigado (...)". No obstante, si es cierto que existen determinadas faltas disciplinarias que pudieran abarcar supuestos de desobediencia. La jurisprudencia de esta Sala ha establecido el deslinde en la gravedad y, por ello, considera que la apreciación de la gravedad en el ámbito de la desobediencia debe hacerse caso por caso y teniendo en cuenta una serie de factores como la intencionalidad del que incumple, la transcendencia del acto del incumplimiento, así como el lugar, el tiempo, la forma, el perjuicio al servicio y la quiebra de la disciplina; precisamente, de forma reiterada, la jurisprudencia de esta Sala mantiene que el bien jurídico protegido por el indicado tipo penal es precisamente la disciplina.

Pues bien, en el presente caso ha de considerarse que la desobediencia ha sido grave -lo suficiente para excluir el ámbito disciplinario- pues no hubo error alguno en el receptor de la orden, ni aparece justificada, al menos mínimamente, la razón para incumplir la orden, además, una vez transcurrido el plazo razonable para cumplirla desde entonces se mantuvo en el incumplimiento; en definitiva, el servicio resultó perjudicado por cuanto no se presentó para ser examinado sobre si debía continuar de baja para el servicio y, que duda cabe que la disciplina, al no dar cumplimiento a la orden recibida, al incumplir su deber de cumplir una orden legítima, quedó lesionada. Todas las circunstancias indicadas, teniendo en cuenta el contenido de la orden, conducen a que deba considerarse de carácter grave. O, dicho de otra manera, que dicho incumplimiento supera el límite del riesgo permitido entrando en el ámbito de la relevancia penal.

c) Estima el recurrente que no obró con conocimiento de la antijuridicidad de su conducta, y que esta circunstancia afecta al dolo.

No estamos de acuerdo con esa concepción del dolo ni es compatible con lo dispuesto en el art. 14 del Código Penal. El conocimiento de la antijuridicidad corresponde a la culpabilidad y su ausencia da lugar a un error de prohibición, que en razón a su evitabilidad será vencible o invencible, y, en consecuencia, en los supuestos de evitabilidad, el delito es doloso, aunque castigado con pena atenuada. En definitiva, la ausencia del conocimiento de la antijuridicidad de su conducta no afecta al dolo.

En cualquier caso, el recurrente más adelante en su escrito se refiere al dolo neutro, a un dolo que abarque el conocimiento de los elementos esenciales de la infracción penal. Todo miembro de las fuerzas armadas -salvo circunstancias específicas, cuya justificación debe aparecer- sabe que entre sus obligaciones se encuentra acudir al lugar donde se encuentre destinado; igualmente sabe que en caso de enfermedad que justificaría su ausencia en su destino, debe ser dado de baja por la Sanidad Militar y acudir a las revisiones precisas. Tal conocimiento es suficiente a los efectos típicos, o bien, le resulta indiferente tener dicho conocimiento, pues tenerlo no va a alterar su decisión. A ello ha de añadirse que cuanto recibe la orden de comparecer a la mayor urgencia posible en su Regimiento, es conocedor de la orden, pues su recepción está acreditada, y de su obligación de cumplirla; y, si hubiera tenido alguna duda también es claro que le fue indiferente despejarla.

Por consiguiente, debe afirmarse que el soldado recibió la orden y de manera dolosa decidió incumplirla.

En definitiva, concurren todos los elementos del delito de desobediencia (art. 102 del Código Penal Militar de 1985) y, debe desestimarse el motivo interpuesto...>> **(Fundamento Jurídico Cuarto).**

SECCIÓN MENORES

DATOS SENTENCIA

SAP Madrid, Sección Cuarta
 Sentencia nº 527/2018,
 Fecha Sentencia: 26-11-2018
 Ponente: Ilmo. Sr. D. Hervás Ortiz, José Joaquín.

TEMA

Costas de acusación particular

ASPECTOS EXAMINADOS

- Se desestima el recurso denegando la imposición al menor de las costas de la acusación particular, entendiendo que ese debe ser el criterio general en la jurisdicción de menores, salvo circunstancias excepcionales que justifiquen lo contrario.

“...pretende la acusación particular que se condene en costas a los menores expedientados, viniendo a considerar infringidos los artículos 123 y 124 del Código Penal y el artículo 240 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Pero este motivo de recurso no puede prosperar, por las razones que, a continuación, se exponen.

Esta Sección 4ª de la Audiencia Provincial de Madrid ya ha tenido ocasión de pronunciarse sobre la cuestión referente a la imposición de las costas de la acusación particular en el proceso de menores en Sentencias de 30 de abril de 2.009 (Sentencia nº 67/2009; rollo 117/09), de 22 de febrero de 2.012 (Sentencia nº 24/2012; rollo nº 28/2012) y 13 de marzo de 2.014 (rollo nº 117/14). En esta última sentencia se recuerda la doctrina de este Tribunal, al señalar lo siguiente:

<<Esta Sección 4ª de la Audiencia Provincial de Madrid ya ha tenido ocasión de pronunciarse sobre la cuestión referente a la imposición de las costas de la acusación particular en el proceso de menores en Sentencias de 30 de abril de 2.009 (Sentencia nº 67/2009; rollo 117/09) y de 22 de febrero de 2.012 (Sentencia nº 24/2012; rollo nº 28/2012), habiendo señalado en esta última Sentencia, textualmente, lo siguiente:

"En el punto décimo tercero, se denuncia la inaplicación de la condena en costas. Este motivo se desestima, compartiendo la Sala el razonamiento de la Juzgadora de Instancia, que es el mantenido por esta Sección, y así en el Rollo de Sala nº 117/09, sentencia nº 67/09 de 30 de abril, señalábamos: "Ahora bien, aunque la Ley de Enjuiciamiento Criminal y el Código Penal son normas expresamente supletorias en lo no regulado en la LO 5/2000 de responsabilidad penal de los menores (Disposición Final Primera), lo que conllevaría la aplicación de los arts. 239 y siguientes de la LECR, y 123 y 124 del CP, al no contener específica declaración en torno a la condena en costas, (ni prohibición tampoco), no debemos olvidar que estamos ante un derecho penal especial, que se aparta de ciertos principios del derecho penal y procesal de adultos, "al pretender ser la reacción jurídica dirigida al menor infractor de una intervención de naturaleza educativa..." (Exposición de Motivos de la LORPM). Y aunque con las últimas reformas operadas por la L.O. 15/2003 de 25 de noviembre y de la L.O. 8/2006, de 4 de diciembre, se dio entrada en este proceso especial a la acusación particular con iguales facultades que en la LECR, -vedada en su redacción originaria "en este procedimiento no cabe en ningún caso el ejercicio de acciones por particulares"-, la naturaleza sancionadora-educativa de este derecho penal especial, en el que prima el interés superior del menor, determina que la condena en costas que propugna aquí la Acusación Particular, debe aplicarse siempre con criterios restrictivos, apreciando circunstancias especiales que determinen la oportunidad de su imposición,...".

Es decir, en el proceso penal de menores rige, en lo que se refiere a las costas de la acusación particular, un criterio inverso al que se sigue en el proceso penal de mayores, de tal manera que en el caso de los menores el criterio general es la no imposición al menor de las costas de la acusación particular, salvo que se aprecien circunstancias especiales que justifiquen esa imposición. En base a tal doctrina, que ahora reiteramos, y no apreciando que concurran en el supuesto que nos ocupa esas circunstancias especiales que pudieran justificar la imposición de las costas de la acusación particular al menor aquí enjuiciado, procede desestimar este motivo de recurso.

Por las mismas razones, tampoco procede hacer imposición de las costas de esta alzada.>>.

Ese mismo criterio es el que ha de aplicarse en el supuesto que nos ocupa, pues no se aprecia la concurrencia de circunstancias excepcionales que justifiquen que se impongan las costas a los dos menores expedientados, en la medida en que la actuación del Ministerio Fiscal era suficiente para la iniciación y prosecución del procedimiento por todos sus trámites y para la obtención de la correspondiente indemnización por los resultados lesivos producidos, debiendo darse por reproducido, en este punto, lo que se indica en el fundamento de derecho quinto de la sentencia apelada.”

DATOS SENTENCIA

SAP Madrid, Sección Cuarta
Sentencia nº 541/2018
Fecha Sentencia: 27-11-2018
Madrid, Sec 4ª
Ponente: Ilmo. Sr. D. Vigil Leví, Jacobo.

TEMA

Determinación de medida en supuestos de máxima gravedad del art. 10.2 LORPM. No es aplicable supletoriamente la regla del art. 62 del CP para las formas imperfectas de ejecución.

ASPECTOS EXAMINADOS

- Legalidad de las medidas impuestas de cinco años de internamiento cerrado y tres años de LV por dos homicidios en grado de tentativa. No se vulnera el art. 8, párrafo segundo de la LORPM, pues la medida impuesta es inferior a las penas privativas de libertad previstas en CP. No es posible rebajar en grado las medidas previstas en el art. 10.2, pues no es aplicable supletoriamente la regla del art. 62 del CP

“...Alega la recurrente que se han infringido los artículos 8, 10.1 y 11 de la LORPM en relación con los artículos 16, 62 y 72 del Código Penal reguladores de la medida impuesta.

- 1. Se ha impuesto al menor expedientado como autor de dos delitos de homicidio intentado la medida de 5 años de internamiento en régimen cerrado, complementada por 3 años de Libertad Vigilada. En la resolución recurrida se argumenta que la medida en su naturaleza es la legalmente exigida y que su extensión se justifica en consideración al interés del menor conforme a lo informado por el equipo técnico.

La LORPM establece en su artículo 10.2 a) para la comisión de un delito de homicidio por un menor que, como es el caso, tenía 15 años al tiempo de la infracción, la medida de 1 a 5 años de internamiento en régimen cerrado, complementada por 3 años de Libertad Vigilada. Además, el artículo 11.2 de la misma ley, en relación con el precepto antes citado, para el caso de pluralidad de infracciones, permite elevar el límite máximo de la medida de internamiento a 6 años. Por otra parte, el artículo 8.2 de la LORPM limita la extensión de la medida privativa de libertad al establecer que su duración no podrá superar en ningún caso el tiempo de la pena privativa de libertad que se hubiere podido imponer al sujeto en caso de haber sido mayor.

Entiende la Sala que el límite legal para la imposición de la medida no se ha superado. En efecto, el menor ha sido considerado responsable por dos delitos de homicidio en grado de tentativa. Sin embargo, por el grado de ejecución de las infracciones, próximos a la tentativa acabada, la pena correspondiente a los delitos, en caso de haber sido condenado como delincuente mayor, debería ser reducida en un solo grado (art. 62 del Código Penal), fijándose así un límite de cinco años y un día a diez años (art. 138), por lo que no se ha superado el límite previsto en el artículo 8.2 de la LORPM antes citado. Además, que en este caso son dos las infracciones atribuidas al menor, lo que situaría la medida en una extensión proporcionalmente inferior a lo prevista para un mayor que hubiera cometido el mismo delito, aun con la aplicación del artículo 62 del Código Penal.

- 2. Alega la recurrente que en la imposición de la pena no se ha considerado el carácter intentado de las infracciones, motivo por el cual sería de aplicación el artículo 62 del Código Penal.

Debemos recordar además que, en esta jurisdicción, la justificación de la medida es el beneficio de los menores. La proporcionalidad como regla de juicio es el resultado de comparar el gravamen que supone para el menor y la finalidad que se persigue con la medida. En este sentido el artículo 7.3 de la LORPM establece los criterios que habrán de considerarse para la determinación de la medida que son " Para la elección de la medida o medidas

adecuadas se deberá atender de modo flexible, no sólo a la prueba y valoración jurídica de los hechos, sino especialmente a la edad, las circunstancias familiares y sociales, la personalidad y el interés del menor, puestos de manifiesto los dos últimos en los informes de los equipos técnicos y de las entidades públicas de protección y reforma de menores cuando éstas hubieran tenido conocimiento del menor por haber ejecutado una medida cautelar o definitiva con anterioridad, conforme a lo dispuesto en el artículo 27 de la presente Ley. El Juez deberá motivar en la sentencia las razones por las que aplica una determinada medida, así como el plazo de duración de la misma, a los efectos de la valoración del mencionado interés del menor". No se menciona, entre tales criterios, el del grado de ejecución de la infracción, por lo que no se considera de aplicación la regla prevista en el artículo 62 del Código Penal, tal como se recuerda en la sentencia de esta Sección 4ª de la A.P de Madrid nº 177/12 de 28 de diciembre."

SECRETARÍA TÉCNICA

NOVEDADES LEGISLATIVAS**1.- NOVEDADES NORMATIVAS ESTATALES****DISPOSICIONES GENERALES****JEFATURA DEL ESTADO****Régimen electoral general**

Ley Orgánica 2/2018, de 5 de diciembre, para la modificación de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General para garantizar el derecho de sufragio de todas las personas con discapacidad. BOE de 6 de diciembre de 2018

Datos de carácter personal

Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales. BOE de 6 de diciembre de 2018

Medidas urgentes

Real Decreto-ley 23/2018, de 21 de diciembre, de transposición de directivas en materia de marcas, transporte ferroviario y viajes combinados y servicios de viaje vinculados. BOE de 27 de diciembre de 2018.

Acuerdo de convalidación aprobado por Resolución del Congreso de los Diputados de 22 de enero de 2019. BOE de 29 de enero de 2018

Empleados públicos. Retribuciones

Real Decreto-ley 24/2018, de 21 de diciembre, por el que se aprueban medidas urgentes en materia de retribuciones en el ámbito del sector público. BOE de 27 de diciembre de 2018.

Acuerdo de convalidación aprobado por Resolución del Congreso de los Diputados de 22 de enero de 2019. BOE de 29 de enero de 2018

Código de Comercio, Ley de Sociedades de Capital y Auditorías de Cuentas

Ley 11/2018, de 28 de diciembre, por la que se modifica el Código de Comercio, el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, y la Ley 22/2015, de 20 de julio, de Auditoría de Cuentas, en materia de información no financiera y diversidad. BOE de 29 de diciembre de 2018

Poder Judicial

Ley Orgánica 4/2018, de 28 de diciembre, de reforma de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial. BOE de 29 de diciembre de 2018

Poder Judicial. Violencia de Género

Ley Orgánica 5/2018, de 28 de diciembre, de reforma de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, sobre medidas urgentes en aplicación del Pacto de Estado en materia de violencia de género. BOE de 29 de diciembre de 2018.

Estatutos de Autonomía

Corrección de errores de la Ley Orgánica 1/2018, de 5 de noviembre, de reforma del Estatuto de Autonomía de Canarias. BOE de 30 de enero de 2019

CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL**Carrera Judicial. Gestión informatizada**

Acuerdo de 22 de noviembre de 2018, de la Comisión Permanente del Consejo General del Poder Judicial, por el que se aprueba la Instrucción 1/2018, relativa a la obligatoriedad para Jueces y Magistrados del empleo de medios informáticos a que se refiere el artículo 230 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial. BOE de 10 de diciembre de 2018

Carrera Judicial. Incapacidad temporal

Acuerdo de 28 de noviembre de 2018, de la Comisión Permanente del Consejo General del Poder Judicial, por el que se modifica la Instrucción 1/2013 sobre retribuciones en supuestos de incapacidad temporal por contingencias comunes de los miembros de la Carrera Judicial, que pasa a denominarse Instrucción 1/2013 sobre retribuciones en supuestos de incapacidad temporal de los miembros de la Carrera Judicial. BOE de 10 de diciembre de 2018

Carreras Judicial y Fiscal. Retribuciones

Acuerdo de 29 de noviembre de 2018, del Pleno del Consejo General del Poder Judicial, por el que se aprueba el Reglamento 2/2018, para el cumplimiento de la Ley 15/2003, de 26 de mayo, reguladora del régimen retributivo de las Carreras Judicial y Fiscal, en lo relativo a las retribuciones variables por objetivos de los miembros de la Carrera Judicial. BOE de 18 de diciembre de 2018

MINISTERIO DE LA PRESIDENCIA, RELACIONES CON LAS CORTES E IGUALDAD**Propiedad intelectual**

Real Decreto 1398/2018, de 23 de noviembre, por el que se desarrolla el artículo 25 del texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, en cuanto al sistema de compensación equitativa por copia privada. BOE de 11 de diciembre de 2018.

Contaminación acústica

Orden PCI/1319/2018, de 7 de diciembre, por la que se modifica el Anexo II del Real Decreto 1513/2005, de 16 de diciembre, por el que se desarrolla la Ley 37/2003, de 17 de noviembre, del ruido, en lo referente a la evaluación del ruido ambiental. BOE de 13 de diciembre de 2018.

Corrección de errores. BOE de 22 de enero de 2019.

Reglamento General de Circulación

Real Decreto 1514/2018, de 28 de diciembre, por el que se modifica el Reglamento General de Circulación, aprobado por el Real Decreto 1428/2003, de 21 de noviembre. BOE de 29 de diciembre de 2018

Contaminación atmosférica

Real Decreto 18/2019, de 25 de enero, por el que se desarrollan aspectos relativos a la aplicación del régimen de comercio de derechos de emisión de gases de efecto invernadero en el periodo 2021-2030. BOE de 26 de enero de 2019

MINISTERIO DE POLÍTICA TERRITORIAL Y FUNCIÓN PÚBLICA**Días inhábiles**

Resolución de 29 de noviembre de 2018, de la Secretaría de Estado de Función Pública, por la que se establece a efectos de cómputo de plazos, el calendario de días inhábiles en el ámbito de la Administración General del Estado para el año 2019. BOE de 11 de diciembre de 2018

MINISTERIO DE CIENCIA, INNOVACIÓN Y UNIVERSIDADES**Organización**

Real Decreto 1401/2018, de 23 de noviembre, por el que se crea el Observatorio "Mujeres, Ciencia e Innovación", para la igualdad de género en el Sistema Español de Ciencia, Tecnología e Innovación. BOE de 11 de diciembre de 2018

MINISTERIO DE TRABAJO, MIGRACIONES Y SEGURIDAD SOCIAL

Salario mínimo interprofesional

Real Decreto 1462/2018, de 21 de diciembre, por el que se fija el salario mínimo interprofesional para 2019. BOE de 27 de diciembre de 2018

MINISTERIO DE JUSTICIA

Órganos judiciales

Orden JUS/1415/2018, de 28 de diciembre, por la que se publica el Acuerdo entre el Consejo General del Poder Judicial y el Ministerio de Justicia para la determinación del sistema de medición de la carga de trabajo de los órganos judiciales. BOE de 29 de diciembre de 2018

Corrección de errores en BOE de 23 de enero de 2019.

Organización

Orden JUS/57/2019, de 22 de enero, por la que se crea el Foro para la mediación. BOE de 30 de enero de 2019

MINISTERIO DEL INTERIOR

Circulación. Medidas especiales.

Resolución de 14 de enero de 2019, de la Dirección General de Tráfico, por la que se establecen medidas especiales de regulación de tráfico durante el año 2019. BOE de 21 de enero de 2019.

MINISTERIO DE CULTURA Y DEPORTES

Dopaje

Resolución de 21 de diciembre de 2018, de la Presidencia del Consejo Superior de Deportes, por la que se aprueba la lista de sustancias y métodos prohibidos en el deporte. BOE de 31 de diciembre de 2018.

Correcciones de errores (BOE de 22 de enero de 2019).

JUNTA ELECTORAL CENTRAL

Elecciones

Instrucción 1/2019, de 23 de enero, de la Junta Electoral Central, sobre el voto de los interventores en el caso de concurrencia de varios procesos electorales (artículo 79.1 de la Ley Orgánica del Régimen Electoral General). BOE de 30 de enero de 2019.

OTRAS DISPOSICIONES

CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Tribunal Supremo

Acuerdo de 28 de noviembre de 2018, de la Comisión Permanente del Consejo General del Poder Judicial, por el que se publica el Acuerdo de la Sala de Gobierno del Tribunal Supremo, sobre composición y funcionamiento de las Salas y Secciones y asignación de ponencias que deben turnar los Magistrados en 2019. BOE de 7 de septiembre de 2018

Tribunal Supremo

Acuerdo de 10 de enero de 2019, de la Comisión Permanente del Consejo General del Poder Judicial, por el que se publica el Acuerdo de 11 de diciembre de 2018, de la Sala de Gobierno del Tribunal Supremo, relativo a la composición de la Sección de Admisiones de la Sala Tercera. BOE de 21 de enero de 2019.

MINISTERIO DE LA PRESIDENCIA, RELACIONES CON LAS CORTES E IGUALDAD.**Procedimientos administrativos. Gestión informatizada**

Orden PCI/1377/2018, de 18 de diciembre, por la que se amplía el ámbito de aplicación de la Orden PRE/1563/2006, de 19 de mayo, por la que se regula el procedimiento para la remisión telemática de las disposiciones y actos administrativos de los departamentos ministeriales que deban publicarse en el Boletín Oficial del Estado. BOE de 24 de diciembre de 2018

MINISTERIO DE ECONOMÍA Y EMPRESA**Padrón municipal**

Real Decreto 1458/2018, de 14 de diciembre, por el que se declaran oficiales las cifras de población resultantes de la revisión del Padrón municipal referidas al 1 de enero de 2018. BOE de 29 de diciembre de 2018

MINISTERIO DE JUSTICIA**Comunidad Autónoma de las Illes Balears. Convenio**

Resolución de 26 de diciembre de 2018, de la Secretaría de Estado de Justicia, por la que se publica el Convenio con la Comunidad Autónoma de las Illes Balears, para la cooperación en materia forense. BOE de 11 de enero de 2019

Comunidad Autónoma de Cataluña. Convenio

Resolución de 14 de enero de 2019, de la Secretaría de Estado de Justicia, por la que se publica el Convenio de adhesión y aceptación de la Comunidad Autónoma de Cataluña al Convenio entre el Ministerio de Justicia y Cruz Roja Española, en materia humanitaria e identificación de cadáveres. BOE de 25 de enero de 2019

MINISTERIO DEL INTERIOR**Convenios**

Resolución de 15 de enero de 2019, de la Secretaría General Técnica, por la que se publica el Convenio entre la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias y el Ayuntamiento de Madrid, para el desarrollo del Programa de intervención frente a la violencia familiar y el Programa de sensibilización y reeducación en habilidades sociales. BOE de 31 de enero de 2019

NOVEDADES NORMATIVAS AUTONÓMICAS**DISPOSICIONES GENERALES****COMUNIDAD FORAL DE NAVARRA****Haciendas Locales**

Ley Foral 22/2018, de 13 de noviembre, de modificación de la Ley Foral 2/1995, de 10 de marzo, de Haciendas Locales de Navarra. BOE de 4 de diciembre de 2018

Policías

Ley Foral 23/2018, de 19 de noviembre, de las Policías de Navarra. BOE de 4 de diciembre de 2018

Memoria histórica

Ley Foral 29/2018, de 26 de diciembre, de Lugares de la Memoria Histórica de Navarra. BOE de 23 de enero de 2019

COMUNIDAD DE MADRID

Violencia de género

Ley 3/2018, de 22 de junio, de modificación de la Ley 5/2005, de 20 de diciembre, Integral contra la Violencia de Género de la Comunidad de Madrid. BOE de 4 de diciembre de 2018.

Policías locales

Ley 4/2018, de 3 de octubre, de modificación del artículo 41.3 de la Ley 1/2018, de 22 de febrero, de coordinación de policías locales de la Comunidad de Madrid. BOE de 4 de diciembre de 2018

Víctimas del terrorismo

Ley 5/2018, de 17 de octubre, para la protección, reconocimiento y memoria de las víctimas del terrorismo. BOE de 4 de diciembre de 2018

COMUNIDAD AUTÓNOMA DE CASTILLA-LA MANCHA

Violencia de género

Ley 4/2018, de 8 de octubre, para una Sociedad Libre de Violencia de Género en Castilla-La Mancha. BOE de 14 de diciembre de 2018

COMUNIDAD AUTÓNOMA VALENCIANA

Igualdad

Ley 23/2018, de 29 de noviembre, de igualdad de las personas LGTBI. BOE de 11 de enero de 2019

Infancia y adolescencia

Ley 26/2018, de 21 de diciembre, de derechos y garantías de la Infancia y la adolescencia. DOCV de 24 de diciembre de 2018.

Mediación

Ley 24/2018, de 5 de diciembre, de mediación de la Comunitat Valenciana. BOE de 26 de enero de 2019

Grupos de interés

Ley 25/2018, de 10 de diciembre, reguladora de la actividad de los grupos de interés de la Comunitat Valenciana. BOE de 26 de enero de 2019

COMUNIDAD AUTÓNOMA DE CANTABRIA**Iniciativa legislativa**

Ley 7/2018, de 5 de diciembre, de Iniciativa Legislativa Popular de Cantabria. BOE de 15 de enero de 2019

Discapacidad

Ley de Cantabria 9/2018, de 21 de diciembre, de Garantía de los Derechos de las Personas con Discapacidad (B.O.C. de 11 de enero de 2019)

COMUNIDAD AUTÓNOMA DE ARAGÓN**Memoria democrática**

Ley 14/2018, de 8 de noviembre, de memoria democrática de Aragón. BOE de 16 de enero de 2019.

Impuestos

Ley 15/2018, de 22 de noviembre, sobre la tributación de la fiducia aragonesa en el Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones. BOE de 28 de enero de 2019

COMUNIDAD AUTÓNOMA DE CASTILLA Y LEÓN**Organización**

Ley 7/2018, de 14 de diciembre, por la que se regula la Conferencia de Titulares de Alcaldías y Presidencias de Diputación, el estatuto de los miembros de las entidades locales y la información en los Plenos. BOE de 24 de enero de 2019

COMUNIDAD AUTÓNOMA DE CANARIAS**Memoria histórica**

Ley 5/2018, de 14 de diciembre, de memoria histórica de Canarias y de reconocimiento y reparación moral de las víctimas canarias de la guerra civil y la dictadura franquista. BOE de 25 de enero de 2019

COMUNIDAD AUTÓNOMA DE EXTREMADURA**Memoria histórica**

Ley 1/2019, de 21 de enero, de memoria histórica y democrática de Extremadura. DOE de 24 de enero de 2019.

RESEÑA DE ARTÍCULOS DOCTRINALES DE ESPECIAL INTERÉS

“Delito de prevaricación”. Fidel Ángel Cadena Serrano. Diario La Ley, Nº 9310, Sección Comentarios de jurisprudencia, 3 de Diciembre de 2018.

“Revista Digital Penal”. Número 33. Noviembre 2018. Ed. Sepin. Varios autores y materias: consecuencias accesorias, protección de víctimas, sentencias de conformidad, retroactividad de las medidas de investigación tecnológicas, principio acusatorio, entre otros.

“Revista Digital Violencia Doméstica y de Género”. Número 18. Noviembre 2018. Ed. Sepin. Varios autores y materias: agravante de género, protección de víctimas, sobre el consentimiento en delitos de naturaleza sexual, entre otros.

“Algunos apuntes sobre la responsabilidad tributaria del partícipe en un delito fiscal. ¿Es lo mismo causar o colaborar activamente que ser partícipe en la comisión del delito contra la Hacienda Pública?” V. Alberto García Moreno. Diario La Ley, Nº 9312, Sección Novedad Editorial, 5 de Diciembre de 2018.

- “El derecho a percibir una pensión compensatoria no puede crear en el acreedor una dependencia que impida su extinción”. Marta Ordás Alonso. Diario La Ley, Nº 9325, Sección Doctrina, 26 de Diciembre de 2018.

“Los derechos digitales en la Ley Orgánica 3/2018”. María Luisa González Tapia. Diario La Ley, Nº 9324, Sección Tribuna, 24 de Diciembre de 2018.

“El tratamiento de la discapacidad en la jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo”. Raquel Blázquez Martín. Diario La Ley, Nº 9327, Sección Dossier, 28 de Diciembre de 2018.

¿Minusvaloramos la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales? Ricard Martínez Martínez. Diario La Ley, Nº 9329, Sección Tribuna, 3 de Enero de 2019. Diario La Ley, Nº 24, Sección Ciberderecho, 3 de Enero de 2019.

“El matrimonio o convivencia marital con un tercero extingue el derecho de uso de la vivienda familiar. un halo de esperanza” Marta Ordás Alonso. Diario La Ley, Nº 9332, Sección Doctrina, 8 de Enero de 2019.

“Movilidad sostenible y responsabilidad penal de conductores de bicicletas y vehículos de movilidad personal”. Bartolomé Vargas Cabrera. Diario La Ley, Nº 9333, Sección Tribuna, 9 de Enero de 2019.

“La articulación de las medidas nacionales de protección de las víctimas de violencia de género en el espacio europeo común de libertad, seguridad y justicia de la Unión Europea”. Neus Oliveras Jané. Diario La Ley, Nº 9334, Sección Doctrina, 10 de Enero de 2019.

“El acceso del menor a las redes sociales y el problema de su autenticación: la necesidad de una respuesta tecnológica”. Daniel Reyes Méndez. Diario La Ley, Nº 9335, Sección Tribuna, 11 de Enero de 2019.

“Viabilidad de la pericial de compliance para validar la suficiencia del programa de cumplimiento normativo por las personas jurídicas”. Vicente Magro Servet. Diario La Ley, Nº 9337, Sección Doctrina, 15 de Enero de 2019.

“Nuevas perspectivas para la obtención transfronteriza de prueba penal electrónica en la Unión Europea”. Luis Gómez Amigo. Diario La Ley, Nº 9340, Sección Doctrina, 18 de Enero de 2019.

“«Whistleblowing» o canales de denuncia: La garganta profunda de las empresas”. Eneko Echeverría Bereciartua. Diario La Ley, Nº 9342, Sección Tribuna, 22 de Enero de 2019.

“El nuevo delito de fuga del art. 382 bis CP en la siniestralidad vial”. Vicente Magro Servet. Diario La Ley, Nº 9346, Sección Doctrina, 28 de Enero de 2019.

“La selección de la ley penal más favorable en sucesión de normas en un supuesto de acumulación de condenas: la STS 606/2018, de 28 de noviembre”. Pablo Gómez-Escolar Mazuela. Diario La Ley, Nº 9347, Sección Tribuna, 29 de Enero de 2019.

“Omisiones punibles en el ámbito de la administración empresarial”. Enrique Bacigalupo. Diario La Ley, Nº 9348, Sección Tribuna, 30 de Enero de 2019.

“Responsabilidad penal de las personas jurídicas: interpretaciones cruzadas en los más altos niveles”. Alejandro Ayala González. Revista Indret Penal. Nº 1/2019. 30/01/2019.

“La agravante genérica de discriminación por razones de género (art. 22.4 CP)”. Elena B. Marín de Espinosa Ceballos. Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología. Nº 20-27 (2018).

“Corrupción y responsabilidad penal de los partidos políticos”. Joan Baucells Lladós. Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología. Nº 20-28 (2018).

“El delito de matrimonio forzado (art. 172 bis CP) y sus relaciones concursales con otros tipos delictivos”. Patricia Esquinas Valverde. Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología. Nº 20-32 (2018).

“La corrupción pública en la actividad electoral. Delitos que integran la corrupción pública electoral versus delitos cometidos por particulares contra la actividad pública electoral”. María José Cruz Blanca. Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología. Nº 20-33 (2018).

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

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

Los artículos de la Revista para el análisis del Derecho InDret pueden consultarse a texto completo en www.indret.com

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

Los artículos de la Revista Digital Sepin se pueden solicitar en el Servicio de Biblioteca de la FGE. fiscalia.biblioteca@fiscal.es

Los artículos de la Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología se pueden consultar en el siguiente enlace: <http://criminet.ugr.es/recpc/>

Los artículos de la Revista La Ley se pueden consultar en el siguiente enlace: <http://diariolaley.laley.es> (sección correspondiente)

ÍNDICE REFERENCIAL POR MATERIAS

ABOGADOS

- Prohibición permanente a una abogada ucraniana de representar demandantes ante el TEDH. Sec. TEDH [Decisión 12/12/18](#)

ACCION

- Acciones declarativas y de condena Sec. Social [STS 941/18 – 31/10/18](#)
- Unidad de acción y delito continuado en agresiones sexuales. Doctrina de la Sala. Sec. Penal [STS 5/19 – 15/01/19](#)

ADMINISTRACION DE FINCAS

- Apropiación Indevida: requisitos. Administración de fincas por sistema de caja única. Sec. Penal [STS 711/18 – 16/01/19](#)

AGRAVANTES

- Alevosía. Animo homicida (veneno). Imputación Objetiva. Tentativa inidónea. Sec. Penal [STS 700/18 – 09/01/19](#)
- Alevosía: indefensión: intentos de protegerse la víctima. Sec. Penal [STS 707/18 – 15/01/19](#)
- Agravante de Ensañamiento: naturaleza. Asesinato Sec. Penal [STS 707/19 – 15/01/19](#)
- Agravante de parentesco: la afectividad no es exigible Sec. Penal [STS 707/18 – 15/01/19](#)
- Agravante por actuar por discriminación por razones de género Sec. Penal [STS 707/18 – 15/01/19](#)

ASILO

- Criterios y mecanismos de determinación del Estado miembro responsable del examen de una solicitud de protección internacional. Sec. TJUE [STJUE C-661/17 – 23/01/19](#)

ASISTENCIA JURIDICA GRATUITA

- Determinación del órgano a quien compete declarar que D^a. MMM, ha venido a mejor fortuna y, en consecuencia, está obligada al pago de las costas causadas: modificación normativa: régimen aplicable. Sec. Cont.Adm. [STS 2/18 – 26/11/18](#)
- No concurre legitimación para impugnar la resolución de la Comisión cuando esta ha reconocido íntegramente lo pretendido por el solicitante. Sec. Cont.Adm. [ATS 2379/17 – 26/11/18](#)

ATENUANTES

- Atenuante analógica de confesión. Sec. Penal [STS 707/18 – 15/01/19](#)
- Atenuante de confesión: Insuficiencia de la manifestación espontánea. Sec. Penal [STS 707/18 – 15/01/19](#)
- Parafilia: Incidencia en la imputabilidad del sujeto autor del delito contra la libertad sexual. Sec. Penal [STS 13/19 – 17/01/19](#)

CLAUSULAS ABUSIVAS

- Cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores: estableciendo interés de demora. Efectos declaración de abusividad. Sec. Civil [STS 671/18 – 28/11/18](#)
- Clausula abusivas en contrato de préstamo hipotecario: Cláusula abusiva de atribución indiscriminada de todos los gastos e impuestos al consumidor. Restitución de cantidades indebidamente pagadas. Criterios sobre distribución de gastos Sec. Civil [STS 48/19 – 23/01/19](#)

COMPETENCIA

- Competencia judicial, reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia de obligaciones alimentarias. Litispendencia. No reconocimiento de resoluciones judiciales en caso de contrariedad manifiesta con el orden público Sec. TJUE [STJUE C-386/17 – 16/01/19](#)
- Competencia territorial. Ejecución hipotecaria. Sec. Civil [ATS 213/18 – 11/12/18](#)

CONCURSO

- Amenazas graves y Lesiones: Concurso real de delitos y no concurso de normas. Sec. Penal [STS 699/18 – 08/01/19](#)

CONFLICTO DE JURISDICCION

- Competencia del Orden social: solicitud de reingreso al servicio activo: relación previa como contratado laboral y posterior nombramiento como funcionario. Sec. Cont.Adm. [ATS 17/18 – 26/11/18](#)
- Determinación del órgano a quien compete declarar que D^a. MMM, ha venido a mejor fortuna y, en consecuencia, está obligada al pago de las costas causadas: modificación normativa: régimen aplicable. Sec. Cont.Adm. [STS 2/18 – 26/11/18](#)

CONTRATOS

- Cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores: estableciendo interés de demora. Efectos declaración de abusividad. Sec. Civil [STS 671/18 – 28/11/18](#)
- Clausula abusivas en contrato de préstamo hipotecario: Cláusula abusiva de atribución indiscriminada de todos los gastos e impuestos al consumidor. Restitución de cantidades indebidamente pagadas. Criterios sobre distribución de gastos Sec. Civil [STS 48/19 – 23/01/19](#)

CONSUMIDORES

- Cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores: estableciendo interés de demora. Efectos declaración de abusividad. Sec. Civil [STS 671/18 – 28/11/18](#)
- Legitimación asociaciones consumidores y usuarios: ámbito de aplicación y exclusiones Sec. Civil [STS 656/18 – 21/11/18](#)
- Derecho de los consumidores. Transporte Aéreo Sec. TJUE [STJUE C-330/17 – 15/11/18](#)

DELEGACION NORMATIVA

- Real Decreto Legislativo 1/13 incurso en ultra vires: Reconocimiento del 33% a los beneficiarios SS afectos de incapacidad permanente total, absoluta o gran invalidez. Sec. Social [STS 992/18 – 29/11/18](#)

DELITO CONTINUADO

- Delito continuado contra la intimidad Sec. Penal [STS 700/18 – 09/01/19](#)
- Delito continuado y Unidad natural de acción en delitos de abuso sexual. Sec. Penal [STS 710/18 – 15/01/19](#)
- Unidad de acción y delito continuado en agresiones sexuales. Doctrina de la Sala. Sec. Penal [STS 5/19 – 15/01/19](#)

DELITO CONTRA LA INTIMIDAD

- Delito contra la intimidad. Concepto de Vida sexual art. 197.5 Código Penal. Sec. Penal [STS 700/18 – 09/01/19](#)

DELITO CONTRA LA SEGURIDAD VIAL

- Contra la seguridad vial en concurso con delito de homicidio: dolo eventual Sec. Penal [STS 4/19 – 14/01/19](#)

DELITO DE ABUSOS SEXUALES

- Delito continuado de agresión sexual a menor. Declaración de la víctima. Problemas que plantea en orden a su aptitud como prueba de cargo. Doctrina jurisprudencial. Sec. Penal [STS 717/18 – 17/01/09](#)
- Delito continuado y Unidad natural de acción en delitos de abuso sexual. Sec. Penal [STS 710/18 – 15/01/19](#)
- Diferencia entre abuso sexual y agresión sexual. Sec. Penal [STS 13/19 – 17/01/19](#)

DELITO DE AGRESION SEXUAL

- Agresión sexual. Unidad de acción y delito continuado en agresiones sexuales. Doctrina de la Sala Sec. Penal [STS 5/19 – 15/01/19](#)
- Diferencia entre abuso sexual y agresión sexual. Sec. Penal [STS 13/19 – 17/01/19](#)

DELITO DE AMENAZAS

- Amenazas graves y Lesiones: Concurso real de delitos y no concurso de normas. Sec. Penal [STS 699/18 – 08/01/19](#)

DELITO DE APROPIACION INDEBIDA

- Contrato de préstamo: título excluido de protección en el tipo penal de la apropiación indebida. Sec. Penal [STS 718/18 – 17/01/19](#)
- Requisitos. Administración de fincas por sistema de caja única. Sec. Penal [STS 711/18 – 16/01/19](#)

DELITO DE ASESINATO

- Alevosía. Animo homicida (veneno). Imputación Objetiva. Tentativa inidónea. Sec. Penal [STS 700/18 – 09/01/19](#)
- Alevosía: indefensión: intentos de protegerse la víctima. Sec. Penal [STS 707/18 – 15/01/19](#)
- Ensañamiento: naturaleza. Sec. Penal [STS 707/18 – 15/01/19](#)

DELITO DE DESOBEDIENCIA

- Delito de "desobediencia" del artículo 102 del Código Penal Militar de 1985. Sec. Militar [STS 100/18 – 20/11/18](#)
- Desobediencia de autoridad a mandato judicial (Art. 410 CP). Sec. Penal [STS 722/18 – 23/01/18](#)

DELITO DE DETENCION ILEGAL

- Detención ilegal practicada por funcionarios de policía Sec. Penal [STS 678/18 – 20/12/18](#)

DELITO DE DISTRIBUCION DE PORNOGRAFIA INFANTIL

- Delito de distribución de pornografía infantil y/o posesión a estos fines Sec. Penal [STS 710/18 – 15/01/19](#)

DELITO DE ESTAFA

- Delitos de estafa y difusión y revelación de secretos de empresa. Requisitos Sec. Penal [STS 679/18 – 20/12/18](#)

DELITO DE MALTRATO HABITUAL

- Requisitos. Concepto de domicilio a efectos de agravación del tipo penal de maltrato del art. 153.3 CP. Sec. Penal [STS 27/19 – 24/01/19](#)

DELITO DE REVELACION DE SECRETOS DE EMPRESA

- Requisitos del artículo 279 CP. Concepto secreto empresarial Sec. Penal [STS 679/18 – 20/12/18](#)

DERECHO A LA INTIMIDAD

- Publicación de sentencia sin anonimizar el nombre de una víctima de un delito sexual. Sec. Civil [STS 668/18 – 23/11/18](#)

DERECHO A LA LIBERTAD DE EXPRESION

- Violación de la libertad de expresión (artículo 10 CEDH). Destitución de un Fiscal Jefe por las declaraciones hechas a la prensa en relación con una investigación penal en curso. Sec. TEDH [STEDH 26238/10 – 11/12/18](#)

DERECHO A LA VIDA PRIVADA Y FAMILIAR

- Derecho a la vida privada y familiar (artículo 8 CEDH). Expulsiones de dos ciudadanos marroquíes después de condenas penales, sin valorar si esas medidas en sus circunstancias eran proporcionadas a las finalidades legítimas perseguidas y por tanto necesarias en una sociedad democrática. Sec. TEDH [STEDH 76550/13 – 18/12/18](#)

DERECHO AL SECRETO DE LAS COMUNICACIONES

- Procedimiento penal relativo a las infracciones en materia de IVA. Principio de efectividad. Interceptación de las telecomunicaciones. Autorización concedida por un órgano judicial sin competencia para ello. Toma en consideración de estas interceptaciones como elementos probatorios. Normativa nacional. Prohibición Sec. TJUE [STJUE C-310/16 – 17/01/19](#)

DERECHO A UN TRIBUNAL IMPARCIAL

- Imparcialidad: haber dictado auto de procesamiento. Sec. Penal [STS 27/19 – 24/01/19](#)

DERECHO DE ACCESO A FUNCIONES Y CARGOS PUBLICOS

- Funcionario de la Administración del Estado que es propuesto y nombrado vocal-vecino de una Junta de Distrito del Ayuntamiento de Madrid. Su condición jurídica es la propia de un cargo público representativo, incluido como tal en el ámbito subjetivo de aplicación del art. 23 de la Constitución. Compatibilidad de dicho cargo con su condición de funcionario. Sec. Cont.Adm. [STS 1452/18 – 02/10/18](#)

DERECHO DE HUELGA

- Imposición de Arbitraje Obligatorio. Sec. Cont.Adm. [ATS 554/17 – 16/11/18](#)

DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

- Ley aplicable a la sucesión de un súbdito inglés que vive en España y otorga testamento manifestando a efectos sucesorios su domicilio en Inglaterra Sec. Civil [STS 685/18 – 05/12/18](#)

DESPIDO COLECTIVO

- Disfunción entre el contenido de la demanda y el Suplico: falta de competencia y falta de acción. Sec. Social [STS 942/18 – 31/10/18](#)
- Suspensión contrato fijos-discontinuos; extinción contratos temporales a efectos determinación umbrales numéricos del despido colectivo; imposibilidad de acudir al procedimiento del despido colectivo cuando no está determinado previamente el carácter fraudulento de la contratación temporal; falta de legitimación activa; inadecuación procedimiento; falta de competencia. Sec. Social [STS 974/18 – 22/11/18](#)

DISCAPACIDAD

- Discapacidad: reconocimiento del 33% a los beneficiarios SS afectos de incapacidad permanente total, absoluta o gran invalidez; Real Decreto Legislativo 1/13 incurso en ultra vires. Sec. Social [STS 992/18 – 29/11/18](#)

DOLO

- Eventual: delito contra la seguridad vial en concurso con delito de homicidio Sec. Penal [STS 4/19 – 14/01/19](#)

EMPLEADO PUBLICO

- Estatuto Básico del empleado Público: Defensa jurídica y protección de la Administración Pública cuando se dirija contra ellos alguna acción como consecuencia del legítimo desempeño de sus funciones o cargos, o cuando hubieran cumplido orden de autoridad competente. Sec. Cont.Adm. [ATS 2379/17 – 26/11/18](#)

ERROR

- Error en derecho penal. Para integrar el dolo basta el conocimiento de la antijuridicidad de la conducta, no necesariamente de su relevancia penal o de su concreta tipificación. Desobediencia de autoridad a mandato judicial (art. 410 CP) Sec. Penal [STS 722/18 – 23/01/19](#)

EXIMENTES

- Legítima Defensa: requisitos. Proporcionalidad Sec. Penal [STS 699/18 – 08/01/19](#)

FUNCIONARIOS

- Funcionario de la Administración del Estado que es propuesto y nombrado vocal-vecino de una Junta de Distrito del Ayuntamiento de Madrid. Su condición jurídica es la propia de un cargo público representativo, incluido como tal en el ámbito subjetivo de aplicación del art. 23 de la Constitución. Compatibilidad de dicho cargo con su condición de funcionario. Sec. Cont.Adm. [STS 1452/18 – 02/10/18](#)

IGUALDAD DE TRATO

- Igualdad de trato en el empleo y la ocupación. Tentativa de abusos deshonestos de un funcionario sobre menores de sexo masculino. Sanción disciplinaria adoptada en 1975. Jubilación forzosa anticipada con reducción del importe de la pensión. Discriminación por motivos de orientación sexual. Efectos de la aplicación de la Directiva 2000/78 en la sanción disciplinaria. Modalidades de cálculo de la pensión de jubilación abonada. Sec. TJUE [STJUE C-258/17 – 1501/19](#)

JUBILACION

- Jubilación forzosa anticipada con reducción del importe de la pensión. Discriminación por motivos de orientación sexual. Efectos de la aplicación de la Directiva 2000/78 en la sanción disciplinaria. Modalidades de cálculo de la pensión de jubilación abonada. Sec. TJUE [STJUE C-258/17 – 1501/19](#)

JURADO

- Doctrina sobre la motivación del veredicto y de las sentencias. Sec. Penal [STS 25/19 – 24/01/19](#)
- Redacción del objeto del veredicto: omisión de las tesis de la defensa: no lesiona el derecho a un proceso justo cuando se limitan a negar la acusación Sec. Penal [STS 25/19 – 24/01/19](#)

JURISDICCION

- Incompetencia de jurisdicción: competencia del orden contencioso administrativo cuando la norma cuya aplicación se pretende no es laboral, sino que pertenece al ordenamiento jurídico administrativo y cuando el conflicto afecta, ya sea de modo indirecto, a personas que están unidas al organismo demandado mediante una relación jurídica estatutaria o funcional Sec. Social [STS 1012/18 – 04/12/18](#)

LEGITIMACION

- Falta de legitimación activa: despido colectivo: imposibilidad de acudir al procedimiento del despido colectivo cuando no está determinado previamente el carácter fraudulento de la contratación temporal; inadecuación procedimiento; falta de competencia Sec. Social [STS 974/18 – 22/11/18](#)
- Legitimación asociaciones consumidores y usuarios: ámbito de aplicación y exclusiones Sec. Civil [STS 656/18 – 21/11/18](#)

LITISPENDENCIA

- Competencia judicial, reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia de obligaciones alimentarias. Litispendencia. No reconocimiento de resoluciones judiciales en caso de contrariedad manifiesta con el orden público Sec. TJUE [STJUE C-386/17 – 16/01/19](#)

MENORES

- Costas de acusación particular: criterio restrictivo Sec. Menores [SAP 527/18 – 26/11/18](#)
- Delito continuado de agresión sexual a menor. Declaración de la víctima. Problemas que plantea en orden a su aptitud como prueba de cargo. Doctrina jurisprudencial. Sec. Penal [STS 717/18 – 17/01/09](#)
- Delitos de máxima gravedad: determinación de medida en supuestos de máxima gravedad del art. 10.2 LORPM. No es aplicable supletoriamente la regla del art. 62 del CP para las formas imperfectas de ejecución. Sec. Menores [SAP 541/18 – 27/11/18](#)
- Determinación de medida en supuestos de máxima gravedad del art. 10.2 LORPM. No es aplicable supletoriamente la regla del art. 62 del CP para las formas imperfectas de ejecución. Sec. Menores [SAP 541/18 – 27/11/18](#)

PENAS

- Individualización de la pena. Agresión sexual: La repetición de los accesos carnales puede valorarse para determinar la pena. Sec. Penal [STS 5/19 – 15/01/19](#)
- Pena de inhabilitación especial para cargo público. Alcance y contenido. Autonomía frente a previsiones específicas de inelegibilidad contenidas en la legislación electoral. Sec. Penal [STS 722/18 – 23/01/19](#)

PRESCRIPCION

- Extintiva: caracteres: acción declarativa, acción de condena, interposición demanda Sec. Social [STS 941/18 – 31/10/18](#)

PRESTAMO HIPOTECARIO

- Clausula abusivas en contrato de préstamo hipotecario: Cláusula abusiva de atribución indiscriminada de todos los gastos e impuestos al consumidor. Restitución de cantidades indebidamente pagadas. Criterios sobre distribución de gastos Sec. Civil [STS 48/19 – 23/01/19](#)

PRETENSIONES

- Pretensiones de condena de futuro. Sec. Social [STS 941/18 – 31/10/18](#)

PROCEDIMIENTO PENAL

- Procedimiento penal relativo a las infracciones en materia de IVA. Principio de efectividad. Interceptación de las telecomunicaciones. Autorización concedida por un órgano judicial sin competencia para ello. Toma en consideración de estas interceptaciones como elementos probatorios. Normativa nacional. Prohibición Sec. TJUE [STJUE C-310/16 – 17/01/19](#)

PRUEBA

- Declaración de la víctima en delitos de agresión sexual. Problemas que plantea en orden a su aptitud como prueba de cargo. Doctrina jurisprudencial. Sec. Penal [STS 717/18 -17/01/19](#)

RECLAMACION DE CANTIDAD

- Cantidad (supresión de plus; acciones declarativas y de condena; pretensiones de condena de futuro; prescripción). Sec. Social [STS 941/18 – 31/10/18](#)

RECURSO DE AMPARO

- Regla general de inadmisibilidad de las pretensiones de amparo planteadas en procesos penales no concluidos, sin perjuicio de la existencia de algunas excepciones relacionadas con la naturaleza de la lesión invocada y del derecho fundamental concernido. Inexistencia de derecho a la subsanación inmediata de las infracciones al art. 24 CE, o de otros derechos fundamentales, que puedan producirse en el curso de un proceso penal abierto. Requisito procesal de agotamiento de la vía judicial (art. 44.1.a LOTC) en relación con invocaciones de derechos al juez ordinario predeterminado por la ley y al juez imparcial (art. 24.2 CE) en procesos penales no concluidos. Sec. Const. [STC 129/18 – 12/12/18](#)

RECURSO DE CASACION

- Recurso de Casación: agravación para el acusado. Sec. Penal [STS 707/19 – 15/01/19](#)

RECURSO DE CASACION EN UNIFICACION DE DOCTRINA

- Función institucional recurso de casación unificadora; innecesariedad de contradicción. Sec. Social [STS 1012/18 – 04/12/18](#)

RECURSO DE REVISION

- Recurso de revisión: computo del plazo de interposición. Sec. Cont.Adm. [STS 1647/18 – 20/11/18](#)



- Recurso de revisión: documentos decisivos, no aportados por causa de fuerza mayor o por obra de la parte en cuyo favor se hubiere dictado la sentencia firme. Sec. Cont.Adm. [STS 1463/17 – 20/11/18](#)

SUCESIONES

- Derecho internacional privado. Ley aplicable a la sucesión de un súbdito inglés que vive en España y otorga testamento manifestando a efectos sucesorios su domicilio en Inglaterra Sec. Civil [STS 685/18 – 05/12/18](#)

TENTATIVA

- Tentativa inidónea: Asesinato. - Alevosía (veneno). Animo homicida Sec. Penal [STS 700/18 – 09/01/19](#)

VEREDICTO

- Doctrina sobre la motivación del veredicto y de las sentencias. Sec. Penal [STS 25/19 – 24/01/19](#)
- Redacción del objeto del veredicto: omisión de las tesis de la defensa: no lesiona el derecho a un proceso justo cuando se limitan a negar la acusación Sec. Penal [STS 25/19 – 24/01/19](#)

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

Guillermo García-Panasco Morales
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

