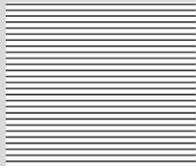




BOLETÍN DE JURISPRUDENCIA
FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

nº 66
FEBRERO 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 66



SECCIÓN TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

SECCIÓN TEDH

SECCIÓN CIVIL

SECCIÓN PENAL

SECCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

SECCIÓN SOCIAL

SECCIÓN MILITAR

SECCIÓN MENORES

SECRETARÍA TÉCNICA

SECCION TJUE

ÍNDICE POR MATERIAS

AUTORES

DATOS SENTENCIA

Sentencia nº.

Fecha Sentencia: 28 de febrero de 2019 (Pleno).

Recurso de amparo núm. 5678-2017

Ponente: Excm. Sra. D^a María Luisa Balaguer Callejón.

TEMA

Derecho a la libertad personal del art. 17.1 CE, en relación con el derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión del art. 24.1 CE. Cánones de la dimensión constitucional de la prisión provisional como medida que presupone una limitación del contenido del derecho a la libertad personal (art. 17.1 CE). Inexistencia de un supuesto principio acusatorio en materia de apreciación de fines justificativos de la prisión provisional. Necesidad o no de la presencia del investigado en la vista de apelación relativa a la prisión provisional acordada contra él. Suficiencia y razonabilidad de la motivación sobre los fines que justifican la adopción de la medida de prisión provisional.

ASPECTOS EXAMINADOS

- Antecedentes

Promovido por D. Jordi Sánchez i Picanyol. Mediante auto del Juzgado Central de Instrucción núm. 3, de 16 de octubre de 2017 (diligencias previas núm. 82-2017), se acordó la prisión provisional del demandante de amparo por su participación en un presunto delito de sedición a raíz de los hechos acaecidos en el transcurso de la práctica de una diligencia judicial de entrada y registro en la Consejería de Economía de la Generalitat de Cataluña. En la denuncia se describían conductas desarrolladas por voluntarios de la Asamblea Nacional Catalana (ANC), de la que el demandante de amparo era Presidente al tiempo de aquellos. Por auto de la Sección Segunda de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional de 6 de noviembre de 2017 se desestimó el recurso de apelación interpuesto contra el anterior, así como contra el auto de la misma Sala y Sección de 6 de noviembre de 2017.

- Motivos invocados y delimitación del objeto de enjuiciamiento constitucional.

El demandante de amparo denuncia que dichos autos incurren en:

- (i) vulneración del derecho fundamental al juez ordinario predeterminado por la ley (art. 24.2 CE), porque el Juzgado Central se atribuye la competencia para conocer del proceso con base en una interpretación absolutamente irrazonable, errónea y arbitraria del art. 65 LOPJ;
- (ii) lesión del derecho a la libertad personal (art. 17.1 CE), en relación con el derecho a un juez imparcial y el derecho de defensa (art. 24.2 CE), por decretar la prisión provisional para la consecución de fines que no fueron invocados por el Ministerio Fiscal, y por negar al recurrente la comparecencia personal en la vista de apelación relativa a la prisión provisional acordada contra él; y
- (iii) vulneración del derecho a la libertad personal (art. 17.1 CE), en relación con el derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión (art. 24.1 CE), por irrazonabilidad e insuficiencia de la motivación relativa a la concurrencia de los fines por los que se acordó la prisión provisional.

Pues bien, el Tribunal Constitucional excluye del examen de fondo (por inamisible en razón de la falta de agotamiento de la vía judicial previa) la queja relativa a la lesión del derecho al juez ordinario predeterminado por la ley, remitiéndose a lo resuelto en las SSTC 129, 130 y 131/2018, de 12 de diciembre (FFJJ 3 a 5), para concluir con el carácter prematuro de esta invocación en el momento en que la misma fue planteada, una vez que el proceso penal continuaba abierto y el demandante todavía tenía la oportunidad procesal de plantear la declinatoria de jurisdicción e incluso, en su caso, podía formular ante el Tribunal de enjuiciamiento el contenido que fundamenta su queja, como artículo de previo pronunciamiento (arts. 26, in fine y 666.1^a LECrim.).

En consecuencia, centra su análisis únicamente en las quejas relativas a las lesiones invocadas en relación con el derecho a la libertad personal.

- Inexistencia de vulneración a los derechos fundamentales concernidos.
- Cánones de la dimensión constitucional de la prisión provisional como medida que presupone una limitación del contenido del derecho a la libertad personal (art. 17.1 CE). El Tribunal Constitucional descarta la vulneración del derecho a la libertad personal y de los derechos con los que la asocia el demandante sobre la base de la abundante doctrina constitucional patria y la jurisprudencia europea, resolviendo:

A) En lo que se refiere a las vulneraciones basadas en vicios de orden procedimental:

1º) Que si el juez de instrucción se ajusta a la petición formulada por las partes en lo relativo a la sustancia de los cargos provisionales (hechos y calificación jurídica provisionales), sin agravar éstos para justificar la procedencia de la privación de libertad, la realización de valoraciones adicionales sobre el cumplimiento de las finalidades constitucionales de la privación de libertad no resulta necesariamente contraria al estatuto de imparcialidad de la “autoridad judicial” constitucionalmente llamada a ejercer el control inmediato de la privación cautelar de libertad, sin perjuicio de que deba formularse en cada caso un análisis contextualizado de la argumentación complementaria, en aras a descartar concretamente la presencia de parcialidad objetiva.

Y concluye entonces que, para preservar la imparcialidad objetiva del juez de instrucción, no es constitucionalmente exigible, en abstracto y teniendo en cuenta los condicionantes dados por el modelo de investigación penal existente en España, la existencia de plena identidad o correlación entre la totalidad de los argumentos por los que los acusadores consideran que procede la prisión provisional y los que conducen al juez a acordarla. Esta correlación sería exigible en lo que hace al presupuesto necesario para que la adopción de la medida cautelar sea constitucionalmente admisible, esto es, a la existencia de indicios racionales de la comisión de un hecho delictivo, pero no en relación con la concurrencia exacta de uno o más fines constitucionales llamados a ser preservados por la medida cautelar. Por tanto, en nada condiciona la imparcialidad de la magistrada del Juzgado Central de Instrucción el mero hecho de que tenga margen para controlar la legalidad de la privación cautelar de libertad conforme al art. 17 CE atendiendo a argumentos propios, que no hayan sido previamente invocados por las partes, siempre que estos se refieran a los fines constitucionales de la privación de libertad.

Particularmente, el Tribunal entiende que no ha existido indefensión porque la magistrada de instrucción apreció en su resolución, como motivo suficiente para acordar la privación cautelar de libertad, el riesgo de reiteración delictiva que puso de manifiesto el Ministerio Fiscal en sus alegaciones. Por tanto, “sin necesidad de entrar a valorar si existió o no posibilidad real de contradicción del recurrente respecto del riesgo de frustración del procedimiento por la huida del investigado o por la destrucción de fuentes de prueba, es posible concluir que el resultado final de prisión provisional adoptado en la comparecencia, habría sido el mismo que alcanza el órgano judicial acudiendo a motivos adicionales cuyo uso rechaza el recurrente a través de la denuncia de indefensión”.

Adicionalmente, el “recurrente pudo discutir la existencia de riesgos de fuga o destrucción de pruebas al atacar, en el recurso de apelación, los fundamentos jurídicos de la decisión inicial de prisión, teniendo así plena oportunidad de contrarrestar todos los argumentos consignados en el auto de 16 de octubre de 2017”. En consecuencia, el motivo se desestima por falta incidencia directa en la resolución adoptada.

- Necesidad o no de la presencia del investigado en la vista de apelación relativa a la prisión provisional acordada contra él. Inexistencia de un supuesto principio acusatorio en materia de apreciación de fines justificativos de la prisión provisional.

2º). - Que carece de fundamento la queja relativa a la negativa de la Sala Penal de la Audiencia Nacional de celebrar vista de apelación sin la presencia del investigado ya que:

2.1.- No existe obligación de deducir del art. 302 LECrim, una exigencia legal específica de intervención del investigado en la vista en la que se ventila el recurso de apelación presentado frente a la decisión inicial de prisión provisional. En defecto de tal obligación, la interpretación efectuada por la Sala de lo Penal AN, que entiende que tal acto ha de verificarse con el representante procesal y el abogado del investigado, resulta razonable.

2.2.- No cabe concluir, a la vista de la doctrina del TEDH (que cita abundantemente), que haya existido vulneración del contenido mínimo o nuclear del “procedimiento judicial” exigido por el art. 17 CE, en la medida en que:

- (i) La presencia del investigado no era imprescindible para paliar una previa falta de intervención en el acto procesal de adopción de la medida cautelar, trámite en el que el recurrente de amparo estuvo presente e intervino, tanto personalmente como a través de su abogado de confianza, haciendo cuantas alegaciones estimó oportunas para defender sus intereses;
- (ii) el tiempo transcurrido entre la audiencia personal practicada en la comparecencia celebrada el día 16 de octubre de 2017 y la vista de apelación, celebrada el día 3 de noviembre de 2017, no puede calificarse como excesivo;
- (iii) las alegaciones del recurso de apelación, cuyo contenido se detalla en los antecedentes, no centraban el debate revisorio en la personalidad o el carácter del ahora demandante de amparo;
- (iv) no se discutían ex novo las condiciones en la que se desarrolla la privación de libertad; y
- (v) no se modificaron los motivos o fundamentos en que se basó la adopción inicial de la prisión provisional.

Por consiguiente, no ha existido indefensión material derivada de la falta de presencia del recurrente en amparo en la vista de apelación, puesto que han podido discutirse, en este caso, con plenitud de argumentos defendidos por el representante procesal del recurrente en amparo, todas las cuestiones atinentes al recurso.

- B) En lo que atañe a las quejas de insuficiencia y falta de razonabilidad de la motivación de los autos impugnados, el Tribunal constata que se circunscribe a la argumentación relativa a los fines perseguidos con la medida cautelar adoptada y parte en

su examen de que el Juzgado Central de Instrucción sostiene la concurrencia de una finalidad plausible de la medida cautelar, desde la perspectiva constitucional, en los siguientes términos:

(i) Para apreciar el riesgo de fuga se confiere especial relevancia a la gravedad del delito y de la pena asociada pues, según se indica, a mayor gravedad más intensa cabe presumir la tentación de huida. Dicho argumento enlaza directamente con la conducta indiciariamente atribuida al demandante y el papel que presuntamente desempeña.

(ii) Respecto del riesgo de obstrucción a la instrucción, se destaca la alta probabilidad de que el recurrente pueda ocultar o destruir fuentes de prueba, mediante la realización de conductas en orden a entorpecer o dificultar la actividad de investigación procesal.

(iii) En relación con el riesgo de reiteración delictiva, se estima en función de la actividad precedente, que, de manera continua y reiterada, fue desplegada por el demandante en el seno de un grupo organizado de personas y en el contexto de un proceso encaminado a lograr la independencia de Cataluña fuera de las vías legales, proceso que todavía se encontraba en marcha al momento de dictar la resolución en causa.

Pues bien, sobre la base del limitado análisis que le corresponde formular al TC sobre la motivación expresada, que asegura a los órganos integrantes de la jurisdicción ordinaria el espacio de juicio y la independencia que la Constitución les reconoce (art. 117.1 CE), se emite un juicio positivo en relación con el respeto al art. 17 CE por parte de los órganos judiciales.

- Respecto a la valoración del riesgo de fuga, se concluye que “la adopción inicial de la medida de prisión provisional, el argumento relativo al tipo de delito y a la gravedad de la pena, puede ser suficiente para inferir del mismo de un modo razonable la existencia de un riesgo de fuga”.
- En relación con el riesgo de reiteración delictiva, se aprecia que el órgano judicial expresa en su motivación las razones en las que funda la posibilidad de acaecimiento de un suceso futuro, y por tanto respecto de la posibilidad de que se diera reiteración delictiva (constatación de dudas razonables de que no se produzca una “nueva lesión o puesta en peligro del bien jurídico tutelado, y que comporta el descrédito del proceso, como medio de restablecimiento del orden perturbado por la infracción” (ATC 79/1996, FJ 4).
- Suficiencia y razonabilidad de la motivación sobre los fines que justifican la adopción de la medida de prisión provisional. En cuanto a la denuncia de motivación estereotipada, respecto de la justificación de la alta probabilidad de destrucción de pruebas, se entiende que debe decaer también, una vez que el razonamiento que figura en el auto de 16 de octubre de 2017, permite constatar su suficiencia en términos constitucionales.
- Todo ello conduce a la completa desestimación de las quejas que fundan el recurso de amparo.

DATOS SENTENCIA

Sentencia nº.

Fecha Sentencia: 28 de febrero de 2019. (Sala Primera)

Recurso de amparo núm. 168-2018.

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

TEMA

Derecho fundamental a comunicar libremente información veraz de un medio de comunicación vs derechos fundamentales al honor, a la intimidad personal y a la propia imagen. Utilización periodística de la cámara oculta. Regla general de exclusión y excepciones por prevalencia del derecho a la información.

ASPECTOS EXAMINADOS

- Utilización periodística de la cámara oculta. Regla general de exclusión y excepciones por prevalencia del derecho a la información. Conflicto entre el derecho a comunicar libremente información veraz de un medio de comunicación y los derechos fundamentales al honor, a la intimidad personal y a la propia imagen.
- Antecedentes
- El caso estudiado por el Tribunal Constitucional en esta Sentencia es el siguiente: los periodistas acudieron al despacho del recurrente en amparo que ejercía como coach, mentor, consultor personal y director ejecutivo de su propia empresa. Se hicieron pasar por clientes y uno de ellos fingió que padecía cáncer para recabar sus servicios. Grabaron la visita con cámara oculta. Días más tarde en un programa de televisión emitieron la grabación sobre la actuación y el modo de proceder del demandante de amparo. En dicho programa se combinaban el reportaje, el debate y la voz en off y se utilizaron las imágenes captadas mediante cámara oculta en la consulta profesional. El debate televisivo se centró en mostrarle como un “sanador” que no teniendo titulación alguna relacionada con la salud se atribuía aptitud para curar todo tipo de enfermedades;

asimismo, se le calificó de “mujeriego” y se le imputó incluir en las terapias “algo más que caricias”. En otro programa de la cadena de televisión también se emitió un reportaje titulado ¿Un falso gurú de la felicidad? La página web de Red UNE incluyó las imágenes.

Los demandantes de amparo (persona física y persona jurídica de la que la primera es director ejecutivo y propietario) recurren contra la Sentencia núm. 634/2017 de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, de fecha 23 de noviembre de 2017 recaída en un recurso de casación contra la dictada en apelación por la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Illes Balears. La mencionada Sala de lo Civil consideró que la prevalencia de la libertad de información era evidente, porque tanto los reportajes de Antena 3 como los correos y la página web de Red UNE, incluyendo las imágenes, tenían por finalidad esencial denunciar una actividad de licitud dudosa del demandante de amparo y de su empresa que podía entrañar riesgos, tanto directamente para la salud pública, por sospecharse que una persona sin la titulación adecuada en medicina o cualquier otra ciencia de la salud estaba ofreciendo sus servicios retribuidos como sanador o especialista en terapias alternativas sin base científica alguna, como relacionados con la propia influencia negativa en la libertad individual de los posibles clientes, en la medida en que también se sospechaba -por información facilitada por familiares de clientes- que el supuesto terapeuta podía estar sirviéndose de conductas de dominio o de control propias de las sectas.

- Motivos invocados y delimitación del objeto de enjuiciamiento constitucional.

Los recurrentes aducen en su recurso de amparo la vulneración de sus derechos fundamentales al honor, la intimidad personal y la propia imagen (art. 18.1 CE), por cuanto la STS núm. 634/2017, de 23 de noviembre, habría desatendido la doctrina del Tribunal Constitucional sobre el carácter constitucionalmente proscrito de la técnica de la cámara oculta establecida en las SSTC 12/2012, de 30 de enero, y 74/2012, de 16 de abril. Sostienen que hubo una intromisión ilegítima en los citados derechos porque la grabación mediante cámara oculta fue obtenida en una consulta privada, sin consentimiento de los afectados y con engaño, existiendo en cualquier caso métodos menos gravosos de obtener la información; porque el rostro y la voz del demandante persona física no fueron distorsionados en los reportajes emitidos y difundidos por la cadena televisiva; y porque la información allí difundida carecía de interés público, fue manipulada y contenía expresiones y afirmaciones denigrantes y vejatorias que eran innecesarias para el fin informativo.

El Tribunal sólo admite como materia de enjuiciamiento las vulneraciones alegadas en relación con los derechos de los que es titular la persona física que ha promovido el recurso e identifica como controversia central el conflicto entre el derecho a comunicar libremente información veraz de un medio de comunicación y los derechos fundamentales al honor, a la intimidad personal y a la propia imagen del demandante de amparo, sobre el cual una cadena televisiva emitió diversos programas que combinaban el reportaje, el debate y la voz en off y que utilizaban imágenes captadas mediante cámara oculta en su consulta profesional por unos periodistas que se hicieron pasar por clientes interesados en sus servicios.

El objeto principal del recurso de amparo consiste en resolver si, en la ponderación de los mencionados derechos fundamentales en juego, la Sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo vulneró el art. 18.1 CE.

- Parámetros de control y vulneración apreciada por conculcación de los derechos fundamentales a la intimidad personal, la propia imagen y el honor (art. 18.1 CE).

El Tribunal Constitucional recuerda su doctrina sobre el uso de la cámara oculta plasmada en la STC 12/2012 y resalta la necesidad de “reforzar la vigilancia en la protección de la vida privada para luchar contra los peligros derivados de un uso invasivo de las nuevas tecnologías de la comunicación, las cuales, entre otras cosas, facilitan la toma sistemática de imágenes sin que la persona afectada pueda percatarse de ello, así como su difusión a amplios segmentos del público”.

Por demás, en su Sentencia señala que, como ocurre con otros conflictos entre derechos, la ponderación es también la forma de resolver lo que suscita la técnica periodística de la cámara oculta porque ninguno de los derechos reconocidos en el art. 18.1 CE es absoluto o incondicionado, de suerte que existen circunstancias que pueden determinar que la regla general conforme a la cual es el titular de este derecho a quien, en principio, corresponde decidir si permite o no la captación y difusión de su imagen por un tercero, ceda a favor de otros derechos o intereses constitucionalmente legítimos (STC 19/2014, FJ 6). De ahí, que la libertad de información pueda llegar a ser considerada prevalente sobre los derechos de la personalidad analizados caso por caso, en tanto la información se estime veraz y relevante para la formación de la opinión pública y verse sobre asuntos de interés general (STC 58/2018, FJ 7)

La sentencia, que recoge la abundante jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), subraya que “la legitimidad del uso de la cámara oculta como método periodístico de obtención de la información está sometida a unos criterios estrictos de ponderación dirigidos a evitar una intromisión desproporcionada y, por tanto, innecesaria en la vida privada de las personas”. Por esta razón, el uso de la cámara oculta constituye una técnica tan intrusiva y tan lesiva para la vida privada que su utilización, en principio, “debe ser restrictiva, como último recurso y conforme con las normas deontológicas”, (STEDH de 13 de octubre de 2015, Bremner c. Turquía, § 76).

De los criterios de ponderación que se desprenden de la doctrina patria y la jurisprudencia europea, el Tribunal Constitucional concluye, en síntesis, que “la Constitución excluye, por regla general, la utilización periodística de la cámara oculta, en cuanto que constituye una grave intromisión ilegítima en los derechos fundamentales a la intimidad personal y a la propia imagen;

que, no obstante, su utilización podrá excepcionalmente ser legítima cuando no existan medios menos intrusivos para obtener la información; que la justificación constitucional de la libertad de información, en todo caso, solo alcanza a la información de relevancia pública, que constituye su límite inmanente; que los medios de comunicación social que difundan imágenes obtenidas mediante cámara oculta deberán distorsionar el rostro y la voz de las personas grabadas cuando su identificación no sirva al interés general en la información; y que tampoco podrán difundirse imágenes que muestren situaciones o comportamientos que menoscaben innecesariamente la reputación de las personas.”

Y en aplicación al caso de tales criterios, el Tribunal Constitucional concede parcialmente el amparo por no compartir la decisión adoptada por la Sala Civil del Tribunal Supremo -que recordemos dio prevalencia de la libertad de información- porque “el método utilizado para obtener la captación intrusiva (cámara oculta) no fue necesario y proporcionado para el objetivo de averiguación de la actividad desarrollada por el demandante de amparo en su consulta profesional y para la realización constitucional del derecho a la libertad de información, ya que hubiera bastado con realizar entrevistas a sus clientes”. También considera que “la emisión, en diversos programas televisivos y en la página web de la cadena, de las imágenes y la voz no distorsionadas del recurrente constituyó una actividad informativa innecesariamente invasora de la intimidad y la imagen ajenas, ya que el contenido de los programas emitidos incluyó aspectos manipulados y afirmaciones vejatorias que resultaban innecesarias para la actividad informativa.



DATOS SENTENCIA

SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA (Sala Tercera)

Fecha Sentencia: 7 de febrero de 2019.

Asunto C 322/17

TEMA

Seguridad social: Derecho a prestaciones familiares: requisitos que deben reunirse.

ASPECTOS EXAMINADOS

- El Tribunal de Justicia (Sala Tercera) declara:
- El Reglamento (CE) n.º 883/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, sobre la coordinación de los sistemas de seguridad social, y en particular su artículo 67, en relación con su artículo 11, apartado 2, debe interpretarse en el sentido de que, en una situación como la controvertida en el litigio principal, para que una persona pueda percibir prestaciones familiares en el Estado miembro competente no se exige ni que esa persona ejerza una actividad por cuenta ajena en dicho Estado miembro ni que dicha persona perciba una prestación en metálico por el hecho o como consecuencia de dicha actividad.

DATOS SENTENCIA

SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA (Sala Segunda)

Fecha Sentencia: 7 de febrero de 2019

Asunto C 49/18.

TEMA

Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Reducción de las retribuciones en la función pública nacional. Igualdad de trato en el empleo y la ocupación. Independencia judicial.

ASPECTOS EXAMINADOS

- El Tribunal de Justicia (Sala Segunda) declara:
- 1) El artículo 21 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea y el artículo 2, apartados 1 y 2, letra b), 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, deben interpretarse en el sentido de que, sin perjuicio de las comprobaciones que corresponde efectuar al tribunal remitente, no se oponen a una normativa nacional, como la controvertida en el litigio principal, que, en el marco de medidas generales de reducción salarial vinculadas a las exigencias imperativas de supresión de un déficit presupuestario excesivo, estableció porcentajes de reducción salarial diferentes para las retribuciones básicas y complementarias de los miembros del colectivo judicial, lo que, según el tribunal remitente, ha tenido como consecuencia mayores reducciones salariales, desde el punto de vista porcentual, para aquellos miembros pertenecientes a dos grupos retributivos de las categorías inferiores de la carrera judicial que para aquellos pertenecientes a un grupo retributivo de una categoría superior de dicha carrera, siendo así que los primeros reciben una retribución menor, son, por regla general, más jóvenes y tienen habitualmente menos antigüedad que los segundos.
- 2) El artículo 19 TUE, apartado 1, párrafo segundo, debe interpretarse en el sentido de que el principio de independencia judicial no se opone a la aplicación al demandante en el litigio principal de una normativa nacional, como la controvertida en el litigio principal, que, en el marco de medidas generales de reducción salarial vinculadas a exigencias imperativas de supresión de un déficit presupuestario excesivo, estableció porcentajes de reducción salarial distintos para las retribuciones básicas y complementarias de los miembros de la carrera judicial sin tener en cuenta la naturaleza de las funciones ejercidas,

la antigüedad o la relevancia de las tareas realizadas, lo que, según el tribunal remitente, ha tenido como consecuencia mayores reducciones salariales desde el punto de vista porcentual para aquellos miembros pertenecientes a dos grupos retributivos de las categorías inferiores de la carrera judicial que para aquellos pertenecientes a un grupo retributivo de una categoría superior de la referida carrera, siendo así que los primeros obtienen una retribución menor que los segundos, siempre que el nivel de retribuciones percibido por el demandante en el litigio principal, al aplicársele la reducción salarial controvertida en el litigio principal, se halle en consonancia con la importancia de las funciones que ejerce y garantice, por consiguiente, su independencia a la hora de juzgar, extremo que corresponde verificar al tribunal remitente.

DATOS SENTENCIA

SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA (Sala Primera)

Fecha Sentencia: 16 de enero de 2019

Asunto: C 386/17.

TEMA

Cooperación judicial en materia civil. Competencia, reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental. 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. Sala Cuarta

Fecha sentencia: 14/11/2018

Asunto: C 296/2017.

TEMA

Competencia judicial internacional en procedimientos de insolvencia.

ASPECTOS EXAMINADOS

- **Competencia internacional:** Competencia exclusiva de los tribunales del Estado miembro en cuyo territorio se haya abierto el procedimiento de insolvencia. El artículo 3, apartado 1, del Reglamento (CE) n.º 1346/2000 del Consejo, de 29 de mayo de 2000, sobre procedimientos de insolvencia, debe interpretarse en el sentido de que la competencia de los tribunales del Estado miembro en cuyo territorio se haya abierto el procedimiento de insolvencia para conocer de una acción revocatoria por insolvencia ejercitada contra un demandado cuyo domicilio o sede se encuentre en otro Estado miembro es de carácter exclusivo.



DATOS SENTENCIA

Caso: Mifsud c. Malta
 Fecha Sentencia: 29 de enero de 2019
 Demanda nº 62257/15.

TEMA

Derecho a la vida privada y familiar (artículo 8 CEDH). Obligar a un test ADN de paternidad en el marco de una acción de reconocimiento de la paternidad. No vulneración del derecho a la vida privada.

ASPECTOS EXAMINADOS

- El demandante, Francesco Saverio Mifsud, ciudadano inglés nacido en 1925, y que vivía en Dublín. Falleció en diciembre de 2017 y su viuda prosiguió con el procedimiento.
- En diciembre de 2012, la Sra. X ejerció acción ante el Tribunal Civil para conseguir el reconocimiento de su filiación respecto al Sr. Mifsud, y también la anotación de este dato en su inscripción de nacimiento. El Sr. Mifsud negó estar envuelto en la concepción de la demandante porque la madre tenía varios compañeros. Ella, aportó declaraciones de su madre sobre las relaciones que tuvo con el Sr. Mifsud, así como declaraciones propias sobre sus relaciones con el Sr. Mifsud, y pidió al Tribunal que ordenara la práctica de un test genético, como preveía el artículo 100A del Código Civil para estos casos. El Sr. Mifsud se opuso argumentando que obligarle a hacer el test comportaría violación de derechos garantizados en el artículo 8 CEDH, cuestionó que la reclamación se hiciera 53 años después del nacimiento de la Sra. X, y añadió que la intervención podía tener implicaciones médicas negativas para él, pidiendo que se remitiera la cuestión a las jurisdicciones constitucionales. En esta jurisdicción argumentó que el test supondría una carga excesiva porque no podría ser contradicho, porque no había suficientes indicios para acordarlo y porque en caso de ser positivo crearía una conmoción en su vida tras tantos años de silencio, rompiendo su vida privada y familiar.

Tanto el Tribunal Civil, resolviendo sobre materia constitucional en primera instancia, como el Tribunal Constitucional, rechazaron su recurso porque el interés del supuesto padre no es argumento suficiente. El Tribunal Constitucional destacó especialmente el derecho de la Sra. X a saber quién era su padre (por intereses morales y patrimoniales), y decidió que el interés del supuesto padre no es suficiente razón para oponerse a la investigación de la paternidad, al ser una excepción que se contempla en el artículo 8.2 CEDH (la protección y los derechos de otro), y que someterse al test no haría sufrir al Sr. Mifsud especial humillación porque lo que se necesitaba era una toma de muestra bucal, que no es una acción invasiva. Finalmente se realizó el test de ADN.

Ante el TEDH, el demandante se queja de que el derecho maltés establece la obligatoriedad del examen genético en los procesos de filiación, y que obligarle a realizar el test de ADN ha infringido el artículo 8 CEDH.

- El TEDH se centra en determinar si las jurisdicciones internas han llevado a cabo un equilibrio justo entre el deseo del Sr. Mifsud de no suministrar la muestra de ADN y el deseo de la Sra. X de descubrir la verdad sobre un aspecto importante de su identidad, subrayando que en estos asuntos se examinan los efectos concretos de la legislación sobre el demandante en el caso concreto, no solamente los textos en abstracto.

El demandante argumenta que no se ha respetado el principio de igualdad de armas al exigirse la muestra de ADN desde el principio del procedimiento, antes de que las partes expongan sus argumentos sobre la necesidad o inutilidad de ese test. Esto había determinado la decisión del procedimiento y, en la práctica, que él mismo hubiera suministrado las pruebas que le incriminaban.

El TEDH no acoge esta argumentación, ya que tanto el demandante como la Sra. X presentaron sus tesis respectivas ante el tribunal civil, y éste aplazó la decisión hasta que las objeciones del Sr. Mifsud fueron resueltas en dos niveles de jurisdicción constitucional. Por otra parte, incluso después de que el tribunal civil acordara la pericia, el demandante tuvo la posibilidad de cuestionar los resultados del test.

También rechaza las alegaciones sobre la autoincriminación, aunque los test genéticos sean determinantes en los asuntos de reconocimiento de paternidad, porque lo que importa es si el Sr. Mifsud pudo intervenir en el procedimiento, presentar sus argumentos y hacer interrogar a los testigos. Los test genéticos no son contrarios al estado de derecho ni a la justicia natural, en particular en este caso en que el test se dirigía a la finalidad legítima de permitir al Estado cumplir con su obligación positiva, nacida del artículo 8 CEDH, en relación con la Sra. X.

El TEDH admite parcialmente el argumento del Sr. Mifsud en el sentido de que un test obligatorio podría presentar problemas con el artículo 8 CEDH, pero en la práctica es poco probable que se acuerde en ausencia de un principio de prueba, y en el caso del Sr. Mifsud las jurisdicciones han resuelto que no es así tras un examen profundo que no muestra signos de arbitrariedad o de falta de equidad.

En su conjunto, las jurisdicciones internas han mantenido un equilibrio justo entre los intereses del Sr. Mifsud y los de la Sra. X, por lo que no ha existido violación del artículo 8 CEDH.

DATOS SENTENCIA

Caso: Pais Pires De Lima c. Portugal

Sentencia: 12 de febrero de 2019

Demanda nº 70465/12.

TEMA

Libertad de expresión (artículo 10 CEDH). Condena por daños y perjuicios desproporcionada a la finalidad legítima perseguida, que viola el derecho a la libertad de expresión.

ASPECTOS EXAMINADOS

- El demandante, Joaquim Antonio Pais Pires de Lima es ciudadano portugués fallecido en 2017, abogado ejerciente en Lisboa. Sus hermanos y sobrinos mantienen la demanda

El 1 de marzo de 2007, el demandante dirigió una carta al Consejo Superior de la Magistratura (CSM) en la que se quejaba de la falta de imparcialidad de un Juez, denunciando “amaño” y “corrupción” en un asunto en el que intervenía como abogado. Después del archivo del expediente por el CSM, el Juez ejerció acción por responsabilidad civil y el 17 de julio de 2008 el Tribunal de Lisboa le dio la razón, condenando al Sr. Pais Pires de Lima a abonar 50.000€ por daños y perjuicios. El condenado apeló y la Corte de apelación de Lisboa anuló la sentencia y devolvió el asunto a la primera instancia. El Tribunal de Lisboa señaló nueva vista y el 22 de abril de 2010 dictó otra sentencia condenando nuevamente al demandante a pagar la misma cantidad de 50.000€ por daños y perjuicios. El Tribunal descartó las alegaciones de corrupción y falta de imparcialidad manifestadas por el demandante contra el Juez R.P. Las dos partes apelaron y la Corte rechazó la apelación del demandante y dio la razón al recurso del Juez aumentando los daños y perjuicios a 100.000€. El demandante recurrió en casación y el Tribunal Supremo redujo la indemnización a la cantidad de 50.000€.

El Sr. Pais Pires de Lima acudió al TEDH invocando el artículo 10 CEDH (libertad de expresión) por la condena que le fue impuesta por ataque a la reputación de un Juez.

El Sr. Pais Pires de Lima fue condenado civilmente por las acusaciones formuladas contra el Juez R.P. en una carta dirigida al CSM, en que pedía la apertura de un expediente disciplinario contra ese Juez. A demanda del Juez, las jurisdicciones internas han considerado unánimemente que las alegaciones de “grosero amaño”, de parcialidad y de corrupción formuladas por el demandante en esa carta, eran particularmente graves y ponían en duda el honor personal del Juez y su ética profesional como representante del poder judicial.

Esas acusaciones eran esencialmente declaraciones de hechos. También acusaba al Juez de “corrupción pasiva”. El TEDH estima que, en consecuencia, era normal que las jurisdicciones internas esperasen que el demandante corroborara sus acusaciones con los medios de prueba pertinentes. Las jurisdicciones civiles a que acudió el Juez, consideraron que las imputaciones de hechos realizadas por el demandante no resultaron fundadas. Los motivos de condena por las jurisdicciones internas resultan, en consecuencia, pertinentes y suficientes para el TEDH.
- Sin embargo, el TEDH estima que la indemnización de 50.000€ que el demandante ha sido condenado a pagar al Juez R.P. es excesiva, porque las acusaciones no fueron hechas públicamente sino a través de una queja por carta dirigida al CSM. Si bien las declaraciones litigiosas han sido objeto de discusión en medios judiciales, el TEDH estima que el demandante no debe ser tenido por responsable de las fugas de un procedimiento que debía ser confidencial.

Por lo que el TEDH concluye que esta injerencia en la libertad de expresión del demandante no era necesaria en una sociedad democrática, pues puede producir un efecto disuasorio contra la abogacía en su conjunto y en particular cuando deben defender los intereses de sus clientes.



DATOS SENTENCIA

Sentencia Pleno Nº 86/19
 RECURSO DE CASACION Nº 5247/17
 Fecha Sentencia: 13/02/2019
 Ponente: Excmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo.

TEMA

Alimentos hijos menores de edad.

ASPECTOS EXAMINADOS

- **Acuerdo extrajudicial de pagos y alimentos a favor de los hijos del deudor:** Se reconoce la validez del acuerdo extrajudicial de pagos, en cuanto no afecte a la obligación de pago de alimentos fijada judicialmente en un procedimiento de familia. Y las eventuales quitas y esperas incluidas en un acuerdo extrajudicial de pagos no afectarán a los créditos por alimentos devengados con posterioridad a la solicitud, pero sí a los devengados antes, salvo que el juez disponga que una parte de estos créditos sean pagados contra la masa.

DATOS SENTENCIA

Sentencia Pleno Nº 40/19
 RECURSO DE CASACION Nº 470/16
 Fecha Sentencia: 22/01/2019
 Ponente: Excma. Sra. D.ª M.ª Ángeles Parra Lucán.

TEMA

Cláusulas abusivas en plan de pensiones.

ASPECTOS EXAMINADOS

- **Deberes de transparencia e información a los partícipes de un plan de pensiones individual promovido una vez producida la contingencia de la jubilación:** Necesidad de información por parte de las entidades promotoras, comercializadoras o gestoras sobre los riesgos de la modalidad escogida para el cobro de la prestación por el beneficiario del plan una vez producida la contingencia de la jubilación. Habida cuenta de la naturaleza de la modalidad de cobro de las prestaciones del plan en la forma de renta asegurada, la entidad debió informar de manera expresa y con claridad del riesgo que entraña en caso de fallecimiento del beneficiario y la persona a favor de la que se ha establecido la reversibilidad de los derechos antes de que transcurriera el plazo de tiempo de duración previsto.
- **Consecuencias del incumplimiento de tales deberes:** tal incumplimiento determina, la falta de virtualidad de la firma de la notificación remitida por la entidad gestora para extinguir los derechos derivados del plan.

DATOS SENTENCIA

Sentencia Nº 90/19
 RECURSO DE CASACION N.º 1305/16
 Fecha Sentencia: 13/02/2019
 Ponente: Excmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo.

TEMA

Concurso de acreedores. Ejecución separada de la TGSS respecto de bienes embargados antes de la declaración de concurso. Consecuencias de la estimación de la tercería.

ASPECTOS EXAMINADOS

- **Ejecución separada de la TGSS respecto de bienes embargados antes de la declaración de concurso:** Se reitera la jurisprudencia sobre las excepciones a la suspensión de ejecuciones y sus salvedades. Es preciso para la continuación de la vía de apremio administrativa que los bienes embargados no sean necesarios para la continuidad de la actividad empresarial del deudor y no se haya aprobado el plan de liquidación.
- **Consecuencias de la estimación de la tercería:** El importe de lo obtenido que alcance a los créditos con preferencia de cobro respecto del crédito de la TGSS se pondrá a disposición de la masa del concurso, por medio de la administración concursal. No irá directamente al pago de los créditos concursales preferentes al crédito de la TGSS.

DATOS SENTENCIA

Sentencia N.º 94/19
 RECURSO DE CASACION N.º 650/16
 Fecha Sentencia: 14/02/2019
 Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio Salas Carceller.

TEMA

Prescripción acciones.

ASPECTOS EXAMINADOS

- **Naturaleza Jurídica:** Debe ser de aplicación rigurosa y restrictiva la prescripción de acciones. Esta construcción finalista de la prescripción tiene su razón de ser tanto en la idea de sanción a las conductas de abandono en el ejercicio del propio derecho o de las propias facultades como en consideración de necesidad y utilidad social. De ahí que mantenga la Sala reiteradamente, al interpretar la prescripción, que cuando la cesación o abandono en el ejercicio de los derechos no aparece debidamente acreditado y sí por el contrario lo está el afán o deseo de su mantenimiento o conservación, la estimación de la prescripción extintiva se hace imposible a menos de subvertir sus esencias».

DATOS AUTO

Competencia N.º 216/18
 Fecha Auto 5/02/2019
 Ponente: Excmo. Sr. D. Pedro José Vela Torres.

TEMA

Competencia territorial. Consumidores: Contrato de aprovechamiento por turnos de bienes inmuebles.

ASPECTOS EXAMINADOS

- **Contrato de aprovechamiento por turnos de bienes inmuebles:** En la demanda se ejercita una acción individual por los demandantes que ostentan la condición de consumidores, lo que determina la aplicación del fuero competencial del previsto en el artículo 52.3 LEC que no impone a los demandantes un fuero único, sino que permite la elección del consumidor entre el tribunal de su domicilio o el tribunal correspondiente al domicilio de los demandados, que se establece como en los artículos 50 y 51 LEC.

DATOS SENTENCIA

Sentencia núm. 716/2018

Fecha de sentencia: 16/01/2019

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION (P)

Número del procedimiento: 10418/2018 P

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

TEMA

Delito de asesinato con alevosía y ensañamiento sobre víctima especialmente vulnerable en atención a su enfermedad o discapacidad. Eximente de alteración psíquica: adicción a videojuego. Incoherencia en la sistematización de las circunstancias que cualifican el asesinato (139CP) y las que lo hipercualifican (art. 140). Similitudes y diferencias, de la circunstancia hipercualificante que la víctima sea menor de dieciséis años de edad, o se trate de una persona especialmente vulnerable por razón de su edad, enfermedad o discapacidad (art. 140.1ª), con la alevosía y el abuso de superioridad. Incompatibilidad entre esta circunstancia y la alevosía.

ASPECTOS EXAMINADOS

- Delito de asesinato con alevosía y ensañamiento sobre víctima especialmente vulnerable en atención a su enfermedad o discapacidad de los artículos 139.1. 1ª y 3ª y 2, y 140.1. 1ª del Código Penal, sancionado con prisión permanente revisable.
- Eximientes: prueba de su concurrencia: con relegación de la tradicional tesis de la existencia de una carga probatoria que pesa sobre la defensa acerca de los presupuestos de las circunstancias eximente y atenuantes, en este caso la supuesta insania del acusado y los efectos de la misma; por adopción del más fundamentado criterio jurisprudencial expuesto entre otras en la STS núm. 326/2018, de 3 de julio:
 - El proceso penal constitucional, regido por el principio de necesidad y legalidad, no reconoce a las partes el dominio sobre el objeto del mismo que se les atribuye en el civil. Por lo que no admite una distribución de consecuencias de la falta de certeza objetiva, una vez valorada la actividad probatoria, tributaria del esfuerzo probatorio de cada parte.
 - La garantía constitucional de presunción de inocencia no soporta una discriminación entre los hechos según favorezcan a una u otra parte. Cualquiera que sea el hecho sobre el que no se alcanza la certeza objetiva, si de él depende la condena (culpabilidad) o la absolución (no culpabilidad) del acusado, ha de constar con idéntica certeza objetiva es decir más allá de toda duda razonable. Y por ello, la inexistencia de cualquier hecho de los que dan lugar a la aplicación de una causa de exención, en la medida que es causa de debida absolución, ha de valorarse con el mismo baremo con que se exige la prueba de la existencia del que da lugar a la estimación de culpabilidad.
 - Obviamente no porque la existencia de aquel hecho que exime de responsabilidad sea presumido por ley, proclamando que en principio todos somos psíquicamente enfermos. Como tampoco presume la ley la existencia del hecho alegado en descargo por la defensa. Y, sin embargo, ha de valorarse la prueba sobre el mismo de suerte que excluya toda duda razonable sobre el hecho que funda la imputación.
 - Si la existencia de la causa de exención ha sido objeto (o debiera haberlo sido) de debate, por su trascendencia para decidir sobre la culpabilidad y subsiguiente condena, su exclusión ha de constar con igual certeza que el hecho típico, el elemento subjetivo o cualquier otro elemento que determine la condena, ya que, de lo contrario, faltaría la certeza objetiva que la presunción de inocencia exige sobre un aspecto del elemento subjetivo (el que da lugar a la imputabilidad) del delito, ya que al respecto habrá surgido una «duda razonable». Otra cosa es que, en cuanto excepción de lo que ocurre ordinariamente, la conclusión al respecto solamente ha de justificarse si el debate es razonablemente instaurado.
 - Tal como postula algún sector de la doctrina, en países de larga experiencia democrática sobre la presunción de inocencia, es necesario formularnos esta pregunta: ¿cómo podemos decir que se respeta la presunción de inocencia si el acusado tiene que probar algo para asegurar que recibirá una absolución?. (ver disminuida la privación de su libertad por la medida de la pena).
 - Si tenemos por valor constitucional la opción de preferir la absolución del culpable a la condena del inocente aún cabe otra pregunta, también formulada en aquel contexto político y doctrinal: Contraponiendo dos hipótesis ante la acusación por un mismo delito frente a dos sujetos que alegan uno una coartada y el otro una causa de exención (inimputabilidad o legítima defensa) ¿le bastará al primero dar lugar a una duda razonable sobre la imputación, mientras el segundo vendrá necesitado de lograr en el juzgador certeza sobre el hecho causante de exención. ¿En virtud de qué principio cabe tan dispar toma de posición sobre la importancia de absolver al inocente, frente al coste de absolver al culpable?.

- No se trata de que las causas de exención de responsabilidad (inimputabilidad, justificación, exculpación, no punibilidad o prescripción) hayan de estar tan probadas como el hecho imputado, sino que esa identidad de rigor probatorio rige entre la existencia los elementos determinantes de la condena y la inexistencia de los determinantes de la exención y subsiguiente absolución. En definitiva, no se trata de partir de la hipótesis de que el acusado era inimputable, sino de que la regla general al respecto -la imputabilidad- ha sido cuestionada de tal manera que para afirmar aquella imputabilidad hace falta un resultado probatorio que confirme esa regla general en el caso que se alega excepcional. Y ello con resultado probatorio que justifique la certeza objetiva.

En autos, la práctica probatoria sobre la trascendencia de la patología del acusado no atribuye razonabilidad mínimamente suficiente como para desvirtuar la certeza expuesta en la sentencia de instancia. Porque nada acredita una afectación de su capacidad cognitiva y volitiva que, además, como bien señala la recurrida, sea cualitativamente considerable en lo funcional para empobrecer la autodeterminación consciente y libre del acusado en específica referencia al hecho imputado, hasta el punto de erigirla en determinante causal de tal ilícito comportamiento.

- Eximente de alteración psíquica: adicción a videojuego: Indica también el recurrente que era adicto al videojuego World of Warcraft y que tanto la OMS como Proyecto Hombre, la consideran patología moderna, recientemente descubierta y la declaran enfermedad muy grave; al contemplarla como patología mental por trastorno extremo de la personalidad por videojuegos.

Al respecto, además de la ya referida falta de acreditación en autos, de la referida patología, hemos de precisar como se recoge en la sentencia núm. 696/2004, 27 de mayo, citada entre otras por la 342/2013, de 17 de abril y 206/2017, de 18 de marzo, que la jurisprudencia de esta Sala ha entendido en general que los trastornos de la personalidad o psicopatías, valorables conforme al artículo 20.1ª en cuanto que constituyen auténticas anomalías psíquicas, "son patrones característicos del pensamiento, de los sentimientos y de las relaciones interpersonales que pueden producir alteraciones funcionales o sufrimientos subjetivos en las personas y son susceptibles de tratamiento (psicoterapia o fármacos) e incluso pueden constituir el primer signo de otras alteraciones más graves (enfermedad neurológica), pero ello no quiere decir que la capacidad de entender y querer del sujeto esté disminuida o alterada desde el punto de vista de la responsabilidad penal, pues junto a la posible base funcional o patológica, hay que insistir, debe considerarse normativamente la influencia que ello tiene en la imputabilidad del sujeto".

Y la influencia que tal trastorno por videojuegos tiene, concorde a la polémica incorporación anunciada por la Organización Mundial de la Salud (OMS) a su Clasificación Internacional de Enfermedades (ICD-11, publicada en junio de 2018, cuya presentación para su adopción por los Estados miembros, a la Asamblea Mundial de la Salud, se prevé para mayo de 2019 y entraría en vigor el 1 de enero de 2022), es sencillamente, una adicción persistente o repetida a los videojuegos o juegos digitales (en línea o no); y describen tres conductas características: i) perder el control sobre la frecuencia, la intensidad y la duración de la actividad; ii) que los juegos pasan a tener prioridad sobre otros intereses de la vida y actividades diarias; y iii), que la conducta se mantiene pese a que empieza a traer consecuencias negativas para la persona. Mientras, en la quinta revisión del Manual Diagnóstico y Estadístico de los Trastornos Mentales de la Asociación Americana de Psiquiatría (DSM-5), meramente incluye en su apéndice de investigación un posible nuevo diagnóstico de trastorno de los juegos de Internet.

En definitiva, tal trastorno de videojuegos, podría derivar en adicción, no acreditada en autos; pero aún existente, por más que el juego en cuestión, sea de supervivencia, tal adicción, como enfermedad mental, sólo conlleva a una reiteración en el juego, que se presenta prioritario a cualquier otra actividad. En modo alguno, desde una perspectiva abstracta del contenido y efectos de esta adicción, ni desde una concreción valorativa racional de la prueba practicada en autos, como explica la sentencia recurrida, ha conllevado incidencia alguna en el delito cometido.

- Delito de asesinato con alevosía y ensañamiento sobre víctima especialmente vulnerable en atención a su enfermedad o discapacidad de los artículos 139.1.1ª y 3ª y 2, y 140.1.1ª del Código Penal, sancionado con prisión permanente revisable. El legislador de 2015, resucitó del pasado esta pena de prisión perpetua, incluida en el Código de 1848 y extinguida de nuestro ordenamiento con la entrada en vigor del Código Penal de 1928, hacía casi noventa años, que aún siendo perpetua, en el Código de 1870, cumplidos treinta años, se ordenaba la concesión de indulto "a no ser que por su conducta u otras circunstancias graves, no fuesen dignos del indulto" -art. 29-; si bien, ahora denominada prisión permanente, con el adjetivo añadido de revisable, que no evita la posibilidad de que integre prisión por vida, aunque paradójicamente se afirma su constitucionalidad, porque existe posibilidad de que no sea perpetua o si se prefiere, porque su 'permanencia' no es inexorable.

Ciertamente el legislador, no invoca precedentes históricos, sino derecho comparado, a pesar de la singularidad de la dilatada extensión de las penas de prisión, normas dosimétricas concursales, ámbito de la individualización judicial y límites máximos de cumplimiento de nuestro ordenamiento, sobre los que tal pena debería sistemáticamente incorporarse, tan dispares del derecho comparado invocado.

Además, se implanta como pena única, sin alternatividad ni posibilidad de individualización judicial; donde parece que primero se decide la inclusión de tal pena, luego se buscan modelos comparados donde aparentemente con tal negociación a

posibilidades de individualización judicial se contemple como única pena imponible para determinados delitos y en directa proyección, a las tipologías allí encontradas, se sancionan ahora en nuestro ordenamiento con prisión permanente revisable (la coincidencia en tipologías escogidas con el código penal alemán es relevante). Pese a que las penas que ya contemplaba nuestro Código Penal, era harto superior a los quince años de prisión máxima, que establece el modelo elegido, sistema punitivo concursal incluido y que, además, en ese modelo comparado, si concurre alguna atenuante, salvo la de dilaciones procesales indebidas, la prisión permanente responsable se sustituye por pena de prisión entre tres y quince años.

Bien es verdad, que los delitos contra la vida, los de mayor incidencia criminológica entre los contemplados, se excluye el homicidio; pero en el asesinato, se opta por un doble escalón: i) primeramente unas agravantes que cualifican el asesinato, donde se mantienen las previamente existentes a la reforma (alevosía, precio y ensañamiento), con la adición de una cuarta, para facilitar la comisión de otro delito o para evitar que se descubra, que se sanciona con pena de prisión hasta un límite máximo de veinticinco años; y ii) un segundo escalón, donde el asesinato, cualificado por esas agravantes, se le aplicará la prisión permanente revisable, si concurren las hipercualificaciones, así descritas en la Exposición de Motivos: asesinato de menores de dieciséis años o de personas especialmente vulnerables; asesinatos subsiguientes a un delito contra la libertad sexual; asesinatos cometidos en el seno de una organización criminal; y asesinatos reiterados o cometidos en serie (sic).

O con más precisión indica la STS 102/2108, de 1 de marzo, la nueva regulación permite distinguir tres escalones en el delito de asesinato: (i) el tipo básico del art. 139 (prisión de 15 a 25 años); (ii) el asesinato agravado del art. 139.2 (cuando concurren dos circunstancias cualificadoras: prisión de 20 a 25 años); y (iii) el asesinato hiperagravado o singularmente grave del art. 140 (prisión permanente revisable).

Pero en el modelo germano, este doble escalón no existe, no contempla distinguos entre las circunstancias que cualifican el asesinato; tampoco la proporcionalidad ni la coherencia, explican el diverso tratamiento en virtud del cual la concurrencia dos, tres o cuatro agravaciones cualificadoras del art. 139, se sancionan con pena de veinte a veinticinco años; mientras que la concurrencia de una sola de ellas, con cualquiera de las hipercualificaciones del art. 140 -no siempre de mayor gravedad que las meras cualificaciones-, se sanciona siempre con prisión permanente revisable.

En el supuesto de autos, la concurrencia de la alevosía y el ensañamiento, determinan el asesinato agravado del art. 139.2, que se sancionaría con la pena de prisión de veinte a veinticinco años; pero al recaer sobre persona especialmente vulnerable por razón de su enfermedad o discapacidad (art. 140.1. 1ª), la Magistrado-Presidente entendió y no fue modificado en apelación, que la pena resultante era la de prisión permanente revisable.

La ausencia de sistematización en la elección y formulación de las hipercualificaciones que habrían de ser conminadas con prisión permanente, se ejemplifican con el supuesto de autos. La muerte sobre menores de edad o personas desvalidas, siempre ha marcado el límite entre las agravantes de abuso de superioridad y alevosía; si bien la jurisprudencia, con críticas de la doctrina, las ha considerado muertes alevosas. Pues bien, en este supuesto, con arbitrario resultado diferencial, si suprimimos la alevosía, la pena seguiría siendo la prisión permanente revisable pues restaría en asesinato cualificado por ensañamiento sobre víctima especialmente vulnerable (139.1.1.3ª y 140.1.1ª), mientras que si suprimimos la condición de persona vulnerable o desvalida de la víctima pero no indefensa -de menor gravedad que la alevosía-, la pena sería prisión de veinte a veinticinco años al restar en asesinato cualificado por alevosía y ensañamiento (139.1ª y 3ª y 139.2 CP).

- Asesinato: Alevosía: La jurisprudencia, como es ejemplo la STS núm. 719/2016, de 27 de septiembre, con abundante cita de resoluciones precedentes, viene aplicando la alevosía a todos aquellos supuestos en los que el modo de practicarse la agresión queda de manifiesto la intención del agresor o agresores de conectar 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 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, recuerda esa resolución, aunque esta Sala unas veces ha destacado su carácter subjetivo, lo que supone mayor culpabilidad, y otras su carácter objetivo, lo que implica mayor antijuricidad, en los últimos tiempos, aun admitiendo su carácter mixto, ha destacado su aspecto predominante objetivo pero exigiendo el plus de culpabilidad, al precisar una previa escogitación de medios disponibles, siendo imprescindible que el infractor se haya representado su modus operandi suprime todo eventual riesgo y toda posibilidad de defensa procedente del ofendido y desea el agente obrar de modo consecuencia a la proyectado y representado.

En 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". Por ello, esta Sala arrancando de la definición legal de la alevosía, refiere invariablemente la concurrencia de los siguientes elementos:

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

Junto a ellas, la última jurisprudencia, contempla también la modalidad denominada convivencial o doméstica, que en palabras de la STS 527/2012 de 29 junio, se la ha designado como una modalidad especial de alevosía, basada en la relación de confianza proveniente de la convivencia, generadora para la víctima de su total despreocupación respecto de un eventual ataque que pudiera tener su origen en acciones del acusado (SSTS 1289/ 2009 del 10 diciembre, 16/2012 del 20 enero). Se trata, por tanto, de una alevosía derivada de la relajación de los recursos defensivos como consecuencia de la imprevisibilidad de un ataque protagonizado por la persona con la que la víctima convive día a día (STS 39/2017 de 31 enero; o 299/2018, de 19 de junio).

La antes citada sentencia 719/2016, contempla un supuesto fáctico donde inicialmente se produjo un ataque por la espalda a las víctimas, de 80, 71 y 65 años respectivamente, por un hombre de 32 años golpeándolas en la parte posterior de la cabeza -zona occipital- con un objeto contundente; y tanto por la dinámica del ataque, sorpresivo inicialmente por la espalda, como por el objeto empleado y diferencia de edad entre las víctimas y el agresor, concluye que concurren circunstancias reveladoras de que nos hallamos ante algo más que un mero abuso de superioridad: el ataque alevoso se sitúa inicialmente en una alevosía sorpresiva y se termina mediante la alevosía de prevalimiento o desvalimiento.

De igual modo, la STS 20/2016, de 26 de enero, precisa que la alevosía por desvalimiento consiste en el aprovechamiento de una especial situación de desamparo de la víctima, como acontece en los casos de niños de corta edad, ancianos debilitados, enfermos graves o personas inválidas, o porque se hallaran accidentalmente privadas de aptitud para defenderse: persona dormida, drogada o ebria en la fase letárgica o comatosa (SSTS 915/2012, de 15 de noviembre; y 703/2013, de 8 de octubre, entre otras). En este caso, la sentencia del Tribunal Superior de Justicia recurrida en casación recuerda que la sentencia apelada proclama como hecho probado que la acusada actuó sin que la víctima "tuviera posibilidad de defenderse". Y que tal afirmación se funda en que: tiene 83 años de edad, es obesa y muy debilitada, requiriendo muletas o silla de ruedas para caminar; por lo que concluye, concurría la alevosía de desvalimiento. A lo que se añade que actuó por sorpresa para la víctima ya que era su cuidadora de quien no esperaría tal ataque, cuya dinámica infiere desde la descripción de la autopsia. Y que dada aquella dinámica la víctima no tuvo oportunidad alguna de defenderse.

También es común en la doctrina jurisprudencial describir la alevosía por desvalimiento, como aquella en que el agente se aprovecha de una especial situación y desamparo de la víctima que impide cualquier reacción defensiva, como cuando se ataca a un niño o a una persona inconsciente (STS 253/2016 de 31 de marzo o 271/2018, de 6 de junio).

Por su parte la STS 639/2016 de 14 de julio, explica que la alevosía por desvalimiento se caracteriza porque la especial situación en que se encuentra la víctima, muy disminuida en sus posibilidades de defensa (niños, ancianos, inválidos, persona dormida, sin conciencia, etc....) es procurada y aprovechada para ejecutar el delito de manera tan fácil como a salvo de cualquier defensa de la víctima (STS 1291/2011 de 25 de noviembre).

En la sentencia núm. 539/2017, de 12 de julio, con cita de la 550/2008, de 18 de septiembre, se expresa que una de las modalidades de la alevosía es por desvalimiento, en la que el agente se aprovecha de una especial situación de desamparo de la víctima que impide cualquier manifestación de defensa lo que puede afirmarse, como se señala por el Tribunal de instancia, en el supuesto que examinamos ya que la acusada se aprovechó de que su hija estaba durmiendo para evitar

cualquier reacción defensiva, ello unido a que también adoptó medidas para asegurar la propagación del fuego y la consiguiente muerte de la menor, clausurando la salida de la habitación en la que se encontraban, cerrando desde el interior y guardando la llave en uno de los focos de fuego que había provocado.

También la sentencia núm. 775/2017, de 30 de noviembre, contempla un supuesto de alevosía donde la indefensión deriva del ataque sorpresivo y el desvalimiento de la víctima:

Vistas las circunstancias fácticas en que se desarrolló la acción homicida, es claro que se dan todos los elementos objetivos y subjetivos de la alevosía sorpresiva, tanto por la forma inesperada en que actuó el acusado, sin que constaran signos previos de que se aproximaba portando un arma y con la intención de disparar a la víctima, como por la eficacia mortífera del instrumento utilizado contra una persona desarmada e inválida

Este segundo factor referente a la invalidez de la persona fallecida, que precisaba valerse de una silla de ruedas para desplazarse, permite afirmar que también concurren en el caso ciertas connotaciones propias de una alevosía por desvalimiento, en la que el agente se aprovecha de una especial situación de desamparo de la víctima que le impide cualquier reacción defensiva.

El Tribunal de apelación, lo mismo que el Tribunal del Jurado, ponen de relieve que fue el efecto conjunto de tales factores lo que acabó determinando la aplicación de la circunstancia de alevosía, apreciación que se considera correcta para argumentar la conversión del homicidio en un asesinato alevoso.

Igual sucede en la sentencia 51/2018, de 31 de enero:

- El relato de hechos que nos vincula, colma todos los presupuestos de tipicidad que la mencionada agravante requiere, en las modalidades que hemos denominado sorpresiva y de desvalimiento. El ataque mortal no solo se produjo de manera inesperada cuando ambas víctimas, una de las cuales, además, era especialmente vulnerable por sus condiciones físicas, se encontraban acostadas confiadas en el sosiego del domicilio familiar. Sino que después, aprovechado el aturdimiento provocado por el inicial e inesperado golpe, las asfixió. Es decir, se realizó el ataque de manera que quedó aniquilada cualquier posibilidad efectiva de defensa por parte de ambas, lo que fue aprovechado por el agresor para asegurar el éxito de su empresa.
- Respecto a la reacción de la víctima, con independencia de que no aparece reflejada en el relato de hechos, dijimos en la STS 51/2016 de 3 de febrero que la eliminación de toda posibilidad de defensa que la alevosía exige ha de ser considerada desde la perspectiva de su real eficacia, y es compatible con intentos defensivos nacidos del propio instinto de conservación pero sin capacidad verdadera de surtir efecto contra el agresor y la acción homicida (en este sentido STS 626/2015 de 18 de octubre y las que ella cita). En definitiva, el relato fáctico aprobado por el Jurado afirmó que «Por la forma en que se produjeron los hechos M.^a Luz no tuvo ninguna posibilidad de defenderse» y que «Por la edad y las características físicas de Amelia, así como por la forma en que ocurrieron los hechos, aquella no tuvo ninguna posibilidad de defenderse».

Así pues la alevosía tiene su núcleo esencial en la anulación de las posibilidades de la defensa que pueda presentar la víctima (STS núm. 647/2013, de 16 de julio); donde la indefensión, como hemos visto en alguno de los ejemplos anteriores, puede derivar de modos, medios y formas que no se acomodan a una sola de las modalidades, no siendo infrecuente criminológicamente la conjunción del ataque sorpresivo con la especial vulnerabilidad o desvalimiento de la víctima, donde solo se explica la indefensión a partir de ambos factores acumulados.

- Alevosía y abuso de superioridad: En los supuestos de concurrencia exclusiva de alevosía por desvalimiento, la dificultad deriva de distinguir esta agravante del abuso de superioridad, que no cualifica el asesinato.

Los requisitos exigidos para apreciar la agravante de abuso de superioridad, son recogidos entre otras muchas resoluciones, en la sentencia 225/2014, de 5 de marzo:

- 1º Que se produzca una situación de superioridad, es decir, un importante desequilibrio de fuerzas a favor de la parte agresora frente al agredido, derivada de cualquier circunstancia, bien referida a los medios utilizados para agredir (superioridad medial o instrumental), bien al hecho de que concurra una pluralidad de atacantes, siendo precisamente este último supuesto el más característico y el de mayor frecuencia en su aplicación (superioridad personal).
- 2º Que esa superioridad ha de ser tal, que produzca una disminución notable en las posibilidades de defensa del ofendido, sin que llegue a eliminarlas, pues si esto ocurriera nos encontraríamos en presencia de la alevosía, que constituye así la frontera superior de la agravante que estamos examinando. Por eso, la jurisprudencia mencionada viene considerando a esta agravante como una "alevosía menor" o de "segundo grado".
- 3º A tales dos elementos objetivos hemos de añadir otro de naturaleza subjetiva, consistente en que haya abuso de esa superioridad, esto es, que el agresor o agresores conozcan esa situación de desequilibrio de fuerzas y se aprovechen de ella para una más fácil realización del delito.
- 4º Que esa superioridad de la que se abusa no sea inherente al delito, bien por constituir uno de sus elementos típicos, bien porque el delito necesariamente tuviera que realizarse así.

En esta resolución 225/2014, tras definir la alevosía por desvalimiento como el aprovechamiento de una especial situación de desamparo de la víctima, como acontece en los casos de niños de corta edad, ancianos debilitados, enfermos graves o personas inválidas, o porque se hallaran accidentalmente privadas de aptitud para defenderse: persona dormida, drogada o ebria en la fase letárgica o comatosa (SSTS 915/2012, de 15 de noviembre; y 703/2013, de 8 de octubre, entre otras); precisa que cuando aplica la jurisprudencia la alevosía por desvalimiento en relación con niños, se refiere a menores de muy corta edad: 3 años (STS 772/2004, de 16 de junio); 14 meses (STS 978/2007, de 5 de noviembre); 3 meses (STS 657/2008, de 24 de octubre; y 4 años (596/2006, de 28 de abril); y niega su concurrencia en autos, al tratarse de dos menores de 10 años, para señalar a continuación que el hecho de que no concurra una agravación por alevosía no impide que se aplique en el presente caso la agravante de abuso de superioridad, puesto que aquella roza o se halla en el límite de esta, de ahí el tratamiento jurisprudencial que se le da al abuso de superioridad como una alevosía de índole menor (STS 647/2013, de 16 de julio; y 888/2013, de 27 de noviembre).

En aras del distingo de ambas agravantes, la sentencia 626/2015, de 28 de octubre tras indicar que el abuso de superioridad y la alevosía son circunstancias homogéneas, indica que ambas surgen de un tronco común consistente en ejecutar la agresión buscando de propósito o aprovechándose consciente y deliberadamente de las circunstancias concurrentes para llevar a cabo la acción punible en una situación de ventaja respecto de la defensa que pueda oponer la víctima del ataque. Cuando esa ventaja o desproporción entre agresor y agredido es absoluta, matiza el Tribunal Superior, surge del tronco común la rama de la alevosía en aquellos casos en los que ya no se está ante un desequilibrio de fuerzas que limita la defensa de la víctima, sino ante una situación objetiva de absoluta indefensión que impide al atacado toda posibilidad de defenderse y asegura la ejecución sin riesgo para el atacante. Es claro, pues, que el abuso de superioridad se encuentra ínsito en la alevosía. Y por eso se dice que es una alevosía menor o de segundo grado.

En igual sentido, la sentencia 501/2014, de 18 de junio afirma como incontestable la homogeneidad de la alevosía y el abuso de superioridad como así lo proclama la jurisprudencia de esta Sala (véanse, por todas, las SSTS 1340/2000 de 25 de julio; 357/2002 de 4 de marzo; 1458/2004 de 10 de diciembre; 600/2005 de 10 de mayo; 850/2007 de 18 de octubre, etc., etc.). Por ello, la STS núm. 977/2016, de 11 de enero de 2017, con cita de resoluciones anteriores, señala que en la explicación de la alevosía hemos distinguido distintas modalidades, la proditoria o a traición, la alevosa o sorpresiva y el aprovechamiento de situaciones de desvalimiento que roza el abuso de superioridad y respecto al que la diferenciación clara se perfila poco a poco en los pronunciamientos jurisprudenciales. Mientras que la jurisprudencia de esta Sala considera como elemento esencial para diferenciar la alevosía del abuso de superioridad el hecho de que esta última sea tal que produzca una disminución notable en las posibilidades de defensa del ofendido, sin que llegue a eliminarlas, pues si esto ocurriera nos encontraríamos en presencia de la alevosía, que constituye así la frontera superior de la agravante genérica del art. 22. 2ª del C. Penal. Por eso la jurisprudencia viene considerando a la agravante de abuso de superioridad como una alevosía menor o de segundo grado (SSTS 647/2013, de 16 de julio; 888/2013, de 27 de noviembre; y 225/2014, de 5 de marzo, entre otras). De modo que resultan incompatibles el abuso de superioridad y la alevosía, habida cuenta que la diferencia entre ambas agravantes es, únicamente, cuantitativa o de grado, más grave la alevosía que el abuso, por lo que la estimación de una excluye la de la otra.

- Asesinato: hipercualificaciones: La reforma derivada de la LO 1/2015, introduce varias hipercualificaciones en el delito de asesinato, que enumera en el nuevo art. 140, siendo la primera de ellas, que la víctima sea menor de dieciséis años de edad, o se trate de una persona especialmente vulnerable por razón de su edad, enfermedad o discapacidad.

La literalidad de esta circunstancia hipercualificante, aparenta atender principalmente a la especial protección de estas personas menores o vulnerables, más que al mayor reproche derivado del aseguramiento buscado por el autor frente a posibles reacciones defensivas, al no mencionar a las personas accidentalmente privadas de aptitud para defenderse (dormidas, drogadas o ebria en la fase letárgica). No obstante, el dolo debe abarcar el conocimiento de la situación de vulnerabilidad y que pese a tal conocimiento el autor, decida actuar contra la vida de la persona vulnerable; donde es difícilmente escindible, el mero conocimiento de su vulnerabilidad, del aprovechamiento de ese conocimiento en la acción homicida.

Por otra parte, desde la perspectiva de la proporcionalidad de las penas, dadas las consecuencias punitivas que conlleva, es contradictorio que no se exigiera para su estimación el elemento subjetivo que consiste en que el autor se aproveche de la vulnerabilidad de la víctima para una más fácil realización del delito, de más amplio espectro que el mero conocimiento de la vulnerabilidad, cuando es elemento necesario para estimar la agravante de abuso de superioridad, pero que sin embargo, no cualifica ni hipercualifica el asesinato.

En todo caso, cuando cualquier concreción del listado de situaciones de vulnerabilidad recogidas en la norma, es abarcado por el conocimiento del autor y aprovecha la ventaja que conoce le otorga la vulnerabilidad, concorde nuestra jurisprudencia, resulta reconducible a situaciones de alevosía o a situaciones de abuso de superioridad, según si dicha vulnerabilidad, imposibilita la defensa de la víctima, o meramente la disminuye; que además, siempre abarcarán y sobrepasarán la mera situación literal de vulnerabilidad. Lo que determina la imposibilidad de su apreciación conjunta. De modo que la cualificante

alevosía desplaza la hipercualificante vulnerabilidad; y lógica y obviamente, esta hipercualificación de la vulnerabilidad en cuanto elemento típico, desplaza la agravante genérica del abuso de superioridad.

De otro lado, la reforma aproxima ambas circunstancias, pues, por una parte, aunque solo la alevosía cualifica el asesinato y determina una pena de quince a veinte años de prisión (art. 139.1º), la vulnerabilidad por razón de edad, enfermedad o discapacidad, agrava el homicidio y determina una pena de quince años y un día a veintidós años y seis meses [(art. 138.2.a)]. A su vez, también, pero en incoherente consecuencia, si media alguna de las circunstancias que cualifican el asesinato, ensañamiento, precio o la muerte para facilitar la comisión de otro delito o para evitar que se descubra, si también concurre alevosía, la consecuencia es pena de prisión de veinte a veinticinco años (art. 139.2); pero si no media total indefensión que conduzca a la alevosía y la víctima es especialmente vulnerable, lo que sucede en algunas (o en todas en el sentir de la doctrina) situaciones equiparables a abuso de superioridad, de menor gravedad, la consecuencia paradójicamente, sería de una mayor y extrema gravedad, prisión permanente revisable [(art. 140.1.1ª)].

- En autos, el relato probado, en sus apartados segundo, tercero y cuarto, literalmente indica:
 - SSS se presentó en casa de VVV y, de forma sorpresiva e inesperada, se abalanzó sobre él portando un cuchillo y empujándolo hasta el final del pasillo, lo que provocó que cayera al suelo y quedara tumbado boca arriba, consciente de que con todo ello se aseguraba deliberadamente de causarle la muerte sin el peligro que para su integridad física pudiera provenir de una defensa por parte de VVV.
 - SSS le propinó a VVV más de 30 puñaladas con el cuchillo que llevaba y otros que cogió de la vivienda, clavándoselos en el abdomen, el tórax y el cuello y provocándole heridas cortantes y también heridas penetrantes que alcanzaron el paquete vascular del cuello, el corazón, los pulmones. meso y asa intestinal y le propinó numerosos golpes en la cara con objetos contundentes que encontró en la casa (un palo, una figura de perro, otro de cerámica y una piedra) causándole heridas inciso contusas en la cara, fractura-hundimiento nasal y maxilar y rotura de piezas dentarias, sabiendo que con ello le sometía a padecimientos innecesarios o sufrimientos más intensos que los precisos para causarle la muerte con el único propósito de aumentar de manera deliberada e inhumanamente su sufrimiento antes de que muriese.
 - VVV padecía una discapacidad como consecuencia de un ictus isquémico a nivel del tronco encefálico que había sufrido hacía años y que le provocaba una alteración del lenguaje y marcha inestable, por lo que su capacidad de reacción a estímulos era más lenta y torpe circunstancia que SSS conocía.
- En la fundamentación de la concurrencia de la alevosía, la sentencia recurrida, además de recordar la motivación fáctica contenida en el acta del veredicto y la complementaria motivación de la Magistrada-Presidenta, en el primer fundamento de la inicial sentencia, añade:
 - Destaca igualmente, tanto el Jurado como la Magistrada-Presidenta, datos que fundamentan tal alevosía, concretamente la intención premeditada de llevar a cabo la muerte de VVV, pues sabía que éste se encontraba solo en el inmueble, accediendo ya con un cuchillo, empujándolo para derribarlo y quedar éste boca arriba de forma que le fuera más fácil cometer el asesinato, sabiendo además que se trataba de una persona mayor. Y destacan también la imposibilidad de defenderse de la víctima, fundado en el estado de salud de ésta, la falta de restos de ADN del agresor en el cuerpo de la víctima, como sus uñas, y la existencia de heridas superficiales cortantes en las manos de la víctima, fundándolo en el estado de salud de ésta, la falta de restos de ADN del agresor en el cuerpo de la víctima, como sus uñas, y la existencia de heridas superficiales cortantes en las manos de la víctima.
 - A la vez que añade, sin solución de continuidad, para fundamentar la debida apreciación de la alevosía, la declaración probada del hecho cuarto, la discapacidad que padecía Salvador Valentín como consecuencia de un ictus isquémico que le provocaba una alteración del lenguaje y marcha inestable, por lo que su capacidad de reacción a estímulos era más lenta y torpe; y la motivación del jurado para esa declaración:
 - "...porque hay una resolución del Instituto Nacional de la Seguridad Social en la que se reconoce su incapacidad y también lo ha informado el Médico Forense D. MMM y esta discapacidad la conocía SSS, puesto que había estado en la casa repetidas veces compartiendo vida con la familia e incluso le preguntó a KKK qué le había pasado al abuelo y ella se lo explicó. Además, la familia del fallecido explicó en el acto del juicio las enormes limitaciones que el ictus le había provocado. Dijeron que andaba a pasos cortos y arrastrando los pies, que tenía una enorme inestabilidad y podía caer al suelo con gran facilidad, hasta el punto de tener que llevarse a un perro que tenían en la casa porque lo tiraba. También había perdido mucha fuerza y enormes dificultades al hablar por lo que no pudo gritar ni pedir ayuda".
 - Para concluir, el Tribunal Superior con la siguiente argumentación:
 - "Consecuencia de lo hasta aquí expuesto es que este Tribunal de apelación ha podido comprobar que tanto la sentencia recurrida como los hechos declarados probados por el Tribunal del Jurado han tenido en cuenta los elementos que conforman la figura de la alevosía y que también han tenido en cuenta y han declarado probado

que la víctima era una persona especialmente vulnerable por razón de su enfermedad, según recoge el art. 140.1.1° del Código Penal, pues declaran probada la existencia de su enfermedad, su escasa movilidad debido al ictus sufrido y las consecuencias que de dicha enfermedad padecía, todo ello basado en prueba testifical, documental y pericial. Ambos enjuiciadores, Magistrada-Presidente y Tribunal Popular, han dejado constancia de estos particulares que no dejan asomo de duda a este Tribunal en cuanto a la conducta del apelante para declarar probado, como lo hizo, la alevosía”.

Es decir, la causación de la indefensión proviene tanto del ataque sorpresivo como de la especial situación de la vulnerabilidad de la víctima por su enfermedad o discapacidad.

Un simple empujón, aunque sorpresivo, no determina una situación de indefensión, aunque el autor porte un cuchillo, si no media a la vez una enorme inestabilidad de la víctima y facilidad para caerse al suelo. Y que restara la víctima boca arriba, tras caer al suelo, sin reaccionar defensivamente u poner resistencia alguna, ni siquiera para variar o adoptar postura más recogida o que le cubriera la cara (como indica la intensidad de los descarnados y lacerantes vestigios resultantes de los golpes y puñaladas propinadas), de igual modo, también se explica por la dificultad de movilidad de la víctima, derivada del ictus sufrido. Mientras que la enorme dificultad para hablar le impidió gritar y demandar socorro.

De modo que, en autos, la situación de desvalimiento, o si se prefiere la especial vulnerabilidad de la víctima por razón de su enfermedad o discapacidad, tal como resulta del contenido de la resolución recurrida, integraba de modo inescindible junto al ataque sorpresivo, la situación de indefensión que posibilitó la estimación de la circunstancia de alevosía.

La consecuencia es, que no es dable estimar la hiperagravación del art. 140.1. 1ª, la situación de vulnerabilidad, so pena de incurrir en proscrita doble valoración. También, o más precisamente, las mismas circunstancias de la enfermedad y la discapacidad, son las que han determinado la indefensión ponderada en la alevosía que cualificó el asesinato.

Ya advertía el Consejo General del Poder Judicial en su Informe al Anteproyecto que daría lugar a la reforma operada por LO 1/2015 que la circunstancia primera del art. 140.1, evidenciaba una tendencia al non bis in ídem, pues buena parte de los supuestos a los que se refiere (menor de edad o persona especialmente vulnerable) terminarán en la alevosía en atención a la construcción jurisprudencial de la misma.

Conviene precisar, ahora en abstracta consideración, que esta conclusión no resultaría alterada, si las modalidades de alevosía por desvalimiento se consideraran abuso de superioridad, una vez que concurriera una muerte alevosa en sus modalidades sorpresiva o proditoria, pues para la apreciación de la hipercualificación el autor debía conocer al vulnerabilidad de la víctima y precisamente ese conocimiento, aunado al aprovechamiento de la vulnerabilidad para darle muerte, fue ya ponderado, valorado y sancionado con la cualificación alevosa (aunque se apellidara sorpresiva o proditoria); lo que abocaría a una proscrita doble ponderación; y si el autor desconocía la situación de vulnerabilidad, la hipercualificación no sería aplicable.

Tampoco resulta posible escindir las diversas modalidades de la alevosía, para entender que sorpresiva y proditoria cualifican el asesinato y la de desvalimiento lo hipercualifica; el sustrato fáctico y el injusto de ésta ya habría sido ponderado al estimar aquellas. De otra parte, la reforma no ha introducido modificación en la definición de la alevosía, donde procurarse y aprovecharse de la situación de indefensión de la víctima, integra su esencia.

Por ende, en el caso de autos, dada la inescindibilidad descrita del ataque sorpresivo con el desvalimiento o vulnerabilidad de la víctima en la causación de la indefensión, al haber sido buscada por el autor para asegurar la ejecución del delito sin riesgo propio, tanto si la indefensión que genera la especial vulnerabilidad de la víctima, autónomamente considerada, resulta subsumible en abuso de superioridad, como en alevosía, una vez apreciada la alevosía que cualifica el asesinato, no puede volver a ponderarse esa vulnerabilidad en evitación de doble ponderación de la situación de indefensión, con quiebra del principio non bis in ídem.

Lo expuesto hasta hora, también impide que, para evitar las incoherencias de la reforma descritas, que la especial situación de vulnerabilidad desplazara la alevosía y calificáramos los hechos de autos atendiendo al principio de alternatividad, a través de considerarlos como asesinato cualificado por el ensañamiento e hipercualificado por la vulnerabilidad de la víctima por su enfermedad y discapacidad.

En primer lugar, por razones de especialidad, donde el art. 139.2, nos indica el criterio a seguir cuando concurren más de una circunstancia cualificante; en segundo lugar, porque el art. 139, que contempla alternativamente las cuatro circunstancias que determinan su concurrencia, en definitiva atiende a la estructura de tipos mixto alternativos, de modo que tanto si se realiza una de las modalidades de comisión prevista como varias o incluso todas se comete en todo caso una sola unidad típica; donde por ende, no es posible escisión o desgaje de ninguna de las circunstancias cualificantes, donde una sola cualificase y el resto se ponderara autónomamente; en tercer lugar, el sistema escalonado de hipercualificación previsto, también abona a considerar que sólo una vez agotado el escalón cualificador, con todas las circunstancias cualificantes que concurren es posible pasar a las hipercualificaciones; y cuarto lugar y más esencial, porque la especial situación de vulnerabilidad, en abstracto dadas las diversas modalidades recogidas y en concreto desde la consideración del

caso de autos, no conlleva por sí sola la situación de indefensión y por ende, no abarca todo el injusto de alevosía. En cuya consecuencia, el motivo por error iuris debe ser estimado y resta sin aplicación, la referida hipergravante.

DATOS SENTENCIA

Sentencia núm. 719/2018
 Fecha de sentencia: 21/01/2019
 Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION
 Número del procedimiento: 2595/2017
 Ponente: Excmo. Sr. D. Andrés Palomo Del Arco.

TEMA

Delito de estafa. Negocio jurídico criminalizado. Diferencia entre dolo civil y dolo penal. Delito de alzamiento. Concurso entre estafa y alzamiento. Concurso real.

ASPECTOS EXAMINADOS

- Delito de estafa. Negocio jurídico criminalizado. En la sentencia de esta Sala Segunda núm. 434/2018, de 28 de septiembre, hemos destacado que el delito de estafa puede surgir con ocasión de los negocios jurídicos bilaterales, consistiendo en ellos el engaño en el empleo de artificios o maniobras falaces por uno de los contratantes para hacer creer al otro en ciertas cualidades aparentes de la prestación realizada que son inexistentes, además de haber sentado que hay engaño cuando el sujeto agente se prevale de forma consciente de una apariencia de solvencia empresarial, cuando la situación efectiva era de déficit y falta de liquidez (STS 535/2007, de 8 de junio)

La insolvencia, simplemente se niega, pero basta la lectura del apartado de hechos probados para ver como relata la adquisición por parte de los acusados de la empresa junto con gran cantidad de documentación, el 30 de julio de 2004 por 570.961'50 euros, y pendientes el pago aplazado de 30.000 euros para el 10 de septiembre de 2004 y un total de 48 pagos mensuales iguales y sucesivos de 10.645'03 euros cada uno, articulados en pagarés nominativos con vencimiento el día uno de cada mes, siendo el primero de éstos el de 1 de septiembre de 2004, sin que ninguno fuera atendido, pese a haber cobrado pagos pendientes de clientes por importe de 860.000 euros, al cabo de pocos meses absolutamente descapitalizada fue prácticamente vendida por el valor simbólico de un euro sin información alguna sobre su situación, deudas pendientes, activos etc., pasando a ser administrada y gestionada por un tercero; de modo que librado mandamiento de embargo, el único bien encontrado fueron las participaciones sociales, en esas circunstancias, sin valor alguno.

- Delito de alzamiento. La obligación no tiene que ser vencida y exigible, pues igualmente se pone en peligro el patrimonio del acreedor cuando antes del vencimiento de la obligación ya nacida, el deudor oculta los bienes. Basta que esa conducta sea apta para alcanzar el objetivo de burlar las expectativas de los acreedores.

Por otra parte, como bien argumenta la sentencia recurrida, aunque la totalidad de los pagarés no estuvieran vencidos, ello no obsta a la comisión del delito pues la existencia previa de créditos contra el sujeto activo del delito, pueden ser vencidos, líquidos y exigibles, pero también es frecuente que el defraudador se adelante en conseguir una situación de insolvencia ante la conocida inminencia de que los créditos lleguen a su vencimiento, liquidez o exigibilidad, porque nada impide que, ante la perspectiva de una deuda, ya nacida pero todavía no ejercitable, alguien realice un verdadero y propio alzamiento de bienes (SSTS 11.3.2002 y 28/11/2013), resultando por lo demás patente que no existía en poder de los obligados al pago, patrimonio suficiente para satisfacer adecuadamente los derechos de los acreedores, sin que hayan tampoco acreditado que realizaran pagos a otros acreedores.

De igual modo, la sentencia 821/2017, de 13 de diciembre, señala que nada obsta, nacida la obligación, aunque no sea pura, conductas del obligado tendentes a ocultar su patrimonio, para eludir el pago al acreedor, en el caso de que llegara a ser exigible. Dicho de otro modo, es cuestión pacífica desde hace tiempo (Vd. entre otras: SSTS 656/1990, de 26 de febrero; 2471/1991, de 4 de julio; 2692/1992, de 11 de septiembre), que la obligación no tiene que ser vencida y exigible, pues igualmente se pone en peligro el patrimonio del acreedor cuando antes del vencimiento de la obligación ya nacida, el deudor oculta los bienes. Basta que esa conducta sea apta para alcanzar el objetivo de burlar las expectativas de los acreedores.

Baste recordar que "alzarse" con los bienes, en el DLE (antes DREA), significa delito que comete quien hace desaparecer u ocultar su fortuna para eludir el pago a sus acreedores; y de forma coincidente, para la doctrina científica, en clásica definición, aquel acto de disposición sobre los propios bienes orientada a mostrarse real o aparentemente insolvente, parcial o totalmente, frente a todos o parte de los acreedores, con el propósito directo de frustrar sus créditos, que hubieran podido satisfacerse sobre esos bienes. Es decir, la exigencia inexcusable es la existencia de una obligación, no su vencimiento y exigibilidad.

- Concurso entre estafa y alzamiento. En cuanto al concurso de delitos que no de normas, como parecen pretender los recurrentes al alegar sin motivar infracción de los art. 8 y 73 CP, entre la estafa y el delito de alzamiento, baste reiterar el contenido de la sentencia de esta Sala núm. 130/2017 de 1 de marzo:

En cuanto a la concurrencia del delito de estafa y del delito de alzamiento, las hipótesis que pueden acaecer, desde una consideración abstracta, son múltiples y de muy variada consecuencia; y así, en atención al origen de los bienes objeto de alzamiento, esencialmente resultan diferenciables si eran precisamente los obtenidos fraudulentamente a través de la estafa o formaban parte de la titularidad del estafador ajena a la defraudación.

Correlativamente son múltiples los ejemplos jurisprudenciales y aparentemente diversas las soluciones otorgadas, si bien obedecen al deslinde del origen descrito de los bienes alzados:

- Las SSTs 197/2016, de 10 de marzo y 287/2015, de 19 de mayo, donde se sancionan separadamente los delitos de alzamiento de bienes y de estafa, aunque no es cuestión que integrara el objeto de discusión en casación.
- La STS, 146/2015, de 17 de marzo, en supuesto de estafa procesal del art. 250.1. 7º, en concurso con insolvencia punible del art. 258, entendió que su naturaleza era normativa:
 - Bajo el ordinal séptimo, invocando los arts. 852 LECr y 5,4 LOPJ, se ha aducido la existencia de vulneración del principio non bis in ídem (art. 25,1 CE). Esto, se dice, por haber condenado doblemente con la aplicación de los dos tipos penales ya citados.
 - En esto, ciertamente, sí tienen razón los recurrentes. En efecto, pues el art. 250.1. 7º CP reclama para que concurra el delito que describe la existencia de un fraude procesal diseñado para provocar error en el juez o tribunal con objeto de hacerle dictar una resolución que comporte como efecto un perjuicio económico para la otra parte o para un tercero.
 - En este caso, de la estrategia fraudulenta puesta en práctica ya se ha dicho, y figura minuciosamente descrita en los hechos probados; y, en cuanto al perjuicio económico, es también clara su producción. Y, en este punto, se da la circunstancia de que el efecto económicamente perjudicial de aquella, siendo exigencia del artículo que acaba de citarse, es, al mismo tiempo, elemento estructural del delito de alzamiento de bienes: el perjuicio de tercero (art. 250.1. 7º CP) se confunde o coincide con la disminución patrimonial (art. 258 CP). Con ello, al penar por los dos delitos, se produce, efectivamente, un solapamiento, esto es, la doble utilización del mismo dato, típico según la previsión de cada uno de esos dos preceptos, y con ello, en el caso, tanto del delito-medio (la estafa procesal) como del delito-fin (el alzamiento de bienes); cuyo supuesto sería una especie de agotamiento del anterior.
 - Así resulta que el mismo hecho resulta punible a tenor de dos normas, dándose la circunstancia de que la aplicación de una de ellas, la relativa a la estafa, cubre plenamente y da una respuesta penal completa a la antijuridicidad de la acción reprochada. Por eso, la cuestión debe decidirse de la forma que dispone el art. 8. 4º CP, por la falta de pertinencia al caso de los demás criterios de posible aplicación para resolver un conflicto de normas como el planteado.
- La STS 385/2014, de 23 de abril, afronta in extenso esta cuestión, en su fundamento sexto y concluye:
 - a) que cuando los bienes objeto de alzamiento son precisamente los obtenidos fraudulentamente a través de la estafa; se trata de supuestos agotamiento del delito, que ejemplifica con el denominado timo del "nazareno";
 - b) "si en el momento en que se produce la ocultación de bienes para eludir el pago de esa obligación ha recaído ya sentencia condenatoria por el delito de estafa; o incluso cuando existe una distancia temporal relevante entre el desplazamiento patrimonial que genera el engaño característico de la estafa y el vaciamiento propio de la más emblemática de las insolvencias punibles, cabría el concurso real"; y
 - c) cuando la actividad defraudadora y provocación de la insolvencia se mueven en un marco temporal relativamente próximo, pero con solución de continuidad, donde se produce una nueva decisión del autor que empeora sensiblemente la posición del estafado, aboga también por entender la existencia de concurso real, pues en otro caso se produciría un incoherencia penológica, pues el "alzamiento que tuviese como base una relación obligacional derivada de un contrato lícito y legítimo merecería más pena (prisión de uno a cuatro años y multa mínima de doce meses); que aquél que se produjese como secuela de un delito de estafa no agravada que, según la tesis de la consunción, quedaría absorbido por ésta mereciendo toda la conducta una única pena de prisión comprendida entre seis meses y tres años (art. 249 CP)"; comparación punitiva que en realidad trasluce que "si se aplica solo una de las normas no se está contemplando todo el desvalor del injusto: el reproche de culpabilidad se queda corto. Si se aplica de forma excluyente uno de los dos tipos penales en aparente conflicto escapará parte del injusto al reproche. Sancionar exclusivamente con las penas del alzamiento de bienes a quien ha maquinado un ardid para lograr engañar a otro impulsándole a un acto de disposición en su beneficio y luego extrae

fraudulentamente de su patrimonio bienes para dificultar el debido resarcimiento, supone desdeñar una relevante porción de injusto, negar trascendencia penal a toda la actividad inicial defraudatoria equiparando esa conducta a la de quien sencillamente quiere eludir el pago de una deuda contraída a través de un negocio lícito". En definitiva, que se trate de un alzamiento consecuente con un delito de estafa no cierra la posibilidad de la calificación diferente y autónoma.

- La STS 331/2014, de 15 de abril, dados los hechos declarados probados, donde el acusado desde el mismo momento en que se celebra el "negocio jurídico criminalizado", ya inicia actividades de alzamiento, para procurar la efectiva disposición de los bienes fraudulentamente obtenidos, entiende que la estafa absorbe el alzamiento:
 - En realidad, nos encontramos nuevamente ante una modalidad del timo del nazareno, que en la actualidad revive con una riqueza de formas en las que la realidad supera cualquier ficción. En este timo lo esencial es generar confianza para poder adquirir mercancías a precio aplazado y revenderlas obteniendo una ganancia sin pagar el precio. La actuación del acusado fue similar. Adquirió el negocio generando confianza mediante un pago inicial en metálico, y lo transmitió inmediatamente a un testafarro, para poder disponer de la maquinaria e instalaciones transmitidas sin que los perjudicados pudiesen recuperarlas a través de la ejecución de los pagarés.
 - Por ello es jurídicamente incorrecto el criterio de la Audiencia de instancia que desvincula el engaño inicial de la insolvencia subsiguiente, calificando ésta como un delito separado de alzamiento de bienes, que no puede sancionar porque no ha sido objeto de acusación.
 - Con este tratamiento fragmentario se prescinde del núcleo esencial del comportamiento delictivo, que consiste en que el escamoteo de los bienes forma parte del conjunto de la maniobra que constituye la estafa, que no se configura solo con el engaño inicial, sino que se completa con la deliberada creación de la insolvencia inmediata transmitiendo los bienes a un testafarro, transmisión que indudablemente formaba parte en todo momento del plan del autor.
- La STS 296/2014, de 31 de marzo, por su parte, aboga por sancionar ambos delitos por separado, en concurso real:
 - No es cierto que se haya producido una incorrecta inaplicación del artículo 8.3 del Código Penal, en relación con el 248 y 257.1 del Código Penal, que describen los delitos de estafa y alzamiento de bienes objeto de condena, ni por consiguiente la vulneración del principio "non bis in ídem", contenido en el artículo 25.1 de nuestra Constitución (motivo Quinto del Recurso), por el hecho de haber condenado por ambos delitos, cuando quienes recurren sostienen que el alzamiento debería haber quedado absorbido por la estafa, ya que forma parte de su fase de agotamiento, habida cuenta de que, como refiere la más reciente doctrina de esta Sala (STS de 25 de Mayo de 2012, por ej.), en ocasiones como la presente, es decir, ante la concurrencia de un delito de estafa y otro de alzamiento de bienes, su castigo ha de ser por separado, de acuerdo con las reglas del concurso real, pues estamos ante acciones diferentes, aunque se sucedan sin solución de continuidad, produciéndose una nueva decisión del autor, una vez consumada la estafa, que además produce el efecto de incrementar considerablemente la gravedad de la posición del perjudicado al impedir, o dificultar seriamente, al menos su futuro resarcimiento.
 - (...) La tesis de la absorción sostenida en el Recurso, con apoyo en alguna Jurisprudencia anterior como la de la STS de 20 de Diciembre de 2005, podría tener cabida cuando el alzamiento se produce respecto del propio bien obtenido mediante la estafa previa, pero nunca cuando aquel recae sobre parte del patrimonio del defraudador de origen distinto al delito de estafa, como en el caso que aquí nos ocupa.
- La STS 440/2012, de 25 de mayo, por su parte, aboga por sancionar ambos delitos por separado, en argumentación luego reproducida de forma concordante en la 385/2014, de 23 de abril; entre otras consideraciones, porque el "art. 258 no permite entender que su presencia priva definitivamente de toda razón a quienes defienden una relación de consunción entre los delitos de estafa propia y alzamiento de bienes. El art. 258, desde esa perspectiva, vendría a contemplar otros delitos no patrimoniales de los que nace responsabilidad civil (imprudencias, delitos de lesiones o contra la vida, delitos sexuales...). En los delitos patrimoniales la sustancial semejanza de bien jurídico protegido invitaría a otra solución".
- En definitiva, las anteriores resoluciones, permiten afirmar en sistemática conclusión, que cuando los bienes objeto de alzamiento son precisamente los obtenidos fraudulentamente a través de la estafa, no estamos ante un concurso de delitos, sino que son supuestos de agotamiento del delito.

Al castigarse la estafa se contempla también la acción posterior por la que se dispone de lo defraudado en beneficio propio. Es lo que sucede en el conocido timo del "nazareno", consistente en la venta rápida a bajo precio de las mercancías defraudadas, lo que genera a su vez, el impago de las obligaciones e insolvencia provocada. Donde, salvo eventuales actos procesales de interrupción (condenas intermedias), solo procede condena por el delito de estafa.

- Concurso real: De igual modo, parece doctrina pacífica de la Sala Segunda, desde 2005 que debe ser sancionada la conducta como concurso real, cuando el objeto alzado, no es el ilícitamente obtenido con la defraudación, pues sancionar exclusivamente con las penas del alzamiento de bienes o exclusivamente con las previstas para la estafa, a quien ha maquinado un ardid para lograr engañar a otro impulsándole a un acto de disposición en su beneficio; y luego extrae fraudulentamente de su patrimonio bienes para dificultar el debido resarcimiento, además de la incongruencia punitiva que conllevaría su consideración como concurso de normas, supone ignorar una relevante porción del injusto, negar la trascendencia penal en ese caso a toda actividad inicial defraudatoria en el primer supuesto, o de insolvencia punible posterior, en el segundo; equiparando esa conducta a la de quien sencillamente quiere eludir el pago de una deuda contraída a través de un negocio ilícito (si se condena solo el alzamiento) o a la de quien comete la defraudación sin dificultar posteriormente con la comisión de un nuevo ilícito el recobro del perjuicio (en el caso de condenar solo la estafa). Por tanto, en autos, concurso real, pues los bienes objeto de alzamiento, fueron los integrantes del patrimonio de XXX, mientras que lo adquirido fueron las participaciones sociales.

DATOS SENTENCIA

Sentencia núm. 723/2018

Fecha de sentencia: 23/01/2019

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION (P)

Número del procedimiento: 10495/2017

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

TEMA

Intervención de las comunicaciones: obtención de datos de tráfico y localización. Doctrina de la Sala tras SS TJUE de 8 de abril de 2014 y 21 de diciembre de 2016. Volcado de datos de ordenador sin expresa autorización judicial. Datos prescindibles. Tenencia ilícita de armas delito permanente o de tracto sucesivo. Cesura de la tenencia. Incendio de vehículo presuntamente sustraído. Agotamiento no aplicación del artículo 266.1 CP. Atentado a Unidad de acción. Compatibilidad entre el delito de tenencia ilícita de armas y la agravante de disfraz.

ASPECTOS EXAMINADOS

- Obtención de datos de tráfico y localización. Doctrina de la Sala tras SS TJUE de 8 de abril de 2014 y 21 de diciembre de 2016. Autorización por auto y ulterior providencia. Motivación por remisión.
Se impugnan diferentes oficios y resoluciones judiciales que tenían por objeto que las compañías telefónicas comunicaran los datos relativos a registros de llamadas de voz, SMS entrantes, salientes y aquellas otras comunicaciones que se hubieran efectuado a través de los repetidores en los lugares y franjas horarias correspondientes al lugar donde se produjeron los hechos. Concretamente de los datos obtenidos por los repetidores de las áreas de influencia de las localidades mencionadas. En particular el oficio de la Policial inicial y el auto de fecha 7 de octubre de 2013 (por error dice de 2007); la providencia de fecha 14 de octubre de 2013; el oficio policial de fecha 11 de octubre de 2013; el oficio policial de 25 de octubre de 2013; la providencia de 28 de octubre de 2013 y los distintos oficios que por efecto de las resoluciones judiciales citadas fueron dirigidos a las distintas operadoras.
La razón que se alega como fundamento de la pretensión es que el TJUE, en sentencia de 8 de abril de 2014, declaró inválida y nula la Directiva sobre retención de datos telefónicos y de comunicaciones electrónicas de 2006, con efectos retroactivos, según dicha parte, desde que la Directiva entró en vigor. Sentencia tiene efectos vinculantes para los órganos judiciales de los Estados Miembros.
Se añade que para que sea válida la utilización de los datos recogidos en la Ley 25/2007, de 18 de octubre, a la luz de las exigencias del TJUE en la sentencia aludida, la resolución judicial que acuerde dicha medida debe adoptar la forma de auto y tener la suficiente motivación respecto a su justificación, expresado las razones de la decisión. Considerando la parte recurrente que los oficios y resoluciones dictados son meros formularios que incumplen la doctrina anterior.
A continuación, con fundamento en la segunda sentencia del TJUE aludida, la de 21 de diciembre de 2016, se dice que el TJUE ha establecido que es contrario al derecho de la Unión que una norma nacional habilite la conservación generalizada e indiferenciada de los datos de tráfico y de localización de todos los abonados y usuarios registrados en relación con todos los medios de comunicación electrónica, sin limitar dicho acceso. Por lo que, según la parte recurrente, la Ley 25/2007

contravendría dicha doctrina, y, en consecuencia, los oficios y resoluciones judiciales impugnadas, al fundarse en dicha Ley, serían contrarios a la doctrina del TJUE.

1. La sentencia recurrida analiza expresamente la cuestión y lo hace en referencia a la doctrina de esta Sala de casación. En efecto, la cuestión ha sido abordada por esta Sala en varias resoluciones. La STS 400/2017 de 1 de junio, con cita de otros precedentes, condensa la doctrina de esta al respecto. Y así señala «La vulneración del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones por lo que hace al objeto del motivo sería consecuencia de la anulación de la Directiva 2006/24, sobre conservación de datos de tráfico en las comunicaciones electrónicas, por la sentencia de 08/04/2014 del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, lo que afectaría a esta materia, como decíamos en la reciente STS 272/2017, fundamento segundo 2.6 ., “por entender que la misma ha ido más allá de las exigencias inherentes al principio de proporcionalidad, “convirtiendo en potenciales sospechosos a todos los ciudadanos de la Unión Europea”. Sin embargo añadimos a continuación “No obstante con posterioridad a dicha sentencia el artículo 42 de la Ley General de Telecomunicaciones (L. 9/2014, de 09/05) se sigue remitiendo a la ley 25/2007, sin tener en cuenta los problemas derivados de la declaración de nulidad de la Directiva 2006/24, cuando en su artículo 42 dispone expresamente que “la conservación y cesión de los datos generados o tratados en el marco de la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas o de redes públicas de comunicación a los agentes facultados a través de la correspondiente autorización judicial con fines de detección, investigación y enjuiciamiento de delitos graves contemplados en el Código Penal o en las leyes penales especiales se rige por lo establecido en la ley 25/2007, de 18 de octubre, de conservación de datos relativos a las comunicaciones electrónicas y a las redes públicas de comunicaciones”. Debemos recordar que el artículo 6 de ésta última dispone que “que los datos conservados de conformidad con lo dispuesto en esta ley solo podrán ser cedidos de acuerdo con lo dispuesto en ella para los fines que se determinan y previa autorización judicial”, lo que no constituía, también decíamos en la STS 272/2017, “una garantía impuesta por la Directiva 2006/24 que desarrolla la Ley 25/2007 de forma que el legislador otorga la misma protección a derechos que no tienen la misma naturaleza y por ello idéntico nivel de tutela, como son los proclamados en el artículo 18.3 , injerencia en el contenido de las conversaciones telefónicas, y la cesión de datos electrónicos de tráfico o asociados”.

Es más, después de la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal el artículo 588 ter j) siguiendo esta línea establece que “los datos electrónicos conservados por los prestadores de servicios o personas que faciliten la comunicación en cumplimiento de la legislación sobre retención de datos relativos a las comunicaciones electrónicas o por propia iniciativa por motivos comerciales o de otra índole y que se encuentren vinculados a procesos de comunicación, solo podrán ser cedidos para su incorporación al proceso con autorización judicial”.

Es cierto que con posterioridad a la sentencia señalada del Tribunal Europeo de 08/04/2014 se ha dictado por la Gran Sala la de 21/12/2016, en la que se declara: “1) El artículo 15, apartado 1, de la Directiva 2002/58/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de julio de 2002 , relativa al tratamiento de los datos personales y a la protección de la intimidad en el sector de las comunicaciones electrónicas (Directiva sobre la privacidad y las comunicaciones electrónicas), en su versión modificada por la Directiva 2009/136/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de noviembre de 2009, en relación con los artículos 7 , 8 , 11, 52, apartado 1, de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional que establece, con la finalidad de luchar contra la delincuencia, la conservación generalizada e indiferenciada de todos los datos de tráfico y de localización de todos los abonados y usuarios registrados en relación con todos los medios de comunicación electrónica. - 2) El artículo 15, apartado 1, de la Directiva 2002/58 , en su versión modificada por la Directiva 2009/136, en relación con los artículos 7, 8 , 11 y 52, apartado 1, de la Carta de los Derechos Fundamentales, debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional que regula la protección y la seguridad de los datos de tráfico y de localización, en particular el acceso de las autoridades nacionales competentes a los datos conservados, sin limitar dicho acceso, en el marco de la lucha contra la delincuencia, a los casos de delincuencia grave, sin supeditar dicho acceso a un control previo por un órgano jurisdiccional o una autoridad administrativa independiente, y sin exigir que los datos de que se trata se conserven en el territorio de la Unión”.

Ahora bien, como razona la Audiencia, las exigencias señaladas por el TJUE en nuestra normativa interna, tanto la protección del derecho a la intimidad como el principio de proporcionalidad, están sujetas a la autorización de una autoridad independiente de la administrativa cual es la judicial, y se contraen a la investigación y enjuiciamiento de delitos graves contemplados en el Código Penal y en las leyes penales especiales, de forma que en cada caso será el Juez de Instrucción correspondiente el que decida la cesión de los datos de tráfico en las comunicaciones electrónicas, lo que desde luego implica que la decisión debe ser ajustada al principio de proporcionalidad establecido expresamente en nuestra ley procesal (artículo 588 bis a).5 LECrim.), lo que en principio no parece incompatible con la exigencia de una normativa nacional que no admita la conservación generalizada e indiferenciada de todos los datos de tráfico y de localización de todos los abonados y usuarios registrados en relación con todos los medios de comunicación electrónica».

2. En nuestro caso la sentencia recurrida explica que la solicitud de información, según relató el oficio policial, estuvo basada en la localización, una vez calcinado del vehículo en el que habían huido los autores de los hechos, y espacialmente acotada

a las distintas rutas por las que hubieron de emprender su marcha. Existió sin duda un hecho grave, un robo con intimidación y uso de armas, más dos homicidios intentados y lesiones, a consecuencia de la utilización de éstas por los atracadores. El que el vehículo utilizado hubiera sido quemado dificultaba en grado sumo la obtención de datos identificativos a partir del mismo. De ahí que no pueda entenderse que la investigación fuera prospectiva, pues derivó de la existencia de varios delitos graves; y además era necesaria, pues operó ante la imposibilidad de obtener informaciones relevantes para la investigación por otros medios menos gravosas para la intimidad de los implicados.

Hubo autorización judicial, en cuanto a las primeras medidas que se adoptaron fueron acordadas por el auto de 7 de octubre de 2013, y las segundas a través de una providencia. Ciertamente la regulación procesal incorporada por la LO 13/2015 ha introducido mayores exigencias de motivación en la adopción de medidas de esta índole. Sin embargo, esta no estaba vigente cuando se acordaron las que ahora nos afectan, que, no obstante, estuvieron sometidas a la autorización y al control judicial. Consta en inicio una decisión judicial autorizante de la obtención de dichos datos con forma de auto, sustentado en el oficio policial. Hubiera sido deseable una mayor motivación. No olvidemos, en cualquier caso, que tanto la jurisprudencia constitucional como la de esta Sala han admitido la motivación por remisión a la solicitud policial de la medida, si ésta contiene los elementos que permitan llevar a cabo la ponderación de la restricción de los derechos fundamentales que aquella conlleva. Y en este caso, tal y como hemos expuesto la solicitud aportó los elementos idóneos para sustentar el juicio de proporcionalidad que justificó la autorización, sobre todo tomando en consideración el marco normativo vigente en el momento.

No se permitió el acceso al contenido de las comunicaciones, sino a los datos relativos a los teléfonos móviles que se conectaran en un determinado momento a una concreta antena de telefonía, con la finalidad de cruzarlos con los de otras antenas, instaladas todas ellas en zona que, bien por el trayecto desde el lugar del hecho hasta el de localización del vehículo utilizado, o por las eventuales rutas de huida, habrían sido previsiblemente utilizadas por los autores de los hechos. En estas condiciones la justificación de la medida como necesaria y proporcional resulta patente, lo que permite considerar ajustada a derecho la resolución judicial objeto de impugnación, cuya motivación se efectúa por remisión al oficio por el que se solicitaba la información referida.

La segunda resolución revistió forma de providencia y no de auto, lo que, aun suponiendo un déficit, carece del efecto anulatorio que quiere atribuírsele. Así lo ha considerado esta Sala (entre otras STS 786/2015 de 4 de diciembre o 523/2017 de 7 de julio) y el Tribunal constitucional (STC 123/2002 de 20 de mayo), aunque de manera excepcional, cuando se trata de injerencias de menor intensidad (no olvidemos que en este caso la medida no afectó al núcleo duro del derecho), e integrada con la solicitud a la que se remite, si ésta contiene los elementos necesarios para poder llevar a cabo con posterioridad la ponderación de la limitación del derecho fundamental. Pues, en definitiva, la exigencia de resolución judicial a efectos de limitar un derecho fundamental tiene carácter material, y lo relevante en última instancia es que medie autorización judicial que permita calibrar la proporcionalidad y el control judicial de la medida.

En el caso que nos ocupa, y de acuerdo con lo que acabamos de exponer, la providencia por remisión al contenido a los oficios a los que dio respuesta y en atención al alcance de la medida, puede considerarse suficientemente motivada, y dadas las circunstancias, cumplió con la exigencia de resolución judicial previa.

- Volcado de datos de ordenador sin expresa autorización judicial. Datos prescindibles.

Se alega que el acceso al contenido de los dispositivos de almacenamiento masivo exige autorización judicial que en este caso no existió, porque el auto de entrada y registro no citó expresamente la posibilidad de incautar ordenadores, con cita de la STS 204/2016, de 10 de marzo, entre otras. Añade que la copia que se hizo del disco duro del ordenador HP Pavillon lo fue de todo lo que éste contenía: fotografías, geolocalizaciones, correos electrónicos, cartas, mensajes escritos etc. Y se reprocha que el acceso a esa copia no se hiciera de forma urgente por parte de los agentes de policía judicial, pues la apertura tuvo lugar casi dos años y dos meses después de la incautación del ordenador en cuestión.

1. Tal y como explica la resolución recurrida, el ordenador aludido fue intervenido en el curso de una entrada y registro practicada en el domicilio del acusado SSS, judicialmente autorizada y en cuya práctica intervino el letrado de la administración de justicia. La legitimidad de la entrada y registro no ha sido cuestionada, ni siquiera la incautación del ordenador, en relación a la información que el mismo es susceptible de almacenar, puesta en relación con la gravedad de los hechos.

Siguiendo la STS 204/2016 de 10 de marzo que el recurso cita, respecto al registro de dispositivos de almacenamiento masivo de información, entre los que se encuentran los ordenadores, el nuevo capítulo VIII del Título octavo de la LECRIM, establece una regulación específica presidida por el principio de la necesidad de autorización judicial, que será precisa tanto en los supuestos en los que los dispositivos se ocupen durante un registro domiciliario (cual es nuestro caso), como en los incautados fuera del domicilio del investigado. Así lo establecen los nuevos artículos 588 sexies a y b, de la LECRIM, tras la reforma operada por la LO 13/2015, que exigen una motivación individualizada.

Así señala el artículo 588 sexies a. «Necesidad de motivación individualizada. 1. Cuando con ocasión de la práctica de un registro domiciliario sea previsible la aprehensión de ordenadores, instrumentos de comunicación telefónica o telemática o

dispositivos de almacenamiento masivo de información digital o el acceso a repositorios telemáticos de datos, la resolución del juez de instrucción habrá de extender su razonamiento a la justificación, en su caso, de las razones que legitiman el acceso de los agentes facultados a la información contenida en tales dispositivos....

3. La simple incautación de cualquiera de los dispositivos a los que se refiere el apartado anterior, practicada durante el transcurso de la diligencia de registro domiciliario, no legitima el acceso a su contenido, sin perjuicio de que dicho acceso pueda ser autorizado ulteriormente por el juez competente».

Continuaba señalando la citada STS 204/2016, «la razón de ser de la necesidad de esta autorización con carácter generalizado es la consideración de estos instrumentos como lugar de almacenamiento de una serie compleja de datos que afectan de modo muy variado a la intimidad del investigado (comunicaciones a través de sistemas de mensajería, por ejemplo, tuteladas por el art 18 3º CE, contactos o fotografías, por ejemplo, tuteladas por el art 18 1º CE que garantiza el derecho a la intimidad, datos personales y de geolocalización, que pueden estar tutelados por el derecho a la protección de datos, art 18 4º CE). La consideración de cada uno de estos datos de forma separada y con un régimen de protección diferenciado es insuficiente para garantizar una protección eficaz, pues resulta muy difícil asegurar que una vez permitido, por ejemplo, el acceso directo de los agentes policiales a estos instrumentos para investigar datos únicamente protegidos por el derecho a la intimidad (por ejemplo, los contactos incluidos en la agenda), no se pueda acceder o consultar también otros datos tutelados por el derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones albergados en el mismo dispositivo. Es por ello por lo que el Legislador otorga un tratamiento unitario a los datos contenidos en los ordenadores y teléfonos móviles, reveladores del perfil personal del investigado, configurando un derecho constitucional de nueva generación que es el derecho a la protección del propio entorno virtual».

La nueva Ley también autoriza excepcionalmente el acceso directo de los agentes policiales en casos de urgencia, conforme al art 588 sexies, párrafo cuarto: «4. En los casos de urgencia en que se aprecie un interés constitucional legítimo que haga imprescindible la medida prevista en los apartados anteriores de este artículo, la Policía Judicial podrá llevar a cabo el examen directo de los datos contenidos en el dispositivo incautado, comunicándolo inmediatamente, y en todo caso dentro del plazo máximo de veinticuatro horas, por escrito motivado al juez competente, haciendo constar las razones que justificaron la adopción de la medida, la actuación realizada, la forma en que se ha efectuado y su resultado. El juez competente, también de forma motivada, revocará o confirmará tal actuación en un plazo máximo de 72 horas desde que fue ordenada la medida». Esta norma no se encontraba vigente en la fecha de los hechos, y, en consecuencia, no era de aplicación en el aspecto procedimental (la regulación de la comunicación inmediata, o en todo caso dentro del plazo máximo de veinticuatro horas, por escrito motivado al juez competente, haciendo constar las razones que justificaron la adopción de la medida, la actuación realizada, la forma en que se ha efectuado y su resultado).

Sin embargo, si debe tomarse en consideración el aspecto sustancial que se proyecta en la exigencia de que el examen directo de los datos contenidos en el dispositivo incautado por la Policía Judicial, solo puede realizarse en los casos de urgencia en que se aprecie un interés constitucional legítimo que haga imprescindible la medida. Pues ensambla con los principios generales que el Tribunal Constitucional y esta misma Sala ya habían definido previamente como determinantes de la validez de los actos de injerencia en la privacidad de los investigados en un proceso penal.

En este sentido la STS 342/2013, de 17 de abril, a la que también se remite la STS 204/2016, afirmó «A) El acceso de los poderes públicos al contenido del ordenador de un imputado, no queda legitimado a través de un acto unilateral de las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado. El ordenador y, con carácter general, los dispositivos de almacenamiento masivo, son algo más que una pieza de convicción que, una vez aprehendida, queda expuesta en su integridad al control de los investigadores. El contenido de esta clase de dispositivos no puede degradarse a la simple condición de instrumento recipiendario de una serie de datos con mayor o menor relación con el derecho a la intimidad de su usuario. En el ordenador coexisten, es cierto, datos técnicos y datos personales susceptibles de protección constitucional en el ámbito del derecho a la intimidad y la protección de datos (art. 18.4 de la CE). Pero su contenido también puede albergar -de hecho, normalmente albergará- información esencialmente ligada al derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones. El correo electrónico y los programas de gestión de mensajería instantánea no son sino instrumentos tecnológicos para hacer realidad, en formato telemático, el derecho a la libre comunicación entre dos o más personas. Es opinión generalizada que los mensajes de correo electrónico, una vez descargados desde el servidor, leídos por su destinatario y almacenados en alguna de las bandejas del programa de gestión, dejan de integrarse en el ámbito que sería propio de la inviolabilidad de las comunicaciones. La comunicación ha visto ya culminado su ciclo y la información contenida en el mensaje es, a partir de entonces, susceptible de protección por su relación con el ámbito reservado al derecho a la intimidad, cuya tutela constitucional es evidente, aunque de una intensidad distinta a la reservada para el derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones.

En consecuencia, el acceso a los contenidos de cualquier ordenador por los agentes de policía, ha de contar con el presupuesto habilitante de una autorización judicial. Esta resolución ha de dispensar una protección al imputado frente al acto de injerencia de los poderes públicos. Son muchos los espacios de exclusión que han de ser garantizados. No todos ellos gozan del mismo nivel de salvaguarda desde la perspectiva constitucional. De ahí la importancia de que la garantía de

aquellos derechos se haga efectiva siempre y en todo caso, con carácter anticipado, actuando como verdadero presupuesto habilitante de naturaleza formal.

La ponderación judicial de las razones que justifican, en el marco de una investigación penal, el sacrificio de los derechos de los que es titular el usuario del ordenador, ha de hacerse sin perder de vista la multifuncionalidad de los datos que se almacenan en aquel dispositivo. Incluso su tratamiento jurídico puede llegar a ser más adecuado si los mensajes, las imágenes, los documentos y, en general, todos los datos reveladores del perfil personal, reservado o íntimo de cualquier encausado, se contemplan de forma unitaria. Y es que, más allá del tratamiento constitucional fragmentado de todos y cada uno de los derechos que convergen en el momento del sacrificio, existe un derecho al propio entorno virtual. En él se integraría, sin perder su genuina sustantividad como manifestación de derechos constitucionales de nomen iuris propio, toda la información en formato electrónico que, a través del uso de las nuevas tecnologías, ya sea de forma consciente o inconsciente, con voluntariedad o sin ella, va generando el usuario, hasta el punto de dejar un rastro susceptible de seguimiento por los poderes públicos. Surge entonces la necesidad de dispensar una protección jurisdiccional frente a la necesidad del Estado de invadir, en las tareas de investigación y castigo de los delitos, ese entorno digital.

Sea como fuere, lo cierto es que tanto desde la perspectiva del derecho de exclusión del propio entorno virtual, como de las garantías constitucionales exigidas para el sacrificio de los derechos a la inviolabilidad de las comunicaciones y a la intimidad, la intervención de un ordenador para acceder a su contenido exige un acto jurisdiccional habilitante. Y esa autorización no está incluida en la resolución judicial previa para acceder al domicilio en el que aquellos dispositivos se encuentran instalados. De ahí que, ya sea en la misma resolución, ya en otra formalmente diferenciada, el órgano jurisdiccional ha de exteriorizar en su razonamiento que ha tomado en consideración la necesidad de sacrificar, además del domicilio como sede física en el que se ejercen los derechos individuales más elementales, aquellos otros derechos que convergen en el momento de la utilización de las nuevas tecnologías».

2. En nuestro caso los investigadores contaron con la habilitación legal para la incautación del ordenador en el registro judicialmente autorizado. El posterior volcado de datos no puede enlazarse con razones de urgencia, pues como resalta el recurso, llegaron a transcurrir más de dos años desde que fuera ocupado. Ahora bien, tampoco fue una actuación que re realizara al margen de cualquier control judicial, pues como resaltó la Sala sentenciadora, el auto de fecha 8 de Abril de 2016 válido a posteriori la actuación al hacer constar en el fundamento de derecho primero la proporcionalidad y necesidad de la medida a raíz de la recepción de la diligencia ampliatoria de análisis de los datos, y que dio pie a la práctica de prueba testifical EEE y MMM, a través de las que se consiguió vincular al acusado CCC con la adquisición de las máscaras cuyo origen se obtuvo desde los datos que el volcado facilitó.

El volcado del ordenador HP Pavillon permitió obtener del archivo llamado direcciones de internet txt, así como los dos archivos de imagen realistic mask crook jpg y Rookie Realistic face Mask jpg; y el enlace para la URL <http://www.mask-shop>. A partir de éstos los investigadores pudieron conocer por su propia iniciativa que esa URL pertenecía a una empresa ubicada en Alemania que vendía on line. Con esos datos, se solicitó la colaboración de las autoridades alemanas, lo que permitió llegar hasta distintos testigos. Por ello se solicita la nulidad del correo de la Unidad Técnica de Policía Judicial por el que se reenvía la contestación de las Autoridades alemanas con fecha 9 de febrero de 2016, la de la contestación remitida y de las testificales practicadas tanto en sede de instrucción, incorporadas a los folios 3077 y ss. y 3133 y ss., así como las efectuadas en juicio por EEE y MMM. Testificales a través de las que se obtuvo el conocimiento de que habían suministrado máscaras. En palabras de la STC 173/2011, 7 de noviembre «si no hay duda de que los datos personales relativos a una persona individualmente considerados, a que se ha hecho referencia anteriormente, están dentro del ámbito de la intimidad constitucionalmente protegido, menos aún pueda haberla de que el cúmulo de la información que se almacena por su titular en un ordenador personal, entre otros datos sobre su vida privada y profesional (en forma de documentos, carpetas, fotografías, vídeos, etc.) -por lo que sus funciones podrían equipararse a los de una agenda electrónica-, no sólo forma parte de este mismo ámbito, sino que además a través de su observación por los demás pueden descubrirse aspectos de la esfera más íntima del ser humano. Es evidente que cuando su titular navega por Internet, participa en foros de conversación o redes sociales, descarga archivos o documentos, realiza operaciones de comercio electrónico, forma parte de grupos de noticias, entre otras posibilidades, está revelando datos acerca de su personalidad, que pueden afectar al núcleo más profundo de su intimidad por referirse a ideologías, creencias religiosas, aficiones personales, información sobre la salud, orientaciones sexuales, etc. Quizás, estos datos que se reflejan en un ordenador personal puedan tacharse de irrelevantes o livianos si se consideran aisladamente, pero si se analizan en su conjunto, una vez convenientemente entremezclados, no cabe duda que configuran todos ellos un perfil altamente descriptivo de la personalidad de su titular, que es preciso proteger frente a la intromisión de terceros o de los poderes públicos, por cuanto atañen, en definitiva, a la misma peculiaridad o individualidad de la persona. A esto debe añadirse que el ordenador es un instrumento útil para la emisión o recepción de correos electrónicos, pudiendo quedar afectado en tal caso, no sólo el derecho al secreto de las comunicaciones del art. 18.3 CE (por cuanto es indudable que la utilización de este procedimiento supone un acto de comunicación), sino también el derecho a la intimidad personal (art. 18.1 CE), en la medida en que estos correos o email, escritos o ya leídos por su

destinatario, quedan almacenados en la memoria del terminal informático utilizado. Por ello deviene necesario establecer una serie de garantías frente a los riesgos que existen para los derechos y libertades públicas, en particular la intimidad personal, a causa del uso indebido de la informática, así como de las nuevas tecnologías de la información».

En este caso la injerencia fue leve, pues solo permitió detectar un URL, para a partir de ella efectuar la correspondiente investigación policial que fue la que llevó la prueba testifical que aportó como dato la compra de unas máscaras de látex como las que se habían utilizado en los hechos por una persona distinta de los recurrentes. Pero aun cuando no hubiera sido así, en ningún caso proporcionó un dato relevante en relación a ellos, capaz de comprometer al resto de la prueba. Pues aun prescindiendo del testimonio de EEE, al que se llegó a partir de la información suministrada por las autoridades alemanas, sobre la adquisición de las caretas, en el domicilio del propio CCC se habían encontrado una máscara. Fue un hallazgo independiente y anterior a la información que el volcado del ordenador facilitó. Además, ya desde la primera investigación desarrollada por la Guardia Civil se obtuvo información sobre los antecedentes de los dos recurrentes, así como del uso por éstos de caretas poco frecuentes. Por lo que, aunque ciertamente hubo un déficit de control judicial, los datos obtenidos a consecuencia de la actuación concernida carecen de incidencia real en relación a la prueba tomada en consideración en relación a quienes ahora han recurrido.

- Tenencia ilícita de armas delito permanente o de tracto sucesivo. Cesura de la tenencia.

Considera la parte recurrente que, siendo el delito de tenencia ilícita de armas un delito permanente, la condena por dos delitos de tenencia ilícita de armas vulnera el principio non bis in ídem, dado que el Sr. CCC era poseedor, antes del 5 de octubre de 2013, tanto del arma empleada en dicha fecha como de la otra pistola, la empleada en los hechos del 19 de diciembre. El cauce procesal que vehiculiza la reclamación nos obliga a partir del relato de hechos probados.

En este se afirma, respecto a los hechos ocurridos el 5 de octubre, que «al servicio de su común actuar, dispusieron las precisas armas de fuego de las que ya eran poseedores, cargándolas con la munición necesaria, y asumiendo que su uso por cualquiera de ellos sería preciso tanto para intimidar a los empleados y clientes como para protegerse». No especifica claramente que arma en concreto era la utilizada por el acusado, aunque si describe a continuación se deshicieron de las armas utilizadas arrojándolas a una laguna.

Posteriormente aclara «Las armas de fuego empleadas en el asalto al supermercado, fueron recuperadas parcialmente dos de ellas (en concreto su carcasa y corredera) en la laguna en la que los procesados trataron de ocultarlas. En concreto, tales armas resultaron ser una pistola semiautomática marca IMI modelo DESERT EAGLE FISTOL del calibre 9 mm parabellum con el número de identificación eliminado, así como una pistola semiautomática marca GLOCK modelo 17 del calibre 9 mm parabellum con el número de identificación eliminado. La tercera pistola no pudo ser recuperada en ese momento, siendo un revólver marca ASTRA».

Del ulterior desarrollo del relato fáctico, en conexión con lo establecido en la fundamentación jurídica, se deduce claramente que el acusado CCC llevaba una de estas dos armas, con la que disparó al agente TIP ZZZZ.

Posteriormente el 19 de diciembre, cuando fue detenido en el momento que se disponía a perpetrar otro robo, se le intervino un arma distinta, una Star calibre 9 mm con número de identificación borrado.

Según se deduce de la fundamentación jurídica de la sentencia recurrida, a partir de los términos en que perfila cada una de las condenas que efectúa en relación al delito de tenencia ilícita de armas a los diferentes acusados en conexión con el relato fáctico, ha considerado la Sala sentenciadora que cada uno de los acusados tuvo en exclusiva la disponibilidad del arma que portaba, y no del conjunto de las utilizadas en cada uno de los sucesos. Hipótesis ésta de la que parte el recurso.

Recordaban las SSTS 311/2014 de 16 de abril, 467/2017 de 20 de julio o la 355/2018 de 16 de julio, que la doctrina científica y jurisprudencial considera el delito de tenencia ilícita de armas como un delito permanente, en cuanto la situación antijurídica se inicia desde que el sujeto tiene el arma en su poder y se mantiene hasta que se desprende de ella; como un delito formal, en cuanto no requiere para su consumación resultado material alguno, ni producción de daño, siquiera algún sector doctrinal prefiere hablar al respecto de un delito de peligro comunitario y abstracto, en cuanto el mismo crea un riesgo para un número indeterminado de personas, que exige como elemento objetivo una acción de tenencia (y por ello es calificado también como tipo de tenencia) que consiste en el acto positivo de tener o portar el arma. Como elemento subjetivo atinente a la culpabilidad se exige el animus posidendi, esto es, el dolo o conocimiento de que se tiene el arma, pese a la prohibición de la norma.

También algunas sentencias lo consideran un delito de tracto continuado o sucesivo, entendiendo como tales aquellos que, dada su descripción típica, vienen constituidos por varios comportamientos que, aun cuando sean diferenciables unos de otros tanto por sus circunstancias como específicamente por el aspecto temporal, no integran diversas infracciones delictivas, sino que forman conjuntamente una sola. La posesión de más de un arma de fuego no implica distintos delitos. Naturalmente hasta que, en atención a las circunstancias concurrentes, pueda decirse que la conducta inicial ha finalizado completamente, de manera que hechos nuevos darían lugar a nuevos delitos.

En relación al delito de tenencia ilícita de armas u otros de estructura similar como los delitos contra la salud pública o los de tenencia de explosivos, para las ocasiones en la que no pueda establecerse un límite temporal a partir del cual considerar

cerrada o finalizada la actividad delictiva, la jurisprudencia de esta Sala se ha decantado por fijar el momento de ruptura desde el punto de vista jurídico, de manera que toda la actividad posterior al mismo es susceptible de nuevo enjuiciamiento y puede ser considerada como constitutiva de un nuevo delito, independiente y distinto del anterior. Y ese punto de cesura se produce no solo con el dictado de una sentencia sobre los hechos anteriores, sino también cuando el sujeto activo es objeto de detención o de una imputación o citación para defenderse en la investigación seguida por unos hechos (entre otras STS 826/2015 de 22 de diciembre o la 778/2016 de 19 de octubre y las que ellas citan).

Ahora bien, ese criterio, que en definitiva apoyaría la tesis esgrimida por el recurso, opera siempre que el autor no cese materialmente en su actividad desprendiéndose del arma u armas que posee. En este caso está claro que el recurrente Sr. CCC el mismo 5 de octubre se deshizo del arma que empleó, lo que puso fin al delito de tenencia ilícita referido a la misma, sin que conste que en ese momento tuviera otra u otras armas a su disposición. El 19 de diciembre portó otra arma distinta, ahora bien, para que pudiéramos considerar su posesión englobada en la anterior tenencia, necesitaríamos una base fáctica que permitiera deducir que la tuvo en su órbita de disposición ya desde el mes de octubre, lo que no puede sostenerse a partir del relato de hechos que nos vincula. Tampoco el afectado lo ha facilitado al esgrimir su versión de los hechos, según se desprende de la valoración que respecto a la misma realizó el Tribunal sentenciador.

- Incendio de vehículo presuntamente sustraído. Agotamiento no aplicación del artículo 266.1 CP.

Sostiene el Fiscal que la calificación que incorporó en su escrito de conclusiones definitivas respecto a la quema del vehículo utilizado por los acusados para desplazarse el día 5 de octubre fue la de daños por incendio del artículo 266.1 CP. Calificación respecto a la que resulta irrelevante que la finalidad perseguida al deshacerse del coche con el fuego fuera la de eliminar pruebas. Que sí el incendio no genera un riesgo específico para la vida de las personas que exige el artículo 351 CP, el delito se devalúa y se transforma en el que pudiéramos llamar incendio puro o daños por incendio del art. 266.1. que es la calificación que en este caso entiende procedente.

1. El delito del artículo 351 CP contiene tres previsiones típicas: la primera correspondiente al tipo básico, que es la causación de un incendio que comporte un peligro para la vida o integridad física de las personas. La segunda, un subtipo atenuado que permite imponer la pena inferior en grado atendidas la menor entidad del peligro causado y las demás circunstancias del hecho. Por último, una cláusula de remisión interpretativa, también llamada cláusula de individualización, para el caso de que no concurra tal peligro para la vida o integridad física de las personas, supuesto en el que los hechos se castigarán como daños previstos en el artículo 266 de este Código. Y esta es la modalidad cuya aplicación reivindica el recurrente, encuadrada en los delitos contra el patrimonio.

- En el presente caso, el vehículo Seat Córdoba matrícula XXX que los acusados CCC, SSS y GGG emplearon para desplazarse el día 5 de octubre y que finalmente quemaron, había sido sustraído. Aun cuando no consideró acreditada la Sala sentenciadora su participación en la sustracción anterior, a partir de la probada utilización a sabiendas de la misma, los condenó como autores de un delito de hurto de uso del artículo 244 1 y 3 del CP. Es decir, el despojo y correspondiente merma patrimonial que el propietario del automóvil sufrió por la intervención de los acusados ya había quedado consumada cuando la quema se produjo. Precisamente esta última imposibilitó definitivamente su devolución al propietario, colmando de manera indiscutible los presupuestos de aplicación del inciso 3, y la reconducción de la pena a la del hurto. No cabe pues sobre este último inciso sobreponer una nueva tipicidad que protege, como la del artículo 266.1 CP, precisamente frente al efectivo menoscabo patrimonial por la pérdida del automóvil a través de su ignición. De ahí que tal y como lo consideró la Sala sentenciadora, el incendio del mismo una vez sustraído y agotado su uso, deba entenderse subsumido en la sustracción, sin que ningún perjuicio derive de ello para el propietario, en cuanto que la condena ha abarcado, además de la pena correspondiente, la obligación de indemnizar al propietario por el valor venal del vehículo.

- Atentado y Unidad de acción.

Sostiene que ha sido condenado por dos delitos de atentado, cuando, aunque el acometimiento a los agentes fue dual, debe entenderse englobado en un supuesto de unidad de acción. Sin embargo, según su criterio, no es esa la opción por la que se ha decantado el Tribunal sentenciador al imponer a los condenados la pena por cada uno de los delitos de homicidio intentado en el máximo de su mitad superior, lo que considera provoca un bis in idem.

La queja de los recurrentes no puede prosperar. Explica la sentencia recurrida en el apartado 5 de su fundamento quinto lo siguiente: «Interesa el Ministerio Fiscal y las acusaciones la calificación del delito de atentado en concurso ideal con cada uno de los delitos de asesinato en grado de tentativa (homicidio según la calificación efectuada por la Sala anteriormente), del artículo 77 CP.

Tal y como nos recuerda la SAP 21 de Mayo de 2015, entre otras, con cita en la jurisprudencia emanada de nuestro Alto Tribunal; «La STS 764/2014 de 19 de diciembre de 2014 de Penal sección 1 del 19 de noviembre de 2014 recuerda que la doctrina del TS (Sentencias 392/2001, de 16 de marzo, 468/2000, de 11 abril y 308/2011, de 19 de abril, entre otras), considera que no puede ser acogida la pretensión de que los delitos o faltas contra las personas que se puedan perpetrar con ocasión de un atentado a agentes de la autoridad sean consumidos por éste (o viceversa), pues la coincidencia de unas

y otras infracciones no dan lugar a un concurso de normas sino a un concurso ideal de delitos, que debe ser resuelto por las reglas contenidas en el art. 77 CP .

Es cierto que la acción de agredir gravemente a un agente de la autoridad afecta simultáneamente a dos bienes jurídicos diferentes: el atentado que supone un ataque al principio de autoridad del que están investidas por la sociedad las fuerzas de seguridad con el fin de que puedan desarrollar las relevantes funciones que les corresponden para mantener la paz y la seguridad públicas, sin interferencias violentas, y que implica un menoscabo del respeto que merecen los agentes en el ejercicio de dichas funciones, y al mismo tiempo la lesión inferida, o en este caso la muerte intentada, que suponen un ataque o puesta en peligro de la integridad física de las personas, bien jurídico distinto del anterior, y que merece un tratamiento punitivo autónomo.

Los perjudicados, tanto el Agente ZZZZ, como su compañera FFFF, son Agentes de la Guardia Civil, se encontraban de servicio, debidamente uniformados y en el ejercicio de sus funciones cuando fueron acometidos, si bien ha de ponerse de relieve, que existió unidad de acción, y pese a ser dos los Agentes acometidos, no puede considerarse como dos acometimientos independientes y en consecuencia ser penados dos veces tal y como interesa el Ministerio Público y las acusaciones, pues nos encontramos con un único delito de atentado». El texto transcrito pone de relieve que la sala apreció un solo delito de atentado, en concurso ideal a resolver con arreglo a las reglas del artículo 77 CP.

La opción penológica por la que se decantó el Tribunal sentenciador no desvanece esta conclusión, toda vez que no podemos olvidar que tanto en el delito de atentado como en ambos homicidios apreció la concurrencia de la agravante de disfraz.

De ello se deriva que, una vez que el Tribunal sentenciador ha optado por la rebaja en un grado de la pena prevista para los delitos de homicidio intentado, en atención al peligro inherente al intento y el grado de ejecución alcanzado, en los términos que determina el artículo 66 CP, la determinación penológica debe efectuarse desde la pena que abarca 7 años y 6 meses hasta 10 años. Teniendo en cuenta que se apreció la agravante de disfraz tanto para el delito de homicidio intentado como para el de atentado, el abanico de penas para el concurso apreciado se mueve a su vez en la mitad superior, es decir, de ocho años y 9 meses a 10 años. Sin embargo, en atención a las circunstancias que rodearon los hechos, la concreción penológica en el máximo previsto no puede tacharse ni de ilegal ni de desproporcionada por exceso para ninguno de los homicidios, ni aun prescindiendo del concurso ideal apreciado.

Se trata de pena más beneficiosa para el reo que la que pudiera imponerse si se castigaran el atentado con armas y la tentativa de homicidio por separado.

- Compatibilidad entre el delito de tenencia ilícita de armas y la agravante de disfraz

Respecto a la agravante de disfraz la jurisprudencia de esta Sala (SSTS 365/2012 de 15 mayo, 353/2014 de 8 mayo, 863/2015 de 30 de diciembre, 315/2016 de 14 de abril o 234/2017 de 4 de abril) recuerda que son tres los requisitos para la estimación de esta agravante:

- 1) objetivo, consistente en la utilización de un medio apto para cubrir o desfigurar el rostro o la apariencia habitual de una persona, aunque no sea de plena eficacia desfiguradora, sea parcialmente imperfecta o demasiado rudimentario, por lo que para apreciarlo será preciso que sea descrito en los hechos probados de la sentencia;
- 2) subjetivo o propósito de buscar una mayor facilidad en la ejecución del delito o de evitar su propia identificación para alcanzar la impunidad por su comisión y así eludir sus responsabilidades; y
- 3) cronológico, porque ha de usarse al tiempo de la comisión del hecho delictivo, y carece de aptitud a efectos agravatorios cuando se utilizara antes o después de tal momento.

Como ya hemos señalado el delito de tenencia ilícita de armas se caracteriza por ser un delito de consumación permanente o de tracto continuado, que se inicia con la adquisición del arma o desde que goza de la disponibilidad sobre la misma y que se extiende mientras esa situación permanece, por lo que resulta difícilmente compatible con la agravante que se reclama.

DATOS SENTENCIA

Sentencia núm. 732/2018

Fecha de sentencia: 01/02/2019

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION (P)

Número del procedimiento: 10253/2018 P

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

TEMA

Agresión sexual: Agravante de prevalimiento. Atenuante analógica de confesión tardía: Inaplicación por falta de practicidad en el fallo recurrido, al haberse aplicando la pena en su extensión mínima.

ASPECTOS EXAMINADOS

- **Agresión sexual: Agravante de prevalimiento:** Tanto la literalidad del precepto como la doctrina de esta Sala admiten la compatibilidad entre el tipo de agresión sexual y la agravación de prevalimiento por abuso de superioridad o parentesco. En efecto, el subtipo agravado de prevalimiento en el delito de agresión sexual fue introducido por Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, que dio una nueva y completa redacción al Código Penal, derogando el texto preconstitucional, que databa del año 1973. Este subtipo agravado fue modificado por la Ley Orgánica 11/1999, de 30 de abril, cuya finalidad fue, según su Exposición de Motivos, revisar los tipos penales entonces vigentes para “[...]garantizar una auténtica protección de la integridad y libertad sexual de los menores e incapaces [...]”. La citada ley fue promulgada en ejecución de una Acción Común aprobada el 29 de noviembre de 1996 por el Consejo de la Unión Europea, sobre la base del artículo K.3 del Tratado de la Unión Europea, relativa a la lucha contra la trata de seres humanos y la explotación sexual de los niños como consecuencia de la cual los Estados miembros se comprometieron a revisar la legislación nacional vigente relativa, entre otros extremos, a la explotación sexual o abusos sexuales cometidos con niños y a la trata de niños con fines de explotación o abuso sexual, considerando tales conductas como infracciones penales, previendo para las mismas penas eficaces, proporcionadas y disuasorias, y ampliando los fundamentos de la competencia de los Tribunales propios más allá del estricto principio de territorialidad. La Ley Orgánica 11/1999, de 30 de abril, mantuvo la agravante de prevalimiento por parentesco, añadiendo una nueva circunstancia, la relación de superioridad, de forma que el texto actualmente vigente no ha sufrido modificación posterior en lo que atañe a esta previsión normativa.

Se cita la génesis del precepto aplicado en la sentencia para afrontar la exégesis de la norma desde una premisa fundamental: el Legislador ha establecido expresamente la aplicabilidad de la agravante de prevalimiento en el delito de agresión sexual, por lo que no existe la incompatibilidad que se postula en el recurso.

Esta Sala ha tenido ocasión de pronunciarse sobre esta misma cuestión. En la sentencia 561/2015, de 30 de septiembre, con cita de la STS 1225/2004, de 27 de octubre, afirmamos que “[...] ante la formulación de la incompatibilidad de la agresión sexual violenta junto con el subtipo agravado de prevalimiento de la relación de superioridad o parentesco, concluye que no existe tal incompatibilidad y su concurrencia no presenta problemas; pues la tesis del recurrente llevaría a la conclusión de que nunca se podría aplicar esta agravación que está precisamente prevista para la agresión violenta. Por lo demás, hay que recordar que la razón de ser de la misma se justifica por el plus de antijuridicidad y culpabilidad que denota una agresión sexual en el marco de una relación familiar, con mayor intensidad si se trata de uno de los progenitores, por la mayor facilidad que dicho escenario supone y por el quebrantamiento de los especiales deberes de respeto y dignidad que se derivan y ello no guarda conexión con el consentimiento de la víctima, por lo que si la víctima es obligada por la fuerza al mantenimiento de la relación, y, además, la agresión se realiza en el marco de una relación parental con pleno conocimiento de ello, se está en el caso de aplicar el subtipo agravado”.

En este caso, y así lo ha puesto de manifiesto tanto la sentencia de instancia como la sentencia de apelación, las agresiones sexuales se llevaron a cabo mediante el aprovechamiento de la relación paterno filial existente. El autor era padre, por reconocimiento legal, del menor agredido y los hechos se produjeron durante años, de forma continuada en el tiempo, unas veces mediante agresión física y, otras, mediante intimidación, pero aprovechando en todos los casos que el menor estaba bajo la custodia del autor y en el domicilio familiar, debiéndose añadir que en muchas ocasiones se llevaron a cabo las agresiones sexuales aprovechando que el menor estaba en su dormitorio durmiendo. Es igualmente destacable que esa relación parental, compartida con otros dos hermanos, motivó que el menor no denunciara los hechos por temor a que a sus hermanos les pasara lo mismo y para estar con ellos, según se relata en la sentencia de instancia.

No ofrece duda alguna que el autor se aprovechó de las facilidades que le proporcionaba su situación de parentesco y su convivencia en el mismo domicilio. Esta facilidad en la ejecución, unida al grave quebrantamiento de sus deberes legales como progenitor del menor, justifica sobradamente la apreciación de la agravante de prevalimiento. Su conducta contiene un plus de antijuridicidad y culpabilidad que se ha traducido de forma irreprochable en una mayor sanción penal.

- **Atenuante analógica de confesión tardía:** Inaplicación por falta de practicidad en el fallo recurrido, al haberse aplicado la pena en su extensión mínima

La doctrina de esta Sala ha establecido que para apreciar esta atenuante se precisa de una verdadera confesión por parte del culpable, que sea veraz en lo sustancial, que se mantenga durante todo el proceso, que se realice antes del inicio de las investigaciones y que se preste ante autoridad o agente de la misma que esté cualificado para recibirla (SSTS 650/2009, de 18 de junio y 31/2010, de 21 de enero, 723/2017, de 7 de noviembre y, más recientemente, la 69/2018, de 7 de febrero). La atenuante de confesión, superada ya su antigua configuración que la vinculaba al arrepentimiento del culpable, encuentra hoy su fundamento en razones de política criminal, en la medida que ahorra esfuerzos de investigación y facilita la instrucción de la causa.

El Código Penal en su artículo 21. 7ª reconoce la posibilidad de apreciar circunstancias atenuantes por analogía cuando el hecho a tomar en consideración guarde semejanza con la estructura y características con cualquiera de las cinco

circunstancias atenuantes reconocidas en el artículo 21 del Código Penal, si bien también ha precisado esta Sala, de un lado, que la atenuante de análoga significación no puede ser aplicada cuando falten los requisitos básicos de la atenuante-tipo, porque en tal caso se establecería un criterio contrario al mandato legal, y, de otro, que tampoco puede exigirse una similitud y una correspondencia absoluta entre la atenuante analógica y la que sirve de tipo, pues ello equivaldría a hacer inoperante el humanitario y plausible propósito de que hablaba la sentencia 28.1.80, (SSTS. 27.3.83, 11.5.92, 159/95 de 3.2, lo mismo en SSTS. 5.1.99, 7.1.99, 27.1.2003, 2.4.2004)”.

En desarrollo de estos criterios se ha acogido por esta Sala (STS. 10.3.2004), como circunstancia atenuante analógica a la de confesión, la realización de actos de colaboración con la Justicia cuando ya se ha iniciado la investigación de los hechos (SSTS. 20.10.97, 30.11.96, 17.9.99).

Tal y como se señalaba en la STS 1430/2002, de 24 de julio, siendo cierto que no es posible aplicar atenuantes que no cumplan con las exigencias legales, burlando la voluntad del Legislador (SSTS 03/02/1995 o 29/04/1999), cabe “[...] que la atenuación por analogía de la responsabilidad criminal se fundamente en una cooperación del acusado con la autoridad judicial tras la detención de aquél en orden al más completo esclarecimiento de los hechos investigados, reveladora de una voluntad de coadyuvar a los fines del ordenamiento jurídico que contrarresten la anterior voluntad antijurídica mostrada al cometer la infracción (STS de 6 de marzo de 1993)... En estos supuestos de la realización por quien ya está detenido y sometido a un procedimiento judicial de actos colaboración con los fines de la justicia, la integración de dicha conducta en una relación de analogía con la atenuante del art. 21.4, requiere una cooperación eficaz, seria y relevante [...]”.

En ese contexto se ha reconocido como atenuante analógica la confesión tardía, es decir, la confesión prestada una vez iniciadas las investigaciones. Así, la STS 695/2016, de 28 de junio ha afirmado que la atenuante analógica “[...] es aplicable en todos aquellos supuestos en los que no concurra el elemento cronológico exigido en la expresa previsión atenuatoria, pero aparezca una actuación colaboradora del investigado que sea reflejo de la asunción de su responsabilidad y que facilite la depuración del reproche que legalmente merecen los hechos en los que participó; exigiéndose por ello, así como por razones pragmáticas de política criminal, que el comportamiento del encausado en el seno de la investigación -si bien de manera tardía- favorezca de forma eficaz el esclarecimiento de los hechos y de los responsables, denegándose cuando los datos aportados sean conocidos o evidentes para la investigación [...]” (SSTS 332/2002, de 1 de marzo, 25/2003, de 16 de enero, y 767/2008, de 18 de noviembre). Esta Sala ha precisado también que cuando la confesión se produce una vez que la investigación ya ha principiado, será necesario que suponga un acto de colaboración de gran relevancia (STS 1044/2002, de 7 de junio).

En el presente caso no es desdeñable el argumento de que podría haberse apreciado la atenuante analógica de colaboración o confesión, a pesar de que ésta se prestó en el juicio oral y que había prueba de cargo para enervar la presunción de inocencia, ya que la confesión tardía fue plena y completa y facilitó de forma relevante el pronunciamiento de condena, ya que la prueba de cargo única era la declaración de la víctima de los hechos, y no había otros testimonios o pruebas objetivas de otro tipo para corroborar la versión de la víctima, a salvo de las declaraciones de los agentes policiales, útiles exclusivamente para uno de los episodios enjuiciados.

Sin embargo, el motivo carece de trascendencia penológica alguna en el fallo de la sentencia, razón por la que la pretensión impugnatoria debe ser desestimada.

DATOS SENTENCIA

Sentencia núm. 735/2018

Fecha de sentencia: 01/02/2019

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION

Número del procedimiento: 2963/2017

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

TEMA

Prescripción del delito. El plazo se determina atendiendo a la pena en abstracto: el máximo de pena imponible incluida la penalidad facultativa prevista en el art. 74.1 CP. Recurso de casación: Estimación de un recurso de casación por infracción de ley del art. 849.1 LECrim: no puede excluirse en ocasiones el reenvío del asunto a la Audiencia de origen para nueva sentencia en lugar del dictado de segunda sentencia por el Tribunal Supremo.

ASPECTOS EXAMINADOS

- Prescripción del delito. El plazo se determina atendiendo a la pena en abstracto: el máximo de pena imponible incluida la penalidad facultativa prevista en el art. 74.1 CP. Para fijar el plazo de prescripción del delito ha de estarse al máximo penológico posible en abstracto.

Como es sabido esta cuestión fue objeto de controversia. Se adujo en favor de la pena en concreto que de esa forma se impide que la pena llegue a tener un plazo de prescripción inferior al del delito. Pero esa supuesta paradoja no constituye en realidad inconveniente dogmático serio: sucede en otros casos como consecuencia de ciertos mecanismos penales.

La STS 246/1997 realizaba un estudio muy completo de esta cuestión.

El criterio tradicional era la pena en abstracto. Se evolucionó. Sentencias posteriores (1597/1997, 1823/2001, 222/2002) tomaron en consideración la participación del sujeto en el delito y el grado de ejecución. Cuando se trataba de un tipo penal agravado o se había apreciado la continuidad delictiva se exigió la celebración del juicio para estimar esta exacerbación de la pena a efectos de prescripción. Así, en la STS 1823/2001, el Tribunal Supremo estimó el grado de tentativa en que se había cometido el delito de atentado, pero consideró que se debía estimar una rebaja de la pena en un grado a efectos de calcular el plazo de prescripción y no de dos, como pretendía el recurrente.

En cuanto al delito continuado que es el problema al que ahora nos enfrentamos, normalmente se ha tomado en consideración el incremento de pena que supone a efectos de calcular el plazo de prescripción, La STS 2039/2002 dice, en cambio, que «no puede asegurarse con toda certeza que no hubiesen transcurrido los cinco años establecidos en el artículo 113 CP 1973 el día que la denuncia fue presentada, sin que a la prescripción se oponga que el delito continuado de abusos deshonestos se pudiese castigar con una pena que podría llegar hasta el grado medio de prisión mayor porque en ningún caso cabría entender que dicha pena –por lo demás facultativa y no preceptiva– era la señalada por la ley al delito en cuestión, debiendo ser recordada en este punto la constante doctrina de esta Sala según la cual el instituto de la prescripción actúa sobre las penas básicas, sin que las circunstancias susceptibles de agravarlas alteren los presupuestos generales establecidos en cuanto al cómputo de los plazos».

Sin embargo, la STS 222/2002 proclamará paladinamente ya que «a efectos de la determinación de la pena para calcular el plazo de prescripción ha de tenerse en cuenta la exasperación penal derivada de la posible aplicación de los subtipos agravados o de la continuidad delictiva».

El Acuerdo de Pleno no jurisdiccional de fecha 29 de abril de 1997 marcó en esta materia una pauta mixta entre los extremos abstracto y concreto: consideración abstracta de la pena, en orden a que no resulte afectada por circunstancias modificativas genéricas ni por tipos atenuados o agravados que resulten de discrecional aplicación; pero consideración concreta, para tener en cuenta los grados de ejecución y de participación.

La reforma del art. 131 CP, obrada por LO 15/2003, fortalece el criterio del marco abstracto. Se refiere a la pena máxima señalada al delito y a la pena máxima señalada por la ley.

La prescripción ha de atender a la pena máxima señalada en el texto legal para cada infracción. La STS 1267/2004, de 28 de octubre, (FJ 3.º), lo razona así: «En la teoría del delito propia del derecho penal son lógicamente anteriores los temas de la consumación (o de la tentativa o actos preparatorios) y el de la autoría (o complicidad) respecto del relativo a la punibilidad», concluyendo que, puesto que ha de pasarse de lo abstracto a lo concreto, «lo que determina el plazo de prescripción a aplicar es la mayor o menor gravedad del delito», siendo la pena a aplicar en materia de prescripción «la prevista como máxima posible por el legislador».

Así pues, la pena que ha de tenerse en cuenta a los efectos de estimar el plazo prescriptivo aplicable para cada delito en particular será la máxima prevista de forma genérica para la infracción en la parte especial del Código Penal, teniendo en cuenta en su caso las posibilidades agravatorias art. 74 CP. Eso lleva a fijar el plazo de prescripción aquí en cinco años; y no en los tres que contempla la sentencia.

- Estimación de un recurso de casación por infracción de ley del art. 849.1 LECrim: no puede excluirse en ocasiones el reenvío del asunto a la Audiencia de origen para nueva sentencia en lugar del dictado de segunda sentencia por el Tribunal Supremo. La respuesta legal ordinaria y canónica ante la estimación de un motivo por infracción de ley ha de ser según nuestro régimen procesal el dictado de una segunda sentencia que sustituya a la anterior y en la que esta Sala ha de asumir el papel de Tribunal de instancia en la aplicación del derecho, haciendo prevalecer sobre el criterio de la Audiencia el plasmado en la sentencia de casación y extrayendo congruentemente las consecuencias jurídicas pertinentes (y entre ellas, en su caso, la correcta subsunción jurídica, la concurrencia o no de circunstancias o la penalidad concreta a imponer). Se aparta así de otros modelos de casación que culminan con la anulación de la sentencia y reenvío en todo caso al Tribunal de instancia para nueva sentencia adaptada a las pautas fijadas en casación.

No siempre es posible ese final -segunda sentencia- al estimar un motivo del art. 849 LECrim.

Explica a este respecto la STS 373/2018, de 17 de julio:

"Hay supuestos en que la divergencia con el criterio jurídico de la Audiencia no puede desembocar de forma directa y sin escalones intermedios en un pronunciamiento completo total, so pena de hurtar a la primera instancia algunas zonas del

debate, y escamotear a las partes la posibilidad de discutir en vía de recurso esos puntos controvertidos intermedios que pueden aparecer en el tramo discursivo que va desde el tema solventado en casación hasta todos los pormenores del pronunciamiento resolviendo definitivamente la cuestión. En esos casos, excepcionales, habrá que optar por el reenvío previsto para los quebrantamientos de forma y en algunos supuestos del art. 852 LECrim.

Algunas veces es diáfano que es esa la única salida viable si se quiere preservar un adecuado orden procesal. V.gr., una sentencia que absuelve; por prescripción del delito, sin fijar hechos probados con precisión o sin analizar la prueba o eventuales problemas de tipicidad por considerarlo innecesario a la vista de la constatación de los periodos de paralización. Anulada por el Tribunal de casación al estimar que la prescripción se había interrumpido y que, por tanto, estaba indebidamente aplicado el art 113 CP es inviable dictar segunda sentencia de fondo por la misma Sala de casación. No solo se hallaría en la imposibilidad de hacerlo en relación a ciertos extremos (no puede fijar los hechos probados sin haber presenciado la prueba), sino que, además en los puntos que resolviere directamente, sin previo pronunciamiento de la Audiencia, estaría privando a las partes tanto de la posibilidad de impugnar, como de la oportunidad de que la Audiencia resolviere en primera instancia de una forma más favorable a sus intereses.

En otros casos, siendo menos evidente, es también ese el camino más acorde con la legalidad interpretada armónicamente: casación de una absolución por atipicidad, cuando se alegaba también, v.gr., la concurrencia de una eximente completa que era controvertida (o cualquier atenuante debatida; o incluso, cuestiones de responsabilidad civil sobre las que pueden concurrir criterios contrapuestos).

Cuando los hechos probados han quedado fijados en su integridad, sin dejar puntos sin analizar (por razón de que no era necesario a la vista de la decisión absolutoria que se iba a adoptar); y además no hay puntos controvertidos (un grado de ejecución imperfecto compartido por acusaciones y defensa, por ejemplo), no existirá obstáculo alguno para dictar segunda sentencia en este Tribunal, decidiendo también esos otros extremos que quedaron pendientes y en los que asume el papel de órgano de instancia constreñido solo por las pretensiones de la acusación en el juicio oral y lo decidido en la sentencia de casación. Es la situación más frecuente.

Sin embargo cuando en los hechos probados no se ha resuelto sobre algún extremo fáctico, aunque sea secundario, por relevarse intrascendente a la vista de la solución dada por la Sala de instancia; o cuando se trata de un tema controvertido (por ejemplo, la defensa reclamaba una eximente y el Fiscal la rechazaba), no sería ordenado que resolviere esta Sala directamente sin un previo pronunciamiento de la instancia que fue omitido por esa razón: lo que era prescindible, ahora se toma imprescindible.

Recordemos una de las ocasiones en que esta Sala ha concluido la estimación de un motivo de casación por infracción de ley del art. 849.1º LECrim sin dictar segunda sentencia, sino devolviendo las actuaciones a la Audiencia para que ésta se pronunciasse sobre temas que habían quedado sin decidir como consecuencia de la absolución que el Tribunal Supremo anula. Pensamos en la STS 404/2003, de 21 de marzo que representa un ejemplo paradigmático:

“...hay que estimar los recursos del Ministerio Fiscal y Abogado del Estado, pero parcialmente, porque en el estado actual del procedimiento es imposible para esta sala dictar aquí en casación sentencia de fondo, absolutoria o condenatoria, porque lo impide la naturaleza devolutiva de esta clase de recursos.

Tiene que haber un pronunciamiento anterior, suficientemente argumentado, hecho por el tribunal que conoció en la instancia del enjuiciamiento, sobre las diferentes cuestiones a resolver, incluso con la correspondiente motivación fáctica que no contiene la sentencia recurrida, pese a que hizo el oportuno relato de hechos probados. Si no existe tal pronunciamiento de fondo anterior, ni las partes tienen la necesaria información para razonar en el recurso al que tienen derecho, ni esta sala puede resolver al respecto con la fundamentación adecuada a dicha naturaleza devolutiva del recurso. El principio de inmediación procesal exige que el órgano judicial que preside la prueba y el debate sea quien resuelva con las debidas razones.

Del mismo modo, es exigible ese pronunciamiento previo del tribunal de instancia para que pueda considerarse debidamente respetado el derecho que el art. 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de Nueva York, de 19 de diciembre de 1966, reconoce a favor de toda persona declarada culpable de un delito para que el fallo condenatorio y la pena impuesta sean sometidos a un tribunal superior conforme a lo prescrito por la ley. La ley española regula para los delitos que se juzgan por las audiencias el sistema de juicio oral y única instancia con recurso de casación ante el Tribunal Supremo. Si esta sala dictara sentencia de fondo en el caso presente, violaría ese derecho del art. 14.5 conocido ordinariamente como el derecho a la doble instancia”.

Así las cosas, se impone la devolución de la causa al Tribunal de instancia para que dicte nueva sentencia, en la que, partiendo de las conclusiones aquí sentadas sobre la continuidad delictiva y la no concurrencia ni de prescripción ni de agravación alguna del art. 250 CP (temas todos estos resueltos por esta Sala) aborde con libertad de criterio las demás cuestiones pendientes.

DATOS SENTENCIA

Sentencia núm. 736/2018

Fecha de sentencia: 05/02/2019

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION

Número del procedimiento: 99/2018

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

TEMA

Delito de Fraude de Subvenciones (art. 308 CP) y Estafa: concurso aparente de normas.

ASPECTOS EXAMINADOS

- Conviene subrayar, como premisa inicial, algo que fluye con meridiana claridad de la sentencia pero que parece ser ignorado por el argumentario del recurrente: se condena por un delito de fraude de subvenciones y no por un delito de estafa. Como es sabido entre ambas figuras penales, según la más reciente jurisprudencia (evocada por el Tribunal a quo), puede surgir un concurso aparente de normas penales (art. 8 CP). En ocasiones el tipo de estafa desplaza el fraude de subvenciones. Ahora bien, no siempre que hay fraude de subvenciones hay a su vez estafa. La estafa tiene unos requisitos más exigentes. Por eso que la sentencia rechace que la constitución de la empresa fuese totalmente simulada y afirme que no ha quedado delimitado ni perfilado con claridad el dolo antecedente en aquellos primeros momentos, diluye cualquier posibilidad de encajar los hechos en el art. 248.

Pero esos datos, así como la presencia de avales, son compatibles con el delito de fraude de subvenciones. La frustración de los fines perseguidos con la subvención es también objeto de protección; no solo el fraude en el momento de obtener la subvención. Por eso no es imprescindible en estas figuras penales un dolo antecedente en la forma que reclama la estafa.

El bien jurídico protegido en ambos tipos (art. 308 y art. 248 CP) no es del todo coincidente. En los delitos de fraude de subvenciones no se exige un perjuicio económico con la significación que adquiere en los delitos de estafa: no hay que confundir ambas morfologías. Algunos argumentos del recurrente tienen sentido si estuviésemos hablando de estafa; pero lo pierden desde la óptica del fraude de subvenciones.
- El Tribunal realiza una doble subsunción: encaja los hechos tanto en el art. 308.1 CP (falseamiento u ocultación de condiciones) como en el art. 308.2 CP (incumplimiento de los fines). Esa alternatividad, en sentido penal sustantivo -art. 8 CP- que no procesal, o subsidiariedad (si se entiende que esa es la relación entre los dos párrafos del art. 308: el art. 308.2 CP solo vendría en aplicación si no lo es el párrafo primero: esa cuestión ahora es irrelevante; lo decisivo, y en eso no hay duda alguna, es que se trata de un concurso de normas y no de delitos), condiciona el examen del motivo. La comprobación de que existe prueba para sustentar cualquiera de las dos conductas sancionadas justificará la condena. Advirtamos, no obstante, que se estima más que suficiente la actividad probatoria desplegada para sostener la comisión de hechos susceptibles de ser incardinados en ambos párrafos del art. 308; es decir, tanto que se falsearon condiciones exigidas, como que se desviaron los importes de las subvenciones recibidas. Pero se insiste: bastaría una de las alternativas para que la sentencia mereciese refrendo casacional.

La Sala ha contado con un cuadro probatorio sobrado (documental, testifical) para estimar acreditada la comisión de las dos modalidades típicas acogidas por el art. 308: se simularon las condiciones necesarias para acceder a las subvenciones y no se dio a sus importes el destino exigido (inversión en la actividad subvencionada). Las explicaciones del recurrente no erosionan el sólido razonamiento de la Sala.

Es patente que no se cubrieron los objetivos laborales propuestos; sencillamente se aparentó que se cubrían, pero sin voluntad alguna de hacer efectivas las contrataciones comprometidas. Lo puso de manifiesto de forma elocuente la prueba testifical.

Así pues, no solo se han fingido condiciones para acceder a las subvenciones, sino que, en lo que atañe al párrafo segundo del art. 308 CP -alteración sustancial de los fines de la subvención-, se han defraudado las expectativas que perseguía esa actividad de subvención.

El art. 308 habla de falseamiento de las condiciones; pero eso no significa que pertenezca a la esencia del fraude de subvenciones la realización de falsedades documentales. Hacer constar datos inveraces en la solicitud de subvención no sería falsedad documental típica y punible autónomamente, sino manifestaciones inveraces documentadas. Si esas manifestaciones inveraces se avalan con documentos mendaces elaborados a tal fin, habrá concurso de delitos. Pero puede haber falseamiento de condiciones (aparentar condiciones que no se dan como sucede aquí (capital, contrataciones

laborales) sin falsedades documentales y sin necesidad de que toda la actividad empresarial se considerase simulada. Cabe fraude de subvenciones sin necesidad de falsificar documentos. De producirse además esta conducta, surgirá un concurso real; en su caso, medial.

En cualquier caso, el debate sobre el tipo del art. 308.1º deviene casi innecesario desde el momento en que la sentencia plasma en el hecho probado con meridiana claridad el desvío de las subvenciones del fin al que estaban destinadas: se proclama que el monto obtenido contribuyó al propio enriquecimiento sin cumplirse las condiciones y finalidades establecidas.

DATOS SENTENCIA

Sentencia núm. 738/2018

Fecha de sentencia: 05/02/2019

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION

Número del procedimiento: 223/2018

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

TEMA

Delito de Hurto. Multirreincidencia: art. 235.1. 7º CP. La multirreincidencia no es sustrato del subtipo hiperagravado de hurto cuando los antecedentes penales son por delitos leves.

ASPECTOS EXAMINADOS

- Interpretación restrictiva del art. 235.1. 7º CP. La multirreincidencia no es sustrato del subtipo hiperagravado de hurto cuando los antecedentes penales son por delitos leves. Se reitera doctrina del Pleno: el concepto de reincidencia que se acoge en la parte general del C Penal (arts. 22. 8ª y 66) ha de operar también al aplicar la multirreincidencia como supuesto específico de agravación en los subtipos de la parte especial (STS 481/2017, de 28 de junio).

El problema planteado estriba en determinar el alcance del art 235.1.7º CP, en la redacción ofrecida por el número ciento quince del artículo único de la LO 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la LO 10/1995, de 23 de noviembre del Código Penal:

"El hurto será castigado con pena de prisión de uno a tres años (...): cuando al delinquir el culpable hubiera sido ejecutoriamente condenado al menos por tres delitos comprendidos en este Título. No se tendrán en cuenta antecedentes penales cancelados o que debieran serlo".

Tal precepto no distingue entre delito de hurto previsto en el art. 234.1 CP y delito leve de hurto previsto en el art 234.2 CP. Tampoco realiza distingo al establecer el requisito de esa agravación. Exige, al menos, "tres delitos comprendidos en este Título", tanto el delito de hurto del art. 234.1 (delito menos grave) como el delito de hurto previsto en el art. 234.2 (delito leve).

Por su parte el propio art. 234.2 CP obliga a la aplicación del art. 235.1.7º: "se impondrá una pena de multa de uno a tres meses si la cuantía de lo sustraído no excediere de 400 euros, salvo si concurriese alguna de las circunstancias del artículo 235".

En el art. 234 del nuevo texto legal –explica la STS 481/2017– se admiten tres modalidades de hurto:

1) El tipo básico, previsto en el art. 234.1: «El que, con ánimo de lucro, tomare las cosas muebles ajenas sin la voluntad de su dueño será castigado, como reo de hurto, con la pena de prisión de seis a dieciocho meses si la cuantía de lo sustraído excediese de 400 euros».

2) El tipo atenuado o delito leve, recogido en el art. 234.2: «Se impondrá una pena de multa de uno a tres meses si la cuantía de lo sustraído no excediese de 400 euros, salvo si concurriese alguna de las circunstancias del artículo 235».

3) Y el tipo agravado, regulado en el art. 234.3: «Las penas establecidas en los apartados anteriores se impondrán en su mitad superior cuando en la comisión del hecho se hubieran neutralizado, eliminado o inutilizado, por cualquier medio, los dispositivos de alarma o seguridad instalados en las cosas sustraídas».

En el art. 235 aparecen nueve modalidades de hurtos hiperagravados.

La STC 150/1991, de 4 de julio, examinó la constitucionalidad de la agravante de reincidencia a la luz del non bis in ídem. Argumentaba el Supremo intérprete de la norma constitucional que «del propio significado del "non bis in ídem" se desprende que la agravante de reincidencia del art. 10. 15ª CP no conculca dicho principio constitucional. En efecto, la apreciación de la agravante de reincidencia supone, como al principio se expuso, la obligatoriedad de tomarla en consideración, como cualquier otra agravante, para aumentar la pena en los casos y conforme a las reglas que se prescriben

en el propio Código (art. 58 CP), y, más concretamente, para determinar el grado de aplicación de la pena prevista para el delito y, dentro de los límites de cada grado, fijar —discrecionalmente— la extensión de la pena. Es claro, en consecuencia, que, con la apreciación agravante de reincidencia, ya se entienda que afecta al núcleo del delito o sólo a la modificación de la pena, no se vuelve a castigar el hecho anterior o los hechos anteriores, por lo demás ya ejecutoriamente juzgados —art. 10. 15ª CP— y con efectos de cosa juzgada (efectos que no se ven, pues, alterados), sino única y exclusivamente el hecho posterior».

Proseguía: «En este sentido, es una opción legítima y no arbitraria del legislador el ordenar que, en los supuestos de reincidencia, la pena a imponer por el delito cometido lo sea en una extensión diferente que para los supuestos de no reincidencia. Y si bien es indudable que la repetición de delitos propia de la reincidencia presupone, por necesidad lógica, una referencia al delito o delitos repetidos, ello no significa, desde luego, que los hechos anteriores vuelvan a castigarse, sino tan sólo que han sido tenidos en cuenta por el legislador penal para el segundo o posteriores delitos, según los casos, bien (según la perspectiva que se adopte) para valorar el contenido de injusto y su consiguiente castigo, bien para fijar y determinar la extensión de la pena a imponer. La agravante de reincidencia, por tanto, queda fuera de círculo propio de principio non bis in ídem».

La doctrina fue cuestionada por importantes sectores doctrinales. No es fácil -se replicaba- compatibilizar la advertencia de que los hechos de las condenas precedentes “no vuelven a castigarse” con la afirmación de que “tan sólo han sido tenidos en cuenta”. Pero esa doctrina Constitucional se ha consolidado en precedentes posteriores. Tomar en consideración condenas anteriores en la sentencia que aplica la reincidencia no supone infracción del non bis in ídem.

El legislador en el subtipo ahora analizado (art. 235.1.7 CP) no castiga dos veces un mismo hecho. Agrava la pena por el nuevo hurto que se juzga. Acude a un tipo hiperagravado en atención a los antecedentes penales del acusado. Se opera en el tipo con un cuarto delito de hurto, con su correspondiente hecho. Para aplicar el tipo hiperagravado se atiende al dato de tres condenas previas relativas a otros tantos delitos de hurto comprendidos dentro del mismo título.

Así lo confirma la lectura del nuevo art. 235.1. 7º:

«Cuando al delinquir el culpable hubiera sido condenado ejecutoriamente al menos por tres delitos comprendidos en este Título, siempre que sean de la misma naturaleza No se tendrán en cuenta antecedentes cancelados o que debieran serlo».

El hecho de que por tres condenas anteriores por delitos leves de hurto se pueda aplicar un tipo hiperagravado que permite trocar una multa máxima de tres meses por una pena de prisión que puede alcanzar hasta los tres años, con un suelo de un año, resulta -razonaba la STS 481/2017- en todo desproporcionado. Aunque se respete el non bis in ídem. El legislador no transforma punitivamente el tipo atenuado (art. 234.2) en un tipo básico de hurto (art. 234.1). Se salta este escalón intermedio y nos conduce directamente a las modalidades hiperagravadas (art. 235).

Para la STS 481/2017 lo más controvertido y distorsionador es utilizar la reincidencia como único soporte del tipo hiperagravado. No hay un nuevo supuesto conductual que legitime la agravación cualificada.

En los restantes tipos agravados del art. 235 CP, se aprecian en mayor o menor medida, nuevos hechos que constituyen la base típica de la hiperagravación. No así, en cambio, en el nº 7. Este se estructura sobre la única base de hechos anteriores que ya han sido penados. Pese a ello, una vez reconvertidos en antecedentes penales, operan de nuevo para integrar el subtipo que dispara la pena de multa correspondiente a un delito leve de hurto, llevándola a una pena de prisión que puede alcanzar un techo de tres años (art. 235.1. 7º).

Cuando la LO 11/2003 estableció que la comisión de cuatro faltas de hurto en un mismo año por un importe superior en total a los 400 euros (a partir del año 2010 se redujo el número de faltas a tres) se castigaría como un delito de hurto, se consideró que ello suponía un salto cualitativo que poco tenía que ver con el bis in ídem que se atribuía a la agravante de reincidencia, a pesar de que no se trataba de tres faltas que habían sido objeto de condena, sino de acciones punibles como faltas que todavía no habían sido objeto de condena.

Pues bien, ahora los tres delitos leves previos son objeto cada uno de una condena anterior y, a mayores, se vuelven a computar para integrar un subtipo hiperagravado de significado cualitativamente muy diverso de la aplicación de la pena en la mitad superior propia de la reincidencia en tanto se establece un subtipo hiperagravado cuya base fáctica aparece integrada en exclusiva por hechos que ya han sido objeto de condena. La esencia del subtipo son los antecedentes penales relativos a hechos ya castigados.

La doctrina ha remarcado que el hecho en sí por el que es condenado el reincidente no presenta un mayor contenido de injusto que el hecho del no reincidente. A partir de esta premisa, se desplaza la justificación de la pena impuesta al reincidente al ámbito de la culpabilidad. Sin embargo, no es fácil vincular en estos casos la mayor culpabilidad con el injusto del hecho, sino más bien con la culpabilidad de la forma de vida evidenciada con sus conductas anteriores ya penalizadas. Se traslada así el ámbito de la culpabilidad fuera del injusto concreto perpetrado por el autor y se retrotrae a conductas punibles anteriores, merced a las cuales se acaba incrementando la pena del reincidente más por razones relacionadas con su personalidad peligrosa que por la reprochabilidad atribuible al grado de ilicitud que se reflejó en la conducta concreta enjuiciada en el caso.

Situados en el terreno propio de la peligrosidad del autor más que en el de la culpabilidad por el hecho concreto cometido, la doctrina, tanto con anterioridad a la reforma del Código Penal de 2015 como después, ha cuestionado la exasperación punitiva con base en la multirreincidencia: la habitualidad/profesionalidad plasmada en la comisión de delitos y la peligrosidad criminal que tales conductas revelan, habrían de solventarse con medidas de seguridad y de terapia social orientadas a la rehabilitación y inserción del delincuente habitual, en lugar de acudir a la severidad punitiva.

Con respecto a las cuestiones que suscita el derecho penal de autor en relación con la agravante de reincidencia, es conveniente traer a colación la controversia surgida con motivo del debate parlamentario previo a la reforma que ahora se examina, al introducir en los textos prelegislativos la agravante de “profesionalidad” en lugar de la agravación mediante la multirreincidencia. El debate se zanjó acudiendo a una enmienda transaccional mediante la que se excluyó el concepto y el término “profesionalidad”, al estimarse que su aplicación sería contraria a un derecho penal basado en el concepto de culpabilidad que opera en los sistemas de nuestro ámbito cultural.

Se trata de un dato significativo por cuanto acredita que los proyectos que se esbozaron en los trabajos prelegislativos tuvieron que hurgar para conseguir sus objetivos en los puntos más frágiles y sensibles de los principios básicos del sistema penal. Y ello a pesar de que en las SSTC 59/2008 y 185/2014 se volvió a incidir en que la Constitución española consagra sin duda el principio de culpabilidad como principio estructural básico del Derecho Penal, vinculándolo con los arts. 10, 24 y 25 de la norma suprema.

Todo ello no pone en absoluto en cuestión que el juicio de proporcionalidad de la pena, prevista por la Ley con carácter general en relación a un hecho punible, es competencia primaria del legislador, en función de los objetivos de política criminal que adopte dentro del respeto a los derechos fundamentales de la persona en un Estado social y democrático de Derecho, como el que la Constitución consagra en su art. 1.1. (por todas STC 150/1991, de 4 de julio).

Sin embargo, esto no debe entrañar que los tribunales, en el ejercicio de su labor de aplicación de un precepto, en aquellos supuestos en que una norma en una de sus interpretaciones aboque a un significado que nos sitúe al borde de los límites de la proporcionalidad punitiva, dejen de optar por una exégesis plausible que propicie un entendimiento del precepto más acorde con el principio de proporcionalidad.

Esa opción de carácter hermenéutico es la que, a fin de cuentas, propugnan algunas sentencias del Tribunal Constitucional cuando sugieren a los jueces antes de plantear cuestiones de inconstitucionalidad, dictar sentencias interpretativas acordes con los valores y principios constitucionales, siempre, que la norma permita interpretaciones que, aun no siendo las más conformes a los términos gramaticales de un precepto, son aceptables dentro de su campo semántico.

Muestra de ello son las SSTC 185/2014, 203/2014, 205/2014, 206/2014, 3 y 4/2015. Con motivo del planteamiento de cuestiones de inconstitucionalidad relativas precisamente a un precepto que contemplaba un supuesto de multirreincidencia, si bien desde una perspectiva diferente a la que ahora se trata, se indicaba al órgano que promovía la cuestión que la resolviera por la vía de una sentencia interpretativa capaz de solventar las deficiencias gramaticales de la norma sin necesidad de acudir a la solución drástica de anular un precepto por razones de inconstitucionalidad (en concreto el art. 623.1 CP, según la redacción de LO 5/2010).

Partiendo de esas orientaciones y parámetros, y centrada ya en la interpretación de los arts. 234 y 235 CP, la STS 481/2017 recuerda el tenor del art. 22. 8º CP:

«Hay reincidencia cuando, al delinquir, el culpable haya sido condenado ejecutoriamente por un delito comprendido en el mismo título de este Código, siempre que sea de la misma naturaleza.

A los efectos de este número no se computarán los antecedentes penales cancelados o que debieran serlo, ni los que correspondan a delitos leves».

Si ése es el concepto de reincidencia y en él se excluye el cómputo de los delitos leves para apreciarla, no parece razonable hablar de multirreincidencia excluyendo el concepto básico de la parte general del Código de lo que debe entenderse por reincidencia.

Si el legislador parte del principio general previo de que la escasa entidad de ilicitud que albergan los delitos leves impide que operen para incrementar las condenas del resto de los delitos, no parece coherente abandonar ese concepto de reincidencia que se formula en la parte general del Código para exasperar la pena de un delito leve hasta el punto de convertirlo en un tipo penal hiperagravado (art. 235.1.7º), saltándose incluso el tipo penal intermedio o básico previsto en el art. 234.1 CP.

Esa interpretación conduce a considerar que lo que ni siquiera opera en delitos graves como mera agravante sí opera en delitos nimios de forma hiperagravada, exacerbando la pena de multa hasta una posible privación de libertad de tres años de prisión.

Es cierto que en el art. 66.1. 5ª CP también se prevé una agravante de multirreincidencia de forma genérica. Dispone tal precepto:

«Cuando concurra la circunstancia agravante de reincidencia con la cualificación de que el culpable al delinquir hubiera sido condenado ejecutoriamente, al menos, por tres delitos comprendidos en el mismo título de este Código, siempre que sean

de la misma naturaleza, podrán aplicar la pena superior en grado a la prevista por la ley para el delito de que se trate, teniendo en cuenta las condenas precedentes, así como la gravedad del nuevo delito cometido.

A los efectos de esta regla no se computarán los antecedentes penales cancelados o que debieran serlo».

Sin embargo, esta norma presenta un grado de discrecionalidad en su aplicación muy importante, y además la exacerbación de la pena no tiene nada que ver con el salto cualitativo que se produce en el art. 234 si se interpreta sin el correctivo sentado en la STS 481/2017.

Además, el apartado 2 del art. 66 CP excluye de la aplicación de la norma los delitos leves.

Así las cosas, para interpretar los arts. 234 y 235 CP en un sentido que resulte congruente el concepto de multirreincidencia con el concepto básico de reincidencia y que se respete al mismo tiempo el principio de proporcionalidad de la pena, ha de entenderse que cuando el texto legal se refiere a tres condenas anteriores éstas han de ser por delitos menos graves o graves, y no por delitos leves. Ello porque ése es el criterio coherente y acorde con el concepto básico de reincidencia que recoge el Código Penal en su parte general, y porque, además, en ningún momento se afirma de forma específica en los arts. 234 y 235 que las condenas anteriores comprendan las correspondientes a los delitos leves.

Frente a ello se puede contraponer que el art. 235.1. 7º afirma que la multirreincidencia está referida a delitos “comprendidos en este título”, sin hacer distinción entre delitos leves y menos graves. Sin embargo, esa forma genérica de expresarse el legislador, unida a la interpretación literal de la misma, genera, al margen de otros efectos, una notable desigualdad al asignar un mismo marco punitivo al acusado que comete un delito leve que al que comete un delito menos grave cuando ambos tienen antecedentes por tres delitos leves.

Además, ese giro lingüístico literalizado al máximo también es utilizado en la superagravante genérica del art. 66.1. 5ª CP (“comprendidos en el mismo título”), que fue establecida en la reforma legal de septiembre de 2003. Sin embargo, no operan en esos casos las condenas por delitos leves de la misma naturaleza para activar la aplicación de esa agravante de multirreincidencia, al quedar excluidos en el apartado 2 del precepto de las reglas prescritas en el apartado 1 cuando se trata delitos leves, y dado que ha de ponerse en relación el art. 66 con el art. 22. 8ª del mismo texto legal. ...

Por consiguiente, ha de entenderse que la interpretación de los arts. 234 y 235 CP que permite acoger un sentido de la norma que resulte más restrictiva y acorde con el concepto legal de reincidencia y con las consecuencias punitivas que conlleva la multirreincidencia es el de que, hasta que no se diga de forma específica y expresa en las referidas normas, no pueden operar en la multirreincidencia los antecedentes penales por delitos leves.

DATOS SENTENCIA

Sentencia núm. 742/2018

Fecha de sentencia: 07/02/2019

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION

Número del procedimiento: 262/2018

Ponente: Excmo. Sr. D. Luciano Varela Castro.

TEMA

Condena de persona jurídica sin previa condena de persona física. Participación en el engaño

ASPECTOS EXAMINADOS

- Estafa: Condena de persona jurídica sin previa condena de persona física
- Pero una cosa es que se exija la «constatación» de la actuación de esos sujetos personas físicas y otra que sea un presupuesto la previa «condena» de las mismas.

La cuestión de la exigencia de previa condena de una persona física, como presupuesto de la de una persona jurídica, no se acomoda al precepto que la recurrente invoca. En efecto el artículo 31.ter señala: 1. La responsabilidad penal de las personas jurídicas será exigible siempre que se constate la comisión de un delito que haya tenido que cometerse por quien ostente los cargos o funciones aludidas en el artículo anterior, aun cuando la concreta persona física responsable no haya sido individualizada o no haya sido posible dirigir el procedimiento contra ella. Cuando como consecuencia de los mismos hechos se impusiere a ambas la pena de multa, los jueces o tribunales modularán las respectivas cuantías, de modo que la suma resultante no sea desproporcionada en relación con la gravedad de aquéllos.

La concurrencia, en las personas que materialmente hayan realizado los hechos o en las que los hubiesen hecho posibles por no haber ejercido el debido control, de circunstancias que afecten a la culpabilidad del acusado o agraven su responsabilidad,

o el hecho de que dichas personas hayan fallecido o se hubieren sustraído a la acción de la justicia, no excluirá ni modificará la responsabilidad penal de las personas jurídicas, sin perjuicio de lo que se dispone en el artículo siguiente.

Y es que el presupuesto de la condena de una persona jurídica lo fija el artículo 31 bis al determinar que: 1. En los supuestos previstos en este Código, las personas jurídicas serán penalmente responsables:

- a) De los delitos cometidos en nombre o por cuenta de las mismas, y en su beneficio directo o indirecto, por sus representantes legales o por aquellos que actuando individualmente o como integrantes de un órgano de la persona jurídica, están autorizados para tomar decisiones en nombre de la persona jurídica u ostentan facultades de organización y control dentro de la misma.
- b) De los delitos cometidos, en el ejercicio de actividades sociales y por cuenta y en beneficio directo o indirecto de las mismas, por quienes, estando sometidos a la autoridad de las personas físicas mencionadas en el párrafo anterior, han podido realizar los hechos por haberse incumplido gravemente por aquéllos los deberes de supervisión, vigilancia y control de su actividad atendidas las concretas circunstancias del caso.

Pero una cosa es que se exija la «constatación» de la actuación de esos sujetos personas físicas y otra que sea un presupuesto la previa «condena» de las mismas.

No se niega en este motivo que los actos en los que se funda la condena de la recurrente no se llevaran a cabo por personas con alguna de las calidades a que se refiere el precepto transcrito.

- Participación en el engaño

Aunque el motivo no hace de ello particular cuestión en este motivo, en la medida que ello es presupuesto para imputar el engaño penalmente típico a la recurrente, ha de subrayarse que el hecho que se declara probado establece que fue a partir de los requerimientos de aportación de indicadores de solvencia, cuando «debido a ello, JJJ, actuando con el propósito de que sus empresas obtuvieran dicha renovación, ordenó a GGG que redactara tres contratos». Y se añade que: «Al pie de cada contrato figuraba, junto a la de JJJ, una firma correspondiente al representante legal de la respectiva empresa contratante, cuyo nombre y apellidos se hacían constar bajo la firma, sin que en realidad ninguno de dichos representantes legales hubiera firmado estos contratos».

Y, concluye, que tales contratos se presentaron a «BBB» consiguiendo así que, no solamente «AAA», sino también «FFFF», consiguieran la persistencia de la financiación. Y eso, aunque en los contratos no figurara «Forrajes».

De lo anterior deriva que D. JJJ mantuvo de hecho el control de la gestión de las dos empresas tras dejar de figurar como administrador. Nos encontramos por ello ante uno de los delitos del artículo 31 bis 1. a) del Código Penal, que algún sector de la doctrina denomina de «directivos», frente al tipo de los de «empleados» a que se refiere la letra b del artículo 31 bis.1 del citado Código Penal. Lo que excluye la necesidad de especificar si ha intervenido o no un incumplimiento grave de los deberes de supervisión o control referible solamente a estos últimos tipos penales.

El citado D. JJJ, según el hecho probado, actúa de tal manera –controla la gestión– que puede predicarse de él la condición típica de actuar no solamente como «autorizado» para tomar decisiones, sino más exactamente como persona que «ostenta facultades de organización y control dentro de la misma», ya que esa ostentación no se condiciona en el texto legal a la previa existencia de un acto formal de atribución de tal poder. Ni siquiera el recurrente hace de ello cuestión.

De lo que deriva que el engaño y en general el comportamiento de ese sujeto legitima la atribución del hecho típico a la persona jurídica recurrente. Ya que por su cuenta se actuó y en su beneficio se llevaron a cabo los actos engañosos y la obtención de lucro.

En ningún caso se alega por la recurrente la concurrencia de un supuesto de los de exención de responsabilidad de la persona jurídica a que se refiere el artículo 31 bis en sus apartados 2 y 3. D. JJJ mantuvo de hecho el control de la gestión de las dos empresas tras dejar de figurar como administrador. Nos encontramos por ello ante uno de los delitos del artículo 31 bis 1.

a) del Código Penal, que algún sector de la doctrina denomina de «directivos», frente al tipo de los de «empleados» a que se refiere la letra b del artículo 31 bis.1 del citado Código Penal. Lo que excluye la necesidad de especificar si ha intervenido o no un incumplimiento grave de los deberes de supervisión o control referible solamente a estos últimos tipos penales.

DATOS SENTENCIA

Sentencia núm. 744/2018

Fecha de sentencia: 07/02/2019

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION

Número del procedimiento: 2771/2017

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

TEMA

Delito de conducción temeraria, artículo 380 CP. Delito de conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas y homicidio doloso. No es de aplicación la cláusula concursal del artículo del artículo 382 CP. No se trata de un supuesto de concurso de normas, sino de concurso de delitos con una regla penológica especial. Homicidio: dolo eventual.

ASPECTOS EXAMINADOS

- El delito tipificado en el artículo 380 del Código Penal se vertebra por la conjunción de dos elementos: a) la conducción de un vehículo de motor con temeridad manifiesta, es decir, con una notoria y anormal desatención a las normas reguladoras del tráfico, en claro desprecio de tales normas, y b) Que tal acción suponga un concreto peligro para la vida o integridad de los otros usuarios de la vía.

El *factum* de la sentencia, que no puede ser discutido en esta vía, refiere que el acusado a las 6.30 horas de la mañana estuvo conduciendo bajo la ingesta de bebidas alcohólicas el coche propiedad de su hermano «haciéndolo de manera manifiestamente agresiva, a gran velocidad, acelerando y frenando de forma brusca, realizando trompos y derrapes, obligando a los viandantes a esquivarle para evitar ser arrollados». El relato fáctico es expresivo de la conducción temeraria al relacionar la concreta situación de peligro de las personas que fueron obligadas a esquivar al vehículo que guiaba el recurrente para evitar ser arrollados. Por tanto, desde el hecho probado se refiere una conducción temeraria, y la concreta puesta en peligro de los usuarios de la vía pública que se ven sorprendidos por una forma de conducción temeraria y se ven obligados a esquivarlo para evitar ser arrollados.

El delito de conducción temeraria no exige la superación de una determinada tasa de alcohol en sangre, sin perjuicio de que el legislador considera como temeraria la que se realiza con un nivel que supere el límite de los 0,60 miligramos por litro de aire espirado (380 .2 CP en relación con el 379.2 inciso segundo); y se rebase en 60 o 80 Km/hora, según se trate de vía urbana o interurbana la velocidad reglamentariamente permitida (artículo 380.2 en relación con el 379.1)).

Se trata de un precepto meramente interpretativo, que no impide la apreciación de la temeridad, aun cuando no concurren tales presupuestos normativos.

- Delito de conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas y homicidio doloso. No es de aplicación la cláusula concursal del artículo del artículo 382 CP. El resultado contra la vida no es concreción del riesgo contra la seguridad vial generado al conducir bajo los efectos del alcohol.

En primer lugar, el hecho describe una situación que no es la del concurso prevenido en el artículo 382 del Código penal. En este precepto la previsión normativa es que los actos sancionados en los artículos 379,380 y 381 ocasionen, además del riesgo prevenido, un resultado lesivo constitutivo de delito, en cuyo supuesto se apreciará la infracción más gravemente penada imponiendo la pena su mitad superior.

De otra parte, conforme dijimos la Sentencia 64/2018 de 6 febrero, la previsión del artículo 382 es una regla penológica que no excluye la consideración de pluralidad de delitos a los que aplicar una penalidad acumulada. Se trata de un concurso de delitos para los que el legislador prevé una solución penológica singular, en principio, similar al concurso de normas, la correspondiente al delito más grave, y además la previsión del concurso ideal. No se trata de un supuesto de concurso de normas, sino de concurso de delitos con una regla penológica especial.

En el caso que nos ocupa, el hecho probado, por el contrario, refiere otra situación fáctica. Se trata de una conducta enmarcada en la tipicidad de la conducción bajo la influencia del alcohol y, además, la utilización de un vehículo motor para la comisión de delitos dolosos contra la vida y contra integridad física de las personas. Consecuentemente el resultado no forma parte de la previsión contenida en los delitos contra la seguridad del tráfico (no es concreción del mero riesgo que genera el conducir bajo la influencia del alcohol), sino que supone una tipicidad distinta en la medida en que el coche es el instrumento empleado para la comisión de un delito contra la vida y la integridad física de las personas a las que el acusado dirigió su acción.

- Dolo eventual: El motivo, como los anteriores, parte del hecho probado discutiendo el recurrente la concurrencia del preciso ánimo de matar que justifica el diferente tratamiento penal de los hechos, si de homicidio en grado de tentativa, o de lesiones.

Para dar solución al motivo que enuncia hemos de partir del hecho probado y éste refiere que el recurrente, que había sido increpado por un grupo de vecinos por la conducta desarrollada en la conducción del vehículo propiedad de su hermano, vuelve a la escena de los hechos con el tractor a gran velocidad «con la finalidad exclusiva de regresar a la calle y utilizarlo para atropellar al grupo de personas que estaba allí y que habían increpado momentos antes». Y añade que el acusado «se encontraba muy resentido... conduciendo el tractor a gran velocidad con la única finalidad de atropellarles siendo, en todo caso, plenamente consciente del elevadísimo riesgo que para la vida de esas personas podía derivarse de su proceder». Narra que sube el tractor a la acera y lo dirige contra un grupo de personas y a continuación hacia la valla, consiguiendo tirarla, y «dio marcha atrás bruscamente con el tractor golpeando con las ruedas traseras en el costado de GGG y su novio RRR y pasó

una rueda por encima del pie izquierdo provocando su caída el suelo de espaldas golpeándose la cabeza y quedando tendido entre las ruedas de tractor».

El dolo significa conocer y querer los elementos objetivos del tipo penal. En realidad, la voluntad de conseguir el resultado, en el caso del homicidio la muerte, no es más que una manifestación de la modalidad más frecuente del dolo en el que el autor persigue la realización de un resultado. Pero no impide que puedan ser tenidas por igualmente dolosas aquellas conductas en las que el autor quiere realizar la acción típica que lleva a la producción del resultado, o que realiza la acción típica, representándose la posibilidad de la producción del resultado.

Lo relevante para afirmar la existencia del dolo penal es, en esta construcción clásica del dolo, la constancia de una voluntad dirigida a la realización de la acción típica, empleando medios capaces para su realización. Esa voluntad se concreta en la acreditación de la existencia de una decisión dirigida al conocimiento de la potencialidad de los medios para la producción del resultado y en la decisión de utilizarlos. Si además resulta acreditada la intención de conseguir el resultado, nos encontraremos ante la modalidad dolosa intencional en la que el autor persigue el resultado previsto en el tipo, en los delitos de resultado.

Pero ello no excluye un concepto normativo del dolo basado en el conocimiento de que la conducta que se realiza pone en concreto peligro el bien jurídico protegido, de manera que en esta segunda modalidad el dolo radica en el conocimiento del peligro concreto que la conducta desarrollada supone para el bien jurídico.

Recordábamos en la STS 708/2015 de 20 de noviembre, con cita de otros precedentes, que en el dolo eventual el autor se representa como probable la producción del resultado dañoso protegido por la norma penal, pero continúa adelante sin importarle o no la causación del mismo, aceptando de todos modos tal resultado representado en la mente del autor.

Para la teoría del consentimiento habrá dolo eventual cuando el autor consienta y apruebe el resultado advertido como posible. La teoría de la representación se basa en el grado de probabilidad de que se produzca el resultado, cuya posibilidad se ha representado el autor.

En el dolo eventual, el autor se representa como probable la producción del resultado dañoso protegido por la norma penal, pero continúa adelante sin importarle o no la causación del mismo, aceptando de todos modos tal resultado (representado en la mente del autor). Es decir, el agente actúa de todos modos, aceptando la causación del daño, consciente del peligro que ha creado, al que somete a la víctima, y cuyo control le es indiferente.

Otras teorías explican el dolo eventual desde una perspectiva más objetiva, en la medida que lo relevante será que la acción en sí misma sea capaz de realizar un resultado prohibido por la Ley, en cuyo caso el consentimiento del agente quedaría relegado a un segundo plano.

En este caso el Tribunal subsume los hechos en el homicidio intentado, y valorando la prueba llega a la convicción de que la finalidad perseguida por el acusado cuando tomó sin autorización el tractor fue atropellar a las personas que le habían increpado. El tractor fue el arma utilizada para la agresión y lo dirigió en reiterados momentos frente al grupo de personas con las que se encontraba resentido. En todo caso, refiere el hecho probado que el acusado era consciente de la generación del peligro que estaba produciendo para su vida, y deja claro que dirigió el tractor en distintos momentos contra ellas. Acometimientos que produjeron las lesiones que se declaran probadas. Del hecho probado fluye la intención homicida, con dolo directo o, en todo caso, con dolo eventual al representarse el altísimo peligro generado por su acción manteniendo la conducta homicida. Siendo irrelevante el autor de la agresión dirigiera su acción no contra una persona concreta y determinada, sino contra el grupo del que aquella formaba parte, por más que el rigor del principio acusatorio haya determinado la calificación de homicidio intentado solo respecto al herido cuya vida se vio comprometida.

DATOS SENTENCIA

Sentencia núm. 745/2018

Fecha de sentencia: 12/02/2019

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION

Número del procedimiento: 1865/2018

Ponente: Excmo. Sr. D. Julián Sánchez Melgar.

TEMA

Delito de apropiación indebida: Falta de posesión legítima inicial, lo que impide la calificación de los hechos como delito de apropiación indebida. Aplicación del precedente constituido por la STS 761/2014, de 12 de noviembre.

ASPECTOS EXAMINADOS

- El delito de apropiación indebida se caracteriza, en suma, por la transformación que el sujeto activo hace convirtiendo el título inicialmente legítimo y lícito en titularidad ilegítima cuando se rompe dolosamente el fundamento de la confianza que determinó la entrega del dinero o efectos. En el éter criminis se distinguen dos momentos, el inicial, cuando se produce la recepción válida y el subsiguiente, cuando se produce la apropiación con ánimo de lucro, de lo recibido, que constituye la deslealtad o el incumplimiento del encargo recibido.

En la nueva regulación de la apropiación indebida y la administración desleal (LO 1/2015), se ha producido, en realidad, un desdoblamiento dogmático de la apropiación indebida en cuanto a la regulación del dinero como objeto del delito, de manera que existe ahora una apropiación indebida propia y otra que podemos denominar impropia. La primera, recae sobre cosas muebles no fungibles, como efectos, valores o cualquier otra cosa mueble que tenga esa última característica (no fungible); y la segunda, la que recae propiamente sobre dinero, u otra cosa fungible. No se trata propiamente de una administración desleal, puesto que el autor no ha recibido facultad alguna del comitente para llevar a cabo actos de gestión del patrimonio ajeno, sino simplemente de custodia o depósito, incluida la comisión como algo diferente de la administración, de tal dinero o cosa fungible.

Cuando se trata de cosas no fungibles, el delito de apropiación indebida requiere como elementos de tipo objetivo: a) que el autor lo reciba en virtud de depósito, comisión, o custodia, o cualquier otro título que produzca la obligación de entregar o devolver el mismo objeto; 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.

En relación con el título de recepción la jurisprudencia de esta Sala ha declarado el carácter de *numerus apertus* del precepto en el que caben, precisamente por el carácter abierto de la fórmula, aquellas relaciones jurídicas de carácter complejo y atípico que no encajan en ninguna de las categorías concretadas por la ley o el uso civil o mercantil, sin otro requisito que el exigido por la norma penal, esto es, que se origine una obligación de entregar o devolver.

Pues, bien, recobrando los hechos probados de la Sentencia recurrida, lo que se entrega a los conductores del camión es propiamente un contenedor cerrado con un precinto, esto es, la cabina de carga del camión, que no puede ser abierta por los conductores, por lo que, en tal caso, carecen de la posesión de lo que contuviera tal contenedor, lo que supone que no han tenido nunca la posesión de dichas prendas de vestir.

En efecto, no se describe en la sentencia recurrida que los conductores tuvieran acceso a la carga, sino todo lo contrario, puesto que existía un precinto del habitáculo de la misma, que no podían "tocar", lo que cual produce que los conductores no tuvieron nunca la posesión del contenido material del interior de la cabina de carga, ya que carecían de la posibilidad de inspeccionar dicha carga, como así se pone de manifiesto, y tampoco se describe en la sentencia recurrida quién o quiénes se apropiaron indebidamente de las cajas de las prendas de vestir, siendo así que se trataba de dos camioneros.

El delito de apropiación indebida exige como forma comisiva una actuación del autor que al encontrarse en posesión de aquello que debe entregar a un tercero o devolver a quien se lo ha confiado, hace suyo ilegítimamente tal objeto. Pero en la sentencia recurrida no se describe el modo, es decir, cómo se ha cometido tal acción. Ni cuándo se ha desprecintado la carga (es decir, la puerta trasera de carga del camión), ni por quién, sino simplemente se relata que, al llegar a Arroyomolinos, abrió la puerta el acusado, lo que se encuentra prohibido, dice la Sentencia recurrida, tratando de disimular aquel que el precinto de la carga había sido previamente manipulado.

- La STS 761/2014, de 12 de noviembre, en un caso en que el dinero estaba guardado en una caja fuerte de la que no tenían llave los acusados, llegó a la misma conclusión, entendiendo que, al no tener la posesión, no podían cometer un delito de apropiación indebida.

En efecto, si los acusados en ese precedente no tenían la llave de la caja fuerte, no poseían lo que en su interior se guardaba. Aquí ocurre lo propio: si los conductores del camión no tienen legítimo acceso a la carga del camión, por venir precintada la puerta de acceso a la cabina de carga del mismo, no tienen la posesión de lo transportado, y consiguientemente, no pueden apropiarse indebidamente de ello.

Así lo expresa la STS 761/2014, citada:

«Si los acusados no conservaron ninguna llave que les permitiera la apertura de la caja, es evidente que ningún poder dispositivo ostentaban sobre lo allí guardado. Esa falta de disponibilidad sobre el dinero implica que no lo poseían, por lo que no estuvieron en condiciones de apropiarse indebidamente de él, en los términos que sanciona el artículo 252 del CP. Falta la principal premisa, el dinero del que se apropiaron nunca estuvo en su esfera de disposición. Nunca lo recibieron.

La ausencia de esa premisa conlleva la de uno de los elementos esenciales del delito de apropiación indebida, cual es el quebranto de la confianza que el propietario de los bienes deposita en aquel a quien se los entrega, no para que los haga suyos, sino con el compromiso de devolverlos. En este caso no se dio esa especial relación de confianza que los acusados hubieran debido quebrantar para que su comportamiento integrara un delito de apropiación

indebida. Es cierto que la caja fuerte donde se guardó el dinero estaba en el domicilio los acusados, pero la confianza que en ellos depositó el propietario del dinero no abarcó el acceso al efectivo, ni aun menos su posesión por cualquier título que les autorizara a utilizarlo y devolver otro tanto. Por el contrario, les puso trabas, ya que, si ellos no disponían de llave para la apertura de la caja, no tenían posibilidad lícita de alcanzar su contenido. De tal manera que no podemos entender que el apoderamiento del dinero supusiera el quebranto de una especial confianza, sino un simple acto de sustracción».

Al no tener la posesión de la carga, por estar precintada, y fuera de las posibilidades de aprehensión del acusado, la calificación jurídica resultante, una vez que se han quebrantado los precintos, sería la de robo, como ocurre igualmente en la Sentencia citada ("entendemos que realmente los mismos [hechos] integran un delito de robo"), pero tal calificación no ha sido imputada, razón por la cual el motivo será estimado.

DATOS SENTENCIA

Sentencia núm. 746/2018

Fecha de sentencia: 13/02/2019

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION

Número del procedimiento: 2338/2017

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

TEMA

Regularización tributaria. Su efecto exonerador queda bloqueado cuando se recibe una citación para declarar desde la Fiscalía "por delitos contra la Hacienda Pública", aunque no se consigne ni el concepto tributario, ni el ejercicio concreto. Responsabilidad penal de personas jurídicas: Moderación de las penas de multa cuando se imponen tanto a la persona física responsable penal como a la persona jurídica por cuya cuenta actuó. Pautas para la modulación.

ASPECTOS EXAMINADOS

- Regularización tributaria. Su efecto exonerador queda bloqueado cuando se recibe una citación para declarar desde la Fiscalía "por delitos contra la Hacienda Pública", aunque no se consigne ni el concepto tributario, ni el ejercicio concreto. El tema atinente a la regularización se plantea así: La citación realizada por el Ministerio Fiscal el día 25 de febrero de 2014 (folio 1125) se dirigió al acusado como persona física y no en su condición de representante de alguna sociedad. Se le emplazaba para comparecer a prestar declaración por diversas infracciones penales entre las que aparecía mencionado un delito contra la Hacienda Pública, en términos inespecíficos. Fue recibida el día 28 de febrero (folio 1124). ¿Era suficiente tal diligencia para cancelar las posibilidades de regularización con eficacia exoneradora ex art. 305 CP? El recurrente realizó una regularización completa el día 10 de marzo de 2014 en relación a la deuda que sustenta la condena; dos días antes de la fecha señalada para su declaración en Fiscalía y cuatro días antes de la comparecencia efectiva (en tanto que su letrado solicitó la suspensión de la declaración fijada inicialmente para el día 12: folio 1145). Podemos constatar, primeramente, confirmando lo que razonábamos en el fundamento anterior para desestimar el motivo segundo, que todos los datos alegados por el recurso figuran en la sentencia (fuera de la mención a la citación el día 12 de marzo: la primera citación se realizó el 25 de febrero). Pues bien, hay que rechazar que estemos ante una regularización espontánea que es lo que quiere premiar el art. 305.4 CP (vid. STS 426/2018, de 26 de septiembre) quizás con no demasiada fortuna por cuanto algunas hipótesis en que la espontaneidad podría ser más que cuestionable la literalidad del art. 305.4 CP no alcanza a privarles de ese valor exonerador. No es este el caso. El recurrente se aferra al carácter equívoco o ambivalente de la citación. Se refería genéricamente a delitos de falsedad, malversación y contra la Hacienda Pública. La alusión a un delito contra la Hacienda Pública podría apuntar a él como persona física o a alguna de las entidades de la que es representante y socio, que no es solo AAA S.L. Además, no se especificaba ni ejercicio; ni concepto impositivo. En abstracto podría ser un tributo diferente al impuesto de Sociedades (IVA, IRPF...). Corolario de todo ello sería que no se habría llegado a producir el efecto bloqueador de la citación de la Fiscalía, por falta de concreción respecto del posible delito contra la Hacienda Pública dimanante del Impuesto de Sociedades de tal mercantil vinculado al año 2010. La regularización efectuada en marzo de 2014 atraería el abrigo de la excusa absolutoria (convertida

en la reforma de 2012 en una extraña causa de atipicidad sobrevenida: carece ahora de toda significación profundizar en su actual naturaleza).

No puede defenderse esa exégesis que resulta tan artificiosa y formalista como contraria al espíritu de la norma. El Legislador quiere fomentar mediante ese expediente (antes excusa absolutoria; ahora, tras su remodelación en 2012, de naturaleza controvertida) la regularización espontánea. Solo en ese caso se descubren razones para proceder a un perdón legal absoluto (nos movemos en esta argumentación usando términos y conceptos anteriores a la reforma de 2012). Si fuese de otra forma, se provocaría justamente el efecto inverso al perseguido: más defraudaciones, y menos recaudación. El contribuyente poco escrupuloso se vería invitado a defraudar en la confianza de que, si su maniobra es detectada, mantendrá la posibilidad de eludir la pena abonando lo adeudado cuando la citación que le alerta de ello no ha sido lo suficientemente precisa; en muchas ocasiones porque todavía no puede serlo.

Si la investigación que determina la citación del supuesto responsable se refiere precisamente a la conducta constitutiva de la defraudación y el acusado es notificado se produce el efecto de bloqueo automático; aunque la citación no sea totalmente precisa o no esté detallada en todos sus términos. No cabe refugiarse en una ignorancia deliberada, por utilizar una fórmula con raigambre en la penalística: prefiero no enterarme de por qué hechos concretos me citan. Con esa citación el recurrente, lógicamente conocedor de sus actuaciones previas, había de deducir de forma segura que sólo a esos hechos podía referirse. Será por tanto más ignorancia fingida que ignorancia deliberada.

Hipotetizando: si la investigación abierta en fiscalía se hubiese referido a otras defraudaciones a la Hacienda, delictivas o no, y el recurrente hubiese regularizado esta otra deuda aún no descubierta, cabría tener por regularizada con esta eficacia despenalizadora (¡o destipificadora!) la defraudación neutralizada. Aunque lo hubiese hecho en el convencimiento equivocado de que había sido descubierto el fraude. Sería, si se quiere, una regularización por rebote, pero válida, es decir con eficacia exculpante.

Pero si la investigación apuntaba precisa y derechamente a esa deuda y el recurrente había de intuirlo necesariamente, no le es dable escudarse en la débil y formal excusa de que en abstracto podría hacer referencia a otros impuestos, otros sujetos pasivos, u otros ejercicios. En abstracto sí; pero en concreto tenía que ser consciente de que solo a esos podía referirse. Y a esos se refería.

El Código Penal quiere premiar la espontaneidad. Este principio inspirador es herramienta exegética de primer orden para dar solución a problemas concretos de la regularización como el aquí planteado. Una regularización forzada por tomarse conciencia "oficial" de que ha sido detectada la defraudación no excluye la responsabilidad penal. La falta de espontaneidad se presume a través del establecimiento legislativo de diversas causas de bloqueo: a) notificación de actuaciones inspectoras por parte de la Administración; b) notificación de la interposición de querrela o denuncia por parte del Ministerio Fiscal, el Abogado del Estado o el representante procesal de la Administración autonómica, foral o local que corresponda; y c) notificación de la iniciación de una investigación penal. Su denominador común es que desvelan al defraudador que su acción ilícita está siendo investigada y, por tanto, en vías de ser detectada.

El art. 305.4 CP enuncia como primera y principal causa de bloqueo la notificación por la Administración Tributaria de las actuaciones inspectoras de comprobación o investigación tendentes a la determinación de la deuda tributaria objeto de regularización. Los preceptos legales requieren que la regularización se realice antes de que la Administración correspondiente notifique la iniciación de actuaciones inspectoras tendentes a la determinación de las deudas tributarias objeto de regularización. Un requerimiento o notificación formal resulta imprescindible para que opere la causa de bloqueo. El sujeto ciertamente podría haber llegado a conocer el inicio de las actuaciones inspectoras por una vía distinta, y regularizar con urgencia antes de recibir la notificación oficial. Pese a no existir espontaneidad, en ese supuesto deberá respetarse el resultado desincriminador porque lo señala así la ley en pro de la seguridad jurídica.

El bloqueo por notificación de la interposición de querrela o denuncia según la doctrina mayoritaria y la jurisprudencia requiere un acto efectivo de notificación para aportar idéntica seguridad jurídica y por coherencia sistemática. Pero no se reclama una identificación precisa y detallada del impuesto defraudado.

El tercer muro que cierra el paso a una regularización exoneradora se levanta cuando el Ministerio Fiscal o el Juez de Instrucción llevan a cabo actuaciones que permitan al autor tomar conocimiento formal de la iniciación de diligencias. Es el supuesto al que nos enfrentamos ahora. Se requiere un conocimiento oficial, esto es, que la apertura de la investigación se comunique a las personas que serían responsables del delito en cuestión. Este conocimiento concurre cuando se llama al contribuyente para declarar como investigado. Eso es lo acaecido en este caso con la citación formal desde la Fiscalía.

La jurisprudencia que evoca el recurrente en defensa de su tesis está sacada de contexto: se refiere a un problema diferente, la prescripción. No es lo mismo la concreción exigible a un acto de investigación a efectos de interrumpir el plazo de prescripción de un delito; que la reclamable a una citación para cancelar la posibilidad de una regularización despenalizadora.

- Responsabilidad penal de personas jurídicas: Moderación de las penas de multa cuando se imponen tanto a la persona física responsable penal como a la persona jurídica por cuya cuenta actuó. Pautas para la modulación.

No se ha sopesado la posibilidad de moderar las cuantías de las penas pecuniarias cuando se imponen tanto a la persona física responsable como a la persona jurídica por cuya cuenta actúa (motivo quinto). La concurrencia de sendas multas impuestas respectivamente al administrador social como autor (art. 31) y a la sociedad a la que representa, en virtud del art. 31 bis, obliga a una modulación de las cuantías según disponía el inciso final del art. 31 bis. 2 CP- (actual art. 31 ter 1) para evitar un total desproporcionado en relación a la gravedad del único hecho castigado.

Ese imperativo legal se intensifica cuando el administrador es, a su vez, socio de la entidad. Más aún si es el socio mayoritario o, no llegando a serlo, tiene una posición relevante o significativa.

Si fuese socio único se produce un cambio cualitativo en tanto que esa situación comportará que las dos penas de multa en definitiva sean soportadas por la misma persona individual (una, directamente; la otra, indirectamente al disminuir el patrimonio de la sociedad mercantil de la que es exclusivo titular). En ese concreto supuesto surgirá una problemática de mayor enjundia: afectaría a principios como el non bis in ídem.

Aquí la redacción de los escritos de acusación de Fiscal y Abogacía del Estado alimentaban ese equívoco (inducen a pensar que el recurrente era el único socio de AAA S.L.). La consulta directa de los autos (art 899 LECrim) nos ha permitido constatar que es socio relevante (al parecer, cuenta con el 50% de las participaciones); pero no el único socio pues hay otro partícipe (un familiar muy cercano).

Eso nos obliga a aterrizar en la especial problemática sobre el alcance que debe darse a la aludida norma penológica invocada en el recurso (art. 31 ter 1 que es fiel reproducción del anterior art. 31 bis 2 inciso final: no es por tanto prescripción no vigente en el momento de los hechos como alega el Abogado del Estado); y nos distancia de la procelosa cuestión del tratamiento de las sociedades unipersonales.

Puede discutirse si el mandato de modular las cuantías llega al punto de permitir franquear el mínimo legal; o, por el contrario, queda vedada esa eficacia extraordinaria.

La STS 583/2017, de 19 de julio implícitamente sugiere que la modulación a que autoriza -o, mejor, que impone- la ley en esos casos no llega al punto de rebasar el mínimo legal. Pero no acaba de pronunciarse sobre esa cuestión de manera expresa. Sí lo hace explícitamente un obiter dicta de la STS 159/2016, de 29 de febrero ("... no permite... una reducción por debajo del límite mínimo legal" dice refiriéndose al art. 31 ter, 1, último inciso).

La interpretación gramatical no arroja conclusiones claras sobre ese punto. El término modular se utiliza por el legislador con un sentido un tanto figurado. En sus acepciones usuales el vocablo está pensado para mundos o campos diferentes al de una cuantificación. Pudiera entenderse que evoca graduaciones, cambios o movimientos dentro de una escala, pero sin rebasarla. Pero no puede decirse rotundamente que el término excluya franquear los extremos de la propia escala: ir por debajo de ella, no deja de ser una manera de modular.

No es concluyente la interpretación puramente gramatical.

En el plano de una interpretación teleológica, muchos comentaristas sugieren que la previsión está pensando en personas jurídicas de escasas dimensiones o, más aún, en supuestos, como el presente, en que la persona física penalmente responsable es también socio mayoritario o muy relevante de la mercantil. De esa forma, se arguye, se armoniza la duplicidad, a veces más formal que material de sujetos responsables con la prohibición del bis in ídem. De ahí que el código fije como parámetro o referente de la buscada proporcionalidad la suma de las cuantías respectivas de las multas.

Si partimos de esa óptica, podremos colegir como criterio esclarecedor de enorme valor práctico una premisa: la multa total que realmente llegue a sufrir el administrador condenado, de forma directa (por venirle impuesta a él como responsable del delito) o indirecta (por ser cotitular de la sociedad también responsable penalmente), no debe sobrepasar el máximo previsto para el concreto delito objeto de condena (en el caso del delito de defraudación tributaria, el séxtuple de lo defraudado: art. 305 CP; para la persona jurídica sería en este caso el doble: art. 310 bis reformado en 2015). Ese -el séxtuple- sería el techo infranqueable, que no deberían superar ambas multas si el responsable penal fuese titular del 99%, v.gr. de la Sociedad.

En cuanto al suelo, si se estima que se pueden desbordar los umbrales mínimos fijados, la suma de ambas multas habría de superar siempre el mínimo (el tanto en este caso: art. 310 bis) por cuanto nunca debería admitirse que la dual responsabilidad penal (persona física y persona jurídica) suponga de facto una atenuación. Si se admite la excepcional disminución por debajo del mínimo legal cuando así lo aconseje el principio de proporcionalidad, procederá muy significadamente cuando lo imponga la necesidad de respetar el non bis in ídem por superponerse la condición de administrador condenado a la de titular mayoritario de la sociedad (orillamos ahora el supuesto de que fuese el único titular, que lleva a un campo de discusión diferente)

Aquí, al administrador responsable penal correspondía una pena de multa del tanto al séxtuple (entre 372.571,92 y 2.235.431,52 euros). La presencia de dos atenuantes -una de ellas muy cualificada-, llevó a la Audiencia a rebajar la pena dos grados lo que arroja una cifra comprendida entre 93.143 y 186.286 euros). La pena efectivamente impuesta ha sido de 93.143 euros (auto de aclaración).

A la Sociedad correspondería una pena del doble al cuádruple (745.143,84 sería el mínimo; y 1.490.287,68 el máximo) según la legislación vigente en el momento de los hechos.

La reforma penal de 2015 ha rebajado esa multa al modificar el art. 310 bis, fijándola en un monto que debe oscilar entre el tanto y el doble (dado que la pena en abstracto asignada a la persona física no sobrepasa los cinco años): entre 372.571,92 y 754.143.84 euros. Es aplicable retroactivamente tal norma por resultar beneficiosa. Parece no haber reparado en ello la Audiencia.

La atenuante cualificada de reparación es predicable también de la persona jurídica. No cabe duda.

Es discutible, en cambio, que quepa proyectar en la persona jurídica la atenuante de dilaciones indebidas (art. 31 quarter actual y anterior art. 31 bis 4). Pero lo que no admite controversia es que esa circunstancia -retrasos- puede y debe ser tomada en consideración en cualquier caso a efectos de graduar la pena dentro del marco legal (arts. 66 y 66 bis CP).

La Sala ha cuantificado la multa en 200.000 euros. Se encuentra dentro del marco legal si suponemos (en esto la Sala de instancia omite un razonamiento expreso) que optó por una única degradación (la asimetría respecto a la persona física sería explicable en virtud de la cuestionable aplicabilidad de las dilaciones indebida con el carácter de atenuante; aunque lo coherente pareciera ser la doble degradación). La pena inferior en un grado se movería entre 186.286 y 372.570 (redondeamos cuantías huyendo de una exactitud que degeneraría en manía, moviéndonos en estas cifras). En esa horquilla se encuentra la cifra fijada.

Y la pena inferior en dos grados estaría comprendida entre 93.143 y 186.285 euros.

La cuantificación de la Sala de instancia es correcta: 200.000 euros. Aunque es superior al mínimo legal: solo se rebaja un grado. Quizás ello se deba a que el Tribunal consideró que no debía apreciar la atenuante de dilaciones indebidas. Quizás sencillamente se ha equivocado al tener a la vista el texto legal vigente en el momento de los hechos y no la reforma de 2015 que reformatea la penalidad atribuible a las personas jurídicas en estas infracciones. La ausencia de un razonamiento individualizador nos impide conocer qué razones se ponderaron para fijar esa cuantía.

Veamos a continuación si resulta obligada o, al menos, aconsejable la moderación prevista en el art. 31 bis.2 surgido de la reforma de 2010 (o actual art. 31 ter 1).

La suma de ambas multas (que en buena parte padecerá en su patrimonio la única persona física condenada) asciende a 293.143 euros.

El delito le es exclusivamente atribuible a JJJ. Y a él como persona física responsable penal de tal delito le correspondería en exclusiva una pena que, en virtud de las operaciones dosimétricas asumidas por la Sala, no podría rebasar un total de 186.286 euros.

A la persona jurídica le correspondería (art. 310 bis) una pena de multa cuyo máximo estaría en 372.570 euros.

De estos cálculos se desprende que la exacerbación sería en abstracto tolerable: 293.143 euros es cifra que está por debajo del máximo a imponer a la sociedad responsable penal. Si la Sala hubiese motivado en esa forma justificando cumplidamente por qué no consideraba necesario ir por debajo de esa suma, estaríamos ante un ejercicio de discrecionalidad que, si estuviese razonablemente apuntalado, no sería revisable en casación (art. 72 CP).

Pero al no haber tomado en consideración la mentada regla penológica de moderación que parece haber olvidado y flotando también la sensación de que estableció la penalidad sin percatarse de la reforma más beneficiosa de 2015, se impone la casación de la sentencia en ese particular retomándose en esta sede la operación individualizadora.

Consideramos que siendo el responsable penal, un socio con una participación relevante (cincuenta por ciento, al parecer) y, por tanto, que de forma oblicua soportará buena parte de la pena de multa impuesta a la entidad mercantil, que goza de personalidad jurídica propia (aunque es presumible tanto su carácter familiar como su escasa complejidad), no hay razones para apartarse demasiado por arriba en la pena de multa del quantum a que se llegaría si Áridos del Curro no fuese una sociedad limitada sino una empresa individual. De ahí que consideremos ponderado reducir la multa impuesta a la Sociedad a la cuantía de 100.000 euros. De esa forma el total -190.000 euros- se presenta como proporcionado. Sobrepasa en muy escasa medida lo que corresponde como techo a la persona física individual. Es, por otra parte, cifra armónica también con el arco penológico atribuible a la persona jurídica condenada por un delito de defraudación tributaria.

DATOS SENTENCIA

Sentencia núm. 11/2019

Fecha de sentencia: 17/01/2019

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION (P)

Número del procedimiento: 10164/2018 P

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

TEMA

Acumulación de penas: Imposibilidad de descomponer la pena impuesta por un delito continuado del artículo 74 del Código Penal, en diversas penas que sancionen cada una de las infracciones penales integradas en la continuidad delictiva.

ASPECTOS EXAMINADOS

- Imposibilidad de descomponer la pena impuesta por un delito continuado del artículo 74 del Código Penal, en diversas penas que sancionen cada una de las infracciones penales integradas en la continuidad delictiva, minorando así la pena más grave y la limitación de cumplimiento fijada en el artículo 76 del Código Penal.

Nuestro acuerdo de Pleno no jurisdiccional de fecha 3 de febrero de 2016, estableció que «La acumulación de penas deberá realizarse partiendo de la sentencia más antigua, pues al contenerse en ella los hechos enjuiciados en primer lugar, servirá de referencia respecto de los demás hechos enjuiciados en las otras sentencias. A esa condena se acumularán todas las posteriores relativas a hechos cometidos antes de esa primera sentencia», y añadió también que: «Las condenas cuya acumulación proceda respecto de esta sentencia más antigua, ya no podrán ser objeto de posteriores operaciones de acumulación en relación con las demás sentencias restantes. Sin embargo, si la acumulación no es viable, nada impediría su reconsideración respecto de cualquiera de las sentencias» (SSTS 866/2016, de 16 de noviembre, 940/16, de 15 de diciembre, 14/17, de 19 de enero o 96/2017, de 17 de febrero).

Con posterioridad a dicho acuerdo, fruto de la nueva redacción del artículo 76.2 del Código Penal, en la que se fija como único requisito de la acumulación el elemento cronológico, en el sentido de que las penas que se acumulen lo sean por hechos perpetrados antes de la fecha de la sentencia de aquellos que, siendo objeto de acumulación, lo hubiera sido en primer lugar (sin ninguna otra exigencia a cómo debe formarse ese bloque), hemos alcanzado una modificación del criterio jurisprudencial hasta entonces seguido, permitiéndose hoy la elección de la ejecutoria más antigua que sirva de base a la acumulación (SSTS 338/2016 y 339/2016, de 21 de abril; 579/2016, de 30 de junio ó 790/2016, de 20 de octubre). Ello supone que la ejecutoria más antigua, cuya fecha de sentencia operará como acotación cronológica de los hechos anteriores que se le agrupen, podrá ser aquella de la que se derive la refundición de menor gravamen o más favorable para el penado, esto es, la que viene referencia en cuarto lugar, tal y como el recurso reclama.

Lo expuesto no posibilita la pretensión del recurrente de que la pena que se le impuso como autor de un delito continuado de robo, por un criterio de favorecimiento al penado deba descomponerse en tantas penas inferiores como hechos delictivos se hayan englobado en el delito continuado, fijándose ahora la individuación de las penas oportunas y rebajando así la limitación de cumplimiento del tripló de los de 4 años y 6 meses de prisión que se le impusieron con sujeción al artículo 74 del Código Penal.

Aun cuando el delito continuado surge de una pluralidad de acciones que vienen acompañadas de un dolo unitario o que, por más que emanen de intencionalidades diferenciadas, responden al aprovechamiento de una ocasión semejante, atacando los mismos o semejantes bienes jurídicos, no se trata de una figura destinada a resolver, en beneficio del reo, el rigor que puede resultar de la acumulación de penas en un concurso real de delitos, tal y como el recurrente sugiere (SSTS 482/2000, de 21 de marzo o 136/2002, de 6 de febrero). El delito continuado se caracteriza porque entre las acciones perpetradas por el sujeto activo confluye una unidad objetiva, que muestra una misma antijuricidad material y justifica su punición unitaria. Es la homogeneidad de los actos y del bien jurídico atacado, modelada por la búsqueda de una única meta o por el aprovechamiento de una ocasión repetida, la que muestra el exceso de que se sancionen separadamente unas actuaciones que lo que dibujan es una misma trayectoria o progresión delictiva, pero sin eludir el mayor desvalor que supone la permanencia o insistencia en el quebranto de los bienes jurídicos que el tipo penal defiende, justificándose así la potenciación de la pena que hubiera correspondido a cada uno de esos ataques individuales. Por ello, la descomposición penológica resulta sustantivamente inalcanzable, por más que la subsidiaria individualización que se reclama quedaría también fuera de las funciones casacionales de esta Sala o de las que corresponden al propio órgano que resuelve sobre la acumulación que se impugna.

DATOS SENTENCIA

Sentencia núm. 19/2019

Fecha de sentencia: 23/01/2019

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION

Número del procedimiento: 925/2018

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

TEMA

Delito de abusos sexuales. Prueba preconstituida. Requisitos para su validez.

ASPECTOS EXAMINADOS

- El fundamento de impugnación es el de la corrección de la prueba preconstituida por vulneración, según denuncia, de la contradicción efectiva en la prueba al no haber estado presente el acusado y su defensa. A tal efecto argumenta desde la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y, concretamente, desde la sentencia *Unterperthinger* contra Austria, de 24 noviembre 1986, que recuerda que, como regla fundamental y general, que la prueba del sumario pueda ser valorada como prueba de cargo cuando se cumplen las exigencias previstas en el artículo seis del Convenio europeo, garantizando la contradicción, esto es, la oportunidad de interrogar o hacer interrogar a los testigos del caso.

La cuestión objeto del presente recurso ha sido abordada por la jurisprudencia de esta Sala que se ha pronunciado en reiteradas ocasiones sobre las cautelas que deben ser adoptadas cuando, para la acreditación de un hecho, es preciso y necesario acudir a la exploración de un menor, y los problemas que plantea las necesidades de la contradicción efectiva en la práctica de la prueba con los superiores intereses del menor que obligan a los tribunales a la observancia de la decisión marco del Consejo de la Unión Europea de 15 marzo 2001 por la que “los Estados miembros garantizarán, cuando sea necesario proteger a las víctimas, y sobre todo a los más vulnerables, de las consecuencias de prestar declaración en audiencia pública, que éstas puedan, por resolución judicial, testificar en condiciones que permitan alcanzar ese objetivo por cualquier medio adecuado compatible con los principios fundamentales de su derecho”; y también con la Directiva 212/29/UE calienta medidas necesarias para asegurar las declaraciones de niños y niñas disponiendo que se desarrollen en lugares adecuados y sean conducidas por expertos especialmente capacitados para ello. En la sentencia 538/2018, de 8 noviembre señalamos que “cuando se trata de testigos menores de edad... se ha admitido la imposibilidad de acudir al testigo directo está basada la inconveniencia de someter a aquéllos a un nuevo interrogatorio, acreditada por informes periciales adecuados.” En este sentido se ha estimado procedente la práctica de la prueba preconstituida ante la previsión de imposibilidad de practicar una prueba testifical en el juicio, con el fin de evitar riesgos de victimización secundaria y cuando sea previsible que dicha comparecencia pueda ocasionar daños psicológicos a los menores, añadiendo que “ha de hacerse siempre salvaguardando el derecho de defensa del acusado, por lo que tiene que sustituirse la declaración en el juicio por la reproducción videográfica de la grabación de la exploración realizada durante la instrucción de la causa, en cuyo desarrollo haya sido debidamente preservado el derecho de las partes a introducir a los menores cuantas preguntas declaraciones estimen necesarias, practicada en fechas próximas a la de ocurrencia de los hechos perseguidos”. Y ello porque, como dijo la sentencia del Tribunal Constitucional 174/2011, del 7 noviembre, la causa legítima que justifica la pretensión de impedir, limitar su presencia en el juicio para someterse al interrogatorio personal de la acusación y la defensa, tiene que ver tanto con la naturaleza del delito investigado (que puede reclamar una mayor garantía de su intimidad) como por la desidia de preservar su estabilidad emocional y normal desarrollo personal”. En tales supuestos, las manifestaciones verbales de los menores pueden llegar a erigirse en prueba de cargo decisiva para fundar la condena, si bien únicamente cuando se hubiera dado acusado la posibilidad de ejercer adecuadamente su derecho de defensa, a cuyo fin los órganos judiciales están obligados a tomar prevenciones que contrapesen los déficits de defensa que derivan de la imposibilidad de interrogar personalmente al testigo de cargo del juicio oral.

En la Sentencia 156/2017, del 13 marzo, recogimos la del Tribunal Constitucional, Sentencia 134/2010, de 2 diciembre, en la que el alto Tribunal afirmaba “en concreto, hemos condicionado la validez como prueba de cargo preconstituida de las declaraciones prestadas en fase sumarial al cumplimiento de una serie de requisitos que hemos clasificado como: materiales, por la imposibilidad de reproducción en el acto del juicio oral, subjetivos, por la necesaria intervención del juez de instrucción, objetivos porque debe garantizarse la posibilidad de contradicción y asistencia letrada al imputado, y formales por la introducción de su contenido en el juicio oral a través de la lectura del acta o reproducción de la grabación realizada del sumario, lo que posibilita que su contenido hacer al debate procesal público y se someta con tradición en el juicio al ante juez o tribunal sentenciados.

En el mismo sentido la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, caso de *Gani* contra España, 19 febrero 2013, reproduce la anterior doctrina del sentido de que todas las pruebas se deben practicar en presencia del acusado, en la vista pública con el fin de que puedan ser confrontadas, no obstante, la autorización como prueba de las declaraciones obtenidas en fase de investigación policial y de las diligencias judiciales no entra, por sí misma, en contradicción con el artículo 6, 1 y 3 del Convenio “siempre y cuando los derechos de la defensa hayan sido respetados. Como regla, esos derechos requieren que al demandado se le dé oportunidad de contradecir e interrogar a un testigo de testimonio en su contra, bien en el momento en que estuvieran testificando o en una fase posterior del procedimiento”, extremo este último en el que el Tribunal Europeo se apoya en su anterior sentencia caso *Unterperthinger* contra Austria, que el recurrente invocaba como fundamento de su decisión.

La Sentencia 1002/2016 de 19 enero, reproduce en su argumentación la sentencia de Gani contra España, anteriormente mencionada, destacando que para conformar una correcta observancia de la contradicción efectiva, una vez asumida la necesidad de prever supuestos de imposibilidad de desarrollo de la prueba en el juicio oral, propiciando que el acusado puede intervenir en su desarrollo para contradecir la prueba y que la contradicción efectiva se rellena cuando en las declaraciones que haya efectuado una persona se dé oportunidad al acusado de interrogar, o hacer su ruego, durante las diligencias por el juicio. No obstante, "la ausencia de contradicción carece de trascendencia si es imputable en exclusiva a las partes pasivas. Así sucede, por ejemplo, cuando el acusado se ha situado conscientemente en rebeldía, o cuando debidamente citado no ha asistido interrogatorio efectuado en fase de destrucción. En esos casos, hubo posibilidad de contradicción; otra cosa es que no fuera aprovechada por la defensa. El principio de contradicción se respeta, no sólo cuando el demandante goza de la posibilidad de intervenir en el interrogatorio de quien declara en su contra, sino también cuando tal efectiva intervención no llega a tener lugar por motivos o circunstancias que no se deben a una actuación judicial constitucionalmente censurables. (SSTC 80/2003,187/2003,134/2010). "es suficiente haber contado con la posibilidad de interrogar y no es indispensable un interrogatorio efectivo".

En el caso de la casación el acusado fue efectivamente citado a la diligencia en la que se practicó la prueba preconstituida. Conocía la existencia del proceso y conocía la celebración de la diligencia y su condición de imputado en la misma. Y no compareció, por lo que la misma se practicó en su ausencia una vez constatada la citación. El que ocho meses después la abogada que había asistido en una anterior declaración expresara la imposibilidad de desplazarse para asumir la defensa del imputado solicitando una designación de letrado no es óbice para la consideración que el tribunal realiza sobre la correcta observancia del principio de contradicción efectiva.

Ciertamente el tiempo de la citación en la prueba preconstituida el imputado, a través de su defensa, expresó la carencia de medios económicos para desplazarse a Córdoba, donde se realizaría la preconstitución de la prueba, pero no advirtió de su deseo de asistir y ser representado.

En todo caso, en el juicio oral la incomparecencia de los testigos, la entonces menor, su madre y el compañero de su madre, no fue objeto de un cuestionamiento concreto sobre el déficit de contradicción y se procedió al visionado de la prueba preconstituida lo que provocó una suspensión del juicio para subsanar y solucionar técnicamente el problema que impedía su visionado. Implícitamente se admitió la corrección y regularidad de la prueba, la observancia del derecho de defensa y el imputado no cuestionó su regularidad en el juicio.

Constatada la regularidad en la obtención de la prueba, su contenido, que no es discutido por el recurrente, tiene sentido preciso de cargo para conformación del hecho probado en los términos que ha realizado la sentencia. Consecuentemente, el motivo se desestima.

DATOS SENTENCIA

Sentencia núm. 34/2019

Fecha de sentencia: 30/01/2019

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION (P)

Número del procedimiento: 10433/2018 P

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

TEMA

Conexidad: Las normas sobre conexidad deben ser interpretadas flexiblemente y la aplicación indebida de estas normas no conlleva necesariamente la nulidad procesal. Blanqueo de capitales: No precede la condena por este delito si no se acredita la concurrencia de la finalidad de reconvertir los bienes de procedencia ilícita en bienes de procedencia lícita.

ASPECTOS EXAMINADOS

- Conexidad: Las normas sobre conexidad deben ser interpretadas flexiblemente y la aplicación indebida de estas normas no conlleva necesariamente la nulidad procesal salvo que se haya buscado intencionadamente un juez o tribunal distinto del que legalmente pudiera haber correspondido.

La cuestión que se suscita por el recurrente es en qué medida una eventual vulneración de las normas sobre investigación conjunta de hechos que supuestamente no guardan conexidad puede dar lugar a la nulidad de actuaciones.

Para contextualizar la respuesta, y abordando el problema desde la perspectiva más amplia, debe recordarse que en relación con el derecho al juez ordinario predeterminado por la ley (STS 757/2009, de 1 de julio y de la STC 156/2007, de 2 de julio), que "[...] es doctrina constitucional reiterada que dicho derecho exige, de un lado, la preexistencia de unas pautas generales

de atribución competencial que permitan determinar, en cada supuesto, cuál es el Juzgado o Tribunal que ha de conocer del litigio (SSTC 102/2000, de 10 de abril, F. 3; 87/2000, de 27 de marzo, F. 4; 68/2001, de 17 de marzo, F. 2; 69/2001, de 17 de marzo, F. 5; 37/2003, de 25 de febrero, F., y 115/2006, de 24 de abril, F. 9), salvaguardando así la garantía de independencia e imparcialidad de los Jueces que conforma el interés directo preservado por aquel derecho y, de otra parte, que el órgano judicial llamado a conocer de un caso haya sido creado previamente por la norma jurídica, que ésta le haya dotado de jurisdicción y competencia con anterioridad al hecho que motiva su actuación y, finalmente, que por el régimen orgánico y procesal al que esté sometido no pueda calificarse como órgano especial o excepcional (SSTC 171/1999, de 27 de septiembre, F. 2; 35/2000, de 14 de febrero, F. 2; 102/2000, de 10 de abril, F. 3; 68/2001, de 17 de marzo, F. 2; 69/2001, de 17 de marzo, F. 5; 170/2002, de 30 de septiembre, F. 10; 37/2003, de 25 de febrero, F. 4) [...].

El Tribunal Constitucional también ha remarcado que la determinación del órgano judicial competente es una materia que concierne exclusivamente a la jurisdicción ordinaria (STS 126/2000, de 16 de mayo) y que “[...] esta cuestión sólo tendrá trascendencia constitucional cuando la interpretación y aplicación de la norma correspondiente se haya realizado de un modo manifiestamente irrazonable o arbitrario [...]” (STC 35/200, de 14 de febrero, 113/1999, de 28 de abril, 170/2000, de 26 de junio, entre otras).

En este sentido cabe citar nuestra STS 277/2003, de 26 de febrero, citada por la más reciente STS 55/2007, de 23 de enero, nos dice que “[...] esta Sala ha dicho que la discrepancia interpretativa sobre la normativa legal que distribuye la competencia entre órganos de la jurisdicción penal ordinaria no constituye infracción del derecho al juez predeterminado por la Ley [...]” (STS núm. 1980/2001, de 25 de enero).

La conexidad es una herramienta procesal que puede definirse como “[...] el vínculo que presentan dos o más delitos que determina que, en virtud de las circunstancias subjetivas u objetivas previstas por la Ley, pueden ser juzgados en la misma causa, siempre que resulte conveniente por razones materiales y procesales [...]” (STS 265/2018, de 31 de mayo).

La conexidad tenía su regulación al tiempo de los hechos fundamentalmente en los artículos 17, 300 y 762.6 de la LECrim. El artículo 300 de la LECrim. disponía que cada delito dará lugar a un único proceso, si bien, el precepto añadía que “[...] los delitos conexos se comprenderán, sin embargo, en un solo proceso [...]”. Esta última regla tenía a su vez la excepción para el procedimiento abreviado prevista en el artículo 762.6º de la LECrim., que permitía la formación de piezas separadas para el enjuiciamiento independiente de delitos conexos siempre que resultara conveniente para simplificar y activar el procedimiento y, además, en el artículo 988 de la LECrim. relativo a la refundición de condenas se preveía el caso de que los delitos conexos hubieran sido enjuiciados en distintos procedimientos.

A partir de este marco normativo y como primera aproximación lo que se puede deducir es que “[...] las reglas de conexión procesal están al servicio de un enjuiciamiento más ágil y conveniente, orientado a evitar que hechos de similar naturaleza puedan tener como desenlace pronunciamientos contradictorios. Pero la inobservancia de esas reglas tiene, como regla general, un alcance relativo si se pretende enlazar su vigencia con dictados de relieve constitucional [...]” (STS 237/2015, de 23 de abril). No se trata de normas imperativas o de orden público sino de normas que están dirigidas a conseguir una investigación y enjuiciamiento más ágiles y coherentes (STS 578/2012, de 26 de junio).

Ciertamente el artículo 17 de la LECrim. establece unos criterios de conexidad para la investigación y enjuiciamiento conjunto de los delitos conexos pero estas reglas deben entenderse con la necesaria flexibilidad, hasta el punto de que la doctrina de esta Sala reconoció la distinción entre “[...] conexidad necesaria y conexidad por razones de conveniencia o economía procesal [...]”, distinción que fue incorporada a la norma procesal por la Ley 38/2002, de 24 de octubre al dar nueva redacción al artículo 762.6º ya citado, que posibilitó el enjuiciamiento separado a través de piezas de delitos conexos, cuando ello suponía una mayor facilidad procesal.

Esa flexibilidad en la aplicación de la conexidad ha originado que en algunos pronunciamientos de esta Sala se haya afirmado, por ejemplo, que ninguna irregularidad procesal puede derivarse del enjuiciamiento separado de hechos conexos y que sólo debe evitarse la separación cuando ésta produzca efectos sustantivos no corregibles por la vía del artículo 988 LECrim. (STS 578/2012, de 26 de junio).

En sentido inverso, es decir, el enjuiciamiento conjunto de hechos que no guarden conexidad, también debe atemperarse a criterios de flexibilidad en la medida en que las meras discrepancias sobre la concurrencia o no de conexidad no justifican la nulidad del proceso ni, por supuesto tienen relevancia constitucional en orden a considerar vulnerado el derecho a un proceso justo o el derecho al juez ordinario predeterminado por la ley.

Desde luego desde la perspectiva del derecho a un proceso justo ninguna relevancia tiene el que se enjuicien conjuntamente varios delitos en un solo proceso porque, en cualquier caso, ese proceso ha de contar con todas las garantías establecidas por las normas constitucionales y legales. Desde la perspectiva del derecho al juez ordinario predeterminado por la ley esta Sala viene insistiendo en que “[...] la vulneración de las normas de reparto o de las normas sobre conexidad sólo conllevan una lesión de este derecho fundamental cuando la lesión de estas normas esté dirigida a la búsqueda intencionada de un Juez o Tribunal distinto al llamado previamente por la Ley a conocer del concreto asunto de que se trate [...]”, (SSTS 265/2018, de 31 de mayo y 744/2013, de 14 de octubre).

En el caso sometido a nuestro examen se procedió a la investigación conjunta de tres delitos atribuidos a la misma persona. Dos de ellos, el delito de robo, cometido durante 2011, y el delito de estafa, cometido, desde finales de 2011 a mayo de 2012, consistieron en la apropiación o sustracción de dinero de dos personas de cuya difícil situación personal se aprovechó el investigado. El primero hecho consistió en el engaño para obtener los ahorros de una persona en paro con el falso compromiso de comprar un local, adaptarlo a uso de vivienda y entregarlo una vez terminada la reforma, y el segundo hecho consistió en el uso de engaño para que una persona con esquizofrenia paranoide sacara sus ahorros de una cuenta bancaria por supuesta falta de seguridad y los guardara en una caja fuerte en su domicilio, de donde fueron posteriormente sustraídos. Los hechos guardaban similitud en su dinámica comisiva y en el aprovechamiento de las circunstancias personales de las víctimas. También tenían una clara conexión temporal porque eran casi simultáneos y, por supuesto, identidad en el sujeto activo. El tercer delito, blanqueo de capitales, guardaba conexión con el segundo de los delitos ya que consistió en la realización de la compra de un inmueble con el dinero obtenido del robo para ocultar su origen ilícito.

En estas circunstancias se aplicaron las reglas de conexidad con toda corrección. Conforme al artículo 17.5 de la LECrim, vigente al tiempo de los hechos se consideraban delitos conexos “[...] los diversos delitos que se imputen a una persona al incoarse contra la misma causa por cualquiera de ellos, si tuvieren analogía o relación entre sí, a juicio del Tribunal, y no hubiesen sido hasta entonces sentenciados [...]”.

Por las razones que se acaban de exponer los delitos enjuiciados guardan una analogía o relación entre sí y podían y debían ser enjuiciados en un solo proceso. Pero aun en el caso de que la conexidad pudiera ser discutible, ya que los conceptos de “analogía o relación” son sumamente amplios y vagos, tampoco podría acordarse la nulidad de actuaciones por este motivo ya que para que pudiera acordarse una pronunciamiento de esa magnitud se precisaría que la interpretación de la norma hubiera sido irrazonable o arbitraria y que se hubieran violentado las normas de competencia o reparto con la intención de que el asunto fuera conocido por un juez distinto del determinado en la ley, circunstancias ambas que no concurren en este caso. Por tanto, el motivo debe ser desestimado.

- Blanqueo de capitales: No precede la condena por este delito si no se acredita la concurrencia de la finalidad de reconvertir los bienes de procedencia ilícita en bienes de procedencia lícita.

El delito de blanqueo de capitales puede ser cometido por el autor del delito antecedente, figura que es conocida en la doctrina y jurisprudencia como “autoblanqueo”. Al margen de vacilaciones iniciales, la jurisprudencia empezó a admitir esta posibilidad en sentencia ya antiguas como las SSTS 1293/2001, de 28 de julio; 1070/2003, de 22 de julio; 1359/2004, entre otras) y actualmente el Código Penal, a partir de la reforma introducida en el artículo 301 por la Ley Orgánica 1/2015, reconoce esta figura y ha confirmado esa línea jurisprudencial al disponer que la actividad ilícita de la que provengan los bienes aflorados puede haber sido cometida por el propio autor del blanqueo o por un tercero.

No obstante, lo anterior, la doctrina de esta Sala ha precisado que la característica principal del blanqueo no reside en el mero disfrute o aprovechamiento de las ganancias ilícitas, ni siquiera en darles “salida”, para posibilitar de modo indirecto ese disfrute, sino que se sanciona en consideración al “retorno”, en cuanto eslabón necesario para que la riqueza así generada pueda ser introducida en el ciclo económico (SSTS 309/2014 y 265/2015). La acción típica sancionada como delito de blanqueo no consiste en el simple hecho de adquirir, poseer o utilizar los beneficios adquiridos sino, como precisa el tipo, en realizar estos u otros actos cuando tiendan a ocultar o encubrir el origen ilícito de las ganancias. El Código Penal sanciona como blanqueo de capitales aquellas conductas que tienden a incorporar al tráfico legal los bienes, dinero y ganancias obtenidas en la realización de actividades delictivas, de manera que, superado el proceso de lavado de los activos, se pueda disfrutar jurídicamente de ellos sin ser sancionado (STS 265/2015, de 29 de abril).

La finalidad de encubrir u ocultar la ilícita procedencia de los bienes o ayudar a los participantes del delito previo, constituye, en consecuencia, un elemento esencial integrante de todas las conductas previstas en el art. 301.1 C.P. Por tal motivo la STS núm. 884/2012, de 8 de noviembre, afirmaba que “[...] para colmar el juicio de tipicidad no bastará, por tanto, con la constatación del tipo objetivo. Será indispensable acreditar la voluntad de activar un proceso de integración o reconversión de los bienes obtenidos mediante la previa comisión de un hecho delictivo, logrando así dar apariencia de licitud a las ganancias asociadas al delito [...]”.

Recuerda la STS 747/2015, de 19 de noviembre, que “[...] no basta con adquirir, poseer o utilizar de cualquier modo las ganancias obtenidas ilícitamente para cometer delito de blanqueo. Es necesario atender a la idoneidad de los comportamientos imputados para incorporar bienes ilícitos al tráfico económico; y también a que esta idoneidad sea abarcada por la intención del autor, a través de su propósito de rentabilizar en canales financieros seguros las ganancias obtenidas [...]”.

Traducidas las anteriores consideraciones al caso que centra nuestro examen casacional se advierte que no hay razonamiento probatorio que justifique la atribución del delito de blanqueo de capitales, dado que no consta la existencia alguna de indicio acreditativo de que la finalidad perseguida por el autor fuera ocultar el origen o procedencia de los bienes para incorporarlos al circuito legal del tráfico económico. No hay dato alguno que acredite, siquiera sea de forma indiciaria, que el autor de las adquisiciones tuviera como finalidad ocultar la procedencia del dinero con el que adquirió los bienes.

Ciertamente adquirió bienes con el dinero procedente de los delitos objeto de acusación, pero no hay evidencia alguna que con tal actuación persiguiera la obtención de los fines propios del delito de blanqueo de capitales.

DATOS SENTENCIA

Sentencia núm. 41/2019
 Fecha de sentencia: 01/02/2019
 Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION
 Número del procedimiento: 479/2018
 Ponente: Excmo. Sr. D. Luciano Varela Castro.

TEMA

Delito de quebrantamiento de condena.

ASPECTOS EXAMINADOS

- Se alega que el delito del artículo 468 del Código Penal, es un delito doloso, que exige que concurra el elemento subjetivo consistente en la voluntad de incumplir el mandato judicial y alterar la seguridad de la persona protegida por la orden o menoscabar la integridad física o psíquica de la perjudicada.

Y añade que, además, el penado desconocía exactamente la distancia entre el domicilio de su actual pareja y la de su ex mujer, pues ambas residen en calles distintas.

El recurso, más que formulado contra la sentencia de segunda instancia, se circunscribe a impugnar el de apelación que contra la primera sentencia de la instancia formuló el Ministerio Fiscal. Sin embargo, a la aquí recurrida -sentencia dictada en apelación- le reprocha que no haya respetado la intangibilidad de los hechos probados de la sentencia apelada que había sido absoluta.

Para resolver la pretensión del penado en esta casación hemos de recordar enunciados del relato de lo que la primera sentencia tiene por probado y que la de segunda instancia deja intacto: En particular las referencias a las relaciones entre acusado y denunciante y a la resolución que impuso la medida de prohibición de aproximarse a menos de 1000 metros de la Sra. JJJ, a su domicilio o lugares que frecuente y a la prohibición de comunicarse con la misma por cualquier medio durante un plazo de 2 años, que le fue notificada y cuya ejecución comenzó el día 5 de enero de 2016.

Y, esencialmente, que el recurrente acudió con conocimiento de la vigencia de la anterior condena que le prohibía acercarse al domicilio de la Sra. JJJ y conociendo que el mismo se hallaba en la calle VVV, al domicilio sito en la calle GGG de Barcelona, en el cual reside su actual pareja, y que se encuentra a una distancia sensiblemente inferior, que no ha quedado debidamente precisada en el acto del juicio oral. El acusado, de profesión taxista, en ningún momento ha coincidido ni se ha aproximado a su ex esposa.

La sentencia ante nosotros recurrida hace expresa proclamación de que acepta ese relato sin modificar nada del mismo. No obstante, entra a examinar si el mismo «refleja la concurrencia de los presupuestos del delito» de quebrantamiento por el que, revocando la absolución de la primera instancia, acaba penando al recurrente.

Lo que nos lleva a recordar la jurisprudencia del Tribunal Constitucional que expone que:

La doctrina sobre las condenas penales en segunda instancia previa revocación de un pronunciamiento absoluto, iniciada en la STC 167/2002, de 18 de septiembre (FFJJ 9 a 11) y reiterada en numerosas Sentencias posteriores (entre otras muchas, SSTC 182/2007, de 10 de septiembre; 28/2008, de 11 de febrero; 1/2009, de 12 de enero, 24/2009, de 26 de enero y más recientemente, SSTC 22/2013, de 31 de enero; 195/2013, de 2 de diciembre; y 105/2014, de 23 de junio), expresa que el respeto a los principios de publicidad, intermediación y contradicción, que forman parte del contenido del derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE), impone inexorablemente que toda condena se fundamente en una actividad probatoria que el órgano judicial haya examinado directa y personalmente y en un debate público en el que se respete la posibilidad de contradicción. También inciden en el tema las Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, (SSTEDH) de 29 de octubre de 1991, caso Jan Ake Andersson c. Suecia y 5 de diciembre de 2002, caso Hoppe c. Alemania.

En aplicación de esta doctrina hemos dicho que el respeto a los citados principios de publicidad, intermediación y contradicción exige que el Tribunal de apelación oiga personalmente a los testigos, peritos y acusados que hayan prestado testimonio y declaración en el acto del juicio, dado el carácter personal de estos medios de prueba, a fin de llevar a cabo su propia valoración y ponderación y corregir la efectuada por el órgano de instancia, de manera que el órgano de apelación no puede

operar una modificación de los hechos probados que conduzca a la condena del acusado, si tal modificación no viene precedida del examen directo y personal de los acusados o testigos en un debate público en el que se respete la posibilidad de contradicción. (STC 191/2014)

En la medida que la sentencia dictada en apelación no alteró el relato de lo probado para estimar aplicable el tipo penal, es claro que se acomoda a dicha doctrina.

El debate que se planteó en la apelación se circunscribió pues a la calificación jurídica que merecía el comportamiento atribuido como probado al acusado. La tesis de la primera sentencia de instancia era que ese comportamiento era insuficiente para satisfacer las exigencias del tipo penal. Y ello porque, decía aquella primera sentencia: a) No consta que el acusado y la perjudicada se hayan encontrado personalmente; b) en ningún caso ha sido puesto de manifiesto un intento de aproximación personal por parte del acusado a la perjudicada, su única finalidad era la de acudir al domicilio de su actual pareja y c) no consta el elemento subjetivo, cual es la voluntad de aproximarse y de quebrantar la resolución judicial y el principio de autoridad que ella representa.

Tales argumentos jurídicos sobre las exigencias típicas son manifiestamente erróneas, en abstracto, ya que el contenido de la prohibición era inequívocamente restringir la intrusión del acusado en un radio de 1000 metros del punto constituido por domicilio o lugares que frecuente la protegida denunciante. Pese a las vacilaciones de la primera sentencia de la instancia en sede de fundamentación jurídica. El relato de hechos probados es inequívoco: el punto al que arribó el acusado se sitúa a menos distancia del kilómetro.

En cuanto al elemento subjetivo del tipo aparece nítidamente afirmado en el mismo relato de lo probado: el recurrente sabía de la prohibición y de que ese acercamiento a menos de 1000 metros del domicilio de la denunciante implicaba situarse dentro del espacio que le había sido vetado.

Es irrelevante que, además, la persona física de la denunciante se encontrara simultáneamente en el mismo y, menos exigible aún es un supuesto dolo reduplicado de la voluntad de despreciar el mandato recibido al respecto.

Conclusión: la segunda sentencia de la instancia dictada en apelación se limitó a corregir una defectuosa valoración jurídica dentro del ámbito de competencia devuelto al Tribunal de la apelación por el recurso. Competencia que fue ejercida con pleno respeto al derecho a un proceso con todas las garantías y salvaguardado el derecho de defensa del absuelto acusado recurrido.

DATOS SENTENCIA

Sentencia núm. 44/2019

Fecha de sentencia: 01/02/2019

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION

Número del procedimiento: 1275/2018

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

TEMA

Dolo eventual. Tentativas de homicidio con dolo eventual. Concurso real. Dosimetría penal: el dolo eventual en principio supone una gravedad inferior al dolo directo, lo que puede tener traducción penológica a través del art. 66 CP.

ASPECTOS EXAMINADOS

- Un dolo eventual que abarca el probable resultado de muerte convierte las lesiones consumadas en homicidio en grado de tentativa.

Está perfectamente dibujada una situación congruente con el dolo eventual: una acción, desplegada deliberadamente, a la que máximas de experiencia permiten anudar como resultado no insólito, sino perfectamente posible y hasta probable, el fallecimiento de la persona o personas así arrolladas. Con eso queda cubierto el elemento intelectual: querían la acción y conocían que de ella podría derivarse -aunque no ineludiblemente- un resultado mortal. Refleja el factum igualmente el elemento volitivo: se describe una actitud de indiferencia frente a ese posible resultado; lo asumían como posible, sin que tal posibilidad les hiciese desistir de su acción.

Estamos ante un supuesto paradigmático de dolo eventual, también, aunque finalmente no se haya producido el resultado letal y los así arrollados hayan tenido la fortuna (¡¿?! de sufrir solo lesiones.

La extensa sentencia que citan los acusados para defender su tesis, recta y naturalmente entendida, se acompasa perfectamente con esta estimación. No puede deducirse de ella nada diferente como pretenden los recurrentes deformando el sentido de uno de sus pasajes, mediante su descontextualización.

Es la STS 876/2017, de 20 de enero de 2018. La transcribimos:

"Por ello, la STS 166/2017, de 14 de marzo, destaca la importancia de deslindar lo que es el sustrato fáctico del dolo de lo que ha de entenderse como concepto jurídico del dolo.

Resolución que, a su vez, precisa este concepto jurídico, así como determinados criterios de imputación del mismo: (...) para apreciar el dolo tienen que concurrir en la conducta del autor un elemento intelectual o cognoscitivo y otro volitivo. Concorre el elemento intelectual cuando el acusado sabe lo que está haciendo y tiene conocimiento en el momento de la acción de los datos fácticos objetivos que integran la acción típica. Es decir, sabe que está matando a otra persona.

Concorre el elemento volitivo cuando el acusado no sólo conoce los elementos objetivos que integran la conducta punible, sino que también quiere realizarla en los términos que describe el tipo penal. El querer realizar la conducta prohibida lleva implícito el conocer la conducta que se pretende realizar.

En cuanto a las modalidades del dolo, se vienen distinguiendo fundamentalmente dos: el dolo directo de primer grado (con una submodalidad de dolo directo de segundo grado) y el dolo eventual. En el dolo directo el autor quiere realizar intencionadamente el resultado homicida; y en el dolo eventual el sujeto activo se representa el resultado como probable y aunque no quiere directamente producirlo, prosigue realizando la conducta prohibida aceptando o asumiendo así la eventual muerte de la víctima.

Dicho lo anterior, es importante reseñar ahora que, según reiterada jurisprudencia de esta Sala, actuar con dolo significa conocer y querer los elementos objetivos que se describen en el tipo penal; sin embargo, ello no excluye un concepto normativo del dolo basado en el conocimiento de que la conducta que se realiza pone en concreto peligro el bien jurídico protegido, de manera que en su modalidad eventual el dolo radica en el conocimiento del peligro concreto que la conducta desarrollada supone para el bien jurídico, pese a lo cual el autor lleva a cabo su ejecución, asumiendo o aceptando así el probable resultado que pretende evitar la norma penal.

En otras palabras, 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 agente, 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.

Por consiguiente, tal como se aprecia en los precedentes jurisprudenciales reseñados, esta Sala, especialmente a partir de la sentencia de 23 de abril de 1992 (relativa al caso conocido como del "aceite de colza" o "del síndrome tóxico"), ha venido aplicando en numerosas resoluciones un criterio más bien normativo del dolo eventual, en el que prima el elemento intelectual o cognoscitivo sobre el volitivo, al estimar que el autor obra con dolo cuando haya tenido conocimiento del peligro concreto jurídicamente desaprobado para los bienes tutelados por la norma penal, pese a lo cual sigue adelante con la ejecución de su conducta.

Sin embargo, se afirma en la sentencia 69/2010, de 30 de enero, ello no quiere decir que se excluya en el dolo el elemento volitivo ni la teoría del consentimiento. Más bien debe entenderse que la primacía que se otorga en los precedentes jurisprudenciales al elemento intelectual obedece a un enfoque procesal del problema. De modo que, habiéndose acreditado que un sujeto ha ejecutado una acción que genera un peligro concreto elevado para el bien jurídico con conocimiento de que es probable que se produzca un resultado lesivo, se acude a máximas elementales de la experiencia para colegir que está asumiendo o aceptando ese resultado, o que cuando menos le resulta indiferente el menoscabo que probablemente va a generar con su conducta.

Así pues, más que excluir o descartar el elemento volitivo -sigue diciendo la sentencia 69/2010-, la jurisprudencia lo orilla o lo posterga en la fundamentación probatoria por obtenerse de una mera inferencia extraíble del dato de haber ejecutado el hecho con conocimiento del peligro concreto generado por la acción. Y es que resulta muy difícil en la práctica procesal que, una vez que se acredita el elevado peligro concreto que genera la acción y su conocimiento por el autor, no se acoja como probado el elemento de la voluntad o del consentimiento, aunque sea con una entidad liviana o debilitada. A este elemento volitivo amortiguado se le asignan los nombres de "asentimiento", "asunción", "conformidad" y "aceptación", en lo que la doctrina ha considerado como una auténtica disección alquimista de la voluntad, y que en realidad expresa lingüísticamente el grado de debilidad o precariedad con que emerge en estos casos de dolo eventual, el elemento voluntativo.

Es preciso también advertir que si bien el elemento intelectual del dolo, y en concreto el conocimiento de la alta probabilidad del resultado, es el que prima en el ámbito probatorio y arrastra después consigo la constatación del debilitado elemento volitivo del dolo eventual, ello obliga en cualquier caso a ser sumamente rigurosos a la hora de ponderar el grado de probabilidad del resultado cognoscible ex ante. De modo que no puede afirmarse que un resultado es altamente probable para el ciudadano medio situado en el lugar o la situación del autor cuando la probabilidad de que se produzca no sea realmente elevada, ya que es precisamente ese pronóstico probabilístico el que nos lleva a concluir que sí concurre el elemento volitivo del dolo, aunque sea bajo la modalidad atenuada o aligerada de la aceptación, de la asunción o de la conformidad con el resultado.

Una flexibilidad y laxitud excesivas a la hora de sopesar el grado de probabilidad exigible para apreciar el elemento intelectual cuestionaría la concurrencia del elemento volitivo en el caso concreto, abocando así a la calificación de doloso de un hecho realmente imprudente o atípico, al mismo tiempo que se impondría la responsabilidad objetiva o por el resultado en detrimento de la responsabilidad subjetiva y del principio de culpabilidad. Y es que una concepción excesivamente extensiva del dolo eventual y de su verificación en el ámbito procesal podría devolvernos a las anacrónicas y denostadas figuras delictivas preterintencionales y a los delitos cualificados por el resultado (STS 474/2013, de 24 de mayo).

(...)Ya en STS. 890/2010 de 8 octubre, advertíamos que resulta de especial complejidad deslindar entre el dolo eventual de lesión, el dolor de peligro y la culpa consciente. La delimitación entre esas modalidades subjetivas resulta de una enorme dificultad al tener que operar los aplicadores del derecho con la estratificación de fenómenos psíquicos que presentan una difícilísima comprobación empírica en el ámbito procesal.

Y en ese sentido la STS 1187/2011 del 2 noviembre, hemos dicho que cuando esta Sala aplica el tipo penal doloso en siniestros de tráfico se trata de casos en que el autor genera un peligro para los bienes jurídicos en los que la probabilidad de que se produzca el resultado lesivo es sumamente elevada, de manera que el riesgo que se genera para los bienes jurídicos es muy próximo e inminente y además es tan acentuado que resulta muy probable que se materialice en el resultado. A lo cual ha de añadirse, y ya desde la perspectiva subjetiva, la exigencia de que el conductor conozca y perciba ese riesgo directamente y con antelación suficiente, ya que de no ser así no se daría el elemento subjetivo del dolo eventual.

Tales circunstancias no se dan en el supuesto enjuiciado. Es cierto que el acusado que conducía bajo la influencia de bebidas alcohólicas y a gran velocidad, superior a la permitida, cuando se apercebó del control y realizó la maniobra con el volante invadiendo parcialmente el carril derecho, podía tener datos suficientes para sopesar la posibilidad e incluso la probabilidad de que en la zona hubiera agentes de la autoridad, por lo que sí cabe hablar de un posible dolo eventual sobre una situación de peligro concreto, pero no resulta en cambio factible admitir, la concurrencia de un dolo eventual de lesión, que es el requerido para apreciar el elemento subjetivo del delito de homicidio doloso.

Por lo demás, al traer a colación otros precedentes de esta Sala se comprueba que en casos en los que el conductor pierde el control de un vehículo por pilotar de forma manifiestamente temeraria por la ingesta previa de bebidas alcohólicas y acaba impactando contra personas, la conducta se subsume en el homicidio imprudente y no en el dolo eventual, a no ser que consten previamente al resultado situaciones de un peligro concreto que haya percibido con antelación directamente por el imputado sin adoptar ninguna medida para neutralizar el riesgo. Y así, en la sentencia 1140/1999, de 6 de julio, se condena por imprudencia temeraria a un conductor que conduce bajo la influencia de bebidas alcohólicas por un tramo urbano, debido a lo cual pierde el control del coche e invade el semiancho contrario de la vía y mata a un motociclista. Y en la sentencia 703/2001, de 28 de abril, se condena por imprudencia temeraria a un conductor que conduce bebido un turismo por zona urbana y mata a un ciclista por no controlar su vehículo. En un caso similar al anterior, también acaecido en un tramo urbano, fue condenado un automovilista por imprudencia grave al invadir bajo los efectos del alcohol el semiancho contrario de una calle y arrollar a un ciclomotorista, que resulta muerto (STS 1133/2001, de 11-6). La sentencia 2147/2002, de 5 de marzo de 2003, recoge un supuesto en que es condenado también por imprudencia grave o temeraria un automovilista que circula bebido y a exceso de velocidad por una autopista y arrolla a una motocicleta, causando la muerte de sus dos ocupantes. Y también dentro de la línea que se viene apuntando, ha de citarse la sentencia 270/2005, de 22 de febrero, en la que es condenado por imprudencia grave un automovilista que circula por un tramo urbano bajo efectos del alcohol y de ansiolíticos y que arrolla a un peatón, a quien causa la muerte.

Así pues, no puede asumirse que la conducta del acusado sea subsumible en el tipo penal de homicidio doloso, y sí en cambio en la modalidad imprudente de tal tipo penal, en el grado de imprudencia grave consciente, por cuanto tanto la influencia de bebidas alcohólicas como la velocidad excesiva fueron determinantes de que el acusado no se apercebiera a tiempo del control y de la presencia del agente de la autoridad, y de su desafortunada maniobra que culminó con el atropello mortal, dado que la conducción de vehículos de motor requiere

inexcusablemente unas condiciones psicosomáticas de concentración, destreza y pericia que asegure el más perfecto dominio que en mayor o menor medida no es posible cuando el conductor se hallaba influido por la ingestión de bebidas espirituosas, las cuales dificultan, cuando no imposibilitan el manejo del automóvil en condiciones de seguridad, privándole de la lucidez necesaria, con la atención y la concentración precisas y de la rapidez de reflejos y de decisión que caracterizan al buen conductor.

No es verdad que esta sentencia excluya, como insinúa el recurso, el dolo eventual cuando no se produce el resultado. Basta -dice expresamente- asumir la eventual (que no real o efectivamente producida) muerte de la víctima.

Y eso es lo que afirma aquí el hecho probado: que la posible muerte o muertes -resultado no excluye a priori a la vista del acometimiento efectuado- era resultado asumible para los acusados; y, por tanto, abarcado por el dolo eventual.

También en la tentativa es proyectable el dolo eventual como afirma el Fiscal en su dictamen. "El dolo homicida, en su modalidad de dolo eventual, se da en aquellas situaciones en las que el sujeto activo conoce que con su conducta crea un grave riesgo de que se produzca la muerte del sujeto pasivo, pese a lo cual continua con su acción, bien porque acepta ese resultado como probable, o bien porque su producción le resulta indiferente.

Para la tentativa se exige el mismo dolo que para el delito consumado, ya se trate de dolo directo o eventual. La diferencia entre tentativa y consumación en el delito de homicidio no se halla en el elemento subjetivo, sino en el objetivo, en tanto que para la consumación es preciso que se produzca como resultado la muerte de la víctima".

No es factible, así pues, negar, al menos, un dolo eventual, o de consecuencias necesarias, de naturaleza homicida, respecto de la acción dirigida contra los tres lesionados. La forma de ejecución hace inviable excluir el dolo homicida, si no directo, si indudablemente eventual. ¿Es que, si se hubiese producido el fallecimiento de alguno o varios de los arrollados, lo que era bien probable analizada ex ante la acción, sería posible, ni siquiera sugerir, que estábamos ante un homicidio imprudente? Si eso es rechazable, es innegable que estamos ante un dolo de homicidio al menos eventual.

Si se prefiere podemos hablar de dolo alternativo (causar lesiones o matar). Pero es patente que no quedaba excluido el posible resultado de muerte.

Ciertamente no estamos ante un dolo reflexivo o deliberativo. No se niega el estado de excitación e irritabilidad provocado por el episodio anterior. Pero dolo y decisión "irreflexiva" alentada por el acaloramiento de un enfrentamiento o previo desprecio, son realidades compatibles como desgraciadamente enseña la práctica con demasiada frecuencia. Ese dolo tendrá menor intensidad o gravedad que la premeditación o el dolo persistente o deliberado. Pero es dolo.

Afirmada la presencia de dolo homicida y siendo el criterio rector para discriminar los delitos consumados de lesiones de un homicidio intentado la intención del agente, pierde todo sustento la petición de la defensa. Aquí estaba presente esa intención homicida, aunque fuese "no exclusiva ni excluyente".

Podemos aceptar tanto un dolo alternativo (matar o lesionar); como que el dolo fuese meramente eventual (no estando presente intención directa de matar, no se excluía ese resultado que con probabilidad podría derivarse de esa modalidad agresiva y frente al que se mostraba indiferencia).

Igualmente podemos hablar no de dolo reflexivo, sino de dolo de ímpetu (surgido de forma súbita en el contexto de excitación e irritación).

Pero en todo caso es innegable la concurrencia de una intencionalidad que, al no excluir la muerte, desplaza el delito de lesiones en favor del homicidio. Dolo de ímpetu, dolo eventual, dolo alternativo; pero dolo homicida. Y, por tanto, homicidios en grado de tentativa.

- Dolo eventual: caracterización. Tentativas de homicidio con dolo eventual. Concurso real.

La compatibilidad de dolo eventual y tentativa, está asentada en la jurisprudencia. En el fondo los argumentos del recurso conducen a negar esa compatibilidad: si el resultado no se materializa no habría tentativa al basarse en dolo eventual. La tentativa exigiría una intención específica y directa.

Aunque el recurrente con alguna sentencia antigua hace protesta expresa de admitir la tesis jurisprudencial (que dogmáticamente no es indiscutida), de hecho, sus argumentos solo podrían prosperar partiendo de la doctrina contraria, rechazada en la jurisprudencia.

Un acuerdo adoptado en Pleno no jurisdiccional de esta Sala Segunda refrenda estas ideas al tiempo que reconduce esos supuestos con pluralidad de víctimas al concurso real, modalidad por la que con toda corrección han sido condenados los recurrentes. El Acuerdo fue recogido en la STS 714/2014, de 29 de enero de 2015. Compensa, pese a su extensión, transcribir algunos pasajes de tal pronunciamiento por el detenido y meritorio estudio que contiene:

«La tipicidad subjetiva del hecho y su subsunción en el dolo.

El dolo admite diversas modalidades. Sin embargo, no hay un dolo de primer orden, el dolo directo, y otros de menor intensidad, el de consecuencias necesarias o el eventual. Se trata de distintas modalidades para explicar la misma forma de tipicidad subjetiva.

Conviene recordar en este momento argumentativo nuestra doctrina sobre el dolo, recogida en la STS 772/2004, de 16 de junio, reiterada en jurisprudencia posterior, como las SSTS 890/2010, de 8 de octubre, o la 546/2012, de 25 de junio, "El

dolo, según la definición más clásica significa conocer y querer los elementos objetivos del tipo penal. En realidad, la voluntad de conseguir el resultado no es más que manifestación de la modalidad más frecuente del dolo en el que el autor persigue la realización de un resultado, pero no impide que puedan ser tenidas por igualmente dolosas aquellas conductas en las que el autor quiere realizar la acción típica que lleva a la producción del resultado, o que realiza la acción típica, representándose la posibilidad de la producción del resultado. Lo relevante para afirmar la existencia del dolo penal es, en esta construcción clásica del dolo, la constancia de una voluntad dirigida a la realización de la acción típica, empleando medios capaces para su realización. Esa voluntad se concreta en la acreditación de la existencia de una decisión dirigida al conocimiento de la potencialidad de los medios para la producción del resultado y en la decisión de utilizarlos. Si, además, resulta acreditada la intención de conseguir el resultado, nos encontraremos ante la modalidad dolo intencional en la que el autor persigue el resultado previsto en el tipo, en los delitos de resultado... En otros términos, aunque no lo persiguiera intencionalmente, conocía que utilizaba unos medios potencialmente capaces de producir la muerte y los actuó. Consecuentemente, que se produciría la muerte.

Desde una argumentación del dolo basado en la voluntad, el elemento subjetivo del delito doloso de homicidio concurre en el hecho probado pues, indudablemente, el autor se representa la probabilidad de que su acción produzca la muerte y persiste en la acción.

Estas dificultades en la explicación junto a las derivadas de la acreditación del elemento subjetivo que es necesario inferirlo del dolo, ha propiciado un concepto normativo del dolo que esta Sala ha utilizado desde la Sentencia de la colza (STS 23.4.92), basado en el conocimiento de que la conducta que se realiza pone en concreto riesgo el bien jurídico protegido".

El dolo radica en el conocimiento del peligro concreto que la conducta desarrollada supone para el bien jurídico, en este caso, la vida. Desde esta perspectiva resulta patente que el hecho de dirigir el vehículo, a gran velocidad, por un espacio excluido a la circulación, sin ningún obstáculo que impida la caída al mar, evidencia el conocimiento de la situación generadora de un peligro concreto para la vida y desde ese conocimiento del peligro generado se ha actuado. El acusado conoce el peligro, se representa el elevado riesgo para la vida y continúa en la conducta pese a los gritos de sus acompañantes que le instaban a que frenase "manteniendo el rumbo y la aceleración hasta caer al vacío y al mar inmediato". Así lo expresa la sentencia impugnada: "incluso el ciudadano con menos luces se le representa unos riesgos tan clamorosos para la vida"

Como dijimos en la STS 294/2012, de 26 de abril: la configuración de la tipicidad dolosa, "no excluye un concepto normativo del dolo basado en el conocimiento de que la conducta que se realiza pone en concreto peligro el bien jurídico protegido, de manera que en esta segunda modalidad el dolo radica en el conocimiento del elevado peligro concreto que la conducta desarrollada supone para el bien jurídico, en este caso, la vida, pues, en efecto, "para poder imputar un tipo de homicidio a título doloso basta con que una persona tenga información de que va a realizar lo suficiente para poder explicar un resultado de muerte y, por ende, que prevea el resultado como una consecuencia de ese riesgo. Es decir, que abarque intelectualmente el riesgo que permite identificar normativamente el posterior resultado. En el conocimiento del riesgo se encuentra implícito el conocimiento del resultado y desde luego la decisión del autor está vinculada a dicho resultado".

En similares términos, la STS 418/2014, de 21 de mayo, al señalar que La jurisprudencia actual en relación al dolo ha evolucionado desde el concepto de dolo clásico, como conocimiento y voluntad de la realización del tipo hacia una concepción del dolo que pone el acento en el peligro para bienes jurídicos protegidos que son puestos en riesgo por el autor de la acción quien consciente del riesgo creado, continúa con su acción siéndole indiferente el resultado. En tal sentido se pueden citar como Sentencias pioneras en este desplazamiento del elemento volitivo del dolo al de la puesta en peligro por el agente conscientemente para bienes jurídicamente protegidos creando un riesgo del que se desentiende y no puede controlar, las SSTS de 27 de diciembre de 1982- Caso Bultó- 23 de abril de 1992, -síndrome tóxico del aceite de colza".

... ..

Y, más adelante, aborda la cuestión del tipo de concurso:

«Señalado lo anterior, por lo tanto, la subsunción de la conducta en los delitos de homicidio, procede analizar el régimen de concurrencia de los delitos de homicidio, concurso real o ideal.

La cuestión, como desarrollaremos a continuación, ha dado lugar a una larga discusión doctrinal y jurisprudencial. Anticipamos lo que será una conclusión: el problema de fondo es un problema de proporcionalidad de la pena, pues la solución a la pluralidad de delitos causales a una única acción, de acuerdo a la previsión de concurso ideal del art. 77 CP. que, a priori, parece ser de aplicación, no se corresponde con una adecuada previsión de su consecuencia jurídica. La pluralidad de resultados, en el concurso ideal, no tiene una previsión penológica distinta de la acción que produce un único resultado, a salvo de la imposición de la pena en su mitad superior, como si se tratara de una agravante. La regla penológica del art. 77 Cp contempla, al imponer la pena al delito más grave en su mitad superior, el desvalor de la acción, pero no el desvalor de los resultados distintos y plurales, y el resultado siempre ha sido tenido en cuenta por el legislador penal (por ejemplo, en la tentativa).

Por otra parte, el ejemplo, elaborado por la doctrina, del padre que decide matar a sus hijos y se plantea dos modalidades de conducta, matarlos uno a uno arrojándolos por un precipicio, o precipitar por el mismo precipicio un vehículo con los

hijos en su interior, sitúa la discusión en un clarificador escenario en el que la misma conducta, matar a los hijos, tiene una distinta penalidad según se opte por las reglas del concurso real o ideal.

Es necesario realizar la interpretación de la norma para determinar el tipo de concurso aplicable a los supuestos de acción única causante de varios resultados, reales o potenciales.

Expondremos las soluciones propuestas y la opción de esta Sala tras el Acuerdo del Pleno no jurisdiccional del pasado 20 de enero de 2015, al que se acudió para unificar criterios de interpretación.

De acuerdo a la jurisprudencia clásica, los tipos penales aplicados en el caso de nuestra casación, los homicidios, describen conductas que incorporan un resultado, real o potencial. Para dilucidar el régimen concursal ha de tenerse en cuenta, no sólo la "acción" de matar, sino el "hecho" de matar, expresión última que incorpora en su comprensión no sólo la acción desarrollada, también el resultado producido o pretendido, pues si el término "acción", indica una conducta, el de "hecho", aglutina la conducta realizada y el resultado producido. Cuando la acción realizada causa varios resultados estamos en presencia no de una única acción de matar, una acción homicida, sino de tantos hechos como víctimas, o potenciales víctimas, de tantos hechos punibles como sujetos pasivos, pues sobre cada uno de ellos se desarrolla la acción y ésta no tiene la misma antijuridicidad y culpabilidad cuando la acción se desarrolla contra una o contra varias víctimas.

En similares términos la STS 1837/2001, de 19 de octubre: "Cuando se trata de un homicidio, lo que se tiene en cuenta a los efectos del art. 77 no sería tanto la acción de matar sino el hecho de matar que comprende la acción y el resultado. Si los resultados son varios homicidios directamente queridos por el sujeto (consumados o intentados) con dolo directo, estamos en presencia de tantos hechos punibles como sujetos pasivos, tanto desde el punto de vista de la antijuridicidad, como el de la culpabilidad". También, la STS 122/2010, de 25 de febrero, dice que: "matar a varias personas, aunque se produce a través de una sola acción, implica diversos injustos típicos de la misma naturaleza en concurso real". La STS 365/2013, de 20 de marzo, aun admitiendo la existencia de un debate sobre la cuestión, concluye afirmando que "unidad de hecho no es lo mismo que unidad de acción. Los tipos penales describen no solo conductas sino también resultados. El hecho de matar comprende acción y resultado y no solo acción. En el delito de homicidio "hecho" en sentido penal viene constituido por la muerte de una persona, no por la acción que ocasiona esa muerte". Una última cita jurisprudencial, la 418/2014, de 21 de mayo, de forma más categórica, concluye "en los delitos dolosos hay tantos hechos como resultados en las personas víctimas y, en consecuencia, habrá tantos delitos de homicidio o asesinatos, consumados o tentativa, cuantas fuesen los lesionados". Esta ha sido la posición de la jurisprudencia. Para ello ha acudido a distintos argumentos. En primer lugar, una interpretación apoyada en la expresión "hecho" del art. 77 Cp, en los términos expuestos anteriormente, para excluir del concurso ideal a los supuestos de concurrencia de una pluralidad de resultados que dan lugar a una pluralidad de delitos homogéneos. También del propio art. 77 Cp. resulta que la norma penológica que prevé se refiere a la concurrencia de delitos penados con distinta pena, lo que parece excluir los supuestos de concurrencia de delitos homogéneos. Un último argumento, también empleado para fundamentar esta dirección jurisprudencial, se refiere a la distinta intensidad, energía criminal, preparación del resultado, de la conducta dirigida a la causación de un único resultado de la que persigue una pluralidad de resultados, queridos o previstos y asumidos. Esa distinta conducta merece una distinta consecuencia, pues el autor que acepta varios resultados incorpora mayor intensidad en su acción, mayor carga de energía criminal, para conseguir la pluralidad de resultados que pretende, o se representa y asume.

La cuestión, no obstante, no es pacífica. Conocidos son las divergencias que gran parte de la doctrina penal mantiene frente a esta posición de la jurisprudencia. Incluso nuestra jurisprudencia se ha hecho eco de la dificultad de la cuestión. En algunos pronunciamientos se ha mantenido que la concurrencia de delitos homogéneos, derivados de una única acción, ha de ser regulada por la norma del concurso ideal. Así la STS de 23 de abril de 1992, (Sentencia de la Colza), afirma "partiendo del carácter personal de lo ilícito es evidente que la pena se dirige contra la acción y, consecuentemente, no se justifica en modo alguno que en los delitos dolosos se considere que la unidad o pluralidad de hechos dependa de los resultados producidos pues el delito es acción, es decir, una modificación en el mundo exterior reconducible a un querer humano. Es indudable que, si sólo las acciones puedan infringir una norma, de infracciones de la norma dependerá el número de acciones...". En un sentido similar, la STS 357/2002, de 4 de marzo. En esta construcción el resultado, realizado o previsto, apenas tiene relevancia en la conformación de la pena.

En otros pronunciamientos jurisprudenciales se ha argumentado sobre una distinta solución en el régimen en concurrencia, real o ideal, apoyada en la distinta modalidad del tipo subjetivo doloso, dependiendo si es directo o eventual. Así, la STS 861/97, de 11 de junio indica "si el sujeto pretende alcanzar con su acción la titularidad de los resultados producidos (dolo directo) y dichos resultados constituyen la lesión de otros bienes jurídicos protegidos, habría que concluir que estamos en presencia de varios "hechos" punibles en concurso real. Cuando la voluntad del sujeto afecta directa y fundamentalmente a la acción, mas no al resultado previsto, pero no directamente perseguido (dolo eventual), estaremos en presencia de un verdadero concurso ideal. En tal caso, existiría unidad de acción y diversidad de resultados penalmente típicos que deberán castigarse conforme a las reglas de dicho concurso". En un sentido idéntico, la STS 187/1998, de 11 de febrero.

En este contexto de dispersión jurisprudencial, la función atribuida a un tribunal de casación, básicamente la de propiciar la unificación interpretativa en aras a asegurar los principios de seguridad jurídica y de igualdad ante la ley, llevó a la Sala encargada de la decisión a instar del Pleno de la Sala II un pronunciamiento de unificación.

El pasado día 20 de enero de 2015, el Pleno no jurisdiccional de la Sala adoptó el siguiente acuerdo: "Los ataques contra la vida de varias personas, ejecutados con dolo directo o eventual, se haya producido o no el resultado, siempre que se realicen a partir de una única acción, han de ser tratados a efectos de penalidad conforme a las reglas previstas para el concurso real (art. 73 Cp y 76 Cp), salvo la existencia de regla penológica especial (v.gr. art. 382 del Cp.)".

En el Acuerdo transcrito se reitera la que ha sido la jurisprudencia clásica de esta Sala sobre el régimen de concurrencia de los delitos con pluralidades de resultados que afectan al mismo bien jurídico, causales a una única acción.

No es objeto del Acuerdo de unificación los supuestos sobre los que no existe una divergencia jurisprudencial. Así, los supuestos de una unidad natural de acción, que permite aglutinar la pluralidad de resultados sobre un bien jurídico de titularidad única; la concurrencia de una pluralidad de resultados heterogéneos causados por una acción, o de una pluralidad de resultados cometidos por imprudencia. Cuando la acción dolosa se subsume en varios tipos penales (concurso ideal heterogéneo), la subsunción en el art. 77 Cp, es clara y uniforme en su interpretación. También los supuestos que se encuadran en la unidad natural de acción que absorbe los plurales resultados que afectan a un único titular del bien jurídico. Por último, tampoco afecta el Acuerdo a los supuestos de una única acción imprudente causante de varios resultados subsumibles en la misma norma penal, que da lugar a un único delito, o en varias normas penales, en cuyo caso la concurrencia se rige por las normas del concurso ideal, pues única es la infracción de la norma objetiva de cuidado.

El Acuerdo se refiere por lo tanto a los supuestos en los que concurre una unidad natural de acción, realizada dolosamente, de la que resultan varios resultados lesivos, de titularidad distinta, que sean subsumibles en la misma ley penal. En otras palabras, los concursos ideales homogéneos, haciendo especial salvedad de las reglas específicas de concurrencia, como la del art. 382 Cp.

En estos supuestos el criterio acordado resuelve la concurrencia bajo las reglas del concurso real, atendiendo a los criterios antedichos al exponer la posición jurisprudencial. El "hecho" de matar al que se refiere el art. 77 para aplicar el concurso ideal comprende acción y resultado, por lo que existen tantos delitos como titulares de los bienes ofendidos. En el caso de concurrencia de varios "hechos", se aplica el régimen previsto en los artículos 73 y 76 del Código penal, concurso real y expresamente excluido el régimen del concurso ideal del art. 77 Cp. Régimen, por otra parte, no previsto para los supuestos de homogeneidad delictiva, al expresar la regla penológica en referencia al delito más grave, supuesto que no se produce en los delitos que se subsumen en la misma norma penal.

Dijimos anteriormente que en el fondo latía un problema de proporcionalidad de la pena pues el régimen del concurso ideal, a priori aplicable a estos supuestos, no prevé una consecuencia proporcionada a la pluralidad de resultados. En este régimen concursal, los segundos y ulteriores resultados no tienen prevista penalidad. Para ahondar en la necesidad de una interpretación que lleve a una solución proporcionada, destacamos la importancia que en la solución que se propugna alcanza el carácter personalísimo del bien jurídico protegido y la extraordinaria relevancia que el mismo alcanza cuando el bien objeto de protección es la vida, la integridad física o la libertad. En efecto, en los delitos contra el patrimonio, cuando el ataque se dirige contra una pluralidad de bienes pertenecientes a distintos titulares, el instituto de la continuidad delictiva, con su variedad del delito masa, el Código proporciona una solución penológica que unifica la pluralidad de acciones mediante la fórmula típica del aprovechamiento de circunstancias, lo que convierte al art. 74 en una regla de determinación e individualización de la pena para aquellos supuestos en los que, no obstante la pluralidad de acciones, éstas se unifican en una, eso sí con una penalidad elevada, que puede llegar a la pena superior en grado, o en dos grados, para los supuestos de delito masa. Pero ese instituto no nos sirve cuando se trata de bienes personalísimos en los que, de manera expresa, se excluye la continuidad. Es necesario acudir a un criterio interpretativo que contemple la pluralidad de resultados y permita la proporcionalidad de la pena, pues no sería lógico que en el ejemplo al que aludíamos anteriormente, el padre que decide despeñar el coche por el precipicio con sus tres hijos, con la idea de acabar con su vida, no tuviera prevista una pena proporcional a sus "hechos", la muerte de sus tres hijos.

La solución del art. 77 Cp. para los supuestos de unidad de acción causales a varios resultados homogéneos no acierta a explicar el porqué de un tratamiento punitivo beneficioso hasta el punto de no prever pena para los plurales resultados, pues el concurso ideal solo prevé la pena correspondiente al delito en su mitad superior, como si concurriera una circunstancia de agravación, dejando, sin consecuencia jurídica, los plurales resultados y éstos siempre han sido tenidos en cuenta por el legislador para conformar la penalidad. La necesaria proporcionalidad no se respeta imponiendo la pena prevista por un solo hecho. Y, realmente, no es lo mismo realizar una acción dirigida a la causación de uno o de varios resultados típicos. Esa actuación con conocimiento, o previsión, de la causación de varios resultados típicos merece una distinta consecuencia jurídica superior a la correspondiente a un único resultado. La solución viene dada por la regla concursal de los arts. 73 y 76 Cp, las penas correspondientes a tantos delitos como hechos cometidos. La limitación en la

penalidad viene proporcionada por el sistema de acumulación del art. 76 Cp., el triple de la máxima y las limitaciones de duración máxima de las penas privativas de libertad.

Resuelto lo anterior, el Acuerdo no hace distinción entre las modalidades de dolo que pueden concurrir en el hecho, dolo directo, de consecuencias necesarias o eventual.

Ya nos hemos referido en esta Sentencia a las modalidades de dolo y su diferencia. Como tales modalidades no varían la calificación de dolosa del tipo subjetivo y no alteran la consideración de dolosa de la conducta. No entenderlo así supondría abrir un portillo sin una base dogmática firme, una especie de categoría intermedia entre el dolo y la imprudencia que añadiría mayores dificultades de delimitación entre dolo y culpa y supondría tratar de solucionar problemas de proporcionalidad de la pena a través de la desnaturalización dogmática del dolo; máxime cuando en la mayoría de las ocasiones se afirma la existencia de un dolo eventual a supuestos de dolo directo en los que la motivación exigida se apoya en criterios de inferencia.

Los problemas de proporcionalidad han de ser resueltos con el empleo de las facultades de individualización, empleando las posibilidades que prevé el Código penal con las circunstancias de atenuación y las facultades de individualización.

Por último, y en lo que se refiere a la tentativa de los cuatro delitos de homicidio, debe ponderarse que nos hallamos ante unas tentativas acabadas y con un patente resultado tangible de peligro concreto para la vida de las cuatro víctimas, dado que el acusado dirigió el vehículo a notable velocidad hacia el bordillo del puerto, a las 5,45 horas de la madrugada de un día de noviembre, a sabiendas de que se precipitaba con él a los cuatro compañeros al fondo de las aguas del puerto en el interior del turismo.

Siendo así, no cabe duda de que ejecutó todos los actos integrantes de la acción homicida y que con su conducta generó un grave peligro concreto para la vida de los cuatro sujetos que acompañaban en el vehículo al acusado, peligro que finalmente, debido a la habilidad de los ocupantes, no se llegó a materializar en un resultado homicida, pero sí en peligros concretos tangibles para el bien jurídico que tutela el art. 138 Cp.

Al hallarnos ante unas tentativas acabadas generadoras de un grave peligro concreto para la vida, ha de entenderse que concurre un concurso real del tipo previsto en los arts. 138 en relación con el art. 16.2 y 62, todos del Código penal.

- Dosimetría penal: el dolo eventual en principio supone una gravedad inferior al dolo directo, lo que puede tener traducción penológica a través del art. 66 CP.

Se quejan los recurrentes por la individualización penológica efectuada. Se invoca como precepto infringido el art. 66 CP. Se reclama una doble degradación como permitiría el art. 62 (tentativa) y se protesta por no haberse otorgado relevancia suficiente a la atenuante de reparación apreciada.

Aunque la sentencia no hace expresa referencia a la atenuante de reparación del daño al consignar su motivación penológica es claro que la ha tomado en consideración para aplicar la pena en su mitad inferior (entre cinco años y diez años menos un día sería el total; la mitad inferior -obligada por esa atenuante- llegaría hasta los siete años y seis meses).

Por otra parte, se aduce que, al no haber existido riesgo para la vida de la víctima, la pena debiera rebajarse en dos escalones. No es correcta esa apreciación. Para optar por la rebaja en uno o dos grados hay que atender, en efecto, a los dos parámetros que fija el art. 62 CP. Pero no son pautas rígidas que rompan la discrecionalidad motivada que rige, también en este punto, en la tarea individualizadora.

La Audiencia concreta la pena con arreglo a las reglas de los arts. 62 y 66.1-1ª CP: rebaja en un solo grado en virtud de a los criterios que señala el art. 62 CP, poniendo de relieve lo sorpresivo e inesperado del ataque, ejecutado con un instrumento extraordinariamente peligroso para la vida e integridad física como es un vehículo de motor, a la vez que se cita jurisprudencia sobre un supuesto de tentativa idónea y acabada, grado de ejecución que hay que poner en relación con lo que se dice en el FJ 2º: las lesiones sufridas por Miguel Carlos tenían un potencial resultado letal.

En lo atinente a la atenuante apreciada, la pena se sitúa dentro de su mitad inferior, tal como dispone el art. 66.1-1º CP.

No cabe apreciar error de derecho alguno en la concreción de las penas.

Con esto queda refutado el razonamiento de los recurrentes que se acaba ahí. Pero lo cierto es que, aunque con argumentos no asumibles, tienen razón en el fondo al quejarse de la individualización penológica. Objetivamente el resultado no es proporcionado, pese a ser formalmente legal.

Los criterios manejados por la Sala de instancia para dejar en siete años (casi el máximo legal posible que sería siete años y seis meses) la duración de la prisión por cada delito de homicidio en grado de tentativa no llegan a justificarla. Es verdad que fue un ataque con ciertas dosis de sorpresa y que eso dota de mayor gravedad al hecho. Que se tratase de un ataque con potencialidad para atentar contra la vida de las personas no es factor que puede tomarse en cuenta: es algo inherente a toda condena por homicidio a la que no añade un plus de gravedad.

Sin embargo, la Audiencia no ha valorado para nada otros elementos que saltan a la vista y que evocan menor gravedad:

- a) Estamos ante un dolo eventual y no directo. Como antes hemos dicho eso denota inferior energía criminal, hasta el punto de que en algunos ordenamientos como se apuntó se regula en un escalón diferenciado, por debajo del dolo directo, aunque lógicamente por encima de la imprudencia grave.

b) Estamos ante un concurso real de delitos regido por el art. 76 CP la doctrina jurisprudencial hoy vigente según se ha explicado. Tratándose de dolo eventual respecto del resultado de homicidio y, además, en grado de tentativa, acudir al concurso real es construcción que, aún asumida por esta Sala, conduce a resultados penológicos muy rigurosos. Eso provocó que en ocasiones se acudiese al concurso ideal –en propuesta también presente en la doctrina- para la sanción (art. 77: una única pena en su mitad superior).

c) Además y por fin, estamos ante un supuesto en que la aplicación de la regla del art. 76 (triplo de la pena más grave) se revela también singularmente perjudicial y generadora de agravios comparativos. Como son tres los delitos de homicidio, la regla del triplo apenas si reporta recorte alguno. Tan es así que el total a cumplir derivado de esa regla será de veinte años, exactamente el mismo tiempo de penalidad efectiva que si no concurriese una atenuante de reparación del daño, cuya presencia queda así minimizada. Y, el mismo tiempo que si uno de los homicidios hubiese alcanzado el grado de consumación. Y el mismo también que si los tres arrollados hubiesen fallecido como consecuencia de la embestida. Y el mismo que si hubiesen sido embestidas cinco personas y todas hubiesen fallecido, etc., etc.... Es verdad que el sistema del art. 76 CP acaba por equiparar penológicamente, por la misma naturaleza de las cosas, supuestos de intensidad muy diversa. Pero en este caso hay razones sobradas y margen legal para romper esa poco inteligible simetría punitiva que no se corresponde con la patente diferente gravedad. Contamos con posibilidades legales dosimétricas de hacerlo. Una única acción guiada por un dolo eventual de homicidio y sin ningún resultado concreto letal, -habiendo producido ciertamente tres resultados lesivos- y mitigada la gravedad por una atenuante, debe merecer razonablemente una respuesta más moderada para no igualar acciones de gravedad dispar y preservar la fuerza estimuladora de la atenuante de reparación del daño como objetivo de política criminal.

Si a eso unimos la edad juvenil de los autores y contemplamos no los tres resultados hipotéticos aisladamente, sino conjuntamente (una única acción; una única penalidad final), se nos antoja más proporcionada la pena de cinco años por cada uno de los homicidios en grado de tentativa (rebajar un solo grado, pero sin superar el mínimo posible) lo que supondrá ex art. 76 CP una total de cumplimiento de quince años.

DATOS SENTENCIA

Sentencia núm. 54/2019

Fecha de sentencia: 06/02/2019

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION

Número del procedimiento: 2026/2018

Ponente: Excmo. Sr. D. Julián Sánchez Melgar.

TEMA

Derecho fundamental a la tutela judicial efectiva: La sentencia recurrida declara irrazonablemente la nulidad de la denuncia. Función de los cargos públicos ante la noticia de un delito. Denuncias anónimas: doctrina jurisprudencial (STS 318/2013).

ASPECTOS EXAMINADOS

- Derecho fundamental a la tutela judicial efectiva. Denuncia por parte de dos concejales, al llegarles la información anónima de que, por parte del sargento de la policía local de su municipio, se archivaban indebidamente multas de tráfico referidas en su mayor parte a vehículos del propio sargento o de sus familiares más próximos, se inicia una investigación judicial por parte el correspondiente Juzgado de Instrucción. La sentencia recurrida declara irrazonablemente la nulidad de la denuncia, siendo así que ésta no tiene valor probatorio. Señala que la información anónima fue ilícitamente obtenida. Con la STS 1043/2010, hemos de concluir que para que el derecho a la tutela judicial efectiva pueda ser estimado, la decisión controlada ha de ser “fruto de un error valorativo patente o carente de toda razonabilidad lógica”. En el caso sometido a nuestra consideración, los hechos objeto de acusación pueden sintetizarse, como acertadamente dice la sentencia recurrida, «en que el acusado, sargento de la Policía Local de XXX, encargado de la instrucción de los expedientes sancionadores por multas de tráfico de dicha policía y del estacionamiento regulado, aprovechándose de esa condición, anuló 39 sanciones impuestas a él mismo, sus familiares o amigos en el periodo comprendido entre marzo y septiembre de 2013, unas veces sin trámites, otras veces aceptando alegaciones inexistentes, objetivo que lograba accionando con sus claves personales los comandos oportunos del programa informático del ayuntamiento al que tenía acceso para el cumplimiento de esa función instructora».

La razón de la absolución del acusado se encuentra en la alegación de la defensa de que se ha producido una obtención irregular –dicen los jueces «a quibus»– de la notitia criminis «en la medida en que los denunciadores no podían acceder a dichos datos ni podían ser transmitidos a un tercero dado la tutela de la que gozaban por la Ley de Protección de Datos, por lo que solicita su nulidad de esa prueba y con ella, por aplicación de la doctrina de los "frutos del árbol envenenado", la de todas las demás, con su consiguiente absolución, pues toda la prueba de cargo aportada se ha obtenido a raíz de aquella información, ilegítimamente adquirida». Tras analizar la cuestión de la protección de datos correspondiente a los incluidos en los ficheros públicos, y particularmente, los que integran el sistema informático de tramitación, gestión y cobro de multas de tráfico en el ámbito municipal concernido, llega a la conclusión de «la nulidad de la prueba obtenida».

El motivo tiene que ser estimado. Parte la Audiencia de que la prueba obtenida es nula, sin ni siquiera referir cuál es esa prueba obtenida. Y llega la conclusión de la nulidad de la notitia criminis, es decir, del acto propio de la denuncia, sin tomar en consideración que la denuncia carece de cualquier carácter probatorio (art. 297 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, referido a los atestados y a la denuncia). La denuncia, por sí misma, no tiene carácter de prueba.

En efecto, lo que aquí resulta es lo siguiente: a dos concejales del Ayuntamiento de XXX, les llega la información de que el Sargento de la Policía Local, CCC, está cometiendo irregularidades, al quitarse a sí mismo, a familiares y a terceros, multas de aparcamiento indebido; en la información que reciben de forma anónima vienen recogidos datos de los expedientes en donde este comportamiento presuntamente ha ocurrido.

Pues, bien, si con esta información, transmutada en prueba, se hubiera acusado a los supuestos autores del hecho, es evidente que la prueba habría sido ilícitamente obtenida, a los efectos dispuestos en el art. 11.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Sin embargo, ese dato no ha sido considerado como tal prueba, sencillamente porque es la denuncia de los hechos. Es la investigación judicial la que va acopiando elementos que serán en su momento valorados para llegar a la conclusión condenatoria o absolutoria que los jueces «a quibus» tengan como procedente.

Los denunciadores lo único que hacen es recoger un rumor en el pueblo, y poner los hechos en conocimiento del Ayuntamiento para su investigación; la corporación municipal, reacciona abriendo un expediente disciplinario para la averiguación de los hechos, y suspende de empleo y sueldo al funcionario; a continuación, se persona en la causa abierta como acusación particular. Por su parte, los citados concejales ponen el hecho en conocimiento del Juzgado, a modo de denuncia, explicando los antecedentes que les constan y haciendo llegar al juez los datos pormenorizados de los expedientes que han conocido de forma anónima, y así lo exponen ante su señoría.

Por ello, ni se les puede acusar de ser ellos los que han obtenido ilícitamente tales datos, como hace inapropiadamente la sentencia recurrida, deslizando sospechas, pero no pasando el tanto de culpa al fiscal si estima la Audiencia con fundamento que han sido ellos los que sustrajeron ilícitamente los datos, ni puede decirse otra cosa que los concejales no hicieron más que lo ordenado por la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Desde el primer punto de vista, es inconcuso que no se sabe cómo han llegado esos datos a los concejales denunciadores, pues la sentencia recurrida no tiene por menos que afirmar lo que nada se sabe, quedándose en meras sospechas.

- Función de los cargos públicos ante la noticia de un delito: denunciar los hechos (art. 262 LECrim. y STC 246/2012).

Tales concejales son cargos públicos del Ayuntamiento de XXX, a los que concierne velar por la regularidad y licitud de los actos municipales. En palabras de la STC 246/2012, de 20 de diciembre “entre las funciones que pertenecen al núcleo inherente a la función representativa que constitucionalmente corresponde a los miembros de una corporación local se encuentran, en todo caso, la de participar en la actividad de control del gobierno local, la de participar en las deliberaciones del Pleno de la corporación, la de votar en los asuntos sometidos a votación en este órgano, así como el derecho a obtener la información necesaria para poder ejercer las anteriores (SSTC 169/2009, FJ 3 ; 20/2011, FJ 4 ; y 9/2012 , FJ4)”.

Es por ello que art. 262 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal dispone que «los que por razón de sus cargos, profesiones u oficios tuvieren noticia de algún delito público, estarán obligados a denunciarlo inmediatamente al Ministerio fiscal, al Tribunal competente, al Juez de instrucción y, en su defecto, al municipal o al funcionario de policía más próximo al sitio, si se tratare de un delito flagrante». Y eso es lo que hicieron en la denuncia presentada ante el Juzgado de Instrucción por ellos mismos.

El Juzgado, por lo demás, tiene obligación de investigar esos hechos, como igualmente hizo. El art. 269 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, nos dice que formalizada que sea la denuncia, se procederá o mandará proceder inmediatamente por el Juez o funcionario a quien se hiciese a la comprobación del hecho denunciado, salvo que éste no revistiere carácter de delito o que la denuncia fuere manifiestamente falsa.

En consecuencia, ante la "notitia criminis" de que se estaba presuntamente cometiendo un delito en el Ayuntamiento, los concejales, como integrantes del mismo, estaban obligados a poner en conocimiento del Juzgado de Instrucción los hechos referidos, acompañando las noticias que les habían llegado de forma anónima. Así lo exponen al juez. Y el juez, lo que hace es, conforme le ordena la ley, investigar la realidad de los hechos. Parece referir la Audiencia recurrida, aun sin declararlo claramente, que el juez hubiera debido investigar a los denunciadores acerca si fueron ellos los autores de un delito de

revelación de secretos públicos, o infracción semejante, en vez de investigar si los hechos denunciados se correspondían con un comportamiento delictivo, que se cometía dentro de la corporación municipal. Esto último es lo que, con acierto, hizo la juez de instrucción.

- Denuncias anónimas: doctrina jurisprudencial (STS 318/2013). Semejanza con la STS 115/2017, de 23 de febrero: lista Falciani. En nuestro caso no se valora la información anónima, sino como fuente de investigación.

Como bien señaló el Ministerio Fiscal, la delación anónima no impide ni limita el derecho de defensa, ni causa indefensión, pudiéndose en toda la fase instructora aportar como descargo todos los medios de prueba que se quisieran ejercitar.

Procede aquí puntualizar que, en el caso enjuiciado, no se trata de una denuncia anónima, sino una denuncia formalizada por dos concejales determinados nominativamente, que aportaron una documentación que les había llegado de forma anónima.

Pues, bien, aunque se tratara de una denuncia anónima, nuestra jurisprudencia le atribuye virtualidad para iniciar una investigación.

Así, la STS 318/2013, de 11 de abril, nos dice al respecto que la lógica prevención frente a la denuncia anónima no puede llevarnos a conclusiones contrarias al significado mismo de la fase de investigación. Se olvidaría con ello que el art. 308 de la LECrim referido al sumario ordinario, obliga a la práctica de las primeras diligencias «inmediatamente que los Jueces de instrucción (...) tuvieran conocimiento de la perpetración de un delito». Es indudable que ese conocimiento puede serle proporcionado por una denuncia en la que no consta la identidad del denunciante. Cuestión distinta es que ese carácter anónimo de la denuncia refuerce el deber del Juez instructor de realizar un examen anticipado, provisional y, por tanto, en el plano puramente indiciario, de la verosimilitud de los hechos delictivos puestos en su conocimiento. Ante cualquier denuncia –sea anónima o no–, el Juez instructor puede acordar su archivo inmediato si el hecho denunciado “...no revistiere carácter de delito” o cuando la denuncia “...fuera manifiestamente falsa” (art. 269 LECrim). Nuestro sistema no conoce, por tanto, un mecanismo jurídico que habilite formalmente la denuncia anónima como vehículo de incoación del proceso penal, pero sí permite, reforzadas todas las cautelas jurisdiccionales, convertir ese documento en la fuente de conocimiento que, conforme al art. 308 de la LECrim, hace posible el inicio de la fase de investigación. De manera que tal denuncia permitía desde luego el inicio de la investigación, por ser los hechos denunciados presuntamente constitutivos de delito.

El caso que analizamos tiene cierta semejanza con lo ya pronunciado por esta Sala Casacional en la sentencia STS 116/2017, de 23 de febrero (“Caso de la lista Falciani”), en donde se examina la validez de la prueba documental bancaria obtenida en un registro domiciliario en Francia, procediendo la documentación de una sustracción ilícita en una entidad bancaria suiza (HSBC Private Bank).

Esa resolución recoge las sentencias que se han ido dictando en los países de nuestro entorno sobre la posible ilicitud y los efectos de la referida prueba documental bancaria obtenida ilegalmente fuera de sus respectivas jurisdicciones (ver sentencia del Tribunal Supremo belga de 22 de mayo de 2015, caso KB Lux; sentencias del Tribunal Supremo francés de 31 de enero de 2012, recurso núm. 11-13097, dictada por la Sala Mercantil de la Corte de Casación francesa, y la sentencia de la Sala de lo Penal de la misma Corte de Casación de 27 de noviembre de 2013, recurso núm. 13-85042; las sentencias de la Corte de Casación italiana, Sección Tercera, de 26 de septiembre de 2012 -núm. 38753- y 17 de abril de 2013 -núm. 29433-; la sentencia del Tribunal Constitucional alemán de 9 de noviembre de 2010; y, por último, la sentencia del Tribunal Supremo estadounidense en el caso *US vs. Verdugo-Urquidez*, 494 US 259, 1990).

La precitada sentencia de esta Sala 116/2017, después de consignar los párrafos nucleares de las referidas resoluciones, concluye afirmando que casi todos los Tribunales reseñados, con unos u otros matices, coinciden en descartar el efecto contaminante, subrayando así la legalidad de la fuente próxima de prueba –la entrega por las autoridades francesas– y rechazando la indagación remota de cómo los agentes llegaron a obtener esos documentos.

En la sentencia 116/2017 se incide en que cuando se trata de fijar los límites de la licitud probatoria y de definir las reglas de exclusión, no puede operarse con soluciones miméticas, pese a que el supuesto de hecho enjuiciado por otras jurisdicciones presente notas de extraordinaria similitud con el que es ahora objeto de nuestra atención. Los sistemas procesales europeos, por más que estén contruidos a partir de principios estructurales compartidos, no siempre convergen en la definición de lo que por ilicitud probatoria deba entenderse. De ahí la necesidad de atender a las singularidades de cada sistema. Se da la circunstancia de que la doctrina sobre la prueba obtenida con vulneración de derechos fundamentales no responde a una fotografía estática, antes, al contrario, ha experimentado una más que apreciable evolución desde su formulación inicial por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español.

Esta doctrina aconseja huir de interpretaciones rígidas, sujetas a reglas estereotipadas que impidan la indispensable adaptación al caso concreto. Y esa rigidez –prosigue diciendo la sentencia 116/2017– despliega similar efecto pernicioso, tanto cuando se erige en injustificada regla de exclusión, como cuando se convierte en una tolerante fórmula para incorporar al arsenal probatorio lo que debió haber sido excluido.

De cualquier modo, en nuestro caso, la denuncia no ha sido la fuente probatoria de donde deducir la culpabilidad –no declarada del acusado–, sino el vehículo para comenzar una investigación judicial que ha contado con resoluciones judiciales

acordando la oportuna injerencia y el acopio de datos y fuentes probatorias lícitas y conducidas policialmente mediante una investigación que ha de ser, en su momento, objeto de libre valoración judicial.

Por eso, la Sentencia del caso Falciani no es exactamente el mismo supuesto, ya que allí fueron los datos bancarios supuestamente sustraídos lo que resultaron ser la fuente de la información probatoria para la condena.

Y tampoco es el mismo caso, el citado por la Audiencia «a quo», la STS 908/2016, de 30 de noviembre, en un supuesto de cesión de datos protegidos, porque el concejal concernido en dicha resolución judicial cedió los datos obtenidos ilícitamente a una agencia de detectives privados para llevar a cabo una investigación. En tal Sentencia, se razona que no consta que el concejal solicitara oficialmente información sobre el tema, una vez recibidos los informes, y en el caso que enjuiciamos es paladino que sí se solicitaron al Ayuntamiento tales datos. Y, por otro lado, en el precedente invocado, lejos de solicitar tales datos oficialmente, lo que se hizo fue contratar a un equipo de detectives privados, para que realizara un seguimiento y elaborara el correspondiente informe. Por consiguiente, en dicho caso se impulsa una investigación de índole privada, y aquí lo que se hace es poner los hechos en conocimiento del Juzgado a efectos de que se investigue el presunto delito relacionado con la actividad pública del sargento de la policía local.

De las consideraciones que dejamos expuestas, se deduce que la sentencia recurrida infringió el derecho a la tutela judicial efectiva de la acusación, al proporcionar un irrazonable discurso argumental, que lleva como consecuencia la nulidad de la Sentencia dictada y la devolución a los jueces de instancia, para que, superada la nulidad de la denuncia que han declarado, y de los datos de que se ha nutrido, analicen el patrimonio probatorio incorporado a la vista, a través de lo sucedido en el plenario, y dicten de nuevo sentencia en los términos cuya valoración a ellos corresponde, conforme a lo dispuesto en el art. 741 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

DATOS SENTENCIA

Sentencia núm. 64/2019

Fecha de sentencia: 06/02/2019

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION

Número del procedimiento: 2568/2017

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

TEMA

Derecho al juez predeterminado por la Ley: cuestiones prejudiciales penales devolutivas, interpretación conjunta artículos 3 y 4 LECr, y 10 LOPJ. Acusación Particular. Acceso al proceso, consecuencias en supuesto de anomalía procesal en la constitución e la relación jurídico-procesal. Prescripción: supuestos de concurso de delitos, Acuerdo de Pleno de 26 de octubre de 2010.

ASPECTOS EXAMINADOS

- Infracción al derecho al juez predeterminado por la Ley: cuestiones prejudiciales penales devolutivas, interpretación conjunta artículos 3 y 4 LECr, y 10 LOPJ.

Lo que plantea el recurrente, es la existencia de una cuestión prejudicial civil sobre la titularidad de las fincas rústicas objeto de expropiación. Se declara de conformidad con una ya pacífica y reiterada jurisprudencia de esta Sala que a partir de la entrada en vigor del art. 10 LOPJ (1985), como premisa, no son admisibles cuestiones prejudiciales devolutivas en el proceso penal.

Nuestra sentencia 599/2018, de 27 de noviembre, lleva a cabo un detallado examen de la jurisprudencia en la materia, con cita expresa de la STS 104/2013, de 19 de febrero, señalando que: "Como ya ha recordado esta Sala en relación con el tema de las cuestiones prejudiciales en el proceso penal (STS 24 de julio de 2001, entre otras) el art. 3.1º de la LOPJ de 1985 dispone que "La Jurisdicción es única y se ejerce por los Juzgados y Tribunales previstos en esta Ley, sin perjuicio de las potestades jurisdiccionales reconocidas por la Constitución a otros órganos". Como consecuencia de este principio de "unidad de jurisdicción", que no permite hablar de distintas jurisdicciones sino de distribución de la jurisdicción única entre diversos "órdenes" jurisdiccionales, el art. 10.1 de la citada L.O.P.J. establece el principio general de que, a los solos efectos prejudiciales, cada orden jurisdiccional podrá conocer de asuntos que no le estén atribuidos privativamente.

Esta regla viene también avalada por el reconocimiento en el art. 24.2 de la Constitución Española de 1978 del derecho fundamental a un proceso público sin dilaciones indebidas, que aconseja que en un mismo litigio se resuelvan aquellas cuestiones previas tan íntimamente ligadas a la cuestión litigiosa que sea racionalmente imposible su separación, sin necesidad de diferirla a un nuevo y dilatorio proceso -con todas sus instancias- ante otro orden jurisdiccional.

El párrafo segundo del art. 10 de la L.O.P.J. añade como excepción que "no obstante, la existencia de una cuestión prejudicial penal de la que no pueda prescindirse para la debida decisión o que condicione directamente el contenido de ésta determinará la suspensión del procedimiento, mientras aquélla no sea resuelta por los órganos penales a quien corresponda, salvo las excepciones que la ley establezca".

En consecuencia la regla general del art. 10.1º de la L.O.P.J. -que deroga las denominadas cuestiones prejudiciales devolutivas, cuyo conocimiento era obligado deferir a otro orden jurisdiccional- tiene como excepción aquellos supuestos en que la cuestión prejudicial tenga una naturaleza penal y condicione de tal manera el contenido de la decisión que no pueda prescindirse de su previa resolución por los órganos penales a quien corresponda (STS 13 de julio , 24 de julio y 29 de octubre de 2001, 27 de septiembre de 2002 y 28 de marzo de 2006, entre otras).

El mantenimiento exclusivo de las cuestiones prejudiciales devolutivas de naturaleza penal en el sistema jurisdiccional establecido por la LOPJ se encuentra además limitado por el condicionamiento consignado en el último apartado del precepto. La suspensión de los litigios seguidos ante otros órdenes jurisdiccionales para la resolución de las cuestiones prejudiciales de naturaleza penal tampoco será necesaria en los casos en que la ley así lo establezca.

Ahora bien, la regla contenida en el párrafo 1º del art. 10º de la L.O.P.J. no se encuentra limitada por excepción alguna que se refiera a cuestiones de naturaleza civil, administrativa o laboral que se susciten en el orden jurisdiccional penal, por lo que ha de estimarse que esta norma posterior y de superior rango ha derogado tácitamente lo prevenido en el art. 4º de la decimonónica Lecrim.

Esta concepción es además congruente con la naturaleza de los tipos delictivos propios del Derecho Penal actual, en el que la ampliación de la tutela penal a un espectro más amplio de bienes jurídicos de esencial relevancia social, impone una configuración de los tipos plagada de elementos normativos extrapenales: delitos ambientales, delitos urbanísticos, delitos societarios, delitos fiscales, delitos de prevaricación u otros contra la administración pública, insolvencias punibles, delitos contra la propiedad intelectual e industrial, etc.

Esta tutela penal frente a los más graves atentados contra los bienes jurídicos reconocidos por el resto del Ordenamiento quedaría vacía de contenido efectivo si en el propio proceso penal no se pudiesen resolver, como regla general, las cuestiones jurídicas de otra naturaleza necesarias para la constatación de la concurrencia del delito objeto de enjuiciamiento.

Una interpretación amplia de lo prevenido en el citado art. 4º de la Lecrim impediría prácticamente el enjuiciamiento autónomo de los referidos tipos delictivos, pues en todos ellos la determinación de la concurrencia de alguno de los elementos integrantes del tipo -y en definitiva la culpabilidad o inocencia del acusado- dependen de la previa valoración, resolución o interpretación de una cuestión jurídica de naturaleza extrapenal.

El análisis de la práctica jurisdiccional penal y de la propia jurisprudencia de esta Sala revela el efectivo respeto del principio contenido en el art. 10.1º de la L.O.P.J. en detrimento de lo anteriormente establecido por el art. 4º de la Lecrim, atendiendo a la generalizada inadmisión en la práctica de las cuestiones prejudiciales pretendidamente devolutivas, (Sentencias de 22 de marzo de 2001, 28 de marzo de 2001, 1688/2000, de 6 de noviembre, 1772/2000, de 14 de noviembre, 1274/2000, de 10 de julio, 363/2006, de 28 de marzo, etc.).

El Tribunal Constitucional, por ejemplo en la Sentencia 278/2000, de 27 de noviembre, destaca que "en los asuntos que hemos denominado complejos (es decir, en aquellos en los que se entrelazan instituciones integradas en sectores del ordenamiento cuyo conocimiento ha sido legalmente atribuido a órdenes jurisdiccionales diversos), es legítimo el instituto de la prejudicialidad no devolutiva, cuando el asunto resulte instrumental para resolver la pretensión concretamente ejercitada y a los solos efectos de ese proceso, porque no existe norma legal alguna que establezca la necesidad de deferir a un orden jurisdiccional concreto el conocimiento de un cuestión prejudicial y corresponde a cada uno de ellos decidir si se cumplen o no los requerimientos precisos para poder resolver la cuestión, sin necesidad de suspender el curso de las actuaciones, siempre y cuando la cuestión no esté resuelta en el orden jurisdiccional genuinamente competente".

Esta doctrina sobre la resolución en el ámbito penal de las cuestiones prejudiciales se reitera en la STS 363/2006, de 28 de marzo, entre otras, con extensa cita de las anteriores. En definitiva, el Tribunal penal, a los efectos de determinar la concurrencia de los elementos integrantes del delito de apropiación indebida, puede analizar y resolver previamente las cuestiones civiles necesariamente implicadas en dicha valoración, sin necesidad de deferir la cuestión al orden jurisdiccional civil".

Además, el art. 3 de la LECrim, establece que "Por regla general, la competencia de los Tribunales encargados de la justicia penal se extiende a resolver, para sólo el efecto de la represión, las cuestiones civiles y administrativas prejudiciales propuestas con motivo de los hechos perseguidos, cuando tales cuestiones aparezcan tan íntimamente ligadas al hecho punible que sea racionalmente imposible su separación."

- Acusación Particular. Acceso al proceso, consecuencias en supuesto de anomalía procesal en la constitución e la relación jurídico-procesal.

La personación en el proceso como acusación particular es reconocida en los artículos 109 y 110 de la LECrim directamente a los ofendidos o perjudicados por el delito. En términos generales los ofendidos o perjudicados por el delito van a coincidir con los considerados legalmente como víctimas, sin embargo, eso no será así en todos los casos.

Con relación a la acusación particular, el Tribunal Constitucional ha reiterado que el reconocimiento del derecho de la víctima del delito al ejercicio de las acciones penales y civiles que del mismo deriven, personándose en las actuaciones, forma parte del derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 24.1 de la Constitución). En otras palabras, es un derecho digno de protección el que el ofendido tiene a solicitar la actuación del ius puniendi del Estado, dentro del sistema penal instaurado en nuestro Derecho, en el que junto a la oficialidad de la acción encomendada al Ministerio Fiscal se establecen otras titularidades privadas, entre ellas la del perjudicado por el delito (Sentencias del Tribunal Constitucional 37/93, 217/94, 21/05 ó 9/08). Derecho a una participación activa de la víctima en el proceso que ha venido a ser consagrado y desarrollado por la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la Víctima del Delito (arts. 3 y 11 siguientes de la citada Ley 4/2015).

El actor civil es toda persona física o jurídica, que dentro de un proceso penal ejercita una mera pretensión civil o patrimonial que es consecuencia de los hechos delictivos, sin ejercitar la acción penal, ya que, si también la ejercitara, sería considerado acusador particular. Una vez ejercitada la acción civil derivada del delito, el derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión cubre también dicha acción civil cuando es esgrimida simultáneamente con la acción penal en el proceso correspondiente (Sentencias del Tribunal Constitucional 18/1985, de 11 de febrero, y 107/1992, de 1 de julio).

En el presente caso, primer lugar, al igual que el motivo anterior, el recurrente plantea en el recurso de casación una cuestión nueva, la falta de legitimación activa de las acusaciones particulares cuando tal alegación no la hizo valer en el momento procesal adecuado, ni durante la instrucción, ni durante el juicio oral, admitiendo en todo momento la validez de la relación jurídico procesal constituida, lo que ya sería motivo suficiente para desestimar el recurso.

Pero es más, las personas a las que se refiere el recurrente, sí son acusación particular, ya que aunque no sean las engañadas directamente por los acusados, ello no les priva de la condición de perjudicadas por el delito, ya que respetando el factum de la sentencia, MMM y CCC, son las propietarias de las fincas nº XXX y ZZZ, respectivamente, del Expediente de Expropiación YYY, ya que la conducta reflejada en Hechos Probados llevada a cabo por los acusados ha supuesto un perjuicio para las auténticas titulares de las fincas, creando un título de propiedad falso que les permitía acudir al órgano expropiante, además según se declara probado, aún en la actualidad no han logrado obtener la desconsignación del justiprecio.

En todo caso, si no aceptáramos la anterior solución, solo a efectos dialécticos, y estuviera mal permitida la constitución como parte de las personas que menciona el recurrente, la doctrina apunta como solución que si por cualquier causa se hubiera permitido -indebidamente- el ejercicio de una acción penal fuera de los supuestos legalmente establecidos llegándose a constituir la relación jurídico-procesal, y siendo tenido por parte a quien no pudo serlo, lo procedente será reputar la acción penal por éste ejercitada como inexistente o nula, debiéndose retirar del proceso dicha acusación tan pronto como se constate la anomalía procesal, por haber sido formulada en contra de lo dispuesto en la Ley. La Jurisprudencia de esta Sala incide, con ello, en la doctrina que, en cualquier caso, deberá retirarse del proceso toda acusación ilegítima por estar formulada en contra de lo dispuesto en la Ley, y contradecir normas de rígida y obligada observancia, continuando sólo si para alguno de los acusados no concurriera el grave defecto procesal de ausencia o carencia de acusación, porque sin acusación, o con acusación fuera de la Ley, no puede iniciarse un proceso, y si se inicia, debe terminarse tan pronto se constate la anomalía procesal.

Pero, en este caso, se trata de un delito perseguible de oficio, y en el proceso el Ministerio Fiscal ha formulado acusación contra los recurrentes, petición que ha sido atendida en la sentencia, por lo que ninguna vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva con vulneración del derecho de defensa, ha tenido lugar, al margen de la apuntada legitimación de las Acusaciones Particulares anteriormente analizada.

- Prescripción: supuestos de concurso de delitos, Acuerdo de Pleno de 26 de octubre de 2010.
Pues bien, el día a quo del cómputo de la prescripción lo es aquél en el que se consuma el delito. Así lo tiene declarado de forma reiterada la jurisprudencia de esta Sala al examinar la prescripción de la figura del delito continuado, argumentando que para esta clase de supuestos la pena en abstracto debe estimarse en toda su extensión y por lo tanto en la concepción de pena máxima que puede ser impuesta, es decir, pena en abstracto máxima posible legalmente, teniendo en cuenta las exasperaciones punitivas que pudieran operar por la continuidad delictiva. El plazo de prescripción viene determinado pues por la pena máxima señalada al delito "en abstracto" y no por la pena "en concreto" que finalmente imponga el Tribunal sentenciador resultante de las circunstancias modificativas de responsabilidad criminal, por indudables razones de legalidad y seguridad (SSTS 316/2013, de 17-4; 64/2014, de 11-2; 18/2018, de 17-1; 171/2018, de 11-4; y 209/2018, de 3-5). Esta Sala en el Pleno de 26 de octubre de 2010 acordó que "Para la aplicación del instituto de la prescripción, se tendrá en cuenta el plazo correspondiente al delito cometido, entendido éste como el declarado como tal en la resolución judicial que así lo pronuncie. En consecuencia, no se tomarán en consideración para determinar dicho plazo aquellas calificaciones jurídicas agravadas que hayan sido rechazadas por el Tribunal sentenciador. Este mismo criterio se aplicará cuando los hechos enjuiciados se degraden de delito a falta, de manera que el plazo de prescripción será el correspondiente a la

calificación definitiva de los mismos, como delito o falta. En los delitos conexos o en el concurso de infracciones, se tomará en consideración el delito más grave declarado cometido por el Tribunal sentenciador para fijar el plazo de prescripción del conjunto punitivo enjuiciado".

En el caso que nos ocupa, los hechos son legalmente constitutivos de un delito continuado de estafa de los artículos 248 y 250.1. 5ª CP, el delito de falsedad ha quedado absorbido por el de estafa, al encontrarnos ante un concurso de normas, por lo que para el análisis de la prescripción hay que partir del delito más grave, que en este caso es el de estafa.

Las penas señaladas en el artículo 250.1. 5ª CP para el delito de estafa agravada son las penas de prisión de uno a seis años y multa de seis a doce meses, y al apreciarse la continuidad delictiva la pena debe ser impuesta en la mitad superior, es decir de tres años, seis meses y un día a seis años, por lo que el plazo de prescripción es de diez años, conforme al artículo 131 CP, tanto en su redacción actual como la vigente a la fecha de la comisión de los hechos.

Asimismo, cabe recordar que conforme a lo dispuesto en el artículo 132.1 del Código Penal en los casos de delito continuado los términos previstos en el artículo precedente se computarán desde el día en que se realizó.

Con respecto a la interrupción del plazo de prescripción hemos dicho en nuestra sentencia: 649/2018, de 14 de diciembre, que "En efecto, en este punto, tal como hemos explicitado en STS 760/2014, de 20 de noviembre, para computar el "dies ad quem", es decir, cuando se interrumpe, el principio general -recuerda la STS. 885/2012 de 12.11- es que ésta se interrumpirá, quedando sin efecto el tiempo transcurrido, cuando el procedimiento se dirija contra la persona indiciariamente responsable del delito, comenzando a correr de nuevo desde que se paralice el procedimiento o termine sin condena (art. 132.2).

Conforme a la nueva regulación de la prescripción, se entenderá dirigido el procedimiento contra una persona determinada desde el momento en que, al incoar la causa o con posterioridad, se dicte resolución judicial motivada en la que se le atribuya su presunta participación en un hecho que pueda ser constitutivo de delito o falta (art. 132.2. 1ª).

Aunque parezca que la nueva regulación normativa (LO 5/2010, de 22 de junio, con entrada en vigor el día 23 de diciembre de 2010) se refiere a la admisión a trámite de la querrela o denuncia, en realidad no dice exactamente eso, porque previamente pueden adoptarse otras resoluciones judiciales diversas, como el dictado de un Auto de intervención telefónica, o un registro domiciliario, o un mandamiento de detención, etc. Y tales actos judiciales han de ser potencialmente aptos para interrumpir la prescripción, en tanto que manifiestan una resolución judicial motivada en la que se atribuye a un sospechoso su presunta participación en el hecho delictivo que se encuentra siendo investigado.

Fuera de ello, no interrumpe la prescripción la actuación investigadora del Ministerio Fiscal extramuros del proceso, pero esto ya se había declarado expresamente en la STS 672/2006, de 19 de junio, que trata específicamente de esta materia. También hemos dicho en la STS 1187/2010, de 27 de diciembre, que la nueva ley, al conferir un nuevo modo de interrumpir la prescripción, se aparta de nuestra doctrina tradicional, conforme a la cual, la querrela o denuncia, con tal que contuvieran datos identificativos del presunto autor y del delito, era suficiente para comprender que ya formaba parte del procedimiento e interrumpir la prescripción.

De acuerdo con esta nueva regulación del Código Penal (art. 132.2.2ª CP), los distintos criterios mantenidos al respecto por el Tribunal Supremo -fecha de presentación querrela- y el Tribunal Constitucional -resolución de imputación-, se han refundido, ganándose en seguridad jurídica, en una norma que impone que la interposición de una querrela o denuncia interrumpe el plazo de prescripción, como sostenía la doctrina del Tribunal Supremo, pero siempre y cuando en el plazo de 6 meses desde la interposición de la misma se dicte una resolución judicial motivada en la que se atribuya a una persona en concreto su presunta participación en unos hechos que puedan ser constitutivos de delito o falta, es decir se admita judicialmente la denuncia o querrela (como sostenía la jurisprudencia del Tribunal Constitucional).".

En el caso que nos ocupa, la denuncia presenta por SSS ante la Fiscalía es remitida al Juzgado de Guardia el 12-11-2010, la misma contiene un extenso relato con los hechos que imputan a los denunciados y los delitos que entiende cometidos, incoándose diligencias Previas por el Juzgado competente, mediante auto de fecha 15 de febrero de 2011, en cuya parte dispositiva se acuerda citar a los denunciados para ser oídos en calidad de imputados, prestando declaración el 11 de marzo de 2011, fecha ésta que, en todo caso, interrumpiría la prescripción. Por lo que, comenzando la actividad delictiva -al menos con respecto al delito de estafa, el más grave de los imputados- el 2 de febrero de 2017, tal y como se desprende de los hechos probados, el 11 de marzo de 2011 se interrumpió el plazo de prescripción, que como hemos indicado es de diez años, sin haber transcurrido el mismo.

DATOS SENTENCIA

Sentencia núm. 77/2019

Fecha de sentencia: 12/02/2019

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION (P)

Número del procedimiento: 10437/2018 P
 Ponente: Excm. Sra. D. ^a Carmen Lamela Diaz.

TEMA

Delito de trata de seres humanos no absorbe delito de inmigración ilegal. Trata de seres humanos con varias víctimas.

ASPECTOS EXAMINADOS

- Delito de trata de seres humanos no absorbe delito de inmigración ilegal.
 Se deduce el motivo por infracción de ley del artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por indebida aplicación de los artículos 177 bis punto 1 b), punto 6 y punto 9 del Código Penal en concurso medial - ideal del artículo 77 con un delito relativo a la prostitución del artículo 187.1 y 2 b) del Código Penal por la condena por un delito de trata de seres humanos, artículo 177 bis punto 1 b), punto 2, punto 4 b), punto 6 y punto 9 del Código Penal, en concurso ideal – medial del artículo 188.1, 2 ultimo inciso y 3 f del Código Penal por la condena a dos delitos de trata de seres humanos, artículo 318 bis 1 y 3 a) por la condena por un delito de favorecimiento de la inmigración ilegal, al considerar que los acusados debieron ser condenados por un delito de trata de seres humanos en concurso con un delito de prostitución proactiva por ser el sujeto pasivo del delito plural o, alternativamente, por un delito continuado de trata de seres humanos del art. 177 bis del Código Penal en concurso medial con un delito de prostitución coactiva continuado.
 Aun cuando los recurrentes reconocen que esta cuestión ya ha sido resuelta por este Tribunal en el acuerdo del Pleno no jurisdiccional para la unificación de criterios que se celebró el día 31 de mayo de 2016, sostienen que debería valorarse nuevamente por la Sala, dado que la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, utiliza para referirse al delito de trata de seres humanos el término plural, aunque posteriormente se refiere en su tipo básico a “víctima”, en singular, para luego en los subtipos agravados referirse a “las personas”, nuevamente en plural. Y entiende que la voluntad del legislador a la hora de condenar por estos tipos delictivos debe de ser valorada teniendo en cuenta el principio de proporcionalidad dado que nos encontramos con un tipo delictivo en el que la simple condena por dos víctimas sitúa al condenado en los límites máximos de cumplimiento. Alternativamente entiende que los hechos podrían ser calificados como delito continuado al encontrarnos ante un delito pluriofensivo, ya que el bien jurídico protegido no es solo la dignidad de la persona, sino que el tipo penal también trata de proteger los flujos migratorios.
 Tal y como recuerdan los recurrentes, la cuestión que suscitan fue debatida y resuelta por esta Sala en el Pleno no jurisdiccional para unificación de criterios, que se celebró el día 31 de mayo de 2016, adoptándose el siguiente Acuerdo: “El delito de trata de seres humanos definido en el artículo 177 bis del Código Penal, reformado por la LO 1/2015 de 30 de marzo, obliga a sancionar tantos delitos como víctimas, con arreglo a las normas que regulan el concurso real”.
 Tal doctrina ha sido ratificada por este Tribunal en diversas sentencias (núm. 538/2016, de 17 de junio, 807/2016, de 27 octubre, 167/2017, de 15 de marzo y 196/2017, de 24 marzo).
 Es cierto lo apuntado por el recurrente sobre que en el artículo 318 bis del Código Penal se venían combinando elementos propios de ambos delitos, trata de seres humanos e inmigración ilegal. Sin embargo, esta situación ha cambiado a partir de la reforma del Código Penal operada mediante la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio. En el Preámbulo de la citada Ley se explica que “el tratamiento penal unificado de los delitos de trata de seres humanos e inmigración clandestina que contenía el art. 318 bis resultaba a todas luces inadecuado, en vista de las grandes diferencias que existen entre ambos fenómenos delictivos. La separación de la regulación de estas dos realidades resulta imprescindible tanto para cumplir con los mandatos de los compromisos internacionales como para poner fin a los constantes conflictos interpretativos.
 Para llevar a cabo este objetivo se procede a la creación del Título VII bis, denominado «De la trata de seres humanos». Así, el art. 177 bis tipifica un delito en el que prevalece la protección de la dignidad y la libertad de los sujetos pasivos que la sufren. Por otro lado, resulta fundamental resaltar que no estamos ante un delito que pueda ser cometido exclusivamente contra personas extranjeras, sino que abarcará todas las formas de trata de seres humanos, nacionales o transnacionales, relacionadas o no con la delincuencia organizada.
 En cambio, el delito de inmigración clandestina siempre tendrá carácter transnacional, predominando, en este caso, la defensa de los intereses del Estado en el control de los flujos migratorios.
 Además de la creación del art. 177 bis, y como consecuencia de la necesidad de dotar de coherencia interna al sistema, esta reestructuración de los tipos ha requerido la derogación de las normas contenidas en los arts. 313.1 y 318 bis.2.”
 Y en el preámbulo de la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, se expone que “resulta necesario revisar la regulación de los delitos de inmigración ilegal tipificados en el artículo 318 bis. Estos delitos se introdujeron con anterioridad a que fuera tipificada separadamente la trata de seres humanos para su explotación, de manera que ofrecían respuesta penal a las conductas más graves que actualmente sanciona el artículo 177 bis. Sin embargo, tras la tipificación separada del delito de tráfico de seres humanos se mantuvo la misma penalidad extraordinariamente agravada y, en muchos casos,

desproporcionada, para todos los supuestos de delitos de inmigración ilegal. Por ello, se hacía necesario revisar la regulación del artículo 318 bis con una doble finalidad: de una parte, para definir con claridad las conductas constitutivas de inmigración ilegal conforme a los criterios de la normativa de la Unión Europea, es decir, de un modo diferenciado a la trata de seres humanos, como establece la Directiva 2002/90/CE; y, de otra, para ajustar las penas conforme a lo dispuesto en la Decisión Marco 2002/946/JAI, que únicamente prevé para los supuestos básicos la imposición de penas máximas de una duración mínima de un año de prisión, reservando las penas más graves para los supuestos de criminalidad organizada y de puesta en peligro de la vida o la integridad del inmigrante. De este modo, se delimita con precisión el ámbito de las conductas punibles, y la imposición obligatoria de penas de prisión queda reservada para los supuestos especialmente graves. En todo caso, se excluye la sanción penal en los casos de actuaciones orientadas por motivaciones humanitarias”.

Igualmente, las normas internacionales han diferenciado ambos delitos. Así, uno de los protocolos que complementan la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional (Nueva York el 15 de noviembre de 2000), concretamente es el Protocolo contra el «tráfico ilícito de migrantes por tierra, mar y aire», en el que se insta a los Estados a tipificar un delito de tráfico ilícito de migrantes, que define como la facilitación de la entrada ilegal de una persona en un Estado Parte del cual dicha persona no sea nacional o residente permanente con el fin de obtener, directa o indirectamente, un beneficio financiero u otro beneficio de orden material (Convención Nueva York 15-11-2000 art.3.a).

Se trata en definitiva de dos delitos bien diferenciados. En el delito de trata de personas lo característico es la captación y el desplazamiento de una persona en contra de su voluntad para someterla a algún tipo de explotación, mientras que en el delito de inmigración ilegal lo que se castiga es el favorecimiento de la entrada ilegal de una persona en un determinado país.

Conforme señala la sentencia de esta Sala 188/2016, de 4 de marzo, ambas conductas delictivas pueden llegar a realizarse de manera conjunta en un momento dado, pero son claramente distintas. Ni la trata de personas supone necesariamente favorecer la entrada ilegal en un país, ni el tráfico ilícito de migrantes conlleva siempre una finalidad de explotación. Destaca expresamente esta fundamental diferencia el Consejo de la Unión Europea, en la Comunicación de 14-6-2002, por la que se presenta una Propuesta de Plan Global para la lucha contra la inmigración ilegal y la trata de seres humanos en la Unión Europea.

Por consiguiente, a partir de las reformas penales de 2010 y 2015 es claro que el tipo penal del art. 318 bis protege el bien jurídico consistente en el interés del Estado en el control de los flujos migratorios, y el tipo penal contenido en el artículo 177 bis del Código Penal tutela los bienes personales individuales de los migrantes.

- Trata de seres humanos con varias víctimas: Se cometen tantos delitos como víctimas. No es posible considerar un único delito (Acuerdo TS 31/05/2016) ni un delito continuado

Por lo que se refiere a la posibilidad de apreciar la continuidad delictiva en el delito de trata de seres humanos, ya hemos señalado en la sentencia núm. 1171/2009, de 10 de noviembre, con referencia a la sentencia núm. 767/2005, de 7 de junio, que “el delito continuado, definido en el art. 74.1 del Código Penal, no es aplicable, en principio, a aquellos delitos que lesionen “bienes eminentemente personales”, “salvo - según dice el apartado 3 del mismo artículo- las constitutivas de infracciones contra el honor y la libertad sexual: pues en tales casos se atenderá a la naturaleza del hecho y del precepto infringido para aplicar o no la continuidad delictiva”. En la aplicación de este precepto, tiene declarado este Tribunal que, cuando en este tipo de delitos existen diversos sujetos pasivos, respecto de los cuáles el sujeto activo haya desarrollado su acción típica en más de una ocasión, podrá apreciarse el delito continuado respecto de cada uno de los sujetos pasivos, de modo que si el Tribunal hubiere aplicado la figura jurídica del delito continuado en tales casos, incluyendo en un único delito la conducta del acusado, ello constituye una aplicación indebida del art. 74 del C. Penal. En general, en los delitos contra la libertad sexual, no cabe hablar de delito continuado cuando la conducta típica correspondiente recaiga sobre sujetos pasivos distintos (v. SSTS de 28 de mayo de 1993, 11 de abril de 1997, 9 de septiembre de 1999, 23 de febrero y 31 de octubre de 2001, entre otras). En la línea marcada por esta jurisprudencia, el texto actualmente vigente del art. 74.3 del Código Penal redactado conforme a la Ley Orgánica 15/2003, que entró en vigor el 30 de septiembre de 2004, exige expresamente, para la apreciación del delito continuado en los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales, que los hechos enjuiciados “afecten al mismo sujeto pasivo”. En cualquier caso, en los delitos relativos a la prostitución, referidos a una única persona como sujeto pasivo del delito, obviamente no cabe hablar de delito continuado, por cuando el tipo penal describe una conducta permanente y no actos aislados.

La aplicación de la anterior doctrina al supuesto que examinamos nos debe llevar a rechazar la continuidad delictiva que se postula ya que es patente que la conducta de los acusados afectó a víctimas distintas, por lo que nos hallamos ante un concurso real de delitos, excluyéndose igualmente la posibilidad de apreciar un único delito o un delito continuado.

DATOS AUTO

Recurso de Casación núm. 3697/2015
 Auto de 18 de mayo de 2018
 Ponente: Excmo. Sr. D. Francisco José Navarro Sanchís.

TEMA

Planteamiento de cuestión prejudicial de validez al Tribunal Constitucional: eventual contravención del principio de capacidad económica: Norma Foral de Álava 24/2014, de 9 de julio, del Impuesto sobre el Valor de la Producción de la Energía Eléctrica. Doctrina del Tribunal Constitucional sobre los tributos de naturaleza extrafiscal.

ASPECTOS EXAMINADOS

- Planteamiento de cuestión prejudicial de validez al Tribunal Constitucional. Artículos 1, 4,1, 6,1, 8 y 9 de la Norma Foral de Álava 24/2014, de 9 de julio, del Impuesto sobre el Valor de la Producción de la Energía Eléctrica -en que se reproducen, de forma prácticamente literal, los equivalentes preceptos de la Ley 15/2012, de 27 de diciembre, de medidas fiscales para la sostenibilidad energética, que regula el impuesto de la misma denominación. Eventual vulneración del principio de capacidad económica -artículo 31.1 de la Constitución-. Remisión al auto de esta Sala de 10 de enero de 2018 (recurso de casación nº 2554/2015).
- La Sala expone sintéticamente, la doctrina del Tribunal Constitucional sobre los tributos de naturaleza extrafiscal: Como ya señalamos en el referido auto de 10 de enero de 2018, en el que esta Sala ha planteado cuestión de inconstitucionalidad, en el recurso de casación nº 2554/2014 y ahora debemos reiterar:
 1. Cualesquiera que sean los fines que guíen al legislador en la configuración de los tributos (fiscales, extrafiscales o ambos), en todo caso deben respetarse los principios establecidos en el artículo 31.1 CE, entre ellos el de capacidad económica [SSTC 37/1987, de 26 de marzo (ES:TC:1987:37), FJ 13º; 221/1992, de 11 de diciembre (ES:TC:1992:221), FJ 4º; 186/1993, de 7 de junio (ES:TC:1993:186), FJ 4º; 194/2000, de 19 de julio (ES:TC:2000:194); 276/2000, de 16 de noviembre (ES:TC:2000:276), FJ 8º; y 19/2012, de 15 de febrero (ES:TC:2012:19), FJ 3º].
 2. Tienen finalidad extrafiscal aquellos tributos que persiguen, bien disuadir o desincentivar actividades que se consideren nocivas (por ejemplo, para el medio ambiente), bien, en sentido positivo, estimular actuaciones protectoras de determinada finalidad, sin perjuicio de que la citada finalidad extrafiscal no sea incompatible con un propósito recaudatorio, aunque sea secundario, lo que es consustancial al propio concepto de tributo, que no es otro que contribuir "al sostenimiento de los gastos públicos" (artículo 31.1 CE). En cualquier caso, deben recaer sobre alguna fuente de capacidad económica, pues esta idea es inherente al concepto constitucional de tributo [SSTC 53/2014, de 10 de abril (ES:TC:2014:53), FJ 6º; y 74/2016, de 14 de abril (ES:TC:2016:74), FJ 2º].
 3. Así pues, lo que diferencia un impuesto fiscal de otro extrafiscal enderezado a la tutela medioambiental es que el primero tiene como principal objetivo la financiación de las cargas públicas y su estructura está orientada principalmente a la capacidad económica o de pago, mientras que el segundo pretende, además, modificar comportamientos o al menos hacer pagar por ellos, y exige que la estructura del tributo arbitre instrumentos dirigidos a la consecución de la finalidad perseguida, gravando la capacidad económica "como una forma de contribuir al sostenimiento del gasto público que genera la indebida, o incluso debida, utilización del medio ambiente (manifestación concreta del principio de 'quien contamina paga')" [STC 289/2000, de 30 de noviembre (ES:TC:2000:289), FJ 5º].
 4. De esta manera, lo determinante para poder identificar la tipología del tributo y, concretamente, a los que poseen fines específicos o extrafiscales, no es el anuncio de dicha finalidad en el preámbulo de las normas tributarias, sino que es preciso siempre un examen de su estructura del hecho imponible y también los supuestos de no sujeción o exención, los sujetos pasivos, la base imponible, y el resto de elementos de cuantificación [SSTC 60/2013, de 13 de marzo (ES:TC:2013:60), FJ 3º; y 53/2014, de 10 de abril (ES:TC:2014:53), FJ 3º]. Tras el análisis de las dudas de constitucionalidad que se suscitan, expone:
 1. La cuestión prejudicial viene referida a una Norma Foral dictada en el marco autorizado en virtud del artículo 23 quáter del Concerto Económico, por el que el Impuesto sobre el Valor de la Producción de la Energía Eléctrica es un tributo concertado que se regirá por las mismas normas sustantivas y formales establecidas en cada momento por el Estado. Respecto a éstas últimas, el Estado ejercita su potestad originaria para establecer tributos (artículo 133.1 CE), haciendo valer su competencia exclusiva en materia de Hacienda general (artículo 149.1.14ª CE), sin que se discuta sobre su colisión con hechos imposables gravados por las Comunidades Autónomas, de modo que queda al margen del debate la interpretación del artículo 6.2 de la Ley Orgánica 8/1990, de 22 de septiembre, de financiación de las

Comunidades Autónomas (BOE de 1 de octubre), al que se remite la disposición adicional primera de la Ley 15/2012, y la doctrina del Tribunal Constitucional interpretativa del mismo.

2. Dicho lo cual, se debe subrayar que, como inequívocamente revela la lectura de los apartados I y II del preámbulo de la Ley 15/2012, el legislador proclama la doble finalidad medioambiental y recaudatoria del IVPEE. Esa proclamación no es directa en la NF 24/2014, salvo por la referencia in aliunde al preámbulo de la Ley estatal, que configura el Impuesto sobre el Valor de la Producción de la Energía Eléctrica, con el fin de armonizar el sistema fiscal con los valores de eficiencia energética y respeto con el medioambiente y la sostenibilidad y para favorecer el equilibrio presupuestario en el marco de la estrategia de integración de las políticas medioambientales.

3. La finalidad fiscal, obtener ingresos con los que financiar las cargas públicas se refleja de forma nítida en el articulado de la Ley, al definir su naturaleza (artículo 1), el hecho imponible (artículo 4) y, principalmente, la base imponible (artículo 6), constituida por el importe total que perciban los contribuyentes por la producción e incorporación al sistema eléctrico de energía eléctrica, medida en barras de central, por cada instalación, en el periodo impositivo.

4. No ocurre lo mismo con su designio extrafiscal, de protección del medio ambiente, solemnemente proclamada en el preámbulo del texto legal, al que reenvía la NF 24/2014: "[U]no de los ejes de esta reforma tributaria será la internalización de los costes medioambientales derivados de la producción de la energía eléctrica» (apartado 1 del preámbulo). (ii) «Se trata de gravar a los productores de energía eléctrica cuyas instalaciones originan importantes inversiones en las redes de transporte y distribución de energía eléctrica para poder evacuar la energía que vierten en las mismas, que comportan indudables efectos medioambientales» (apartado II del preámbulo)". Cuando se analiza la estructura del tributo que nos ocupa se comprueba que, como denuncia Iberdrola Generación, ninguno de sus elementos configuradores se pone al servicio de tal objetivo medioambiental:

4.1. Desde la perspectiva medioambiental, se ha de convenir en la irrelevancia de la fuente de producción de la energía eléctrica, pues el daño al medio ambiente que se trata de compensar no es el originado específicamente por la instalación de producción de electricidad, sino el causado por las redes de transporte y de distribución que precisa la energía eléctrica producida. Bajo este prisma carecen de relevancia las consideraciones que realiza Iberdrola Generación distinguiendo entre las diferentes tecnologías de producción (renovables y no renovables).

4.2. Pero siendo tal el designio, resulta llamativo que el legislador no haya contemplado ningún supuesto de exención total o parcial ni bonificaciones o cualquier otra clase de beneficio fiscal para aquellos productores cuyo uso de las redes de transporte y distribución resulte mínima o muy reducida. La protección del medio ambiente hubiera exigido exenciones o beneficios fiscales para aquellos productores que, por el volumen de la energía incorporada o la extensión o intensidad del transporte y la distribución, contribuyesen al impacto medioambiental de una manera que no resultase significativa.

4.3. También se antoja llamativo que la base imponible no contenga ninguna variable con incidencia medioambiental: viene constituida, sin más, por el valor económico (o cantidad que le corresponde percibir al contribuyente: los que producen e incorporan al sistema eléctrico energía eléctrica) de esa producción e incorporación. Del mismo modo, no deja de llamar la atención que el tipo de gravamen sea único (7 por ciento).

4.4. Como ninguno de los elementos estructurales del IVPEE refleja la finalidad medioambiental proclamada en el preámbulo de la Ley estatal -a que se remite la Norma Foral-, porque, tratando de hacer frente a los daños causados al medio ambiente por las redes de transporte y distribución, grava de igual modo (de manera proporcional y sin ningún tipo de progresividad) a quienes utilizan esas redes intensivamente como a quienes las usan de modo escaso, pasa a primer plano, para presentarse como el único y auténtico objetivo del tributo, la otra finalidad confesada en el apartado II del preámbulo de la Ley 15/2012: hacer frente a los "muy relevantes costes necesarios para el mantenimiento de la garantía de suministro". En la Memoria de la Administración Tributaria, correspondiente al año 2013, publicada por el Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas, se lee que en dicho periodo se presentaron 79.713 autoliquidaciones del IVPEE, que la cuota liquidada total declarada ascendió a 1.251,9 millones de euros y que se ingresaron en total 1.260,8 millones de euros (página 266). Desconocemos datos de recaudación específicamente referidos a Álava, no suministrados por las partes en el trámite de audiencia.

4.5. No le falta razón al Ministerio Fiscal -en sus alegaciones previas al auto en su día planteado en el recurso nº 2554/2015, ante el Tribunal Constitucional- cuando afirma que se grava la producción de la energía eléctrica y su puesta en el mercado, y que aparentemente eso es todo, porque no resulta fácil establecer una vinculación entre las inversiones en las redes de transporte y distribución y el impacto medioambiental que justifica el tributo. La necesidad de tales inversiones se relaciona con los costes estructurales del sistema eléctrico, que se financia a través de un complejo e históricamente controvertido sistema de avales, peajes y cánones. Pareciera que, como sugiere Iberdrola Generación, de lo que se trata es de allegar caudales para reducir el conocido como déficit de tarifa.

4.6. Por lo tanto, esta Sala alberga serias dudas sobre la finalidad medioambiental del IVPEE, en su configuración para Álava prevista en la NF24/2014, que parece desmentida en su contenido normativo, globalmente considerado.

5. Ahora bien, el hecho de que el Estado -o un territorio histórico- en el ejercicio de su potestad tributaria, apruebe un impuesto que, pese a atribuírsele una finalidad de tutela del medio ambiente, tenga en realidad un designio exclusivamente fiscal, no lo convierte sin más en inconstitucional, por más que sea técnicamente defectuoso, puesto que no lo será si respeta los principios a los que el artículo 31.1 CE somete el ejercicio del poder tributario; en particular, por lo que ahora interesa, el de capacidad económica.

6. Siendo así, resulta pertinente el análisis y la comparación que Iberdrola Generación propone entre el IVPEE y el IAE:

6.1 Ya se ha visto que el primero de ellos, de carácter directo, naturaleza real y devengo periódico (anual), grava a las personas físicas y jurídicas, así como a las entidades a las que alude el artículo 35.3 de la Norma Foral 6/2005, de 28 de febrero, General Tributaria de Álava, que produzcan e incorporen energía eléctrica al sistema, siendo la base imponible el importe total que tales contribuyentes perciban por esa energía producida e incorporada, a los que se grava con un tipo fijo.

6.2 El IAE somete a tributación el mero ejercicio de actividades empresariales, profesionales o artísticas [artículo 78.1 del texto refundido de la Ley reguladora de haciendas locales, aprobado por el Real Decreto legislativo 2/2004, de 5 de marzo (BOE de 9 de marzo) en relación con el artículo 1 de la Norma Foral (de Álava) 43/1989, de 19 de julio, del Impuesto sobre Actividades Económicas] por los sujetos pasivos, que son las personas físicas o jurídicas que las realizan (artículo 6 de la citada NF). La cuota tributaria se determina en función de las tarifas aprobadas por el Gobierno, en las que se fijan las cuotas mínimas, atendiendo siempre al beneficio medio presunto de la actividad gravada (artículos 7 a 11 NF). Pues bien, tratándose de la producción, el transporte y la distribución de energía eléctrica, el epígrafe 151 de las tarifas aprobadas por el Real Decreto legislativo 1175/1990, de 28 de septiembre (BOE de 29 de septiembre) -que rige en el territorio de Álava-, determina la cuota acudiendo a los kilovatios de potencia en generadores y contratada, fijando una cantidad fija por cada kilovatio. Como se ve, la carga tributaria se determina en atención los rendimientos que obtiene el sujeto pasivo por el ejercicio de la actividad de producción, transporte y suministro de energía eléctrica, sin excluir ninguna forma de producción ni ninguna clase de red de transporte y/o suministro, determinándose atendiendo a la potencia de los generadores o a la contratada por los consumidores finales. Parafraseando al Tribunal Constitucional [vid. la STC 122/2012, de 5 de junio (ES:TC:2012:122), FJ 6º], cabe concluir que el IAE es un tributo directo, real, objetivo, periódico, con una finalidad fiscal, como es la de allegar fondos a las haciendas locales para financiar su gasto público, gravando el ejercicio de actividades potencialmente generadoras de ingresos económicos por quienes las realizan, ingresos que se miden en función del beneficio medio presunto.

6.3. A juicio de este Tribunal Supremo, hay razones para concluir no sólo que ambos impuestos recaen sobre igual manifestación de riqueza de los sujetos pasivos contribuyentes, sino que en realidad pueden estar gravando el mismo hecho imponible.

6.4. Ciertamente, la doble imposición económica no es per se contraria al principio de capacidad que proclama el artículo 31.1 CE, pero este Tribunal Supremo no tiene claro, enfrentado a la resolución del presente recurso de casación, que la circunstancia de que el IVPEE someta a tributación la misma capacidad económica por la que los productores de

energía eléctrica abonar el IAE, sin responder nítidamente además a la otra finalidad extrafiscal que teóricamente lo justifica, la medioambiental, no incida sobre dicho principio de capacidad contributiva, sin cuyo observancia como fundamento de la imposición no cabe hablar de tributos constitucionalmente admisibles.

6.5. En otras palabras, cabe preguntarse si, cuando un impuesto grava a través de un hecho imponible una manifestación de capacidad económica, es posible someter a tributación esa misma capacidad económica mediante otro tributo que define un hecho imponible idéntico o prácticamente igual, cuando además se revela desprovisto de la otra finalidad, la extrafiscal, proclamada para justificarlo. Es cierto que la configuración del IAE no requiere la producción efectiva de energía eléctrica, tal y como está diseñado, a diferencia de lo que sucede con la configuración del IVPEE, pero esa excepcional situación no parece suficiente para descartar la duda expuesta. En todo caso, la incógnita corresponde despejarla al Tribunal Constitucional como máximo intérprete de la Constitución y en cuanto único órgano con potestad para enjuiciar la constitucionalidad de las leyes y disposiciones con fuerza de ley.

7. Este Tribunal Supremo no alberga dudas, sin embargo, sobre la compatibilidad entre el IVPEE y el Impuesto sobre la Electricidad (IE), regulado en Álava en los artículos 64 a 69 del Decreto Normativo de Urgencia Fiscal 1/1999, de 16 de febrero, que aprueba la normativa reguladora de los impuestos especiales, porque el primero es un impuesto directo y el segundo indirecto de repercusión legal obligatoria, lo que implica que la capacidad económica sometida a gravamen en uno y otro sea distinta, aunque en ambos el sujeto pasivo contribuyente sea el productor de la energía eléctrica. En atención a lo expuesto, de conformidad con lo dispuesto en la disposición adicional quinta, apartado 1, de la LOTC, procede plantear cuestión prejudicial de validez en relación con los artículos 1, 4.1, 6.1 y 8 de la Norma Foral 24/2014, de 9 de julio, del Impuesto sobre el Valor de la Producción de la Energía Eléctrica, habida cuenta de su eventual contravención del principio de capacidad económica que proclama el artículo 31.1 CE.

DATOS SENTENCIA

Recurso de Casación Ordinario núm. 16/2018
Sentencia núm. 1779/2018
Fecha Sentencia: 17 de septiembre de 2018
Ponente: Excmo. Sr. D. Octavio Juan Herrero Pina.

TEMA

Acuerdo denegatorio de concesión de indulto. Inexigibilidad de motivación

ASPECTOS EXAMINADOS

- Recurso contencioso administrativo núm. 16/2018 interpuesto contra el Acuerdo del Consejo de Ministros, de 1 de diciembre de 2017, que decide no conceder el indulto solicitado.
- La Sala rechaza la causa de inadmisibilidad invocada por el abogado del Estado, pues el objeto de este recurso no es el Real Decreto 762/2016 de concesión de indulto parcial, por conmutación de la pena privativa de libertad, sino el acuerdo de denegación del indulto solicitado de la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión, por lo tanto, de distinto contenido que aquel inicial indulto, de manera que no cabe hablar de reproducción de un acto consentido y firme.
- En cuanto a las pretensiones de la parte recurrente, a la vista del planteamiento del recurso y por lo que se refiere a la falta de motivación del acuerdo denegatorio del indulto, que constituye el primer fundamento de las pretensiones ejercitadas en la demanda, conviene señalar que se trata de una cuestión ampliamente tratada por la jurisprudencia, que conduce a su desestimación. Así se desprende de la doctrina establecida en casos similares en las sentencias de esta Sala de 28-5-2015, rec.435/14, 26-2-2016, rec. 833/2015 y 13-11-2015, rec. 921/2014, en las que se hace referencia al abundante acervo jurisprudencial en orden al alcance de la revisión jurisdiccional de las decisiones de indulto, de las que sólo algunas se pronuncian sobre acuerdos de concesión de indulto (casaciones 166/2001, 26/2006, 68/2009, 165/2012 y 13/2013), siendo el resto, pronunciamientos sobre acuerdos denegatorios, tales como las de 30 de enero de 2014, casación 407/12; 15 de septiembre de 2014, casación 109/14; 14 de noviembre de 2014, casación 251/14; 28 de mayo de 2015, casación 435/14,

y, 13 de noviembre de 2015 casación 921/14, todas relativas a acuerdos denegatorios de indulto. Como se recoge en dichas sentencias, la doctrina puede condensarse en los siguientes parámetros:

- 1) El control no puede afectar a los defectos de motivación;
- 2) Sólo alcanza a los elementos reglados del procedimiento (incluidos los informes preceptivos y no vinculantes a los que alude la Ley de Indulto);
- 3) No se extiende a la valoración de los requisitos de carácter sustantivo.

La sentencia del Pleno de 20 de noviembre de 2013 –no aplicable al supuesto de autos, dado que aquí se está enjuiciando la denegación de una petición de indulto- introduce, por vez primera (no obstante, la dicción literal del art. 30 de la Ley de 1870 en su vigente redacción, que eliminó la exigencia de motivación de los Reales Decretos de concesión de indulto. Nunca se exigió para los Acuerdos de denegación), un elemento reglado de control que consiste en la necesidad de <<especificar las razones de justicia, equidad o utilidad pública>> que justifican el indulto, <<control meramente externo, que debe limitarse a la comprobación de si el Acuerdo de indulto cuenta con soporte fáctico suficiente -cuyo contenido no podemos revisar- para, en un proceso de lógica jurídica, soportar las razones exigidas por el legislador, pudiendo, pues, examinarse si en ese proceso se ha incurrido en error material patente, en arbitrariedad o en manifiesta irrazonabilidad>>. En definitiva, dicho control del ejercicio positivo de la potestad de indulto se limita a verificar si el Acuerdo de indulto obedece a razones de <<justicia, equidad y utilidad pública>>, a las que se subordina su concesión. El Gobierno será libre para elegir y valorar las muy variadas razones de <<justicia, equidad y utilidad pública>>, que, en cada caso y a la vista de sus concretas circunstancias, le llevan a otorgar el indulto -sobre las que no cabe control jurisdiccional de clase alguna-, pero que han de guardar la necesaria coherencia con los hechos que constituyen su soporte fáctico, y esto si puede ser comprobado por el órgano jurisdiccional a fin de descartar todo atisbo de arbitrariedad, proscrita por el art. 9.3 CE. Ahora bien, dichas sentencias precisan que esa exigencia, desde luego, no es predicable de los acuerdos de denegación de indulto, como hemos tenido ocasión de manifestar en nuestras sentencias, dictadas con posterioridad a dicho Pleno (singularmente las ya citadas), porque las denegaciones de indulto no se oponen al principio de ejecutividad de las sentencias firmes, que, de conformidad con lo dispuesto en los arts. 117 y 118 CE, corresponde garantizar a los Juzgados y Tribunales. <<En otras palabras –decíamos en dichas Sentencias- no existe un derecho subjetivo al indulto, sino tan solo a solicitarlo y a que se tramite en su caso por el procedimiento legalmente establecido, y resuelva sin arbitrariedad>>.

Se mantiene por lo tanto, respecto de los acuerdos de denegación de indulto, el criterio de no exigencia de motivación, según la constante jurisprudencia de esta Sala, que se plasma, entre otras, en la sentencia de 23 de enero de 2008, en la que se indica que «esta Sala ha declarado en sentencia de 16 de enero de 2.008 que, como se recoge en sentencia de 12 de diciembre de 2.007, existe una línea jurisprudencial reiterada, y que se recuerda, a título de ejemplo, en sentencias de 27 de mayo de 2.003, 16 de febrero de 2.005 y 11 de enero de 2.006, conforme a la cual el ejercicio del derecho de gracia de indulto aparece regulado en la Ley de 18 de junio de 1.870, modificada por la Ley 1/1.988 de 14 de enero, que lo configura como un acto controlable en vía jurisdiccional, según hemos declarado en reiterada jurisprudencia de esta Sala de la que es ejemplo la sentencia de 3 de junio de 2.004, exclusivamente en lo que a los aspectos formales de tramitación se refiere, puesto que, como ya declaramos en sentencia de 21 de mayo de 2.001, el control que esta jurisdicción contencioso administrativa puede ejercitar sobre el tipo de acto de que aquí se trata se encuentra limitado a los aspectos formales de su elaboración; concretamente, a si se han solicitado los informes que la Ley establece como preceptivos, informes que, por otro lado, no resultan vinculantes. Y ello, puesto que el control jurisdiccional que nos corresponde es el de los elementos reglados en cuanto al procedimiento para solicitar y conceder la gracia de indulto regulado en los artículos 19 a 32 de la Ley de Indulto. No resultan, en definitiva, como venimos reiteradamente recordando, de aplicación al caso los requisitos que para los auténticos actos administrativos establece la Ley 30/1992, y entre ellos, y fundamentalmente, el de la motivación, que no es exigible en las decisiones que sobre el ejercicio del derecho de gracia se adopten por el Gobierno...». Tal jurisprudencia se apoya en la naturaleza del acto en cuestión, pues, como indican numerosas sentencias, caso de la de 16 de febrero de 2005, «el acuerdo negatorio de la concesión de indulto constituye un acto graciable, como categoría distinta de los actos discrecionales y controlable exclusivamente en cuanto a sus elementos reglados por esta Sala», a lo que ha de añadirse, como indica el Ministerio Fiscal, que los acuerdos de denegación de indulto no suponen una excepción a la regla general de ejecución de las penas impuestas por sentencia firme, por lo que no se advierte la necesidad de justificar las razones de la decisión, que no afecta a esa regla general ni a un derecho inexistente al indulto. En consecuencia, no siendo exigible la motivación para los acuerdos de denegación de indulto, la alegación en contrario en que se funda este recurso carece de virtualidad como causa de anulación del acto impugnado. En todo caso, no está demás señalar que la denegación aquí impugnada, es congruente con los informes emitidos por el Ministerio Fiscal y por el Presidente del Tribunal sentenciador, como se recoge en el escrito de contestación a la demanda del propio Ministerio Fiscal. Por lo que se refiere a la alegación de que la medida de gracia inicialmente concedida debió implicar la extinción de la pena de inhabilitación especial, por cuanto si la misma quedaba subsistente el Real Decreto 762/2016 lo habría hecho constar así, supone no tener en cuenta que, como dispone el art. 4 la Ley de Indulto, este podrá ser total o parcial. Será indulto total la remisión de todas las penas a que

hubiese sido condenado y que todavía no hubiese cumplido el delincuente. Será indulto parcial la remisión de alguna o algunas de las penas impuestas, o de parte de todas en que hubiese incurrido y no hubiese cumplido todavía el delincuente. Se reputará también indulto parcial la conmutación de la pena o penas impuestas al delincuente en otras menos graves, supuesto éste último en el que se encuentra el indulto concedido al recurrente en el Real Decreto 762/2016, por el que se le conmuta la pena privativa de libertad impuesta por otra de dos años de prisión, con lo que se determina claramente el alcance de indulto concedido, que, por su naturaleza y de acuerdo con las previsiones del indicado precepto, se extiende exclusivamente a las penas y en la medida que expresamente se reconozca en el acuerdo de concesión. En todo caso no puede dejarse de indicar la congruencia que se refleja en la denegación del indulto de una pena de inhabilitación especial de dos años con el alcance del limitado indulto de la pena privativa de libertad que se conmuta por la de igual duración de dos años. Finalmente y por lo que se refiere a la alegación de falta de audiencia de la parte ofendida a que se refiere el art. 24 de la Ley de 1870, lo primero que es preciso para que tal alegación pueda prosperar es que se identifique adecuadamente la misma, pues el precepto se refiere a la dicho trámite de manera condicionada, cuando indica que se oír a dicha parte “ si la hubiere”, y es el caso que el recurrente, como señala el Ministerio Fiscal, en ningún momento llega a identificarla o concretarla en una determinada persona, lo cual resulta especialmente exigible cuando, como también señala el Ministerio Fiscal, la condena se impone por un delito formal que no precisa la producción de un resultado lesivo. Por otra parte, el propio recurrente, a propósito de la valoración que hace de su hoja de servicios, mantiene que el error cometido ni le suponía ningún beneficio ni perjudicaba a terceros, lo que no resulta congruente con la alegación de falta de audiencia de la parte ofendida. Finalmente y en todo caso debe señalarse, que el vicio de nulidad de pleno derecho previsto en el art. 47.1.e) de la Ley 39/2015 que se alega por la parte, se refiere a los supuestos de inobservancia total o absoluta del procedimiento o de trámites esenciales del mismo, no comprendiendo los supuestos de trámites, que, como el que es objeto de esta alegación, ni siquiera ha de concurrir necesariamente en el procedimiento, pues solo procede la audiencia si hubiere parte ofendida convenientemente identificada, de manera que aun en el caso de que se apreciara la concurrencia de tal deficiencia procedimental el vicio sería de anulabilidad y no de nulidad absoluta como se alega por la parte. Por todo ello procede desestimar el recurso, lo que determina, de conformidad con el art. 139.1 LJCA, la imposición de las costas al recurrente, que la Sala, haciendo uso de las facultades establecidas en nº 4 de dicho precepto y atendiendo a las circunstancias del caso, establece en la cantidad máxima, por todos los conceptos, de 4.000 euros, más IVA, a favor de la Administración demandada.

DATOS AUTO

Cuestión de Competencia núm. 32/2018
 Auto de 12 de diciembre de 2018
 Ponente: Excmo. Sr. D. Luis María Díez Picazo Giménez.

TEMA

Cuestión de competencia: recursos contra las resoluciones del Fiscal General del Estado.

ASPECTOS EXAMINADOS

- Por Decreto del Fiscal Jefe Inspector de la Inspección Fiscal -por delegación del Fiscal General del Estado- de 2 de febrero de 2017, se acordó el archivo del expediente gubernativo, que trae causa de la denuncia presentada contra el Fiscal Jefe de la Fiscalía Provincial de XXX. Contra dicho Decreto se interpuso recurso potestativo de reposición, que fue desestimado por Decreto de 1 de marzo de 2017.
- Trabada cuestión de competencia entre los órganos jurisdiccionales antes referidos para conocer del recurso contencioso-administrativo asimismo antes expresado, se remitieron las actuaciones ante esta Sala, y una vez recibidas se pasaron a dictamen del Ministerio Fiscal, que lo ha emitido en el sentido de que la competencia discutida corresponde a esta Sala del Tribunal Supremo. Alega que se recurre única y exclusivamente un decreto del Fiscal Inspector, dictado por delegación del Fiscal General del Estado, que decidió no abrir expediente disciplinario a un Fiscal Jefe Provincial, por lo que en principio, y habida cuenta del silencio al respecto de la LJCA, la competencia vendría determinada por lo establecido por el artículo 10.1.m) de la misma; sin embargo, considera procedente someter a esta Sala que considere la posibilidad de un cambio de criterio acerca de la competencia para conocer de los recursos contra las resoluciones del Fiscal General del Estado, debido a su posición constitucional-institucional. En cuanto a la cuestión de competencia planteada, debe señalarse que, como se ha dicho reiteradamente, en el orden contencioso-administrativo la competencia viene determinada por la concreta actuación contra la que se interpone el recurso jurisdiccional. En el actual proceso, el recurso contencioso-administrativo se

interpuso contra el decreto del Fiscal Jefe Inspector de la Inspección Fiscal -por delegación del Fiscal General del Estado- de 2 de febrero de 2017 -confirmado en reposición por decreto de 1 de marzo siguiente-, por el que se acordó el archivo de la denuncia presentada por D. PPP contra el Fiscal Jefe de la Fiscalía Provincial de XXX, por haber archivado una denuncia presentada en la Fiscalía. Por lo tanto, el caso que se enjuicia se refiere a una resolución dictada por el Fiscal General del Estado, pronunciada en materia de personal, por lo que la competencia no puede venir determinada por el artículo 9.1.d) de la LJCA, por referirse éste a resoluciones dictadas por los ministros y secretarios de Estado, y a la materia de responsabilidad patrimonial, y ninguno de los dos requisitos concurren en el presente supuesto. Estamos ante un acto proveniente del Fiscal General del Estado, sobre el que la Ley jurisdiccional no efectúa una atribución expresa de la competencia, lo que determina, a tenor de lo dispuesto por los artículos 10.1.m) y 14-1-Primera LJCA, que deba conocer del recurso la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid.

- Por último, y en contestación a la solicitud del Fiscal de que esta Sala considere la posibilidad de atribuirse la competencia para conocer de los recursos interpuestos contra las resoluciones del Fiscal General del Estado, no se considera pertinente el planteamiento de dicha posibilidad, máxime si se tiene en cuenta que el artículo 67 de la Ley 50/1981, de 30 de diciembre, por la que se regula el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, atribuye la competencia a la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional para conocer de los recursos interpuestos contra las resoluciones de imposición de sanciones disciplinarias dictadas por el Consejo Fiscal y por el ministro de Justicia que agoten la vía administrativa. Por lo expuesto, la Sala, acuerda: 1.º Que la competencia para conocer del recurso contencioso-administrativo interpuesto por D. PPP contra el decreto del Fiscal Jefe Inspector de la Inspección Fiscal -por delegación del Fiscal General del Estado- de 2 de febrero de 2017 -confirmado en reposición por decreto de 1 de marzo siguiente-, corresponde a la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, a cuya Sección Décima deberán remitirse las correspondientes actuaciones, y no se hace expresa imposición de costas.

DATOS SENTENCIA

Recurso de Revisión núm. 58/2016
 Sentencia núm. 1735/2018
 Fecha Sentencia: 10 de diciembre de 2018
 Ponente: Excmo. Sr. D. Jesús Cudero Blas.

TEMA

Recurso de revisión: caracteres. Recurso contra la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, sobre denegación de una acción de responsabilidad patrimonial de la Administración (Ministerio de Fomento) como consecuencia de la modificación de un proyecto de carretera.

ASPECTOS EXAMINADOS

- Recurso de revisión contra la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, sobre denegación de una acción de responsabilidad patrimonial de la Administración (Ministerio de Fomento) como consecuencia de la modificación de un proyecto de carretera.
- Como han recordado las sentencias de 18 de julio de 2016 (Revisión núm. 42/2015) y de 19 de diciembre de 2016 (Revisión núm. 16/2016), la jurisprudencia de esta Sala entiende que el procedimiento de revisión - antes recurso de revisión - es un remedio de carácter excepcional y extraordinario en cuanto supone desviación de las normas generales. En función de su naturaleza ha de ser objeto de una aplicación restrictiva. Además, ha de circunscribirse, en cuanto a su fundamento, a los casos o motivos taxativamente señalados en la Ley pues el procedimiento de revisión debe tener un exacto encaje en alguno de los concretos casos en que se autoriza su interposición. Lo anterior exige un enjuiciamiento inspirado en criterios rigurosos de aplicación, al suponer dicho proceso una excepción al principio de intangibilidad de la cosa juzgada. Por ello sólo es procedente cuando se den los presupuestos que la Ley de la Jurisdicción señala y se cumpla alguno de los motivos fijados en la ley. En definitiva, el procedimiento de revisión ha de basarse, para ser admisible, en alguno de los tasados motivos previstos por el legislador, a la luz de una interpretación forzosamente estricta, con proscripción de cualquier tipo de interpretación extensiva o analógica de los supuestos en los que procede, que no permite la apertura de una nueva instancia ni una nueva consideración de la litis que no tenga como soporte alguno de dichos motivos. Por su propia naturaleza, el procedimiento de revisión no permite su transformación en una nueva instancia, ni ser utilizado para corregir los defectos formales o de fondo que puedan alegarse. Es el carácter excepcional del mismo el que no permite reabrir un proceso decidido

por sentencia firme para intentar una nueva resolución sobre lo ya alegado y decidido para convertir el procedimiento en una nueva y posterior instancia contra sentencia firme. El procedimiento de revisión no es, en fin, una tercera instancia que permita un nuevo replanteamiento de la cuestión discutida en la instancia ordinaria anterior, al margen de la propia perspectiva del procedimiento extraordinario de revisión. De ahí la imposibilidad de corregir, por cualquiera de sus motivos, la valoración de la prueba hecha por la sentencia firme impugnada, o de suplir omisiones o insuficiencia de prueba en que hubiera podido incurrirse en la primera instancia jurisdiccional. Quiere decirse con lo expuesto que este procedimiento extraordinario de revisión no puede ser concebido siquiera como una última o suprema instancia en la que pueda plantearse de nuevo el caso debatido ante el Tribunal a quo, ni tampoco como un medio de corregir los errores en que, eventualmente, hubiera podido incurrir la sentencia impugnada. En otras palabras, aunque hipotéticamente pudiera estimarse que la sentencia firme recurrida había interpretado equivocadamente la legalidad aplicable al caso controvertido, o valorado en forma no adecuada los hechos y las pruebas tenidos en cuenta en la instancia o instancias jurisdiccionales, no sería el procedimiento de revisión el cauce procesal adecuado para enmendar tales desviaciones. Nos hallamos, en fin, de cuentas, en un procedimiento distinto e independiente cuyo objeto está exclusivamente circunscrito al examen de unos motivos que, por definición, son extrínsecos al pronunciamiento judicial que se trata de revisar.

- El demandante insta el procedimiento de revisión sobre la base del artículo 102.1.a) LJCA, de acuerdo con el cual habrá lugar a la revisión de una sentencia firme "si después de pronunciada se recobraren documentos decisivos, no aportados por causa mayor o por obra de la parte en cuyo favor se hubiere dictado". Según doctrina consolidada de esta Sala (sentencia, entre otras, de 18 de julio de 2016, recurso núm. 71/2013, FJ 3º), la revisión basada en un documento recobrado exige la concurrencia de los siguientes motivos:

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 data de la sentencia firme objeto de la revisión y que no hayan podido ser incorporados al proceso por razones completamente ajenas a la voluntad del interesado, concretamente por "por fuerza mayor" o "por obra o acto de la parte favorecida con la resolución firme".

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 (por lo que el motivo no puede prosperar y es inoperante si el fallo cuestionado no habría de variar aun estando unidos aquellos documentos a los autos -juicio ponderativo que debe realizar, prima facie, el tribunal al decidir sobre la procedencia de la revisión entablada-).

A lo dicho cabe añadir que el citado artículo 102.1.a) LJCA se refiere a los documentos mismos, es decir, al soporte material que los constituye y no, de entrada, a los datos en ellos constatados; de modo que los que han de estar ocultados o retenidos por fuerza mayor o por obra de la contraparte a quien favorecen son los papeles, no sus contenidos directos o indirectos, que pueden acreditarse por cualquier otro medio de prueba -cuya potencial deficiencia no es posible suplir en vía de revisión (sentencia, entre otras, de 12 de julio de 2006, recurso de revisión 10/2005).

- La aplicación al caso de autos de la doctrina jurisprudencial precedente obliga a concluir que la demanda de revisión no puede en absoluto prosperar en la medida en que los documentos aducidos por la parte actora no reúnen los requisitos establecidos en el precepto legal anteriormente mencionado en los términos en que han sido interpretados por la jurisprudencia. Constituye requisito esencial para la aptitud de esos documentos que los mismos no hubieran podido ser presentados en el proceso en el que se dictó la sentencia cuya revisión se pretende por causa de fuerza mayor o "por obra o acto de la parte favorecida con la resolución firme". Se limita la parte demandante a afirmar, para justificar la concurrencia de ese requisito, que no pudo disponer en su momento de tales documentos "dado que habiendo mi parte propuesto prueba para traerlos al procedimiento en primera instancia, siendo admitida, no se pudo ejecutar al no aportarlos la Administración demandada". Es evidente la inconsistencia de tal alegación a los efectos pretendidos por cuanto:

1. La Sala sentenciadora (de la Audiencia Nacional y, en casación, de este Tribunal Supremo) adoptó la decisión que estimó procedente a tenor del material probatorio del que disponía, siendo carga de la parte actora en el procedimiento de instancia no solo denunciar los eventuales incumplimientos de la Administración al no aportar cierta documentación o al hacerlo de manera incompleta, sino -sobre todo- extraer y proponer al órgano judicial las consecuencias de ese desacertado comportamiento procesal.

2. En otras palabras, la "inexistencia" de documentos que denoten que hubo un modificado del proyecto inicial se habría producido también en la instancia (no en sede de revisión) y es allí donde debió tener lugar el debate correspondiente sobre el alcance probatorio -a efectos de la decisión- de esa supuesta ausencia de documentos acreditativos de aquel modificado.

3. Como señala con acierto el abogado del Estado, la lectura de la primera demanda de revisión permite afirmar que el actor pretende incluir en el artículo 102.1.a) de la Ley de la Jurisdicción "no documentos", es decir, la ausencia de contestación por el Ministerio de Fomento a una petición de documentación para el caso de existir

otro proyecto diferente al que la propia actora se refiere en su petición. Y eso es algo, obvio es decirlo, que no tiene encaje en el precepto citado.

4. No hay dato alguno del que pueda inferirse que los documentos aportados (incluido el incorporado a las actuaciones con la segunda demanda de revisión) hayan sido retenidos por la Administración o no hayan podido ser aportados por su propia decisión, encaminada –ilícitamente- a que no prosperase la acción de responsabilidad patrimonial que está en el origen del procedimiento que nos ocupa. Insistimos: la pretensión consistente en calificar los daños irrogados al actor como “continuados” pudo y debió probarse en la instancia, interesando de la Administración la totalidad de los documentos que fueran pertinentes (incluidos los ahora obtenidos) y reaccionando frente a la desatención de la correspondiente petición a través de los cauces que el ordenamiento ofrece a las partes, incluido el de solicitar que se dé por probado un hecho no desvirtuado debidamente por el demandado y el de extraer las consecuencias correspondientes del principio de facilidad probatoria.

5. Además, las circunstancias expresadas en la demanda referidas a la inexistencia del modificado “al no publicarse en el BOE la licitación de ese proyecto” o “al no adjudicarse a ninguna empresa contratista la ejecución de dicho proyecto modificado” concurrían ya en el proceso de instancia y pudieron ser alegadas en defensa de la pretensión actora sin que –desde luego- pueda afirmarse que esos hechos (negativos) hayan sido “ocultados” por la Administración.

6. Ni siquiera puede afirmarse que el último de los documentos aportados (el Informe emitido por el Jefe de la Demarcación de fecha 13 de junio de 2017) reúna las condiciones legalmente previstas sobre todo por una razón esencial: no nos hallamos ante un documento anterior a la sentencia cuya revisión se insta, sino posterior a la misma, aunque referido a hechos pasados, lo que denota su completa inidoneidad a los efectos pretendidos.

Conviene, finalmente, reiterar lo que ya dijimos en el fundamento jurídico anterior: el procedimiento de revisión que ahora nos ocupa no es cauce idóneo –en absoluto- para analizar el acierto o desacierto del órgano judicial al adoptar su decisión; ni tampoco para enmendar eventuales infracciones de los principios que disciplinan la valoración de la prueba o para volver a pronunciarse sobre el *factum* tomado en cuenta en la resolución cuya revisión se insta pues no es un nuevo grado jurisdiccional que permita discutir casos ya debatidos y resueltos. Solo está previsto, en definitiva, para corregir sentencias ganadas injustamente, no para revisar sentencias supuestamente injustas. Por lo anteriormente razonado, el proceso de revisión debe ser desestimado, lo que comporta la preceptiva imposición de costas a la parte recurrente, con pérdida del depósito constituido en su día para su interposición, según determina el artículo 516.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en relación con el 102.2 de la Ley reguladora de esta Jurisdicción.

DATOS AUTO

Recurso de Casación Ordinario núm. 273/2018

Fecha Auto: 15 de enero de 2018

Ponente: Excmo. Sr. D. César Tolosa Tribiño.

TEMA

Competencia: diferencia entre "actos y disposiciones dictados por sustitución en las funciones y competencias de los órganos de la Administración de la Generalidad de Cataluña, y los dictados «en Cataluña», y los dictados «en aplicación de las medidas previstas en el acuerdo del Senado sobre art. 155 CE.

ASPECTOS EXAMINADOS

- La representación de Consorcio Nacional de Industriales del Caucho, interpone recurso contencioso administrativo contra el Real Decreto 210/2018, de 6 de abril, por el que se aprueba el Programa de Prevención y Gestión de Residuos y Recursos de Cataluña.
- El Abogado del Estado, se plantea mediante escrito de 16 de noviembre de 2018, la posible incompetencia de la Sala para el enjuiciamiento de la disposición impugnada, al tratarse de un supuesto de impugnación de un Real Decreto del Consejo de Ministros, dictado al amparo del art. 155 de la Constitución en sustitución del Consejo de Gobierno de la Generalitat de Cataluña. En concreto se alega que: Según lo expuesto, el Real Decreto impugnado: se ha dictado por el Consejo de Ministros por sustitución en las funciones o competencias del Consejo de Gobierno de la Generalidad de Cataluña, conforme a la previsión del artículo 6 del Decreto Legislativo Catalán 1/2009, de 21 de julio. Ello determina la aplicación automática de la previsión contenida en el párrafo primero del citado apartado E.1 correspondiendo, en consecuencia, su revisión jurisdiccional a los juzgados y tribunales del orden jurisdiccional contencioso administrativo, que tenga la competencia para

conocer de los recursos que se deduzcan en relación con el órgano sustituido (el Consejo de Gobierno de la Generalidad de Cataluña).

- El Ministerio fiscal sostiene que «El Real Decreto 210/2018, de 6 de abril, es un acto dictado merced a la autorización otorgada al Gobierno por el Acuerdo de Pleno del Senado de 27 de octubre de 2017, por lo que en modo alguno puede argüirse que fuere dictado en sustitución del Consejo de Gobierno de la Generalidad de Cataluña, lo que por otra parte, se confirma de la mera lectura de la cláusula de revisión jurisdiccional de los actos y disposiciones que se dicten al amparo o en aplicación del acuerdo de 27 de octubre, y que obra en la Resolución de 27 de octubre de 2017, de la Presidencia del Senado, en la que: se diferencia expresamente entre los "actos y disposiciones dictados por sustitución en las funciones y competencias de los órganos de la Administración de la Generalidad de Cataluña,- que se sujetarán a las previsiones de la legislación procesal y, los dictados «en Cataluña», que se sujetarán a las previsiones de la legislación procesal y, los dictados «en aplicación de las medidas previstas en este acuerdo», cuya revisión jurisdiccional se atribuye a los órganos del orden contencioso-administrativo en atención al rango de los órganos o autoridades creados designados por el Gobierno de la Nación. Como antecedente necesario de la presente resolución, hemos de tener en cuenta que mediante Auto de 28 de noviembre de 2018, de la Sala de admisión, se consideró que «A la vista de lo anterior, y de conformidad con el artículo 12.1.e) de la Ley de esta Jurisdicción, la competencia para su conocimiento y resolución corresponde a esta Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, a quien corresponde la competencia para conocer de los recursos interpuestos contra actos y disposiciones del Consejo de Ministros», por lo que concluyó que procedía «Declarar la competencia de esta Sala para conocer del recurso contencioso-administrativo interpuesto por EEE, S.A., contra el Real Decreto 210/2018, de 6 de abril, por el que aprueba el Programa de Prevención y Gestión de Residuos y Recursos de Cataluña, resolución dictada a la vista de la exposición razonada remitida por el TSJ de Madrid en el procedimiento núm. 636/2018.

DATOS AUTO

Recurso de Casación núm. 3297/2018
 Fecha Auto: 20 de diciembre de 2018
 Ponente: Excmo. Sr. D. María del Pilar Teso Gamella.

TEMA

Recurso de Casación: inadmisión: control judicial de las solicitudes de autorización de entrada en el domicilio de las personas jurídicas y los aspectos a ponderar por los órganos judiciales.

ASPECTOS EXAMINADOS

- La Sección de Admisión de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, acuerda la inadmisión a trámite del recurso de casación preparado contra la sentencia desestimatoria dictada en autos del procedimiento especial de entrada en domicilio.
- La inadmisión a trámite se acuerda, conforme al artículo 90.4.d) de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (LJCA), por carencia en el recurso de interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia. Y sin que en particular se entienda suficientemente justificado el presupuesto para que opere la presunción prevista en el artículo 88.3.a) LJCA invocado, toda vez que al invocar dicha presunción, la parte recurrente hace supuesto de la cuestión cuando resulta patente la existencia de numerosa jurisprudencia y doctrina constitucional sobre el control judicial de las solicitudes de autorización de entrada en el domicilio de las personas jurídicas y los aspectos a ponderar por los órganos judiciales (entre otras, vid, STS, Sala 3a, de 21/03/2017, RO 613/2016; STS, Sala 3a, de 21/12/2007, RO 7058/2005; STS, Sala 3n, de 24/01/2012, RO 2269/2010; además de numerosísima doctrina constitucional, entre otras, STC 189/2004 y STC 174/1993), así como sobre el alcance del recurso de apelación como recurso ordinario y devolutivo cuya función procesal radica en la depuración de los criterios hermenéuticos, interpretativos o de juicio, valoración de las pruebas practicadas y, en definitiva, de los resultados obtenidos en la sentencia dictada en primera instancia, permitiendo al Tribunal ad quem examinar de nuevo, en todas sus facetas, el litigio, de modo que el recurso de apelación es un novum iudicium (STC 101/1998, de 18 de mayo) que permite la revisión ex novo de los hechos y de las pruebas practicadas con plena soberanía del Tribunal.

DATOS SENTENCIA

Recurso de Casación Ordinario núm. 368/2018
 Sentencia núm. 1694/2018
 Fecha Sentencia: 25 de octubre de 2018
 Ponente: Excmo. Sr. D. Luís María Díez-Picazo Giménez.

TEMA

Reintegro de los daños originados a los caudales públicos: intereses de demora. Valoración de la prueba. Prescripción acción de reintegro por alcance. Dies a quo. Tribunal de Cuentas: procedimiento de reintegro por alcance.

ASPECTOS EXAMINADOS

- Recurso de casación interpuesto contra Sentencia del Tribunal de Cuentas de Madrid, recaída en el recurso de apelación, interpuesto contra Sentencia dictada en el procedimiento de reintegro por alcance, del ramo de Seguridad Social, Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales.
- Los antecedentes del asunto, por lo que ahora importa, son como sigue. A la vista de determinados informes previos, el letrado de la Administración de la Seguridad Social presentó demanda de procedimiento de reintegro por alcance contra MMM y contra el Sr AAA. Las cuentas que el demandante consideraba injustificadas y perjudiciales para la Tesorería General de la Seguridad Social se referían al período 2005-2006. En ese período, el codemandado Sr. AAA era director-gerente de MMM. Los gastos objeto del litigio consistían en dietas pagadas a los miembros de la junta directiva de MMM, gastos promocionales para captar empresas, participación en un congreso de la Unión General de Trabajadores y otro de Foconauto, un informe encargado a la consultora KKK S.L. consistente en un plan estratégico para MMM, y gastos de catering en varias convenciones. La sentencia de primera instancia de la correspondiente consejera de cuentas, de fecha 25 de febrero de 2015, estimó la demanda y condenó a MMM y al Sr. AAA como responsables directos y solidarios de un perjuicio por alcance a la Tesorería General de la Seguridad Social cifrado en 7.798.055 E, más los intereses de demora —fijados en 1.804.555,40 € hasta esa fecha- y las costas. Los demandados interpusieron sendos recursos de apelación, desestimados por la sentencia que es ahora impugnada.
- El recurso de casación de MMM se basa en seis motivos, de los que el segundo y el cuarto, atinentes a la condena en costas, han sido declarados inadmisibles por auto de esta Sala de 1 de diciembre de 2016. Los motivos restantes pueden ser agrupados en dos partes: una relativa a los intereses de demora (motivos primero y tercero), y otra relativa al informe de la consultora KKK S.L. (motivos quinto y sexto).
- Comenzando por los intereses de demora, la recurrente sostiene en el motivo primero que la sentencia impugnada infringe los arts. 59,1 y 71.4 de la Ley de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas y el art. 1.100 del Código Civil. El punto de partida de su argumentación es que la sentencia de primera instancia, luego confirmada en apelación, toma como momento inicial para el cómputo de los intereses de demora el día 26 de marzo de 2009: ésa es la fecha en que el pleno del Tribunal de Cuentas aprobó el «Informe de Fiscalización sobre los procedimientos de contratación de las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales» donde se identificaron las irregularidades contables de MMM en el período 2005-2006; informe que, como quedó apuntado más arriba, estuvo en el origen de la demanda de procedimiento de reintegro por alcance presentada por el letrado de la Administración de la Seguridad Social. Ése es el momento en que la sentencia de primera instancia, luego confirmada en apelación, entiende producido el daño para los caudales públicos en el sentido del art. 59.1 de la Ley de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas. Pues bien, la recurrente afirma que el mencionado Informe de Fiscalización no puede tomarse como dies a quo para el cálculo de intereses, porque un informe del Tribunal de Cuentas en el ejercicio de su función fiscalizadora no crea responsabilidad contable. De aquí infiere la recurrente que sólo puede tenerse por término inicial, con arreglo a la norma general recogida en el art. 1.100 del Código Civil, el día en que se presentó la demanda de responsabilidad contable. Y añade que en aquel momento la cantidad debida era ilíquida, ya que según el art. 71.4 de la Ley de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas debe ser la sentencia dictada en ese proceso la que determine el importe tanto del principal debido, como de los correspondientes intereses de demora. Más tarde, en el motivo tercero, con cita de los arts. 24 y 120 de la Constitución, los arts. 209 y 218 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y la jurisprudencia, la recurrente reprocha falta de motivación a la sentencia impugnada, que no habría dicho nada sobre todo ello.
- Al informar sobre este recurso de casación, el Ministerio Fiscal considera que este último motivo debe ser estimado. Tiene razón: examinada la sentencia impugnada, es claro que, en su fundamento jurídico tercero, al exponer las alegaciones de MMM, menciona la relativa al pretendidamente erróneo cálculo de intereses, si bien luego no aborda ni resuelve esta

cuestión. Así, la falta de motivación —que, en este caso, llevaría aparejada incongruencia omisiva- es innegable. Este motivo tercero del recurso de casación de MMM debe ser estimado, con la consiguiente anulación de la sentencia impugnada.

Una vez sentado lo anterior, es preciso resolver el fondo de este aspecto del litigio tal como quedó planteado en la instancia. El art. 59.1 de la Ley de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas dispone que la pretensión de reintegro de los daños originados a los caudales públicos incluye «los intereses desde el día en que se entienda producido el alcance o irrogados los perjuicios» La sentencia de primera instancia explica en su fundamento jurídico decimooctavo por qué debe tomarse como dies a quo el día de aprobación del mencionado Informe de Fiscalización: «[...]Por lo que respecta a los intereses, deben imponerse a los demandados en los términos previstos en el artículo 59.1, en relación con el artículo 71.4,e), ambos de la Ley 7/1988, de 5 de abril, de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas, aunque aplicando dichos preceptos dentro de los límites de las pretensiones procesales formuladas por las partes sobre este particular, dado el principio dispositivo que rige en los procedimientos de reintegro por alcance. De acuerdo con estos criterios, debe quedar fijado el dies a quo en el día 26 de marzo de 2009, fecha en que se aprobó el Informe de Fiscalización sobre los procedimientos de contratación de las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales, por considerarse que ese es el día en que se ha producido el daño a los fondos públicos, de acuerdo con el citado artículo 59 de la Ley de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas en relación con lo solicitado por el Letrado de la Seguridad Social en su escrito de demanda, sin que pueda acogerse la petición del representante legal de la Mutua Universal MMM de que en el caso de imposición de intereses se considerase como dies a quo la fecha de interposición de la demanda, ya que la fecha en que se consideran producidos los daños a los fondos públicos es la del día en que se aprobó el citado informe, puesto que la identificación de la cuantía del alcance declarado, de acuerdo con lo solicitado por la parte demandante, se basa en las conclusiones de los resultados de la fiscalización (...). Frente a esto no cabe argüir, como hace la recurrente, que un informe del Tribunal de Cuentas en ejercicio de su función fiscalizadora no crea responsabilidad contable; y ello porque, si bien tal informe no declara el daño o perjuicio a los caudales públicos, si aporta los datos necesarios para iniciar el procedimiento de reintegro por alcance. Y aunque es cierto que la determinación del importe del principal y de los intereses corresponde a la sentencia dictada en dicho procedimiento (art. 71.4 de la Ley de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas), no es menos claro que aquélla debe pronunciarse sobre la cantidad reclamada por el demandante, por lo que no puede decirse que la pretensión sea de cuantía indeterminada o ilíquida. De todo ello se sigue que debe aplicarse el ya citado art. 59.1 de la Ley de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas para la fijación del dies a quo del cómputo de intereses, resultando así improcedente la invocación del art. 1.100 del Código Civil. Por lo demás, el hecho de que la aprobación del Informe de Fiscalización fuera —como es obvio- posterior al tiempo en que se realizaron los gastos reputados irregulares no resulta perjudicial para la recurrente, ya que ello implica que los intereses comienzan a correr en un momento posterior. La conclusión de todo ello es que, en lo atinente a los intereses de demora, debe desestimarse el recurso de apelación y confirmar lo resuelto por la sentencia de primera instancia.

- En cuanto al informe de la consultora KKK S.L., los motivos quinto y sexto del recurso de casación de MMM son similares: en uno se denuncia error evidente en la valoración de la prueba y en el otro se alega vulneración de las reglas de la sana crítica, así como de la jurisprudencia que permite —en supuestos de irrazonabilidad- su control en sede casacional. La cuestión en este punto es básicamente que el informe de la consultora KKK S.L. recogía un plan estratégico para MMM que — según la sentencia de primera instancia, luego confirmada en apelación- partía de un presupuesto contrario a derecho y, por consiguiente, su coste no puede ser asumido por la Tesorería General de la Seguridad Social. A este respecto dice la sentencia impugnada en su fundamento jurídico noveno «[...]Dentro de las actividades que la sentencia apelada declaró ilícitas por exceder el ámbito objetivo de actuación de MMM, combaten los impugnantes las fundadas conclusiones sobre los pagos irregulares de un informe y para sufragar gastos de catering de una Convención celebrada en el año 2005. Como manifiesta el Ministerio Fiscal, otra vez no hacen sino repetir los alegatos ya utilizados en primera instancia sin introducir algún elemento nuevo o distinto que sustente la exoneración de responsabilidad contable que solicitan; así, no dejan de ser meras alegaciones de parte las consideraciones acerca de que el informe titulado "Asegurar un crecimiento rentable y equilibrado" encajaba en la actividad colaborativa propia de la Mutua. El fundamento de derecho duodécimo de la resolución recurrida advierte, en estos hechos, al menos dos infracciones normativas que los apelantes no han podido demostrar que no se produjeron, El art. 10 del Reglamento de Colaboración, al equiparar a las Mutuas a las Entidades Gestoras de la Seguridad Social, en tanto deben aceptar las proposiciones de asociación y de adhesión que les sean formuladas, está estableciendo una prohibición de hacer selección previa de empresarios o trabajadores adheridos, por lo que los contenidos del informe sobre potenciales asociados rentables y propuesta de planes de acción para impulsar la captura potencial de mejora de resultados, vulneró, por exceso, aquellas previsiones» Frente a ello argumenta la recurrente que las conclusiones de un informe elaborado por una consultora no tienen por qué ser luego asumidos por la entidad que le hizo el encargo. Y añade que la consultora goza de una "libertad intelectual" que no puede ser restringida. Ésta es, en esencia, la razón en que se basa la recurrente para afirmar que la sentencia impugnada ha apreciado equivocadamente los hechos. Este argumento, sin embargo, no es convincente: una cosa es que no exista ningún deber de seguir el consejo del consultor y otra, muy distinta, que los gastos de dicho consejo deban ser sufragados con fondos públicos; máxime cuando, como consta acreditado en el

presente caso, los presupuestos de que partió el informe —no desmentidos ni corregidos en su momento por la entidad que lo encargó— resultan incompatibles con las condiciones a que legalmente debe ajustarse la actividad de las mutuas de accidentes de trabajo. Por todo ello, los motivos quinto y sexto del recurso de casación de MMM han de ser desestimados.

- Pasando ahora al recurso de casación del Sr. AAA, se basa en cuatro motivos, de los que el segundo -sobre carga de la prueba y una pretendida cosa juzgada material con respecto a la sentencia de esta Sala de 13 de noviembre de 2012- ha sido declarado inadmisibles por nuestro ya citado auto de 1 de diciembre de 2016. En los otros tres motivos se alega prescripción de la acción de reintegro por alcance (motivo primero), y falta de prueba y error en la apreciación de los hechos en lo relativo a la participación del recurrente en los gastos que se reputan irregulares (motivos tercero y cuarto). La prescripción alegada por el recurrente parte de los siguientes datos: A) El plazo de prescripción de la acción de reintegro por alcance es de cinco años, a tenor de lo dispuesto por la disposición adicional 3a de la Ley de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas. B) Los gastos reputados irregulares se produjeron en el período 2005-2006, por lo que el plazo de prescripción comenzó a correr al menos desde el 31 de diciembre de ese último año. C) Consta que, con anterioridad a la iniciación del procedimiento de reintegro por alcance, hubo varias actuaciones de investigación de la policía, el Ministerio Fiscal y el propio Tribunal de Cuentas; pero la primera notificación que el Sr. AAA recibió en relación con su posible responsabilidad contable fue la relativa al acta de liquidación provisional, que se practicó el 1 de octubre de 2012; es decir, transcurridos más de cinco años desde el 31 de diciembre de 2006, última fecha que puede considerarse posible como inicio del plazo de prescripción. El recurrente es consciente de que su alegación de prescripción no se hizo valer en primera instancia ni en apelación. Así, para contrarrestar la objeción de que se trata de una cuestión nueva que no puede ser traída al recurso de casación, despliega un doble argumento. Por un lado, con apoyo en algunas citas de la doctrina académica —no de la jurisprudencia- sostiene que la prescripción en el Derecho Administrativo, a diferencia de lo que sucede en el Derecho Privado, debe apreciarse de oficio y que ello vale incluso en sede casacional. Por otro lado, invocando una sentencia de esta Sala de 21 de enero de 2015, dice que las actuaciones investigadoras de la Administración que no hayan sido notificadas al interesado no surten el efecto de interrumpir la prescripción de la responsabilidad de éste último. Y aún en este orden de consideraciones, reconoce que la referida sentencia de 21 de enero de 2015 es anterior a la interposición del recurso de apelación, que tuvo lugar el 20 de marzo de ese mismo año; pero dice que no pudo alegarla entonces porque no había sido aún recogida en los principales repertorios de jurisprudencia. Pues bien, este motivo no puede ser acogido, porque es de todo punto evidente que se trata de una cuestión nueva, que nunca fue ni siquiera indirectamente sugerida en primera instancia ni en apelación, ni hay rastro alguno de la misma en la sentencia impugnada. El recurso de casación, según criterio jurisprudencial claro y constante, tiene como finalidad examinar posibles vicios de la sentencia impugnada; y no proceder a un nuevo juicio sobre la cuestión litigiosa. Dicho esto, no resulta ocioso hacer dos observaciones adicionales. Una es que la idea de que la prescripción opera en el Derecho Administrativo de una manera muy distinta que en el Derecho Privado —algo que esta Sala ahora ni afirma ni niega— tiene una apoyatura meramente doctrinal según el propio recurrente. Pero éste se limita a citar la opinión de unos pocos autores, sin mostrar que se trata de una corriente doctrinal mayoritariamente aceptada y predicable de todos los sectores del Derecho Administrativo. Es más: tampoco aporta ningún argumento específico para sustentar su tesis de que la aplicación de oficio de la prescripción debería regir incluso en una sede procesal tan singular como el recurso de casación. Por otro lado, para ser atendible, la afirmación del recurrente de que no alegó la sentencia de 21 de enero de 2015 en su recurso de apelación porque aún no había noticia de ella en los principales repertorios de jurisprudencia habría debido ir acompañada de algún dato que mostrase cuándo pudo efectivamente conocerla; algo que no ha hecho, por no mencionar que tampoco ha dado ninguna explicación sobre la similitud entre los hechos que dieron lugar a la sentencia de 21 de enero de 2015 y los aquí considerados. En fin, sobre la pretendida insuficiencia de prueba de la participación del Sr. AAA en los gastos que se reputan irregulares, debe decirse que no hay tal. La sentencia impugnada confirma la valoración de la prueba efectuada en la sentencia de primera instancia, que se apoya ampliamente en lo investigado por la policía y por el propio Tribunal de Cuentas en ejercicio de su función fiscalizadora. La sentencia de primera instancia incide especialmente en el «poder decisorio estratégico» sobre las decisiones de MMM que el recurrente tenía en el período 2005-2006, de manera que mal habrían podido realizarse esos gastos sin su participación o aquiescencia; y, a este respecto, la sentencia de apelación observa atinadamente que el recurrente no ha aportado dato alguno que desmienta esa capacidad de decisión o, si se prefiere, su posición central en toda la actividad de MMM. En otras palabras, la sentencia impugnada no encuentra razones por las que, en sede de apelación, deba reputarse de errada la conclusión extraída por la sentencia de primera instancia a la vista de las pruebas practicadas. Así las cosas, esta Sala, en sede de casación, no puede por menos de considerar que ciertamente hubo prueba, que ésta pudo ser examinada y criticada por el recurrente y que la valoración de aquélla efectuada en las sentencias de primera instancia y de apelación no resulta ilógica o arbitraria. Con arreglo al art. 139 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, íntegramente aplicable a estos recursos de casación *ratione temporis*, no procede hacer imposición de las costas a MMM. Sí deben imponerse, en cambio, al Sr. AAA, quedando fijadas las de su recurso de casación en un máximo de 2.000 € por todos los conceptos. Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido: 1º.— No ha lugar al recurso de casación interpuesto por la representación

procesal de D. AAA contra la sentencia de la Sala de Justicia del Tribunal de Cuentas de 15 de diciembre de 2015, con imposición de las costas al recurrente hasta un máximo de 2.000 € por todos los conceptos. 2º.--Ha lugar al recurso de casación interpuesto por la representación procesal de MMM contra la sentencia de la Sala de Justicia del Tribunal de Cuentas de 15 de diciembre de 2015, que anulamos. 3º.- En su lugar, desestimar el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de MMM contra la sentencia de 25 de febrero de 2015 dictada por la Consejera de Cuentas del Departamento Primero de la Sección de Enjuiciamiento del Tribunal de Cuentas, que queda confirmada en su integridad.

DATOS SENTENCIA

Error Judicial núm.53/2017

Sentencia 96/2019

Fecha Sentencia: 31 de enero de 2019

Ponente: Excmo. Sr. D. Jesús Cudero Blas.

TEMA

Error judicial contra la Sentencia sobre reclamación de intereses de demora. Exigencia de interposición previa del incidente de nulidad de actuaciones.

ASPECTOS EXAMINADOS

- Demanda de error judicial contra la Sentencia sobre reclamación de intereses de demora.
- La presente demanda para el reconocimiento de error judicial se interpone por la representación procesal de HHH, S.A.U., contra la sentencia de 20 de octubre de 2016, del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo, por la que se estimó en parte el recurso jurisdiccional dirigido contra la desestimación presunta de la reclamación dirigida al SAS para obtener el cobro de los intereses de demora por el retraso en el pago de ciertas certificaciones de obra y del abono de la certificación final, acogiendo la sentencia exclusivamente este segundo extremo (la suma de 5.516,88 euros, importe de la certificación final aprobada en fecha 27 de marzo de 2014) y rechazando la procedencia del abono de los intereses de demora por el pago tardío de las certificaciones de obra por haber prescrito el derecho pretendido, ya que, para el órgano judicial, la reclamación administrativa se dedujo el 25 de junio de 2015 y las facturas concernidas se refieren a períodos respecto de los que, en aquella fecha, había transcurrido con creces el plazo de prescripción de cuatro años.
- La indicada mercantil interpuso recurso de apelación contra aquella sentencia —siguiendo las indicaciones establecidas en el pie de recurso de dicho resolución-, que fue inadmitido por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia Andalucía por insuficiencia de cuantía, ya que no procedía estar a la suma final reclamada, sino a los concretos importes de cada certificación tardíamente abonada, importes que no alcanzaban —ninguno de ellos- la suma de 30.000 euros. HHH, S.A.U. promueve el presente proceso al entender que la sentencia del Juzgado ha incurrido en un error manifiesto al declarar la prescripción del derecho que se ejercitaba, pues se aparta sin justificación alguna de la doctrina jurisprudencial que, en relación con los intereses de demora por el pago tardío de certificaciones de obra, sostiene reiteradamente lo contrario que el juez a quo: que las certificaciones parciales de obra carecen de autonomía y sustantividad propia respecto del contrato principal y, por tanto, no cabe apreciar la prescripción a tenor de las fechas de esas mismas certificaciones.
- Antes de analizar el fondo de las pretensiones deducidas en la demanda, se hace necesario determinar, si la misma resulta o no admisible dado que la parte actora —como señalan los codemandados y el Ministerio Fiscal- no habría agotado los recursos pertinentes contra la sentencia a la que se imputa el error; concretamente, no habría deducido el incidente de nulidad de actuaciones, que se configura como presupuesto procesal —según jurisprudencia constante- a tenor de lo previsto en el artículo 293.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. Recordemos que el actor imputa el error judicial a la sentencia del Juzgado núm. 5 de Sevilla, que la Sala competente del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía inadmitió el recurso de apelación —ofrecido a las partes por el Juzgado en el pie de recurso que acompaña a su resolución- dirigido contra aquella sentencia por razón de cuantía y que HHH, S.A.U. interpuso la demanda de error judicial que ahora nos ocupa dentro del plazo de los tres meses siguientes a la sentencia de la Sala de apelación, pero sin intentar el incidente de nulidad de actuaciones contra la resolución del Juzgado a la que imputa el error.

- Es doctrina reiterada de esta Sala la que señala, en relación con la exigencia procesal de agotar los recursos pertinentes contra la sentencia supuestamente errónea, lo siguiente: -. Que la necesidad del "agotamiento de los recursos previstos en el ordenamiento" a que se refiere el artículo 293 LOPJ solo va referida "a los que resulten procedentes" o, al menos, "a los que le hayan sido ofrecidos al litigante, aunque fueran incorrectos". -. Que tal exigencia no se refiere, por tanto, "a cualquier recurso improcedente", sino solo a aquellos previstos en el ordenamiento para combatir el fallo. -. Que cuando se achaca a una resolución judicial un error de esta, naturaleza se le imputa, realmente, la vulneración de un derecho fundamental, de manera que aquel requisito procesal (el agotamiento de los recursos) incluye también el incidente de nulidad de actuaciones, que ha de reputarse "remedio procesal idóneo para obtener la reparación de la conculcación de derechos fundamentales" y, por tanto, una "exigencia previa inexcusable antes de la reparación excepcional del derecho que supone la declaración de error judicial. (sentencia de esta Sala, Sección Primera, de 18 de abril de 2016, que contiene abundante cita de pronunciamientos anteriores). A tenor de la doctrina expuesta, la demanda resulta claramente inadmisibile al no haber acudido el interesado —antes de deducirla— al incidente de nulidad de actuaciones frente a la sentencia del Juzgado núm. 5 de Sevilla. Aunque no puede afirmarse —como defienden los codemandados— que la demanda sea inadmisibile al haber sido deducida extemporáneamente (pues el actor la interpuso dentro de los tres meses siguientes a la sentencia dictada en apelación), entendemos que la parte demandante debió acudir a aquel incidente después de la inadmisibile de la apelación y antes de acudir a este Tribunal reclamando la declaración de error judicial. En efecto: Aunque el recurso de apelación frente a la sentencia del Juzgado de Sevilla era improcedente por razón de la cuantía litigiosa (como constató la Sala competente al inadmitirlo), aquel recurso fue expresamente ofrecido a la parte hoy demandante por el Juzgado competente como recurso que procedía contra su sentencia de 20 de octubre de 2016. Ese ofrecimiento impide considerar que corría el plazo para interponer demanda de error judicial contra la sentencia de instancia, pues no puede imputarse al interesado —a los efectos que ahora nos ocupan— las perniciosas consecuencias de un uso indebido de un recurso improcedente cuando éste fue expresamente considerado como adecuado por el órgano judicial contra cuya sentencia se interpuso (v. pie de recurso de la sentencia de 20 de octubre de 2016). Tampoco era procedente —una vez notificada la sentencia de la Sala de Sevilla y aceptado por el actor que no cabía apelación por razón de cuantía— acudir al recurso de casación, pues la sentencia contra la que éste iría dirigido (la del Juzgado) no era recurrible a través de este recurso extraordinario, al no ser susceptible de extensión de efectos, tal y como exige el artículo 86.1 de nuestra Ley Jurisdiccional. Aceptada, pues, por HHH, S.A.U. la decisión relativa a la improcedencia del recurso de apelación —que era inadmisibile por razón de cuantía, extremo que no se discute—, decidió formular directamente la demanda de error judicial contra la sentencia del Juzgado núm. 5 por considerar —ahora— que ya había agotado los recursos procedentes al acudir en su momento —e inducido por el propio Juzgado— a la apelación. La tesis del demandante no puede ser admitida por una primera razón esencial: en la medida en que se imputa a la sentencia en el escrito postulando la existencia de error judicial la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (concretamente en la vertiente del mismo relativa a la obtención de una resolución "fundada en derecho" al apartarse injustificadamente de la jurisprudencia) y visto que el "recurso procedente" no era la apelación (por lo que su pretensión no pudo ser analizada), el interesado debió necesariamente acudir al cauce determinado en la ley una vez inadmitido aquel recurso, siendo así que ese cauce no es otro —según hemos señalado con reiteración— que el incidente de nulidad de actuaciones.
- Es conocida la jurisprudencia de esta Sala que afirma que la materia exclusiva y excluyente del incidente de nulidad de actuaciones ha de ser la vulneración de un derecho fundamental, no, por tanto, cualquier infracción legal. En la medida en que tal incidente es solo idóneo para remediar violaciones de derechos fundamentales, resulta obligado analizar si la pretensión ejercitada a través de la demanda de error judicial lleva aparejada una eventual vulneración de un derecho fundamental para que resulte exigible promover previamente el incidente. Ninguna duda razonable se plantea este Tribunal sobre el fundamento de la pretensión ejercitada en la demanda que nos ocupa: aunque sin citarlo expresamente, se imputa a la sentencia la vulneración del derecho contenido en el artículo 24 de la Constitución pues se afirma en el escrito rector que el Juzgado se apartó de la jurisprudencia (en relación con, la naturaleza, a efectos de la prescripción, de las certificaciones de obra) y que "no efectúa un proceso razonado para llegar a esa conclusión absolutamente discordante con la que de manera reiterada ha venido ofreciendo el Tribunal Supremo". Nos advierte la doctrina constitucional (v., por todas, sentencia del Tribunal Constitucional 164/2002, de 17 de septiembre) que del artículo 24.1 CE se deriva para los órganos judiciales la obligación de dictar una resolución fundada en Derecho que "no puede considerarse cumplida con la mera emisión de una declaración de voluntad en un sentido u otro, sino que debe ser consecuencia de una exégesis racional del Ordenamiento y no fruto de la arbitrariedad"; además de motivada, es preciso que la resolución judicial "tenga contenido jurídico, no resultar arbitraria", considerándose que concurre en este último vicio cuando "constatada la existencia formal de una argumentación, no es expresión de la administración de Justicia, sino mera apariencia de ésta por ser fruto de un mero voluntarismo judicial o expresar un proceso deductivo irracional o absurdo". En definitiva, serían irracionales aquellas "resoluciones judiciales respecto de las que se comprueba, a primera vista y sin necesidad de mayor esfuerzo intelectual y argumental, que parten de premisas inexistentes o patentemente erróneas o bien contienen una argumentación que incurre en quiebras lógicas de

una magnitud tal que las conclusiones a las que se llega no pueden considerarse basadas en las razones que han sido aducidas". Ni qué decir tiene que eso es, cabalmente, lo que la aquí demandante imputa a la sentencia que nos ocupa. Y si ello es así, forzoso será concluir que le resultaba obligado al actor acudir —antes de iniciar un proceso por error judicial- al remedio que el ordenamiento ofrece para reparar la vulneración de los derechos fundamentales, al incidente de nulidad de actuaciones, cuya omisión hace inadmisibile la demanda que analizamos por incumplimiento de la exigencia procesal prevista en el artículo 293 LOPJ. Por todo ello, procede desestimar la demanda de error judicial por falta de agotamiento de los recursos previstos en el ordenamiento, con imposición de costas a la parte demandante y pérdida del depósito constituido por aplicación de lo dispuesto en las letras c) y e) del artículo 293.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, en relación con los artículos 139 de la Ley de esta Jurisdicción y 516.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

DATOS SENTENCIA

Recurso de Revisión núm. 18/2018
 Sentencia núm.95/2019
 Fecha Sentencia: 31 de enero de 2019
 Ponente: Excmo. Sr. D. Dimitry Berberoff Ayuda.

TEMA

Recurso de Revisión: naturaleza. Supuesto relativo a la existencia de documentos decisivos, recobrados por el interesado y no aportados por causa de fuerza mayor o por obra de la parte a cuyo favor se hubiese dictado la sentencia.

ASPECTOS EXAMINADOS

- La Sala comienza recordando la naturaleza del procedimiento de revisión diciendo: Como han establecido las sentencias de 18 de julio de 2016 (Revisión núm. 42/2015) y de 19 de diciembre de 2016 (Revisión núm. 16/2016), la jurisprudencia de esta Sala entiende que el procedimiento de revisión - antes recurso de revisión - es un remedio de carácter excepcional y extraordinario en cuanto supone desviación de las normas generales. En función de su naturaleza ha de ser objeto de una aplicación restrictiva. Además, ha de circunscribirse, en cuanto a su fundamento, a los casos o motivos taxativamente señalados en la Ley pues el procedimiento de revisión debe tener un exacto encaje en alguno de los concretos casos en que se autoriza su interposición. Lo anterior exige un enjuiciamiento inspirado en criterios rigurosos de aplicación, al suponer dicho proceso una excepción al principio de intangibilidad de la cosa juzgada. Por ello sólo es procedente cuando se den los presupuestos que la Ley de la Jurisdicción señala y se cumpla alguno de los motivos fijados en la ley. En definitiva, el procedimiento de revisión ha de basarse, para ser admisible, en alguno de los tasados motivos previstos por el legislador, a la luz de una interpretación forzosamente estricta, con; proscripción de cualquier tipo de interpretación extensiva o analógica de los supuestos en los que procede, que no permite la apertura de una nueva instancia ni una nueva consideración de la litis que no tenga como soporte alguno de dichos motivos. Por su propia naturaleza, el procedimiento de revisión no permite su transformación en una nueva instancia, ni ser utilizado para corregir los defectos formales o de fondo que puedan alegarse. Es el carácter excepcional del mismo el que no permite reabrir un proceso decidido por sentencia firme para intentar una nueva resolución sobre lo ya alegado y decidido para convertir el procedimiento en una nueva y posterior instancia contra sentencia firme. El procedimiento de revisión no es, en fin, una tercera instancia que permita un nuevo replanteamiento de la cuestión discutida en la instancia ordinaria anterior, al margen de la propia perspectiva del procedimiento extraordinario de revisión. De ahí la imposibilidad de corregir, por cualquiera de sus motivos, la valoración de la prueba hecha por la sentencia firme impugnada, o de suplir omisiones o insuficiencia de prueba en que hubiera podido incurrirse en la primera instancia jurisdiccional. Quiere decirse con lo expuesto que este procedimiento extraordinario de revisión no puede ser concebido siquiera como una última o suprema instancia en la que pueda plantearse de nuevo el caso debatido ante el Tribunal a quo, ni tampoco como un medio de corregir los errores en que, eventualmente, hubiera podido incurrir la sentencia impugnada. En otras palabras, aunque hipotéticamente pudiera estimarse que la sentencia firme recurrida hubiese interpretado equivocadamente la legalidad aplicable al caso controvertido, o valorado en forma no adecuada los hechos y las pruebas tenidos en cuenta en la instancia o instancias jurisdiccionales, no sería el procedimiento de revisión el cauce procesal adecuado para enmendar tales desviaciones. Nos hallamos, en definitiva, en un procedimiento distinto e independiente cuyo objeto está exclusivamente circunscrito al examen de unos motivos que, por definición, son extrínsecos al pronunciamiento judicial que se trata de revisar.
- Respecto de la causa esgrimida por el recurrente en fundamento de la revisión, se dice: Como se ha apuntado, la parte actora sustenta el procedimiento de revisión en el supuesto previsto en el artículo 102.1.a) de la Ley Jurisdiccional, es decir,

en la existencia de documentos decisivos, recobrados por el interesado y no aportados por causa de fuerza mayor o por obra de la parte a cuyo favor se hubiese dictado la sentencia. A estos efectos señala un documento de fecha 31 de octubre de 2017 del Servicio Ejecutivo de la Comisión de Prevención del Blanqueo de Capitales e Infracciones Monetarias (SEPBLAC) presentado por la Dirección General de la Policía (Brigada Local de Policía Judicial) ante el Juzgado de primera Instancia e Instrucción nº 1 de Sanlúcar de Barrameda, en el procedimiento penal que se sigue contra la madre del recurrente y en el que se concluye que "a juicio de esta instrucción no hay indicios que permiten deducir que el dinero intervenido provenga de actividad ilícita alguna, siendo los ingresos declarados por los intervinientes compatibles con la disposición en efectivo del mismo". Es doctrina consolidada de esta Sala (sentencia, entre otras, de 18 de julio de 2016, recurso núm. 71/2013), que la revisión basada en un documento recobrado exige la concurrencia de los siguientes requisitos: 1º.- Que los documentos hayan sido "recobrados" con posterioridad al momento en que haya precluido la posibilidad de aportarlos al proceso. 2º.- Que tales documentos sean "anteriores" a la data de la sentencia firme objeto de la revisión y que no hayan podido ser incorporados al proceso por razones completamente ajenas a la voluntad del interesado, concretamente por "por fuerza mayor" o "por obra o acto de la parte favorecida con la resolución firme". 3º.- 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. A lo dicho cabe añadir que el citado artículo 102.1.a) LJCA se refiere a los documentos mismos, es decir, al soporte material que los constituye y no, de entrada, a los datos en ellos constatados; de modo que los que han de estar ocultados o retenidos por fuerza mayor o por obra de la contraparte a quien favorecen son los papeles, no sus contenidos directos o indirectos, que pueden acreditarse por cualquier otro medio de prueba, cuya potencial deficiencia no es posible suplir en vía de revisión (sentencia, entre otras, de 12 de julio de 2006, recurso de revisión 10/2005).

- La aplicación al caso de autos de la doctrina jurisprudencial precedente obliga a concluir que la demanda de revisión no pueda prosperar en la medida en que el documento aducido por la parte actora no es apto para hacer descansar en él la revisión. En primer lugar, como hemos apuntado en nuestra sentencia 1643/2018, de 20 de noviembre (rec. 51/2017) no estamos ante documentos en sentido propio, aunque su contenido se vierta 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, incumpléndose 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 acredita per sede 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. En efecto, 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 documento no revelaría per se una verdad irrefutable, máxime si se tiene en cuenta que el análisis del origen de los fondos se borda en la sentencia recurrida en revisión. El planteamiento de la parte está vedado en el procedimiento de revisión, al suponer una ampliación o reconsideración de la valoración de la prueba hecha por la sentencia firme impugnada, específicamente sobre el origen lícito de los fondos intervenidos que, como se refleja en la sentencia trascrita anteriormente, aborda de manera razonada dicha cuestión. Es más, la sentencia recoge otro informe del SEPBLAC (obrante, según expresa, en el expediente administrativo) en el que se ponía de manifiesto que en "los archivos de este servicio no constan declaraciones de movimientos de dinero declarados por los compradores de la finca". Pero, además, habría un impedimento añadido sobre la base del artículo 4 LJCA (prejudicialidad penal), toda vez que, en la medida que ese documento fue presentado en un procedimiento penal seguido contra la madre del recurrente, su valoración en sede contenciosa se encontraría condicionada a la valoración que sobre dicho documento -unida a otro tipo de consideraciones e indicios- corresponde al juez de la causa penal. Recapitulando todo lo expuesto, las alegaciones que aduce la parte recurrente para tratar de justificar la aportación a posteriori -como documento de unos datos no se enmarcan en las exigencias estructurales del proceso de revisión, ya que no hay aquí documentos en sentido propio, ni recobro de éstos, ni fuerza mayor ni, por último, dadas las circunstancias expuestas, cabe afirmar con rigor que dicho informe hubiese alterado

el sentido del fallo. Por todo ello, procede desestimar el procedimiento de revisión núm. 18/2018, interpuesto contra la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección Décima) del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de fecha 25 de mayo de 2017, dictada en el procedimiento ordinario núm. 837/2015.

SECCIÓN SOCIAL

DATOS SENTENCIA

Sentencia nº. 1007/18

Fecha Sentencia: 4/12/18 (SENTENCIA DE PLENO)

Recurso de casación en unificación de doctrina nº 611/16.

Ponente: Excma. Sra. D^a. M.^a Luz García de Paredes.

TEMA

Cantidad (competencia funcional; acceso suplicación en reclamaciones derecho y cantidad).

ASPECTOS EXAMINADOS

- La cuestión suscitada en el recurso de casación para la unificación de doctrina se centra en determinar si es ajustado a derecho el descuento que, en el recibido de finiquito, realizó la empresa por regularización del exceso de salario abonado en determinados períodos al trabajador.
- La sentencia no entra a conocer del fondo del asunto por falta de contradicción entre sentencias, pero tiene interés en cuanto examina la posible irrecurribilidad de la sentencia dictada en la instancia, habida cuenta del importe de las cantidades reclamadas y de lo previsto en el art. 192 de la LRJS. La Sala hace un pormenorizado estudio de las normas a considerar en materia de acceso al recurso de suplicación, en cuanto el artículo 191 LRJS sobre el "Ámbito de aplicación" señala en el nº 2 G) que no procede el acceso a la suplicación en las reclamaciones cuya cuantía litigiosa no exceda de 3.000 euros, lo que ha de ponerse en relación con el artículo 192 del mismo texto legal, sobre "Determinación de la cuantía del proceso". Se hace referencia a los criterios constitucionales y jurisprudenciales en orden al acceso a los recursos, en torno al art. 24 CE, concluyendo que la sentencia era recurrible ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia por las siguientes razones:

1º) el art. 192 de la LRJS completa la previsión general perfilando los criterios que deben seguirse ante determinados supuestos, para poder obtener ese concepto de "cuantía litigiosa" que, en el límite cuantitativo impuesto, permitirá acceder al recurso de suplicación al que se refiere.

2º) la cuantía de una pretensión viene determinada por la solicitud de la demanda lo que, a su vez, condiciona el acceso al recurso de suplicación, sin que se contemple en nuestras normas procesales una cuantía para la demanda y otra distinta para el recurso (*summa gravaminis*).

3º) es inasumible la sinonimia entre cantidad litigiosa y cantidad controvertida, por lo que ha estarse a una concepción amplia del término "litigiosa", que no ha de venir asimilada a cuantía disputada o controvertida, y sí a cuantía reclamada, o sea, integrante del "petitum" de la demanda, y como tal, constitutiva del objeto de la litis.

4º) tenemos que determinar cuál es el momento al que debe atenderse para obtener el importe de la cuantía litigiosa. Y ello porque es posible, como sucede en el supuesto de autos, que la demanda fije una cuantía y a la misma se adicionen las que se puedan ir devengando hasta un determinado momento que, normalmente, será el del acto de juicio y, más concretamente, al ratificar la demanda o, en último caso, la que se concrete en fase de conclusiones, lo que entra en consonancia con lo que dispone el art. 87.4 de la LRJS al decir que "Practicada la prueba, las partes o sus defensores o representantes, en su caso, formularán oralmente sus conclusiones de un modo concreto y preciso, determinando en virtud del resultado de la prueba, de manera líquida y sin alterar los puntos fundamentales y los motivos de pedir invocados en la demanda o en la reconvenición, si la hubiere, las cantidades que, por cualquier concepto, sean objeto de petición de condena principal o subsidiaria"; y con lo que dispone el art. 89.4 d) al señalar, respecto del contenido del acta de juicio, que en ella se indicarán las "conclusiones y peticiones concretas formuladas por las partes; en caso de que fueran de condena a cantidad, deberán expresarse en el acta las cantidades que fueran objeto de ella". Por tanto, a la hora de resolver sobre la determinación de la cuantía en el presente caso, hay que atender a la ampliación de la demanda que se concretó en el acto de juicio, cantidades que no solo comprenden las que ya reconoció la sentencia de instancia, correspondientes a los excesos descontados sino, también, las que ahora se quieren hacer valer, relativas a la diferencia que se ha producido entre lo que se venía percibiendo a octubre de 2012 y lo aplicado por la empresa desde noviembre de 2012 a septiembre de 2014, y resulta que algunos de los demandantes reclaman más de 3.000 euros. Y ello porque no solo se debe estar a las cantidades que reconoció la sentencia de instancia sino a las que, comprendidas también en la demanda y desestimadas por el juzgador de instancia, fueron el objeto del suplicación, al impugnarse en él la desestimación de las diferencias que, a 30 de septiembre de 2014, resultaban entre lo percibido en nómina a octubre de 2012 y

lo realmente abonado a partir de noviembre de ese año, lo que, a efectos de determinación de cuantía, implica una suma de diferentes conceptos o pretensiones por cada trabajador que, como ya indicaba la empresa, superaban los 3.000 € en alguno de los demandantes.

5º) dado que son un grupo de trabajadores los que reclaman, la siguiente regla a considerar es la que se recoge en el art. 192.1 LRJS, relativa a la acumulación subjetiva, ante la pluralidad de demandantes o demandados que formularsen reconvencción. En estos casos, la cuantía que determina el acceso al recurso es la pretensión cuantitativa mayor, sin computar intereses ni recargos por mora, por lo que, como se ha indicado anteriormente, dado que algunos demandantes postulan cuantías superiores a 3.000 euros basta con ello para entender que las reclamaciones de cantidad tienen acceso al recurso.

6º) en cuanto a los criterios de determinación de la cuantía en reclamaciones de derechos, ya que la demanda se identificaba como reclamación de derecho y reclamación de cantidad, es necesario examinar el art. 192 de la LRJS, en su apartado 3. Este apartado se refiere a pretensiones relativas a prestaciones económicas periódicas, de cualquier naturaleza o diferencias sobre ellas. Esto es, se está describiendo la pretensión como relativa al reconocimiento inicial de dichas prestaciones -o lo que es lo mismo, reconocimiento de derecho de naturaleza prestacional- y también se refiere a pretensiones de reconocimiento de una parte del derecho que no está incluido en el inicial. Por tanto, cuando lo que se discute es una diferencia en el importe de la prestación que no ha sido incluida en el acto inicial de reconocimiento, no se está aludiendo en dicho artículo a pretensiones de falta de pago de un derecho ya reconocido. Tanto en un caso como en otro nos encontramos ante pretensiones de reconocimiento de derechos, y la regla que se articula para traducir económicamente el derecho prestacional, en uno u otro supuesto es la de cómputo anual, ya se reclame frente a la denegación total de la prestación o en la diferencia correspondiente entre el derecho reconocido y el que se considera que es procedente reconocer, sin incluir en ese cálculo las actualizaciones o mejoras que pudieran afectarles, como tampoco los intereses o recargos por mora.

7º) Tras un minucioso examen de la Jurisprudencia vigente la LPL, y la actual LRJS, pone de manifiesto el Alto Tribunal que podemos decir que existe una doctrina consolidada, según la cual las pretensiones en las que se formulan reclamaciones de derecho y reclamaciones de cantidad, a los efectos de determinación de la cuantía y en relación con el art. 192 de la LRJS, no se excluyen si no que se entienden acumuladas de forma que se podría decir que: a) Las reclamaciones de derecho, con traducción económica, tienen acceso al recurso de suplicación, en cómputo anual, cuando superen el importe de 3.000 €; b) Las reclamaciones en las que se pretende un derecho superior al reconocido, por existir diferencias en el alcance económico otorgado, tienen acceso al recurso de suplicación cuando la diferencia entre el derecho reclamado y el reconocido, en cómputo anual, supere los 3.000 €; c) Si se reclama un derecho -en su totalidad o la parte del mismo que no ha sido reconocido- cuya traducción económica, en uno u otro caso, sea superior a 3.000 €, en cómputo anual, aunque la reclamación de cantidad que se acumule tenga un importe inferior a 3.000 €, la sentencia de instancia tendrá acceso al recurso; d) Si la reclamación del derecho -en su totalidad o la parte del mismo que no ha sido reconocido-, en su traducción económica -en uno y otro caso-, es inferior a 3.000 €, en cómputo anual, pero la reclamación de cantidad acumulada supera esa cuantía, la sentencia de instancia tiene acceso al recurso; e) Si la reclamación de derecho -en su totalidad o la parte del mismo que no ha sido reconocido-, no supera los 3.000 €, en cómputo anual, y la reclamación de cantidad tampoco, la sentencia de instancia no tiene acceso al recurso; f) Si ambas acciones -reclamación de derecho, total o la parte del mismo que no se ha reconocido, y reclamación de cantidad- superan los 3.000 €, la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social tendrá acceso al recurso de suplicación.

Estos criterios, aplicados al caso de autos, llevan a considerar que el acceso al recurso de suplicación que ofreció la sentencia de instancia era ajustado a derecho por cuanto que en las pretensiones de condena hay peticiones cuantitativas que superan los 3.000 €.

DATOS SENTENCIA

Sentencia nº 1044/2018

Fecha Sentencia: 12/12/18 (SENTENCIA DE PLENO)

Recurso de casación nº 151/17

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

TEMA

Impugnación Convenio Colectivo (contrato eventual por circunstancias de la producción).

ASPECTOS EXAMINADOS

- La Confederación General del Trabajo interpuso demanda de impugnación del Convenio Colectivo Estatal del Sector de Contact Center, instando la declaración de nulidad del artículo 14 del citado convenio, respecto del contrato eventual para campañas o servicios nuevos durante los seis primeros meses. La cuestión que se suscita consiste en la alegación por la parte demandante de la ausencia de sustantividad que justifique una contratación temporal en la fórmula contractual regulada en el artículo 14.c) del Convenio colectivo impugnado, tratándose de la actividad permanente de la empresa (atender llamadas telefónicas), cuando la temporalidad se justifica tan solo por el mero hecho de que el contrato se celebra para los seis primeros meses de una campaña. Se alega la infracción de los arts. 15.1b), 17, 82, 85 y 87 ET.

El precepto cuya declaración de ilegalidad es objeto de la demanda pone de manifiesto: "c) Contrato eventual por circunstancias de la producción. También para el personal de operaciones podrá utilizarse este contrato con las siguientes limitaciones máximas para su instrumentación continuada: Sustitución de personal de vacaciones: seis meses. Campañas o servicios nuevos en la empresa: seis primeros meses. Restantes supuestos: cuatro meses continuados de trabajo efectivo.

El personal contratado con esta modalidad no podrá superar el nivel del 50% del personal fijo que presta sus servicios como personal de operaciones". La parte recurrente considera que, en definitiva, el RDL 2/15 establece que "... Por convenio colectivo se podrán determinar las actividades en las que puedan contratarse trabajadores eventuales, así como fijar criterios generales relativos a la adecuada relación entre el volumen de esta modalidad contractual y la plantilla total de la empresa". Se argumenta que no es en forma alguna una actividad lo que se identifica, sino una mera nueva contratación dentro del conjunto del volumen de contratación de la empresa, y que supondrá o no una circunstancia de la producción en función del volumen de trabajo contratado, el resto de volumen de la actividad de la empresa y demás elementos, pero no constituyendo actividad como tal que se pueda configurar bajo tal modalidad. Se entiende que se está devolviendo a la vida jurídica una figura contractual que fue eliminada por el legislador en 1997, la del contrato de lanzamiento de nueva actividad.

Argumenta la sentencia que el art. 15. 1b) ET autoriza la utilización de la fórmula cuando las circunstancias de mercado, acumulación de tareas o exceso de pedidos así lo exigieran, aun tratándose de la actividad normal de la empresa; la modalidad admite un plazo máximo de seis meses de duración y lo que el Estatuto de los Trabajadores autoriza a los Convenios es a aumentar la duración máxima. No cabe plantear cuestión acerca de que la actividad forma parte de la normal de la empresa. En cuanto a la formulación, no cabe deducir que la del contrato obedece a un resultado incierto, sino que se parte de la necesidad inicial conocida, no aventurada, de una mayor necesidad de trabajadores hasta la consolidación de la práctica en la ejecución. Además, indica el Alto Tribunal, existe otra razón a considerar: La mención que el artículo 14.c hace de un período de seis meses, los primeros de la nueva campaña, no deben ser referencia tan solo de la duración del contrato, que podría ser inferior. Los seis primeros meses, son ante todo una limitación en la utilización de la fórmula contractual seleccionada y esa deberá ser la pauta interpretativa que resultará del presente conflicto y su resolución. La contratación en forma eventual es lícita en la doble condición de nueva campaña y en sus seis primeros meses, concurriendo la necesaria acumulación de tareas en dicha fase del proceso de avance de la campaña.

En definitiva, el modo en que deberá establecerse el contraste entre la posición de la parte actora, adversa a la formulación convencional por entender que no basta la nueva campaña para que ello justifique el uso de la modalidad eventual, y la redacción del precepto es que en ésta el acento habilitante se sitúa en un período determinado, seis primeros meses, único en el que cabe utilizar la fórmula eventual, por nueva que sea la campaña, condicionando así no solo la duración del contrato sino el ámbito o circunstancias de validez del mismo.

Con estos argumentos se desestima el recurso.

DATOS SENTENCIA

Sentencia nº 1051/2018

Fecha Sentencia: 12/12/18 (SENTENCIA DE PLENO)

Recurso de casación nº 122/18.

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

TEMA

Impugnación Despido Colectivo: falta de legitimación pasiva; grupo de empresas [necesidad de su alegación en el período de consultas; requisitos para la existencia de grupo]; documentos a aportar en período de consultas; concurrencia causas despido; vulneración libertad sindical.

ASPECTOS EXAMINADOS

- Se impugna en este procedimiento por los Sindicatos STC y CGT el despido colectivo efectuado por el grupo de empresas ERICSSON.
- En primer lugar, aborda la Sala la abundante revisión fáctica solicitada por los Sindicatos demandantes y recurrentes, que desestima después de un pormenorizado examen de la Jurisprudencia sobre la revisión de hechos probados.
- Se entra a continuación en el examen de la infracción denunciada de los arts. 51.2 ET y 2 del RD 1483/12, de 29 de octubre, así como de la Directiva 98/59/CE. Se denuncia que la sentencia recurrida, de la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional, ha apreciado la excepción de falta de legitimación pasiva esgrimida por las codemandadas, por entender que no forman un grupo de empresas a efectos laborales, siendo así que sí que existe tal grupo de empresas y que la existencia del mismo fue puesta de relieve a lo largo del periodo de consultas. En cuanto a la necesidad de que la existencia de grupo de empresas se ponga de manifiesto por los trabajadores durante el periodo de consultas y los efectos que se siguen, respecto al despido colectivo, en el supuesto de que no se haga así, se hace referencia a la sentencia de la Sala de 8 de noviembre de 2017, recurso 40/2017, que indica que no se puede llegar a la conclusión de que no pueda alegarse en la demanda de impugnación del despido colectivo la existencia de un grupo laboral de empresas, si este mismo alegato no se había puesto sobre la mesa durante el periodo de consultas. En el supuesto examinado resulta de la lectura de las actas correspondientes al periodo de consultas, que el Sindicato CGT, ahora recurrente, sí manifestó a lo largo de las negociaciones la existencia de grupo de empresas, por lo que si procede entrar a examinar si en el supuesto de autos existe grupo de empresas laboral.
- Se hace un detallado examen de la doctrina de la Sala respecto de los requisitos exigidos para la consideración de grupo laboral de empresas, siendo los fundamentales:
 - a) Que son perfectamente diferenciables el inocuo -a efectos laborales- "grupo de sociedades" y la trascendente -hablamos de responsabilidad- "empresa de grupo";
 - b) Que para la existencia del segundo -empresas/grupo- no es suficiente que concurra el mero hecho de que dos o más empresas pertenezcan al mismo grupo empresarial para derivar de ello, sin más, una responsabilidad solidaria respecto de obligaciones contraídas por una de ellas con sus propios trabajadores, sino que es necesaria, además, la presencia de elementos adicionales, porque los componentes del grupo tienen en principio un ámbito de responsabilidad propio como personas jurídicas independientes que son;
 - c) Que la enumeración -en manera alguna acumulativa- de los elementos adicionales que determinan la responsabilidad de las diversas empresas del grupo son:
 - 1º) el funcionamiento unitario de las organizaciones de trabajo de las empresas del grupo, manifestado en la prestación indistinta de trabajo - simultánea o sucesivamente- en favor de varias de las empresas del grupo;
 - 2º) la confusión patrimonial;
 - 3º) la unidad de caja;
 - 4º) la utilización fraudulenta de la personalidad jurídica, con creación de la empresa "aparente"; y
 - 5º) el uso abusivo -anormal- de la dirección unitaria, con perjuicio para los derechos de los trabajadores".
 - d) Que el concepto de grupo laboral de empresas y, especialmente, la determinación de la extensión de la responsabilidad de las empresas del grupo depende de cada una de las situaciones concretas que se deriven de la prueba que en cada caso se haya puesto de manifiesto y valorado, sin que se pueda llevar a cabo una relación numérica de requisitos cerrados para que pueda entenderse que existe esa extensión de responsabilidad.

Partiendo de la anterior doctrinase trata de discernir si aparecen acreditados con la necesaria intensidad esos elementos que abonan la existencia de un grupo laboral, lo que en caso afirmativo conduciría a decretar la nulidad del despido colectivo, al no haberse respetado esa situación durante el periodo de consultas, con la participación e intervención de todas las empresas del grupo y consecuente aportación de la documentación e información relativa a todas ellas. Y en base a los Hechos declarado Probados entiende la Sala que el motivo no puede prosperar al no quedar acreditados tales extremos por no haber prosperado las modificaciones fácticas solicitadas.

- Se entra a continuación en el examen de la infracción del artículo 2.3 de la Directiva 98/CE del Consejo, de 20/07/98, del art. 51.2 ET, y del art. 3.2 del Código de Comercio. En esencia los recurrentes alegan que la empresa no proporcionó a la representación legal de los trabajadores la documentación e información relevante que se le requirió reiteradamente durante el periodo de consultas, falta que es determinante de la nulidad e ilicitud del despido colectivo. También en este caso la Sala acude a la Jurisprudencia sobre la materia que pone de relieve que la principal finalidad del precepto (art. 6 RD 801/2011; art. 4.2 RD 1483/12) es la de que los representantes de los trabajadores tengan una información suficientemente expresiva para conocer las causas de los despidos y poder afrontar el periodo de consultas adecuadamente. En este sentido se orienta el artículo 2.3 de la Directiva 98/59/CE del Consejo de 20 de julio de 1998 relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros que se refieren a los despidos colectivos, para que ése periodo de consultas a que se

refiere el artículo 2.1, se proyecte, tal y como expresa el artículo 2.2 y como mínimo, sobre las posibilidades de evitar o reducir los despidos colectivos y de atenuar sus consecuencias, mediante el recurso a medidas sociales de acompañamiento destinadas, en especial, a la ayuda para la readaptación o la reconversión de los trabajadores despedidos. También se pone de manifiesto por la Jurisprudencia examinada que el examen de las exigencias formales que ha de cumplir el periodo de consultas ha de hacerse partiendo de la finalidad perseguida por la norma a la que se acaba de hacer referencia, y que no todo incumplimiento de las previsiones contenidas en aquel precepto puede alcanzar la consecuencia de nulidad que se pueda desprender del art. 124 LRJS, sino tan sólo aquella que sea trascendente a los efectos de una negociación adecuadamente informada. De todas formas la enumeración de documentos que hace la norma reglamentaria no tiene valor "ad solemnitatem", y no toda ausencia documental por fuerza ha de llevar a la referida declaración de nulidad, sino que de tan drástica consecuencia han de excluirse -razonablemente- aquellos documentos que se revelen "intrascendentes" a los efectos que la norma persigue, con lo que se sigue el criterio que el legislador expresamente adopta en materia de procedimiento administrativo (art. 63.2 LRJ y PAC) e incluso en la normativa procesal (art. 207 c) LRJS). En suma, el carácter instrumental de los requisitos formales obliga a efectuar un análisis caso por caso.

En el supuesto de autos los recurrentes denuncian que no se ha aportado el master file, que aparece regulado en los artículos 18 y 19 del RD 1777/2004, estableciendo la obligación de su entrega bajo el epígrafe "Obligaciones de documentación de las operaciones entre personas o entidades vinculadas". Es cierto que dicho documento no ha sido aportado, sin embargo, afirma la Sala, lo decisivo para resolver si su carencia puede acarrear la nulidad del despido es determinar si la información que proporciona dicho documento es relevante y, en caso afirmativo, si se ha facilitado por otro medio a la representación legal de los trabajadores. A este respecto hay que poner de relieve que la finalidad perseguida al solicitar dicho documento es, tal y como alegan los recurrentes, conocer si las obligaciones entre empresas del grupo se realizan o no a precios de mercado, dato ciertamente capital para la adecuada información a la representación legal de los trabajadores. Pero entiende la Sala del Alto Tribunal que dicha información ha sido debidamente facilitada, y consta acreditado en autos y recogido en la fundamentación jurídica de la sentencia recurrida. En consecuencia, los datos que se interesan han sido conocidos por los representantes de los trabajadores a través de las cuentas auditadas, y a través de los contratos de compensación que les fueron facilitados. En igual sentido se pronuncia la sentencia respecto a otros documentos cuya falta de aportación se denuncia, pero de cuyo contenido han tenido constancia los representantes de los trabajadores a través de otros documentos.

- A continuación, se alega por los recurrentes que no concurren las causas económicas, organizativas y de producción. La Sala entiende que se ha de concluir que la situación económica es negativa ya que ha quedado acreditado que las ventas e ingresos han sido negativos todos los trimestres desde 2016 hasta el segundo semestre de 2017, lo que se traslada a ventas e ingresos del grupo en España, que ha provocado unos resultados negativos en pérdidas acumuladas desde 2013. Aunque formalmente los resultados del grupo en España sean positivos, se debe a la política de compensaciones que desplaza las pérdidas al grupo internacional. Asimismo, consta acreditado que se ha producido una fuerte bajada en la actividad de la empresa, debido a la reducción de inversiones de los principales operadores de telefonía fija y móvil, lo que ha provocado un descenso en la demanda de los productos comercializados por las empresas del Grupo, habiéndose producido un importante descenso del número de clientes habiendo crecido la competencia con la aparición de nuevas compañías. Concurren, afirma igualmente la Sala, causas organizativas ya que el Grupo ha procedido a reducir los productos ofrecidos al mercado, limitándose a los basados en tecnología propia y dirigidos a las redes móviles para operadores de telecomunicaciones. Se considera, por tanto, que las causas alegadas han sido debidamente justificadas.
- Se examina asimismo la vulneración denunciada del art. 2.2 de la LO 11/85, de 2 de agosto, de Libertad Sindical, en relación con el art. 38.1 CE y con el principio de la buena fe del art. 51.2 ET. En esencia alegan los recurrentes que, coincidiendo con la promoción y negociación del despido colectivo, se producen una serie de cambios organizativos, entre otros, traslado de oficinas, aplicación del art. 44 ET y otros. La Sala entiende que el motivo no puede prosperar porque las numerosas medidas adoptadas por la empresa y que, ciertamente afectan a un elevado número de trabajadores, no se adoptaron como una alternativa al despido colectivo o para atenuar sus consecuencias. Aunque fueron adoptadas antes o durante la negociación del periodo de consultas, obedecen a causas ajenas a aquellas que, en su caso, podrían justificar el despido colectivo. Por lo tanto, no se aprecia que haya existido vulneración de la libertad sindical en su vertiente de vulneración del derecho de los sindicatos a la negociación con la empresa.

DATOS SENTENCIA

Sentencia nº 1058/2018

Fecha Sentencia: 13/12/18 (SENTENCIA DE PLENO)

Recurso de casación en unificación de doctrina nº 2262/17.

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

TEMA

Conflicto Colectivo (derecho a disfrute de comedor; cambio de doctrina; vigencia de normas preconstitucionales).

ASPECTOS EXAMINADOS

- Constituye el objeto del recurso de casación para la unificación de la doctrina determinar si se encuentran vigentes el Decreto de 8 de junio 1938 y la Orden de 30 junio de 1938 sobre el establecimiento de comedores de empresa en los centros de trabajo.

El conflicto colectivo afecta a los 311 trabajadores de la empresa Indra en la provincia de Málaga, siendo el convenio colectivo aplicable el estatal de empresas de consultoría y estudios de mercado y de la opinión pública. Los trabajadores tienen jornada partida con un horario flexible y un tiempo máximo para comer de dos horas. El 27 de febrero de 2015, 254 trabajadores presentaron solicitud a la empresa para que se procediera a habilitar un comedor en el centro de trabajo, en los términos establecidos en el Decreto de 8/06/1938 y la Orden de desarrollo de 30 de junio de 1938. El centro de trabajo cuenta con un local habilitado con 72 plazas que dispone de 7 microondas, 5 máquinas de vending, fregadero y fuente de agua. Existe también una línea de autobús con frecuencia de unos 30 minutos. En la zona existen igualmente restaurantes con menús del día.

La Sala de Suplicación considera que el Decreto de 8 de junio de 1938 y la Orden Ministerial de 30 de junio de 1938 han sido declaradas vigentes por la sentencia de la Sala Cuarta de 26 de diciembre de 2011 y que, en consecuencia, la sentencia recurrida no ha incurrido en infracción de la Disposición Derogatoria 3 y los artículos 14, 28 y 37 de la Constitución, el artículo 2.2 d) de la Ley Orgánica de Libertad Sindical, la Disposición Adicional 3 del Estatuto de los Trabajadores de 1980, el punto 2 de la tabla I de vigencias de la Orden de 9 de marzo de 1971, que aprobó la Ordenanza General de Seguridad e Higiene, los apartados 1 y 2 de la Disposición Derogatoria del Real decreto 486/1977, y la Disposición Derogatoria de la Ley 52/2007, normas todas ellas en relación con el artículo 2.2 del Código Civil.

- Recurre Indra en casación para la unificación de doctrina, articulando un motivo de recurso, centrado en la determinación de la vigencia y aplicación del Decreto de 8 de junio de 1938 y la Orden Ministerial de desarrollo, de 30 de junio de 1938.

En primer lugar pone de manifiesto la sentencia que no obsta a la existencia de contradicción entre la sentencia recurrida y la aportada como referencial, la alegación de la impugnante y del Ministerio Fiscal sobre la existencia de doctrina de esta Sala que impediría la admisión a trámite del recurso de acuerdo con lo dispuesto en el art. 225.4 LRJS por haberse desestimado en el fondo otros recursos en supuestos sustancialmente iguales, dado que, tras un exhaustivo análisis de la situación jurídica en la que se dictaron tales normas, la sentencia va a rectificar el anterior criterio para revisar aquella doctrina y concluir que el Decreto y la Orden de 1938 no se encuentran vigentes.

Argumenta la sentencia que dado que se trata de decidir si continúan vigentes unas normas preconstitucionales, la resolución del asunto exige partir de lo que dispone el apartado tercero de la Disposición Derogatoria de la Constitución de 1978, al establecer "quedan derogadas cuantas disposiciones se opongan a lo establecido en esta Constitución". En su aplicación, se encuentra ya perfectamente consolidada la doctrina constitucional que limita el alcance de esa disposición derogatoria a las normas preconstitucionales que resulten inconstitucionales, admitiendo la vigencia de las que fueron dictadas con anterioridad a la entrada en vigor de la Constitución que no contravengan los principios constitucionales. En tal sentido se hace referencia a diversas Sentencias del TC, como la 11/81, de 8 de abril, que recuerda que: "En la medida en que la derogación se produce por contradicción con la Constitución, la contradicción con la Constitución es una premisa de la derogación. Nosotros entendemos por inconstitucionalidad simplemente el juicio de contraste entre las dos normas, al que subsigue una consecuencia jurídica. Más inconstitucionalidad no es la consecuencia, sino, simplemente, la premisa de esa consecuencia. Por eso puede decirse que la inconstitucionalidad de las leyes anteriores conduce a unas consecuencias que pueden ser concurrentemente la derogación y la nulidad". De lo que se desprende que no hay obstáculo legal para que los órganos judiciales puedan examinar la posible contradicción con la Constitución de una norma preconstitucional y declarar su inconstitucionalidad sobrevenida, para estimarla por ese motivo derogada y dejar inaplicado el precepto legal en cuestión. En aplicación de esa doctrina, continúa la sentencia que examinamos poniendo de manifiesto que el pilar en el que descansaban las sentencias de 30 de junio de 2011, rcud. 1490/2011, y de 19 de abril de 2012, rcud. 2165/2011, en las que estimó que seguía vigente el referido Decreto de 8 de junio de 1938 y su posterior Orden de desarrollo, fue el de considerar que esa conclusión venía justificada por la no vulneración de los principios constitucionales de las cuestionadas normas en los concretos extremos que ahora nos afectan (Disposición Derogatoria punto 3 CE), su falta de derogación expresa o tácita por otras normas infraconstitucionales posteriores (art. 2.2 Código Civil), y su no sustitución por la posible normativa de desarrollo de la LPRL, como posibilita su art. 6, ni por la negociación colectiva (art. 3 ET).

- La sentencia fundamenta el cambio de criterio en la constatación de que esas normas del año 1938 se incorporaron al Reglamento General de Seguridad e Higiene en el Trabajo de 1940, aprobado por la Orden del Ministerio de Trabajo de 3 de mayo de 1940, que contiene una referencia específica a esa cuestión en su Capítulo X, artículo 98, en el que establece: "Los locales destinados a comedores en los centros de trabajo, se ajustarán en un todo a lo dispuesto por el Decreto de 8 de junio de mil novecientos treinta y ocho y Orden de 30 de igual mes y año, sobre los mismos". Ahora bien, esa disposición legal quedó posteriormente sin efecto por la Orden de 9 de marzo de 1971, que aprobó la Ordenanza General de Seguridad e Higiene en el Trabajo, y que derogó expresamente el Reglamento General de Seguridad e Higiene en el Trabajo, aprobado por Orden de 31 de enero de 1940. En consecuencia, ya la Orden de 9 de marzo de 1971 contenía disposición expresa por la que se derogaba el Reglamento General de Seguridad e Higiene en el Trabajo de 1940 y, en su seno, el Decreto de 8 de junio de mil novecientos treinta y ocho y Orden de 30 de igual mes y año, cuyo contenido -por otra parte- resultaría en la actualidad inaplicable en sus propios términos. Más tarde, la Orden de 1971 fue igualmente derogada por Real Decreto 486/1997, de 14 de abril, por el que se establecen las Disposiciones mínimas de Seguridad y Salud en los Lugares de Trabajo, que ha venido a constituirse en la legislación vigente a estos efectos, y que ninguna obligación específica impone a las empresas para instalar comedores en sus centros de trabajo en los términos del Decreto y la Orden de 1938, más allá de aquella referencia que hace en su Anexo V en la que se dice que: "En los trabajos al aire libre en los que exista un alejamiento entre el centro de trabajo y el lugar de residencia de los trabajadores, que les imposibilite para regresar cada día a la misma, dichos trabajadores dispondrán de locales adecuados destinados a dormitorios y comedores". Esta última disposición legal es la que se encuentra vigente en la materia, y es fácil apreciar que se refiere exclusivamente a los trabajos al aire libre en los que los trabajadores no puedan acudir cada día a pernoctar a su lugar de residencia, por lo que no guarda la menor semejanza con lo previsto en aquella normativa del año 1938. En el momento actual no existe ninguna norma en vigor, de carácter legal o convencional, de la que pudiere desprenderse que el empresario esté obligado en el caso de autos a instalar un comedor de empresa en un centro de trabajo con las características del que resulta afectado en este conflicto colectivo. Esa obligación no se desprende de lo dispuesto en los artículos 1 y 6 y Disposición Derogatoria Única de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales; bien es cierto que en tales preceptos no se rechazan los principios en los que se sustentaban aquellas normas preconstitucionales, sobre la consecución del objetivo de la seguridad y salud de los trabajadores en los lugares de trabajo, pero no lo es menos, que la vigente normativa de prevención de riesgos laborales -más allá de la que se ha señalado para los trabajos al aire libre-, tampoco contempla la imposición al empresario de la obligación de "disponer de servicio de comedor de empresa" en los términos reconocidos por la sentencia recurrida. Si esa obligación no resulta de disposiciones legales o convencionales al efecto, estamos en realidad ante un conflicto de intereses, materia que, ante la ausencia de normas, es terreno de la negociación colectiva.

DATOS SENTENCIA

Sentencia nº 1052/2018

Fecha Sentencia: 13/12/18

Recurso de casación en unificación de doctrina nº 398/17.

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

TEMA

Incapacidad Temporal (determinación contingencia; accidente "con ocasión" del trabajo; ocasionalidad relevante).

ASPECTOS EXAMINADOS

- La cuestión litigiosa consiste en determinar si la situación de Incapacidad Temporal en la que se encontraba la trabajadora como consecuencia de una caída al salir del trabajo durante el periodo de quince minutos en jornada superior a seis horas, debe considerarse o no accidente de trabajo. El artículo 27 del Acuerdo regulador de condiciones de Osakidetza, para la que presta servicios la trabajadora, prevé un descanso de quince minutos en jornadas superiores a las seis horas, descanso que será considerado como tiempo de trabajo. Los trabajadores aprovechan ese tiempo para salir y tomar un café o hacer otras gestiones personales.
- La Mutua recurre en casación en solicitud de que la IT se considere derivada de enfermedad común. Se denuncia la infracción, por incorrecta aplicación, de lo dispuesto en los arts. 115.1 y 115.3 de la Ley General de la Seguridad Social (RD Legislativo 1/94). La sentencia de suplicación recurrida acaba calificando la situación como derivada de Accidente de Trabajo, no por considerarla accidente in itinere, regulado en el art. 115.2 LGSS aplicable, ni por ser aplicable la presunción de laboralidad

del apartado 3 del mismo precepto, sino por entender que el accidente se produjo "con ocasión del trabajo" (art. 115.1 LGSS).

- El Alto Tribunal entiende que la recurrida da la solución correcta, acorde con la doctrina de la Sala ya que el art.115.1 LGSS considera como AT "toda lesión corporal que el trabajador sufra con ocasión o por consecuencia del trabajo", de manera que en este último caso ya no se exige que el trabajo sea la causa determinante del accidente, sino que es suficiente la existencia de una causalidad indirecta, quedando excluida del carácter laboral -tan sólo- la ocasionalidad pura. Entiende la Sala que la diferencia queda más resaltada si se considera que en el primer supuesto ("por consecuencia") estamos en presencia de una verdadera "causa" (aquello por lo que -propter quod- se produce el accidente), mientras que en el segundo caso ("con ocasión"), propiamente se describe una condición (aquello sin lo que -sine qua non- se produce el accidente), más que una causa en sentido estricto. Al decir de autorizada doctrina, que en este punto no hace sino reiterar antiguo criterio jurisprudencial que se evidencia en las SSTS 18/04/1914, 28/04/1926 y 05/12/1931, esta ocasionalidad "relevante" se caracteriza por una circunstancia negativa y otra positiva; la negativa es que los factores que producen el accidente no son inherentes o específicos del trabajo; y la positiva es que o bien el trabajo o bien las actividades normales de la vida de trabajo hayan sido condición sin la que no se hubiese producido la exposición a los agentes o factores lesivos determinantes de aquélla. La llamada "ocasionalidad relevante" comporta siempre la exigencia de un factor de "ajenidad" en la producción del suceso lesivo. En el supuesto de autos el nexo de causalidad nunca se ha roto, porque la pausa era necesaria, y la utilización de los quince minutos de la misma por la trabajadora se produjeron con criterios de total normalidad.

DATOS SENTENCIA

Sentencia nº 1075/18

Fecha Sentencia: 18/12/18

Recurso de casación en unificación de doctrina nº 2279/17.

Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio Vicente Sempere Navarro

TEMA

Competencia: Resolución contrato (orden jurisdiccional competente para decidir si los bienes embargados por el Juzgado de lo Social son necesarios para la continuidad de la actividad de la empresa)

ASPECTOS EXAMINADOS

- En este recurso la Sala se pronuncia sobre una cuestión procesal, la determinación del orden jurisdiccional competente para decidir qué bienes de los embargados al empresario concursado son necesarios para la continuación de su actividad. Se recurre el Auto dictado en pleito laboral acordando la ejecución de bienes embargados a la empresa declarada en concurso con posterioridad a dicho embargo. Se plantea si procede la suspensión de la ejecución en tanto no se declare por el Juez del concurso si los bienes embargados son necesarios o no para la continuidad de la actividad de la empresa. La sentencia recurrida estima que dicha declaración sobre los bienes puede efectuarse por el Juez de lo Social. La Sala pone de manifiesto que el debate que se suscita es por completo interpretativo, ya que está en juego la competencia para determinar si los bienes embargados del concursado resultan necesarios para continuar la actividad empresarial o profesional, a efectos de decretar la suspensión de las ejecuciones en trámite antes de la declaración de concurso. Las principales disposiciones a tener en cuenta son:
 - el art. 249 LRJS, cuyo número 3 dispone que "En caso de concurso, las acciones de ejecución que puedan ejercitar los trabajadores para el cobro de los salarios e indemnizaciones por despido que les puedan ser adeudados quedan sometidas a lo establecido en la Ley Concursal".
 - el artículo 5.bis ("Comunicación de negociaciones y efectos") de la Ley Concursal que recoge una figura generalmente denominada "preconcurso" y que permite al deudor poner en conocimiento del juzgado competente para la declaración de su concurso que ha iniciado negociaciones para alcanzar un acuerdo de refinanciación, y que en su apartado 4 especifica que "Desde la presentación de la comunicación y hasta que se formalice el acuerdo de refinanciación previsto en el artículo 71 bis.1, o se dicte la providencia admitiendo a trámite la solicitud de homologación judicial del acuerdo de refinanciación, o se adopte el acuerdo extrajudicial, o se hayan obtenido las adhesiones necesarias para la admisión a trámite de una propuesta anticipada de convenio o tenga lugar la declaración de concurso, no podrán iniciarse ejecuciones judiciales o extrajudiciales de bienes o derechos que resulten necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor. Las ejecuciones de dichos bienes o derechos que estén en tramitación quedarán suspendidas con la presentación de la resolución del

secretario judicial dando constancia de la comunicación. Las limitaciones previstas en los incisos anteriores quedarán en todo caso levantadas una vez transcurridos los plazos previstos en el apartado siguiente...".

- el artículo 8.1 LC que prescribe que "la jurisdicción del juez del concurso es exclusiva y excluyente" en diversas materias, entre las que menciona "toda ejecución frente a los bienes y derechos de contenido patrimonial del concursado, cualquiera que sea el órgano que la hubiera ordenado". En concordancia con ello, el artículo 9.1 dispone que "la jurisdicción del juez se extiende a todas las cuestiones prejudiciales civiles, con excepción de las excluidas en el artículo 8, las administrativas o las sociales directamente relacionadas con el concurso o cuya resolución sea necesaria para el buen desarrollo del procedimiento concursal".

- el artículo 55 LC ("Ejecuciones y apremios") contiene reglas disciplinando los efectos de la declaración del concurso sobre las acciones individuales de los acreedores. En su número 1 establece que "Declarado el concurso, no podrán iniciarse ejecuciones singulares, judiciales o extrajudiciales, ni seguirse apremios administrativos o tributarios contra el patrimonio del deudor.

Hasta la aprobación del plan de liquidación, podrán continuarse aquellos procedimientos administrativos de ejecución en los que se hubiera dictado diligencia de embargo y las ejecuciones laborales en las que se hubieran embargado bienes del concursado, todo ello con anterioridad a la fecha de declaración del concurso, siempre que los bienes objeto de embargo no resulten necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor".

- el art. 568 LEC relativo a la "Suspensión en caso de situaciones concursales o preconcursales", modificado por el RDL 4/14, y que en su número 1 establece que "No se dictará auto autorizando y despachando la ejecución cuando conste al Tribunal que el demandado se halla en situación de concurso o se haya efectuado la comunicación a que se refiere el artículo 5 bis de la Ley Concursal y respecto a los bienes determinados en dicho artículo. En este último caso, cuando la ejecución afecte a una garantía real, se tendrá por iniciada la ejecución a los efectos del artículo 57.3 de la Ley Concursal para el caso de que sobrevenga finalmente el concurso a pesar de la falta de despacho de ejecución".

- A continuación, la Sala hace un pormenorizado examen de la doctrina sobre la materia contenida en las resoluciones de la Sala de Conflictos de Competencia y de su propia Jurisprudencia, de la que se desprende que la competencia para efectuar la declaración sobre la necesidad de los bienes embargados por el JS para la continuidad de la actividad empresarial de la concursada, es del JM, debiendo quedar en suspenso la ejecución hasta que se produzca tal declaración. El criterio es válido tanto para ejecuciones administrativas cuanto para las de carácter judicial, incluyendo las seguidas ante la jurisdicción social. La competencia del JS para ejecutar bienes embargados sin que exista previa declaración de su carácter necesario para la continuidad de la actividad solo se proclama cuando la empresa ya no está operativa y, en buena lógica, es improcedente tal declaración.
- Concluye la Sala que de los artículos de la Ley Concursal y la doctrina del Tribunal Supremo se desprende que la competencia para efectuar la declaración sobre la necesidad de los bienes embargados por el Juzgado de lo Social para la continuidad de la actividad empresarial de la concursada, es del Juez del Concurso, debiendo quedar en suspenso la ejecución hasta que se produzca tal declaración. Esta valoración de la necesidad a que hace referencia la norma citada ha de efectuarse teniendo en cuenta la finalidad perseguida por la misma que es conseguir la conservación de la actividad del concursado como mecanismo ordinario para la satisfacción de sus créditos y por ello debe referirse a los elementos integrados en la organización de la actividad económica del deudor y han de ser necesarios para la continuidad de la empresa. Tal perspectiva solo puede adoptarla el JM atendiendo a la situación individualizada del concreto deudor, eludiendo criterios de carácter abstracto, por lo que no cabe excluir en todo caso como necesario el dinero metálico.

SECCION DE LO MILITAR

DATOS SENTENCIA

Sentencia de la Sala V del Tribunal Supremo.
 RECURSO DE CASACIÓN nº 101/33/2018.
 Sentencia nº 1/2019
 Fecha Sentencia: 21/01/2019.
 Ponente, Excmo. Sr. D. Benito Gálvez Acosta.

TEMA

Delito de "embriaguez en acto de servicio de armas" del artículo 70 del Código Penal Militar de 2015.

ASPECTOS EXAMINADOS

- Delito de "embriaguez en acto de servicio de armas" del artículo 70 del Código Penal Militar de 2015.
- En esta sentencia la Sala Quinta del Tribunal Supremo vuelve a analizar la configuración y la naturaleza jurídica de este tipo delictivo, resultando aclaratorio reproducir las siguientes argumentaciones:

<<... A la anterior conclusión no obsta que el soldado Jose Augusto no llegara a prestar el servicio pues, como establece la sentencia de 29 de noviembre de 2004, refiriendo otra de 13 de octubre de 1998 "el tipo apreciado se realiza tanto cuando el sujeto se haya embriagado mientras está prestando el servicio, como cuando se presenta a prestarlo en tal estado, y su embriaguez impidió la prestación.

Tal doctrina tiene su fundamento, no solo en la naturaleza del bien jurídico tutelado por la norma, sino también en el mismo concepto de acto de servicio de armas que incluye, según el art. 16 del código Penal militar, (artículo 6.2 L.O. 14/2015, de 14 de octubre del Código Penal Militar) cuantos actos anteriores o posteriores al propio servicio de armas se relacionen con este o afecten a su ejecución. La previsión legal cobra singular relevancia en el caso que contemplamos, en que el riesgo que comporta el uso de armas propio de los servicios de esa naturaleza se vio concretado en los inopinados disparos referidos --afortunadamente sin otras consecuencias que las producidas por el impacto de los proyectiles en la pared--, evidenciando así la racionalidad de esa previsión al extender la conminación punitiva tuteladora del interés jurídico de la correcta prestación del servicio, que neutraliza tales riesgos, a esos actos preparatorios, tan directamente relacionados, en este caso, con el propio servicio como son los de uniformarse y pertrecharse para verificarlo. El delito apreciado es de los llamados de peligro, en los que la acción constituye una situación de riesgo para un bien jurídico que merece la protección penal, y ese bien jurídico, aquí, es la eficacia e incolumidad del servicio -- entendido en el amplio sentido al que acabamos de referirnos-- que se quebranta cuando el que ha de prestarlo se encuentra en situación que limita o excluye la capacidad para su desempeño. Concurren, pues, todos los elementos típicos que configuran la infracción penal apreciada en la sentencia y, no discutida la naturaleza de acto de servicio de armas del que debía haber prestado el procesado, resulta totalmente incoercible la pretensión esgrimida en este motivo de residenciar los hechos en el campo disciplinario. No determina el recurrente el tipo de falta en que estima debieron ser encuadrados y, ciertamente, tal determinación resultaría difícil empeño, pues incluso la más grave forma de infracción disciplinaria en que la embriaguez constituye elemento esencial del ilícito exige que el acto de servicio en que se haya producido no sea de armas".

En definitiva, atendido lo expuesto tanto de la prueba etilométrica como de los signos externos que presentaba el soldado don Jose Augusto, al tiempo de la prestación del servicio de armas, cabe deducir la existencia de un estado evidente de embriaguez; habiendo incurrido, por consiguiente, en el delito de embriaguez en acto de servicio de armas del art. 70.1 del Código Penal Militar por el que viene condenado. Atentando, por ende, contra el bien jurídico que dicho precepto penal tutela, cual sea el interés del servicio que ha de prestarse en plenitud de condiciones, en evitación del riesgo que comporta el uso de armas propio de los servicios de esa naturaleza...>> (Fundamento Jurídico Tercero).

DATOS SENTENCIA

Sentencia de la Sala V del Tribunal Supremo.
 RECURSO DE CASACIÓN nº 101/24/2018.
 Sentencia nº 4/2019
 Fecha Sentencia: 24/01/2019.
 Ponente, Excmo. Sra. D^a. Clara Martínez de Careaga García.

TEMA

Delito de "insulto a superior" del artículo 42 del Código Penal Militar de 2015.

ASPECTOS EXAMINADOS

- Delito de "insulto a superior" del artículo 42 del Código Penal Militar de 2015.
- En esta sentencia la Sala Quinta del Tribunal Supremo expone la configuración jurisprudencial que se le ha venido otorgando a esta figura delictiva. Resulta ilustrativo reproducir los siguientes razonamientos:

<<...El recurrente ha sido condenado como autor de un delito consumado de insulto a superior, en su modalidad de maltrato de obra, previsto y penado en el artículo 42.1 del nuevo Código Penal Militar.

En relación con este tipo esta sala ha venido siempre significando que cualquier violencia física a un superior integra el núcleo del tipo de los delitos de maltrato de obra que se recogen en los artículos 98 y 99 del CPM de 1995 y ya en su Sentencia de 4 de abril de 1990 entendía "por maltrato de obra toda agresión física susceptible de causar una perturbación en la incolumidad o bienestar corporal de una persona, con o sin menoscabo de la integridad, salud y capacidad de la misma" y en sentencia de 8 de mayo de 1990 señalaba que, en el tipo básico del delito de insulto de obra a superior, "la esencia radica en el maltrato de obra, es decir, en la utilización de las vías de hecho contra un superior con el grave quebranto de la disciplina que ello supone". Dicho delito se perfecciona mediante la conducta realizada por el militar, que despliega cualquier clase de violencia física respecto de otro militar de superior empleo, aunque el resultado de la agresión sea de mínima entidad lesiva, o aún sin que se llegara a producir lesión alguna, porque el bien jurídico que se protege consiste tanto en la indemnidad, incolumidad física o salud del sujeto pasivo agredido, como en el valor disciplina en cuanto que elemento estructural básico de la organización castrense (Sentencia de 24 de enero de 2018, en la que, a su vez, se citan las de 3 de abril de 2000, 19 de febrero de 2001, 21 de marzo de 2003 y 6 de junio y 20 de diciembre de 2005; y más recientemente, en sentencias de 14 de julio y 9 de diciembre de 2013, 20 de julio de 2016 y 5 de abril de 2017).

Desde tales parámetros no cabe duda de que el hecho protagonizado por el recurrente en el exterior del comedor al agarrar a la Cabo por la chupita y propinarle un empujón constituye una clara agresión claramente constitutiva de la acción típica descrita en el precepto aplicado, como así lo ha apreciado correctamente el Tribunal de instancia al concluir (Fundamento de Derecho Segundo) que "la acción ejercida por el soldado Roberto, por mínima que sea trasciende al ámbito penal al quebrantar el principio de subordinación que, en la esfera castrense precisa una conminación penal para garantizar debidamente el mantenimiento de la disciplina".

En cuanto a la denuncia de inexistencia de dolo en la conducta del recurrente baste recordar que esta Sala viene reiteradamente recordando, en relación con este tipo delictivo que "en cuanto al elemento subjetivo tampoco se requiere dolo directo en que esté presente cualquier intencionalidad bastando con el dolo genérico en que el autor conoce los componentes objetivos del tipo (elemento intelectual del dolo) y actúa o se comporta en función de dicho conocimiento (elemento volitivo)" (Sentencia de 10 de abril de 2018, en la que, a su vez, se citan las de 16 de abril de 2013, 18 de febrero de 1999 y 16 de marzo de 1998, entre otras muchas).

Como oportunamente se razona en Segundo Fundamento de Derecho de la Sentencia impugnada, "En el presente caso, es indiscutible que el acusado conocía el carácter y condición superior de la Cabo, toda vez que ésta vestía uniforme militar con las divisas correspondientes a su empleo, lo que, unido a la ejecución consciente y libre de la acción típica, determina la concurrencia del dolo genérico necesario para integrar la conducta de "insulto a superior"...>> (Fundamento Jurídico Cuarto).

SECCIÓN MENORES

DATOS SENTENCIA

SAP Navarra, sec. 1ª,
 Sentencia nº 165/2018
 Fecha Sentencia: 26-06-2018
 Ponente: Ilma. Srª. Dª. María Begoña Argal Lara.

TEMA

Sexting. Absolución, por interpretación extensiva del art. 197.7 del CP.

ASPECTOS EXAMINADOS

- Sexting. Absolución, por interpretación extensiva del art. 197.7 del CP. La AP estima que no concurre el tipo en este caso, pues el menor acusado se limitó a difundir un vídeo de carácter sexual que la víctima le envió por wasap voluntariamente, sin que tal grabación fuese "obtenida" por el expedientado.

"...La sentencia apelada declara probado que el menor expedientado recibió en su teléfono, a través de la aplicación WhatsApp, un archivo enviado de manera voluntaria por la menor de 14 años, conteniendo un vídeo de carácter íntimo de contenido sexual en que se veía la cara de la chica, y que posteriormente el expedientado, sin autorización de la menor, lo envió a dos chicas menores y a un amigo que lo difundió entre otros menores de edad.

Calificó los hechos como constitutivos de un delito contra la intimidad del artículo 197.7 del Código Penal, por concurrir todos los elementos del mismo.

TERCERO. -Infracción de precepto legal: artículo 197.7 Código Penal.

No impugna la parte recurrente la valoración probatoria que se ha realizado en la sentencia, por lo que la cuestión litigiosa planteada en esta alzada queda concretada a la alegada infracción. Sostiene que los hechos probados no tienen encaje en el apartado 7 del artículo 197 CP, dado que el vídeo de carácter íntimo de contenido sexual que el expedientado compartió, lo recibió de la menor de 14 años de edad que voluntariamente se lo envió a su teléfono móvil a través de la aplicación de WhatsApp, no habiendo intervenido el expedientado en su grabación.

Efectivamente el artículo 197.7 CP, introducido por la reforma del Código Penal por LO 1/2015 dispone: "será castigado con una pena de prisión de tres meses a un año o multa de 6 a 12 meses el que, sin autorización de la persona afectada, difunda, revele o ceda a terceros imágenes o grabaciones audiovisuales de aquélla que hubiera obtenido con su anuencia en un domicilio o en cualquier otro lugar fuera del alcance de la mirada de terceros, cuando la divulgación menoscabe gravemente la intimidad personal de esa persona".

En el preámbulo XIII de la LO 1/2015 se señala: "se modifican los delitos relativos a la intromisión en la intimidad de los ciudadanos, con el fin de solucionar los problemas de falta de tipicidad de algunas conductas. El vigente artículo 197 contempla como delito, por un lado, el apoderamiento de cartas, papeles, mensajes de correo electrónico o cualesquiera otros documentos de naturaleza personal de la víctima y, por otro lado, la interceptación de cualquier tipo de comunicación de la víctima, sea cual fuere la naturaleza y la vía de dicha comunicación interceptada. Ambas conductas exigen la falta de consentimiento de la víctima. Los supuestos a los que ahora se ofrece respuesta son aquellos otros en los que las imágenes o grabaciones de otra persona se obtienen con su consentimiento, pero son luego divulgados contra su voluntad, cuando la imagen o grabación se ha producido en un ámbito y su difusión, sin el consentimiento de la persona afectada, lesione gravemente su intimidad".

De lo que se infiere que las imágenes o grabaciones audiovisuales difundidas, reveladas o cedidas a terceros sin autorización de la persona afectada, para que sean típicas, deben haberse "obtenido con su anuencia en un domicilio o en cualquier lugar fuera del alcance de la mirada de terceros"; lo que exige un análisis interpretativo de la acción descrita en el tipo.

Conforme a una consolidada doctrina constitucional (STC 38/2003, de 27 de febrero) la garantía material del principio de legalidad comporta el mandato de taxatividad o certeza, que se traduce en la exigencia de predeterminación normativa de las conductas punibles y de sus correspondientes sanciones (Lex Certa).

Esta exigencia no sólo tiene implicaciones para el Legislador, sino también para los órganos judiciales. En su labor de interpretación y aplicación de las leyes penales, los jueces y tribunales se hallan sujetos al principio de tipicidad, en el doble sentido de que, en primer lugar, están obligados a una sujeción estricta a la ley penal (STC 133/1987, de 21 de julio; 182/1990 de 15 de noviembre) y, en segundo lugar, les está negada la interpretación extensiva y la analogía in malam partem (SSTC 81/1995 de 5 de junio; 34/1996, de 11 de marzo; 64/2001, de 17 de marzo y 170/2002, de 30 de septiembre), es decir, la exégesis y aplicación de las normas fuera de los supuestos y los límites que ellas mismas determinan.

Como señala la STC 38/2003, de 27 de febrero, el que estas técnicas jurídicas, que tan fértiles resultados producen en otros sectores del ordenamiento jurídico, estén prohibidas en el ámbito penal y sancionador obedece a que en caso contrario las mismas se convertirían en fuente creadora de delitos y penas y, por su parte, el aplicador de la nueva norma así obtenida invadiría el ámbito que sólo al Legislador corresponde en contra de los postulados del principio de división de poderes.

El requisito de que se hubiera "obtenido con su anuencia en un domicilio o en un lugar fuera del alcance de las miradas de terceros", hace referencia a una modalidad de acción de obtención en espacio íntimo en el que se ha realizado la grabación con anuencia, por lo que cualquier modalidad de "obtención" de la grabación no está sancionada en el precepto.

Dado que en la sentencia se señala que el expedientado obtuvo la grabación porque se la envió la persona afectada, y reconoció que el video era íntimo en el que ella se encontraba desnuda, tocándose, corroborado por el testigo, se infiere que el lugar en el que se desarrolló la grabación era un espacio reservado de la mirada o de la intervención de terceros.

La aplicación del tipo penal realizado en la sentencia recurrida se aparta del tenor literal del precepto, artículo 197.7 CP. al haberse difundido una grabación que no fue "obtenida" por el expedientado en un domicilio o cualquier otro lugar fuera del alcance de la mirada de terceros con anuencia de la persona afectada, ya que la grabación se la había remitido voluntariamente ésta, es decir, la obtención de la grabación por el expedientado no tuvo lugar en la forma descrita por el tipo penal, a pesar de que la obtuvo con anuencia de la víctima porque se la envió a su móvil, y su difusión también pudo afectar gravemente a la intimidad personal.

Ello implica que se ha realizado en la sentencia una interpretación extensiva de la norma penal por razón de que en la acción desarrollada por el expedientado, "obtención", no concurren los presupuestos que en aquélla se establecen, "con su anuencia en un domicilio o lugar fuera del alcance de las miradas de terceros", por lo que se ha vulnerado el principio de legalidad penal con infracción de la garantía de taxatividad; lo que conlleva el dictado de una sentencia absolutoria."

DATOS SENTENCIA

SAP Cuenca, sec. 1ª

Sentencia nº: 144/2018

Fecha Sentencia: 04-12-2018

Ponente: Ilmo. Sr. D. Javier Martín Mesonero

TEMA

Audiencia. Asistencia a la misma del padre del menor. Nulidad: no se estima. Contraposición de intereses: presencia de un técnico de Bienestar Social.

ASPECTOS EXAMINADOS

- Se deniega la nulidad de la audiencia solicitada por la defensa para que estuviese presente el padre del menor, al ejercitar contra él la madre la acusación particular por malos tratos en ámbito familiar. Decisión acertada de la Juzgadora de recabar la presencia de un técnico de Bienestar Social.

"...La representación del menor pretende en primer término la nulidad del acto de juicio por no haberse atendido su petición de suspensión formulada al inicio del mismo a fin de que compareciera su padre en su condición de representante legal dado el conflicto de intereses existente con su madre, constituida en acusación particular.

El motivo no puede ser estimado.

El acompañamiento por padres, tutores o adultos se configura como un derecho procesal del menor. Tiene por finalidad el que se sienta más seguro, tranquilo, en una situación que es difícil para todo el que se enfrenta al sistema de justicia y a un medio objetivamente hostil, máxime si es menor de edad.

La LO 5/2000, de 12 de enero, sólo regula expresamente las condiciones en que ha de recibirse declaración al expedientado, durante la fase de instrucción, cuando tiene la condición de detenido, en su artículo 17, que establece que:

"Toda declaración del detenido, se llevará a cabo en presencia de su letrado y de aquéllos que ejerzan la patria potestad, tutela o guarda del menor -de hecho, o de derecho-, salvo que, en este último caso, las circunstancias aconsejen lo contrario. En defecto de estos últimos la declaración se llevará a cabo en presencia del Ministerio Fiscal, representado por persona distinta del instructor del expediente".

Ya en la fase de juicio oral, para el acto de la vista, donde la declaración del menor será una de las pruebas a practicar, el artículo 35 de la LORRPM dispone que:

"La audiencia se celebrará con asistencia del Ministerio Fiscal, de las partes personadas, del letrado del menor, de un representante del equipo técnico que haya evacuado el informe previsto en el artículo 27 de esta Ley, y del propio menor,

el cual podrá estar acompañado de sus representantes legales, salvo que el Juez, oídos los citados Ministerio Fiscal, letrado del menor y representante del equipo técnico, acuerde lo contrario. También podrá asistir el representante de la entidad pública de protección o reforma de menores que haya intervenido en las actuaciones de la instrucción, cuando se hubiesen ejecutado medidas cautelares o definitivas impuestas al menor con anterioridad. Igualmente, deberán comparecer la persona o personas a quienes se exija responsabilidad civil; aunque su inasistencia injustificada no será por sí misma causa de suspensión de la audiencia".

En el presente caso, la petición del letrado del menor relativa a la presencia del padre de éste fue formulada de forma sorpresiva al inicio del juicio, pues nada se interesó al respecto en fase de instrucción ni tampoco se solicitó su citación en ningún momento anterior al juicio. Ante la imposibilidad de dar satisfacción a dicha petición por la propia inacción del solicitante, quien ni siquiera facilitó un domicilio donde citar a su progenitor, la decisión de la juzgadora a quo de recabar la presencia de un técnico de bienestar social se estima acertada. La DUE 2016/800 del Parlamento europeo y del Consejo de 11 de mayo de 2016 relativa a las garantías procesales de los menores sospechosos o acusados en los procesos penales, en los supuestos en que el menor no puede estar acompañado por el titular de la patria potestad durante el proceso, establece en el artículo 15 que:

"Si el menor no ha designado a otro adulto adecuado, o si el adulto designado por el menor no resulta aceptable para la autoridad competente, esta designará a otra persona para acompañar al menor, teniendo en cuenta el interés superior del menor. Dicha persona también podrá ser alguien dependiente de una autoridad o de alguna institución responsable de la protección o del bienestar de los menores".

En todo caso, debe recordarse que la nulidad requiere indefensión, y ésta solo existe cuando se priva al justiciable de alguno de los instrumentos que el ordenamiento jurídico pone a su alcance para la defensa de sus derechos, con el consiguiente perjuicio al producirse menoscabo real y efectivo del derecho de defensa, situación que desde luego no se constata en el caso de autos, pues el menor contó con una defensa técnica con todas las garantías y pudo manifestar todo aquello que estimó pertinente, sin que la ausencia del padre, con el que, según consta en el informe del Equipo Técnico, apenas tenía relación (siendo prueba de ello el desconocimiento manifestado en el juicio sobre su paradero) ocasionara una merma de tales derechos."

DATOS SENTENCIA

SAP Madrid, sec 4ª
 Sentencia nº 527/2018
 Fecha Sentencia: 26-11-2018
 Ponente: Excmo. Sr. D. José Joaquín Hervás Ortiz

TEMA

Costas: criterio general en jurisdicción de menores: exclusión de la acusación particular salvo circunstancias excepcionales.

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."

I.- NOVEDADES NORMATIVAS ESTATALES**A.- DISPOSICIONES GENERALES****1. JEFATURA DEL ESTADO****> Código Penal**

- Ley Orgánica 1/2019, de 20 de febrero, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, para transponer Directivas de la Unión Europea en los ámbitos financiero y de terrorismo, y abordar cuestiones de índole internacional. BOE de 21 de febrero de 2019.

> Secretos empresariales

- Ley 1/2019, de 20 de febrero, de Secretos Empresariales. BOE de 21 de febrero de 2019.

2. MINISTERIO DE JUSTICIA**> Organización**

- Orden JUS/74/2019, de 28 de enero, por la que crea la Comisión de Trabajo para la Conmemoración del 130º Aniversario de la Promulgación del Código Civil. BOE de 1 de febrero de 2019.

- Real Decreto 37/2019, de 1 de febrero, por el que se crea la Comisión de selección y se regula el procedimiento para la designación de la terna de candidatos a Fiscal Europeo y candidatos a Fiscal Europeo Delegado en España, a los que se refieren los artículos 16 y 17 del Reglamento (UE) 2017/1939 del Consejo, de 12 de octubre de 2017, por el que se establece una cooperación reforzada para la creación de la Fiscalía Europea. BOE de 2 de febrero de 2019.

> Registro Civil

- Instrucción de 18 de febrero de 2019, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre actualización del régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución. BOE de 21 de febrero de 2019.

3. MINISTERIO DE LA PRESIDENCIA, RELACIONES CON LAS CORTES E IGUALDAD**> Transportes terrestres**

- Real Decreto 70/2019, de 15 de febrero, por el que se modifican el Reglamento de la Ley de Ordenación de los Transportes Terrestres y otras normas reglamentarias en materia de formación de los conductores de los vehículos de transporte por carretera, de documentos de control en relación con los transportes por carretera, de transporte sanitario por carretera, de transporte de mercancías peligrosas y del Comité Nacional del Transporte por Carretera. BOE de 20 de febrero de 2019.

> Crimen organizado y delincuencia grave

- Orden PCI/161/2019, de 21 de febrero, por la que se publica el Acuerdo del Consejo de Seguridad Nacional, por el que se aprueba la Estrategia Nacional contra el Crimen Organizado y la Delincuencia Grave. BOE de 22 de febrero de 2019.

> Biocustodia

- Orden PCI/168/2019, de 22 de febrero, por la que se publica el Plan Nacional de Biocustodia, aprobado por el Consejo de Seguridad Nacional. BOE De 23 de febrero de 2019.

4. MINISTERIO DE ASUNTOS EXTERIORES, UNIÓN EUROPEA Y COOPERACIÓN**> Acuerdos internacionales**

- Texto enmendado del Anexo al Convenio contra el dopaje, hecho en Estrasburgo el 16 de noviembre de 1989, cuyas Enmiendas fueron adoptadas en Estrasburgo el 30 de octubre de 2018. BOE de 27 de febrero de 2019.

B.- OTRAS DISPOSICIONES

1. CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

> Audiencia Nacional

- Acuerdo de 17 de enero de 2019, de la Comisión Permanente del Consejo General del Poder Judicial, por el que se publica el Acuerdo de la Sala de Gobierno de la Audiencia Nacional, sobre composición y funcionamiento de las Salas y asignación de ponencias que deben turnar los Magistrados en el año 2019. BOE de 5 de febrero de 2019.

2. MINISTERIO DE JUSTICIA

> Fiscalía Europea

- Orden JUS/97/2019, de 5 de febrero, por la que se convoca proceso selectivo para la designación de la terna de candidatas a Fiscal Europeo. BOE de 6 de febrero de 2019.

- Instrucción de 18 de febrero de 2019, de la DGRN, sobre actualización del régimen registral de la certificación de nacimiento de los nacidos por gestación por sustitución. BOE 21/02/2019.

> Delegación de competencias

- Orden JUS/125/2019, de 5 de febrero, sobre delegación de competencias. BOE de 13 de febrero de 2019

3. MINISTERIO DE ASUNTOS EXTERIORES, UNIÓN EUROPEA Y COOPERACIÓN

> Igualdad de género

- Orden AUC/119/2019, de 31 de enero, por la que se dictan instrucciones sobre presencia equilibrada de mujeres y hombres en las intervenciones públicas en las que participe el Ministerio de Asuntos Exteriores, Unión Europea y Cooperación. BOE de 11 de febrero de 2019.

4. MINISTERIO DEL INTERIOR

> Convenios

- Resolución de 1 de febrero de 2019, de la Secretaría General Técnica, por la que se publica el Convenio con el Consejo General de Colegios Oficiales de Psicólogos, para la prestación de asistencia psicológica a víctimas del terrorismo. BOE de 15 de febrero de 2019.

5. MINISTERIO FISCAL

> Convenios

- Decreto de 24 de enero de 2019, de la Fiscalía General del Estado, por el que se publica la Adenda al Convenio de colaboración con el Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, a los efectos de habilitar el servicio para la consulta de la titularidad real de sociedades mercantiles a través del Registro Mercantil. BOE de 27 de febrero de 2019.

II.- NOVEDADES NORMATIVAS AUTONÓMICAS

COMUNIDAD AUTÓNOMA DE CANTABRIA

> Personas con discapacidad

- Ley 9/2018, de 21 de diciembre, de Garantía de los Derechos de las Personas con Discapacidad. BOE de 7 de febrero de 2019.

COMUNIDAD AUTÓNOMA DE CASTILLA-LA MANCHA

> Discapacidad

- Ley 5/2018, de 21 de diciembre, de acceso al entorno de las personas con discapacidad acompañadas de perros de asistencia. BOE de 8 de febrero de 2019.

COMUNIDAD AUTÓNOMA DE EXTREMADURA

> Ordenación territorial

- Ley 11/2018, de 21 de diciembre, de ordenación territorial y urbanística sostenible de Extremadura. BOE de 9 de febrero de 2019.

> Contratación

- Ley 12/2018, de 26 de diciembre, de contratación pública socialmente responsable de Extremadura. BOE de 9 de febrero de 2019.

> Conciertos sociales

- Ley 13/2018, de 26 de diciembre, de conciertos sociales para la prestación de servicios a las personas en los ámbitos social, sanitario y sociosanitario en Extremadura. BOE de 9 de febrero de 2019.

> Memoria histórica

- Ley 1/2019, de 21 de enero, de memoria histórica y democrática de Extremadura. BOE de 13 de febrero de 2019.

> Autonomía municipal

- Ley 3/2019, de 22 de enero, de garantía de la autonomía municipal de Extremadura. BOE de 13 de febrero de 2019.

COMUNITAT VALENCIANA

> Menores. Protección jurídica

-Ley 26/2018, de 21 de diciembre, de derechos y garantías de la infancia y la adolescencia. BOE de 14 de febrero de 2019.

> Ordenación del territorio y urbanismo

- Ley 1/2019, de 5 de febrero, de modificación de la Ley 5/2014, de 25 de julio, de Ordenación del Territorio, Urbanismo y Paisaje de la Comunitat Valenciana. BOE de 28 de febrero de 2019.

COMUNIDAD AUTÓNOMA DEL PAÍS VASCO

> Circulación. Medidas especiales

- Resolución de 24 de enero de 2019, de la Dirección de Tráfico, del Departamento de Seguridad, por la que se establecen medidas especiales de regulación de tráfico durante el año 2019 en la Comunidad Autónoma del País Vasco. BOE de 5 de febrero de 2019.

COMUNIDAD AUTÓNOMA DE CANARIAS**> Deporte**

- Ley 1/2019, de 30 de enero, de la Actividad Física y el Deporte de Canarias. BOE de 27 de febrero de 2019.

COMUNIDAD FORAL DE NAVARRA**> Haciendas Locales**

- Ley Foral 3/2019, de 24 de enero, por la que se modifica la Ley Foral 2/1995, de 10 de marzo, de Haciendas Locales de Navarra. BOE de 26 de febrero de 2019. Corrección de errores en BOE de 27 de febrero de 2019.

> Administración local

- Ley Foral 4/2019, de 4 de febrero, de reforma de la Administración Local de Navarra. BOE de 26 de febrero de 2019.

COMUNIDAD DE CASTILLA Y LEÓN**> Organización**

- Corrección de errores de la 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 27 de febrero de 2019.

COMUNIDAD AUTÓNOMA DE ARAGÓN**> Derecho de igualdad**

- Ley 18/2018, de 20 de diciembre, de igualdad y protección integral contra la discriminación por razón de orientación sexual, expresión e identidad de género en la Comunidad Autónoma de Aragón. BOE de 27 de febrero de 2019.

COMUNIDAD AUTONOMA DE GALICIA**> Personas con discapacidad**

- Ley 9/18 de 21 de diciembre, de Garantía de los derechos de las personas con discapacidad. Comunidad Autónoma de Cantabria. BOE 7/2/2019.

COMUNIDAD AUTONOMA ILLES BALEARS**> Medidas urgentes**

- Real Decreto-ley 4/2019, de 22 de febrero, del Régimen Especial de las Illes Balears. BOE de 23 de febrero de 2019.

RESEÑA DE ARTÍCULOS DOCTRINALES DE ESPECIAL INTERÉS

“La exención de responsabilidad penal del Estado y entidades de él dependientes. Análisis a la luz del art. 31 bis CP (redacción de 2010) y del art. 31 quinquies CP (en la versión de 2015), de las Circulares FGE 1/2011 y 1/2016, y del Informe OCDE 2012. Fundamentos de Derecho Administrativo por la naturaleza jurídica pública de la persona jurídica” - Carlos Castresana Fernández. Diario La Ley, Nº 9349, Sección Tribuna, 1 de Febrero de 2019.

“Proceso de nombramiento de los jueces para el Tribunal de Justicia de la Unión Europea; control de idoneidad de los mismos. Especial referencia a la legitimidad con respuesta a la pregunta ¿En nombre de quién se administra justicia en la Unión Europea?” - Mariano López Molina. Diario La Ley, Nº 9349, Sección Tribuna, 1 de Febrero de 2019.

-“La sentencia Carpenter v. United States: ¿La primera gran victoria de la privacidad en la era digital?” - María Ángeles Villegas García. Diario La Ley, Nº 9316, Sección Tribuna, 12 de Diciembre de 2018.

-“La diligencia de entrada y registro” - M.ª Ángeles Villegas García. Miguel Ángel Encinar del Pozo. Diario La Ley, Nº 9353, Sección Dossier, 7 de Febrero de 2019.

-“Mecanismos de tutela legal de las víctimas de trata de seres humanos” - Natividad Plasencia Domínguez. Diario La Ley, Nº 9353, Sección Tribuna, 7 de Febrero de 2019.

- “Delitos 2.0. Aspectos penales, procesales y de seguridad de los ciberdelitos”. - Moisés Barrio Andrés. Ed. Wolters Kluwer. Colección Temas. Madrid. Septiembre 2018.

- “El urbanismo en el marco de las cuestiones pendientes de resolución en casación: los Autos del Tribunal Supremo en la materia” - Alberto Palomar Olmeda. Diario La Ley, Nº 9354, Sección Doctrina, 8 de Febrero de 2019.

- “La conexidad por analogía o relación en el nuevo art. 17.3 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal”. - José Luis Rodríguez Lainz. Diario La Ley, Nº 9357, Sección Doctrina, 13 de Febrero de 2019.

- “La interpretación institucional de la ética judicial en Iberoamérica y en España” - David Ordóñez Solís. Diario La Ley, Nº 9358, Sección Doctrina, 14 de Febrero de 2019.

- “El nuevo delito de abandono del lugar del accidente y otras importantes novedades de la inminente reforma del Código Penal en materia de imprudencia”. - Pablo Lanzarote Martínez. Diario La Ley, Nº 9359, Sección Tribuna, 15 de Febrero de 2019.

- “Hacia la creación del registro de expertos en programas de *compliance*” - Vicente Magro Servet. Diario La Ley, Nº 9362, Sección Doctrina, 20 de Febrero de 2019.

- "Reflexiones sobre la protección de datos personales en la Administración de Justicia". - Joaquín Delgado Martín. Diario La Ley, N.º 9363, Sección Tribuna, 21 de Febrero de 2019.

- "Características, alcance de la protección conferida e implicaciones para las empresas en la nueva Ley de Secretos Empresariales" - José Miguel Lissén Arbeloa. Patricia Guillén Monge. Diario La Ley, N.º 9363, Sección Tribuna, 21 de Febrero de 2019.

- "El estatuto jurídico del Data Protection Officer". - Miguel Recio Gayo. Ed. Wolters Kluwer. Colección Temas. Madrid. Febrero 2019.

- "Artículo 118 CE: La obligación de cumplir las sentencias y demás resoluciones firmes de Jueces y Tribunales" - José Garberí Llobregat. Diario La Ley, N.º 9365, Sección Tribuna, 25 de Febrero de 2019.

- "Aproximación al tratamiento en España del acoso escolar o «bullying»" - M.ª Isabel Cadenas García. Diario La Ley, N.º 9367, Sección Doctrina, 27 de Febrero de 2019.

- "Decomisar sin castigar" - Carlos Castellví Monserrat. Revista Indret Penal. N.º 1/2019. 30/01/2019

Los artículos de la Revista para el análisis del Derecho InDret pueden consultarse a texto completo en http://www.indret.com/es/derecho_penal/8/

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 La Ley se pueden consultar en el siguiente enlace <http://diariolaley.laley.es> (sección correspondiente)

ÍNDICE REFERENCIAL POR MATERIAS

A

•

ACCION DE RECONOCIMIENTO DE PATERNIDAD

- Derecho a la vida privada y familiar (artículo 8 CEDH). Obligar a un test ADN de paternidad en el marco de una acción de reconocimiento de la paternidad. No vulneración del derecho a la vida privada. Sec. TEDH [STEDH 62257/15 – 29/01/19](#)

ABUSO DE SUPERIORIDAD

- Similitudes y diferencias, de la circunstancia hipercualificante que la víctima sea menor de dieciséis años de edad, o se trate de una persona especialmente vulnerable por razón de su edad, enfermedad o discapacidad (art. 140.1ª), con la alevosía y el abuso de superioridad. Incompatibilidad entre esta circunstancia y la alevosía. Sec. Penal [STS 716/18 – 16/01/19](#)

ACCIDENTE

- Accidente “con ocasión” del trabajo; ocasionalidad relevante. Sec. Social [STS 1052/18 – 13/12/18](#)

ACCIONES

- Prescripción acciones. Naturaleza jurídica. Sec. Civil [STS 94/19 – 14/02/19](#)

ACUMULACION DE CONDENAS

- Imposibilidad de descomponer la pena impuesta por un delito continuado del artículo 74 del Código Penal, en diversas penas que sancionen cada una de las infracciones penales integradas en la continuidad delictiva. Sec. Penal [STS 11/19 – 17/01/19](#)

ACUSACION PARTICULAR

- Acusación Particular. Acceso al proceso, consecuencias en supuesto de anomalía procesal en la constitución e la relación jurídico-procesal. Sec. Penal [STS 64/19 – 06/02/19](#)

AGRAVANTES

- Alevosía: Incoherencia en la sistematización de las circunstancias que cualifican el asesinato (139CP) y las que lo hipercualifican (art. 140). Similitudes y diferencias, de la circunstancia hipercualificante que la víctima sea menor de dieciséis años de edad, o se trate de una persona especialmente vulnerable por razón de su edad, enfermedad o discapacidad (art. 140.1ª), con la alevosía y el abuso de superioridad. Incompatibilidad entre esta circunstancia y la alevosía. Sec. Penal [STS 716/18 – 16/01/19](#)
- Disfraz: Compatibilidad entre el delito de tenencia ilícita de armas y la agravante de disfraz. Sec. Penal [STS 723/18 – 23/01/19](#)
- Prevalimiento: en delito de Agresión sexual. Sec. Penal [STS 732/18 – 23/01/19](#)

ALIMENTOS

- Alimentos hijos menores de edad. Sec. Civil [STS 86/19 – 13/02/19](#)

ASESINATO

- Delito de asesinato con alevosía y ensañamiento sobre víctima especialmente vulnerable en atención a su enfermedad o discapacidad. Sec. Penal [STS 716/18 – 16/01/19](#)

ATENUANTES

- Análoga de confesión tardía: Inaplicación por falta de practicidad en el fallo recurrido, al haberse aplicando la pena en su extensión mínima. Sec. Penal [STS 732/18 – 23/01/19](#)

CARGOS PUBLICOS

- Función de los cargos públicos ante la noticia de un delito. Sec. Penal [STS 54/19 – 06/02/19](#)

CLAUSULAS ABUSIVAS

- Cláusulas abusivas en plan de pensiones. Deberes de transparencia e información a los partícipes de un plan de pensiones individual Una vez producida la contingencia de la jubilación. Consecuencias del incumplimiento. Sec. Civil [STS 40/19 – 22/01/19](#)

COMPETENCIA

- Competencia funcional; cantidad, acceso a suplicación en reclamaciones derecho y cantidad. Sec. Social [STS 1007/18 – 04/12/18](#)
- Competencia judicial internacional en procedimientos de insolvencia. Sec. TJUE [STJUE C-296/17 – 14/11/18](#)
- Competencia territorial. Consumidores: Contrato de aprovechamiento por turnos de bienes inmuebles. Sec. Civil [ATS 216/18 – 05/02/19](#)
- Cooperación judicial en materia civil. Competencia, reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental. No reconocimiento de resoluciones judiciales en caso de contrariedad manifiesta con el orden público. Sec. TJUE [STJUE C-386/17 – 16/01/19](#)
- Competencia: diferencia entre "actos y disposiciones dictados por sustitución en las funciones y competencias de los órganos de la Administración de la Generalidad de Cataluña, y los dictados «en Cataluña», y los dictados «en aplicación de las medidas previstas en el acuerdo del Senado sobre art. 155 CE. Sec. Cont.Adm. [ATS 273/18 – 15/01/19](#)
- Resolución contrato (orden jurisdiccional competente para decidir si los bienes embargados por el Juzgado de lo Social son necesarios para la continuidad de la actividad de la empresa) Sec. Social [STS 1075/18 – 18/12/18](#)

CONCURSO

- Concurso de acreedores. Ejecución separada de la TGSS respecto de bienes embargados antes de la declaración de concurso. Consecuencias de la estimación de la tercería. Sec. Civil [STS 90/19 – 13/02/19](#)
- Concurso de delitos: estafa y alzamiento: concurso real Sec. Penal [STS 719/18 – 21/01/19](#)
- Delito de conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas y homicidio doloso. No es de aplicación la cláusula concursal del artículo del artículo 382 CP. No se trata de un supuesto de concurso de normas, sino de concurso de delitos con una regla penológica especial. Sec. Penal [STS 744/18 – 07/02/19](#)

CONFLICTO COLECTIVO

- Derecho a disfrute de comedor: cambio de doctrina. vigencia de normas preconstitucionales. Sec. Social [STS 1058/18 – 13/12/18](#)

CONSUMIDORES

- Competencia territorial. Consumidores: Contrato de aprovechamiento por turnos de bienes inmuebles. Sec. Civil [ATS 216/18 – 05/02/19](#)

CONTRATO

- Contrato eventual por circunstancias de la producción: Impugnación Convenio Colectivo. Sec. Social [STS 1044/18 – 12/12/18](#)

CONVENIO COLECTIVO

- Impugnación: contrato eventual por circunstancias de la producción. Sec. Social [STS 1044/18 – 12/12/18](#)

COSTAS

- Costas: criterio general en jurisdicción de menores: exclusión de la acusación particular salvo circunstancias excepcionales. Sec. Menores [SAP 527/18 – 26/11/18](#)

CUESTION DE COMPETENCIA

- Recursos contra las resoluciones del Fiscal General del Estado. Sec. Cont.Adm. [ATS 32/18 – 12/12/18](#)

CUESTION DE INCONSTITUCIONALIDAD

- Planteamiento de cuestión prejudicial de validez al Tribunal Constitucional: eventual contravención del principio de capacidad económica: Norma Foral de Álava 24/2014, de 9 de julio, del Impuesto sobre el Valor de la Producción de la Energía Eléctrica. Doctrina del Tribunal Constitucional sobre los tributos de naturaleza extrafiscal. Sec. Cont.Adm. [ATS 3697/15 – 18/05/18](#)

DELITO CONTINUADO

- Acumulación de penas: Imposibilidad de descomponer la pena impuesta por un delito continuado del artículo 74 del Código Penal, en diversas penas que sancionen cada una de las infracciones penales integradas en la continuidad delictiva. Sec. Penal [STS 11/19 – 17/01/19](#)

<ul style="list-style-type: none"> • Trata de seres humanos con varias víctimas: Se cometen tantos delitos como víctimas. No es posible considerar un único delito (Acuerdo TS 31/05/2016) ni un delito continuado. 	Sec. Penal	STS 77/19 – 12/02/19
DELITO CONTRA LA HACIENDA PUBLICA		
<ul style="list-style-type: none"> • Regularización tributaria. Su efecto exonerador queda bloqueado cuando se recibe una citación para declarar desde la Fiscalía "por delitos contra la Hacienda Pública", aunque no se consigne ni el concepto tributario, ni el ejercicio concreto. 	Sec. Penal	STS 746/18 – 13/02/19
DELITO CONTRA LA INTIMIDAD		
<ul style="list-style-type: none"> • Sexting. Absolución: interpretación extensiva del art. 197.7 del CP. Difusión de video de carácter sexual que la víctima le envió por wasap voluntariamente, sin que tal grabación fuese "obtenida" por el expedientado. 	Sec. Menores	SAP 165/18 – 26/06/18
DELITO CONTRA LA SEGURIDAD DEL TRAFICO		
<ul style="list-style-type: none"> • Delito de conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas y homicidio doloso. No es de aplicación la cláusula concursal del artículo del artículo 382 CP. No se trata de un supuesto de concurso de normas, sino de concurso de delitos con una regla penológica especial. 	Sec. Penal	STS 744/18 – 07/02/19
<ul style="list-style-type: none"> • Delito de conducción temeraria, artículo 380 CP. Elementos 	Sec. Penal	STS 744/18 – 07/02/19
DELITO DE ABUSOS SEXUALES		
<ul style="list-style-type: none"> • Delito de abusos sexuales. Prueba preconstituida. Requisitos para su validez. 	Sec. Penal	STS 19/19 – 23/01/19
DELITO DE AGRESION SEXUAL		
<ul style="list-style-type: none"> • Agresión sexual: Agravante de prevalimiento. 	Sec. Penal	STS 732/18 – 23/01/19
DELITO DE ALZAMIENTO DE BIENES		
<ul style="list-style-type: none"> • La obligación no tiene que ser vencida y exigible, basta que esa conducta sea apta para alcanzar el objetivo de burlar las expectativas de los acreedores 	Sec. Penal	STS 719/18 – 21/01/19
DELITO DE APROPIACION INDEBIDA		
<ul style="list-style-type: none"> • Elementos: Falta de posesión legítima inicial, precedente STS 761/2014, 12/11/14 	Sec. Penal	STS 745/18 – 12/02/19
DELITO DE ATENTADO		
<ul style="list-style-type: none"> • Atentado: Unidad de acción. 	Sec. Penal	STS 723/18 – 23/01/19
DELITO DE BLANQUEO DE CAPITALS		
<ul style="list-style-type: none"> • Blanqueo de capitales: No precede la condena por este delito si no se acredita la concurrencia de la finalidad de reconvertir los bienes de procedencia ilícita en bienes de procedencia lícita. 	Sec. Penal	STS 34/19 – 30/01/19
DELITO DE EMBRIAGUEZ EN ACTO DE SERVICIO DE ARMAS		
<ul style="list-style-type: none"> • Delito de "embriaguez en acto de servicio de armas" del artículo 70 del Código Penal Militar de 2015. 	Sec. Militar	STS 1/19 – 21/01/19
DELITO DE ESTAFA		
<ul style="list-style-type: none"> • Condena de persona jurídica sin previa condena de persona física. Participación en el engaño. 	Sec. Penal	STS 742/18 – 07/02/19
<ul style="list-style-type: none"> • Delito de Fraude de Subvenciones (art. 308 CP) y Estafa: concurso aparente de normas. 	Sec. Penal	STS 736/18 – 05/02/19
<ul style="list-style-type: none"> • Negocio Jurídico Criminalizado. Diferencia entre dolo civil y dolo penal 	Sec. Penal	STS 719/18 – 21/01/19
DELITO DE FRAUDE DE SUBVENCIONES		
<ul style="list-style-type: none"> • Delito de Fraude de Subvenciones (art. 308 CP) y Estafa: concurso aparente de normas. 	Sec. Penal	STS 736/18 – 05/02/19
DELITO DE HOMICIDIO		
<ul style="list-style-type: none"> • Tentativas de homicidio con dolo eventual. Concurso real. 	Sec. Penal	STS 44/19 – 01/02/19
DELITO DE HURTO		

<ul style="list-style-type: none"> • Multirreincidencia: art. 235.1. 7º CP. La multirreincidencia no es sustrato del subtipo hiperagravado de hurto cuando los antecedentes penales son por delitos leves. 	Sec. Penal	STS 738/18 – 05/02/19
DELITO DE INCENDIO		
<ul style="list-style-type: none"> • Incendio de vehículo presuntamente sustraído. Agotamiento no aplicación del artículo 266.1 CP. 	Sec. Penal	STS 723/18 – 23/01/19
DELITO DE INMIGRACION ILEGAL		
<ul style="list-style-type: none"> • Delito de trata de seres humanos no absorbe delito de inmigración ilegal. 	Sec. Penal	STS 77/19 – 12/02/19
DELITO DE INSULTO A SUPERIOR		
<ul style="list-style-type: none"> • Delito de "insulto a superior" del artículo 42 del Código Penal Militar de 2015. 	Sec. Militar	STS 4/19 – 24/01/19
DELITO DE QUEBRANTAMIENTO DE CONDENA		
<ul style="list-style-type: none"> • Delito de quebrantamiento de condena. Elementos 	Sec. Penal	STS 41/19 – 01/02/19
DELITO DE TENENCIA ILICITA DE ARMAS		
<ul style="list-style-type: none"> • Delito permanente o de tracto sucesivo. Cesura de la tenencia. 	Sec. Penal	STS 723/18 – 23/01/19
DELITO DE TRATA DE SERES HUMANOS		
<ul style="list-style-type: none"> • Delito de trata de seres humanos y Delito de inmigración ilegal. El delito de trata de seres humanos no absorbe el delito de inmigración ilegal. 	Sec. Penal	STS 77/19 – 12/02/19
<ul style="list-style-type: none"> • Trata de seres humanos con varias víctimas: Se cometen tantos delitos como víctimas. No es posible considerar un único delito (Acuerdo TS 31/05/2016) ni un delito continuado. 	Sec. Penal	STS 77/19 – 12/02/19
DELITOS CONEXOS		
<ul style="list-style-type: none"> • Conexidad: Las normas sobre conexidad deben ser interpretadas flexiblemente y la aplicación indebida de estas normas no conlleva necesariamente la nulidad procesal. 	Sec. Penal	STS 34/19 – 30/01/19
DENUNCIA ANONIMA		
<ul style="list-style-type: none"> • Denuncias anónimas: doctrina jurisprudencial (STS 318/2013). 	Sec. Penal	STS 54/19 – 06/02/19
DERECHO A COMUNICAR LIBREMENTE INFORMACION		
<ul style="list-style-type: none"> • Derecho fundamental a comunicar libremente información veraz de un medio de comunicación vs derechos fundamentales al honor, a la intimidad personal y a la propia imagen. Utilización periodística de la cámara oculta. Regla general de exclusión y excepciones por prevalencia del derecho a la información. 	Sec. Const.	STC – 28/02/19
DERECHO A LA LIBERTAD DE EXPRESION		
<ul style="list-style-type: none"> • Libertad de expresión (artículo 10 CEDH). Condena por daños y perjuicios desproporcionada a la finalidad legítima perseguida, que viola el derecho a la libertad de expresión. 	Sec. TEDH	STEDH 70465/12 – 12/02/19
DERECHO A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA		
<ul style="list-style-type: none"> • Derecho fundamental a la tutela judicial efectiva: La sentencia recurrida declara irrazonablemente la nulidad de la denuncia. 	Sec. Penal	STS 54/19 – 06/02/19
DERECHO A LA VIDA PRIVADA Y FAMILIAR		
<ul style="list-style-type: none"> • Obligar a un test ADN de paternidad en el marco de una acción de reconocimiento de la paternidad. No vulneración del derecho a la vida privada. 	Sec. TEDH	STEDH 6225715 – 29/01/19
DERECHO AL HONOR, A LA INTIMIDAD PERSONAL Y A LA PROPIA IMAGEN		
<ul style="list-style-type: none"> • Derecho fundamental a comunicar libremente información veraz de un medio de comunicación vs derechos fundamentales al honor, a la intimidad personal y a la propia imagen. Utilización periodística de la cámara oculta. Regla general de exclusión y excepciones por prevalencia del derecho a la información. 	Sec. Const.	STC – 28/02/19
DERECHO AL JUEZ PREDETERMINADO POR LA LEY		
<ul style="list-style-type: none"> • Cuestiones prejudiciales penales devolutivas, interpretación conjunta artículos 3 y 4 LECr, y 10 LOPJ. 	Sec. Penal	STS 64/19 – 06/02/19

DERECHO AL SECRETO DE LAS COMUNICACIONES

- Intervención de las comunicaciones: obtención de datos de tráfico y localización. Doctrina de la Sala tras SS TJUE de 8 de abril de 2014 y 21 de diciembre de 2016. Sec. Penal [STS 723/18 – 23/01/19](#)
- Volcado de datos de ordenador sin expresa autorización judicial. Datos prescindibles. Sec. Penal [STS 23/18 – 23/01/19](#)

DERECHO A PRESTACIONES FAMILIARES

- Seguridad social: Derecho a prestaciones familiares: requisitos que deben reunirse. Sec. TJUE [STJUE C-322/17 – 07/02/19](#)

DESPIDO

- Colectivo: impugnación: falta de legitimación pasiva; grupo de empresas [necesidad de su alegación en el período de consultas; requisitos para la existencia de grupo]; documentos a aportar en período de consultas; concurrencia causas despido; vulneración libertad sindical. Sec. Social [STS 1051/18 – 12/12/18](#)

DISCRIMINACION

- Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Reducción de las retribuciones en la función pública nacional. Igualdad de trato en el empleo y la ocupación. Sec. TJUE [STJUE C-49/18 – 07/02/19](#)

DOLO

- Dolo eventual: homicidio Sec. Penal [STS 744/18 – 07/02/19](#)
- Dolo eventual. Tentativas de homicidio con dolo eventual. Concurso real. Dosimetría penal: el dolo eventual en principio supone una gravedad inferior al dolo directo, lo que puede tener traducción penológica a través del art. 66 CP. Sec. Penal [STS 44/19 – 01/02/19](#)

ERROR JUDICIAL

- Contra Sentencia sobre reclamación de intereses de demora. Exigencia de interposición previa del incidente de nulidad de actuaciones. No agotamiento de los recursos. Sec. Cont.Adm. [STS 96/19 – 31/01/19](#)

EXIMENTES

- Eximente de alteración psíquica: adicción a videojuego. Sec. Penal [STS 716/18 – 16/01/19](#)

GRUPO DE EMPRESAS

- Requisitos para la existencia de grupo. Sec. Social [STS 1051/18 – 12/12/18](#)

INCAPACIDAD

- Temporal (determinación contingencia; accidente “con ocasión” del trabajo; ocasionalidad relevante). Sec. Social [STS 1052/18 – 13/12/18](#)

INDULTO

- Acuerdo denegatorio de concesión de indulto. Inexigibilidad de motivación Sec. Cont.Adm. [STS 1779/18 – 17/09/18](#)

JUECES

- Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Reducción de las retribuciones en la función pública nacional: afectación de la Independencia judicial. Sec. TJUE [STJUE C-49/18 – 07/02/19](#)

JURISDICCION

- Competencia: Resolución contrato (orden jurisdiccional competente para decidir si los bienes embargados por el Juzgado de lo Social son necesarios para la continuidad de la actividad de la empresa) Sec. Social [STS 1075/18 – 18/12/18](#)

LEGISLACION

- Estatal Sec. S.T. [Legislación Estatal](#)
- Autonómica Sec. S.T. [Legislación Autonómica](#)

MENORES

- Alimentos hijos menores de edad. Sec. Civil [STS 86/19 – 13/02/19](#)
- Audiencia. Asistencia a la misma del padre del menor. Nulidad: no se estima. Contraposición de intereses: presencia de un técnico de Bienestar Social. Sec. Menores [SAP 144/18 – 04/12/18](#)

<ul style="list-style-type: none"> • Costas: criterio general en jurisdicción de menores: exclusión de la acusación particular salvo circunstancias excepcionales. 	Sec. Menores	SAP 527/18 – 26/11/18
<ul style="list-style-type: none"> • Delito de Abusos sexuales. Prueba preconstituida. Requisitos para su validez 	Sec. Penal	STS 19/19 – 23/01/19
<ul style="list-style-type: none"> • Sexting. Absolución, por interpretación extensiva del art. 197.7 del CP. difusión de video carácter sexual que la víctima le envió por wasap voluntariamente, sin que tal grabación fuese “obtenida” por el expedientado. 	Sec. Menores	SAP 165/18 – 26/06/18
MULTIRREINCIDENCIA		
<ul style="list-style-type: none"> • Delito De hurto: Multirreincidencia: art. 235.1. 7º CP. La multirreincidencia no es sustrato del subtipo hiperagravado de hurto cuando los antecedentes penales son por delitos leves. 	Sec. Penal	STS 738/18 – 05/02/19
NULIDAD		
<ul style="list-style-type: none"> • Audiencia. Asistencia a la misma del padre del menor. Nulidad: no se estima. Contraposición de intereses: presencia de un técnico de Bienestar Social. 	Sec. Menores	SAP 144/18 – 04/12/18
PENALIDAD		
<ul style="list-style-type: none"> • Dosimetría penal: el dolo eventual en principio supone una gravedad inferior al dolo directo, lo que puede tener traducción penológica a través del art. 66 CP. 	Sec. Penal	STS 44/19 – 01/02/19
PERSONAS JURIDICAS		
<ul style="list-style-type: none"> • Condena de persona jurídica sin previa condena de persona física. Participación en el engaño. 	Sec. Penal	STS 742/18 – 07/02/19
<ul style="list-style-type: none"> • Responsabilidad penal de personas jurídicas: Moderación de las penas de multa cuando se imponen tanto a la persona física responsable penal como a la persona jurídica por cuya cuenta actuó. Pautas para la modulación. 	Sec. Penal	STS 746/18 – 13/02/19
PLANES DE PENSIONES		
<ul style="list-style-type: none"> • Deberes de transparencia e información a los partícipes de un plan de pensiones individual una vez producida la contingencia de la jubilación. Consecuencias del incumplimiento 	Sec. Civil	STS 40/19 – 22/01/19
PRESCRIPCION		
<ul style="list-style-type: none"> • Concurso de delitos, Acuerdo de Pleno de 26 de octubre de 2010. 	Sec. Penal	STS 64/19 – 06/02/19
<ul style="list-style-type: none"> • De acciones. Naturaleza jurídica 	Sec. Civil	STS 94/19 – 14/02/19
<ul style="list-style-type: none"> • Prescripción del delito. El plazo se determina atendiendo a la pena en abstracto: el máximo de pena imponible incluida la penalidad facultativa prevista en el art. 74.1 CP. 	Sec. Penal	STS 735/18 – 01/02/19
PRISION PROVISIONAL		
<ul style="list-style-type: none"> • Derecho a la libertad personal del art. 17.1 CE, en relación con el derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión del art. 24.1 CE. Cánones de la dimensión constitucional de la prisión provisional como medida que presupone una limitación del contenido del derecho a la libertad personal (art. 17.1 CE). Inexistencia de un supuesto principio acusatorio en materia de apreciación de fines justificativos de la prisión provisional. Necesidad o no de la presencia del investigado en la vista de apelación relativa a la prisión provisional acordada contra él. Suficiencia y razonabilidad de la motivación sobre los fines que justifican la adopción de la medida de prisión provisional. 	Sec. Const.	STC – 28/02/19
PRUEBA		
<ul style="list-style-type: none"> • Preconstituida: requisitos para su validez. Delito de abusos sexuales a menores 	Sec. Penal	STS 19/19 – 23/01/19
RECURSO DE CASACION		
<ul style="list-style-type: none"> • Cambio de doctrina, vigencia de normas preconstitucionales. 	Sec. Social	STS 1058/18 – 13/12/18
<ul style="list-style-type: none"> • Estimación de un recurso de casación por infracción de ley del art. 849.1 LECrim: no puede excluirse en ocasiones el reenvío del asunto a la Audiencia de origen para nueva sentencia en lugar del dictado de segunda sentencia por el Tribunal Supremo. 	Sec. Penal	STS 735/18 – 01/02/19
<ul style="list-style-type: none"> • Inadmisión: control judicial de las solicitudes de autorización de entrada en el domicilio de las personas jurídicas y los aspectos a ponderar por los órganos judiciales. 	Sec. Cont.Adm.	ATS 3297/18 – 20/12/18
RECURSO DE SUPPLICACION		

- Cantidad (competencia funcional; acceso suplicación en reclamaciones derecho y cantidad). Sec. Social [STS 1007/18 – 04/12/18](#)

- RECURSO DE REVISION**
- Naturaleza. Supuesto relativo a la existencia de documentos decisivos, recobrados por el interesado y no aportados por causa de fuerza mayor o por obra de la parte a cuyo favor se hubiese dictado la sentencia Sec. Cont.Adm. [STS 95/19 – 31/01/19](#)
- Recurso de revisión: naturaleza: caracteres De los documentos. Sec. Cont.Adm. [STS 1735/18 – 10/12/18](#)

- RESPONSABILIDAD CIVIL**
- Condena por daños y perjuicios desproporcionada a la finalidad legítima perseguida, que viola el derecho a la libertad de expresión. Sec. TEDH [STEDH 70465/12 – 12/02/19](#)
- Responsabilidad penal de personas jurídicas: Moderación de las penas de multa cuando se imponen tanto a la persona física responsable penal como a la persona jurídica por cuya cuenta actuó. Pautas para la modulación. Sec. Penal [STS 746/18 – 13/02/19](#)

- RETRIBUCIONES**
- Jueces: Reducción de las retribuciones en la función pública nacional. Igualdad de trato en el empleo y la ocupación. Independencia judicial. Sec. TJUE [STJUE 49/18 – 07/09/19](#)

- SEGURIDAD SOCIAL**
- Seguridad social: Derecho a prestaciones familiares: requisitos que deben reunirse. Sec. Social [STJUE C-322/17 – 07/02/19](#)

- TRIBUNAL DE CUENTAS**
- Procedimiento de reintegro de los daños originados a los caudales públicos: intereses de demora. Prescripción: acción de reintegro por alcance. Dies a quo. Sec. Cont.Adm. [STS 1694/18 – 25/10/18](#)

AUTORES

José Javier Huete Noguera
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 Noguera 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

