BOLETÍN DE JURISPRUDENCIA
FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

nº 69
MAYO 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 JURÍSPRUDENCIA
FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

SECCIÓN TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

SECCIÓN TEDH

SECCIÓN CIVIL

SECCIÓN PENAL

SECCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

SECCIÓN SOCIAL

SECCIÓN MILITAR

SECCIÓN MENORES

SECRETARÍA TÉCNICA

SECCION TJUE

ÍNDICE POR MATERIAS

AUTORES

2019 número 69

DATOS SENTENCIA

Sentencia nº: 50/2019
Fecha Sentencia: 9 de abril (BOE núm. 116, de 15 de mayo de 2019)
Recurso de amparo núm. 3706-2018
Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio Narváez Rodríguez.

TEMA

Legitimidad de prisión provisional. Prisión provisional decretada tras previa situación en libertad provisional en la que la recurrente ha comparecido en cuantas ocasiones le fue solicitado. Motivación por remisión en cuanto al presupuesto material de la prisión provisional (evaluación específica de indicios racionales de criminalidad). Finalidad legítima de la medida: una precedente comparecencia voluntaria en sede judicial no es mecánicamente una circunstancia demostrativa de la ausencia del peligro de huida. Alegación de indebida atribución de responsabilidad por hecho ajeno. Empleo del comportamiento de otros procesados como elemento de valoración sobre la existencia de riesgo de fuga.

ASPECTOS EXAMINADOS

- Antecedentes del caso

  Se impugna el auto de la Sala de recursos de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo de 17 de mayo de 2018, que desestimó el recurso de apelación interpuesto contra el auto de 23 de marzo anterior, dictado por el magistrado instructor de la causa especial núm. 20907-2017, que acordó la prisión provisional comunicada y sin fianza de la recurrente, entre otras personas. Encontrándose ya en situación de libertad provisional, la recurrente de amparo se presentó como candidata a las elecciones al Parlamento de Cataluña, celebradas el día 21 de diciembre de 2017, y resultó elegida diputada. Posteriormente, el 20 de marzo de 2018, anunció públicamente que no tenía intención de ejercer el cargo de consejera en el nuevo gobierno autonómico.

  En fecha 21 de marzo de 2018, el magistrado instructor del Tribunal Supremo dictó auto de procesamiento contra la recurrente de amparo por los delitos de rebelión y malversación de caudales públicos, convocándola, en la misma resolución, a una comparecencia para el día 23 de marzo, en la que, de acuerdo con lo previsto en el art. 505 de la Ley de enjuiciamiento criminal, revisaría su situación personal. El día siguiente, la demandante de amparo renunció a su acta de diputada.

  El 23 de marzo se celebró la vista relativa a la situación personal, tras la cual el magistrado instructor dictó auto acordando la prisión provisional incondicional de la ahora recurrente.

  En dicho auto se explica, en primer lugar, que “en la medida en que esta resolución es complementaria del auto de procesamiento de 21 de marzo de 2018, resulta innecesario incorporar a esta exposición los hechos que se atribuyen a los procesados y los indicios que la investigación refleja sobre su participación en ellos”. Considera, con ese presupuesto, que el momento inmediatamente posterior al procesamiento es idóneo para revisar la tutela cautelar adoptada, pues “la atribución de responsabilidades se realiza cuando el grueso de la investigación se ha concluido. Las sospechas que se plasmaban como base para la iniciación del proceso, así como para la adopción de medidas cautelares en ese momento son hoy indicios racionales y firmes de la posible perpetración de unos hechos que presentan una determinada consideración delictiva y de la participación que en ellos han podido tener los procesados”. Añade que, “en tal coyuntura, se configura un grave riesgo de fuga en los encausados derivado de la grave punición a la que se enfrentan por su eventual responsabilidad por rebelión”. Cita el instructor diversas sentencias del Tribunal Constitucional que admiten que la gravedad del delito imputado puede justificar racionalmente la inferencia de un riesgo objetivo de fuga “tanto por el hecho de que a mayor gravedad del delito más intensa cabe presumir la tentación de la huida cuanto por el hecho de que a mayor relevancia de la acción cuya falta de enjuiciamiento se teme, mayor será el perjuicio que, en el caso de materializarse la fuga, sufrirían los fines perseguidos por la justicia”.

  Constata la resolución que la inferencia de tal riesgo por razón de la gravedad de las penas no es meramente abstracta. Ha tenido, según razona, una plasmación concreta, pues, ante la citación efectuada tras el dictado de auto de procesamiento, una de las procesadas que estaba en situación de libertad provisional “no ha atendido la citación de este Tribunal”. En este punto, aunque el instructor considera “razonable” el alegato de las defensas (según el cual el comportamiento procesal de otro encausado no puede servir de presunción para deducir cuál será el comportamiento futuro de los que sí han comparecido), estima, no obstante, que “lamentablemente es de imposible percepción cuál pueda ser la voluntad interna de los procesados, por lo que debe recurrirse a una serie de elementos externos que permitan construir un juicio razonable

de pronóstico, y no sólo respecto de la voluntad presente sino de la eventualidad de que esta pueda modificarse con ocasión del propio desarrollo de la causa". Desde esta óptica, el instructor valora en su resolución los siguientes elementos:

(i) Las fuentes de convicción en las que se sustenta la imputación realizada en el auto de procesamiento son completamente sólidas y apuntan a una responsabilidad penal que, de verificarse, sería extremadamente rigurosa.

(ii) El riesgo que, por sí mismo, ya determina tal hecho se potencia en la medida en que la investigación ha reflejado que los procesados, aun habiendo comparecido puntualmente a los llamamientos judiciales, desatendieron de forma "contumaz y sistemática durante los últimos años" otros mandatos judiciales igualmente imperativos. Esto determina que la actual situación de acatamiento de los llamamientos judiciales no pueda entenderse, en modo alguno, como una garantía segura de que los procesados sigan compareciendo en el futuro, pues la posibilidad de sufrir las gravísimas penas que podrían llegar a imponerse se hace cada vez más perentoria. Lo único que puede deducirse de la instrucción es que los procesados acatarán los llamamientos judiciales "en tanto su voluntad no cambie, tal como ya ha acontecido hoy con otra de las procesadas". A esto se suma el escasísimo efecto disuasorio que puede desempeñar la fianza prestada, pues esta no procede del patrimonio de los procesados sino de "una solidaridad colectiva".

(iii) Los procesados se ven apoyados por un amplio colectivo que "cuenta con estructuras asociativas organizadas, asesoramiento legal especializado, relevantes recursos económicos derivados de las aportaciones de sus asociados, así como un armazón internacional desarrollado en los últimos años para la defensa de sus planteamientos y, por tanto, en condiciones de prestar un soporte eficaz".

El auto considera, asimismo, que el riesgo de fuga no es el único fin legítimo que justifica la medida cautelar de prisión provisional, pues concurre igualmente un "marcado riesgo de reiteración delictiva". Afirma, en este sentido, el magistrado que la renuncia al acta de diputada por parte de la ahora recurrente de amparo "ni despeja la posibilidad de que persista la determinación para impulsar los objetivos sin respeto a las normas penales ni excluye que los procesados puedan realizar aportaciones a esa intención desde colaboraciones muy diversas y todas ellas diferentes de la actividad parlamentaria". La propia investigación realizada "demuestra que fueron muchos los sujetos que se concertaron para quebrantar el orden constitucional y penal como consecuencia del acuerdo delictivo que se investiga. Todos ellos han intervenido desde múltiples facetas de colaboración, por más que su participación sea objeto de investigación en otros órganos judiciales". Es más, algunos tuvieron papeles directivos que ejercieron desde organizaciones no públicas. En este punto, recuerda el instructor que las investigaciones han revelado la existencia de un "libro blanco", que marcaba la estrategia conjunta de los procesados, texto en el que se afirma que, incluso en el caso extremo de la suspensión del autogobierno, la actividad tendente a la ruptura unilateral ha de ser reanudada una vez recuperada la gestión de las instituciones autonómicas.

- Motivos invocados

  La demandante de amparo alega que se ha vulnerado su derecho a la libertad (art. 17 CE) en cuanto que:

  a) La decisión cautelar adoptada no ha cumplido, a su juicio, con el necesario presupuesto de la prisión, pues ni contiene relato fáctico, ni expresa los indicios en los que funda la atribución de hechos constitutivos de delitos de rebelión y malversación, ni singulariza, por último, los comportamientos que le son individualmente atribuidos.

  b) Tampoco concurre, en su opinión, un fin constitucionalmente legítimo que dé cobertura a la privación cautelar de libertad. No existe el riesgo de fuga apreciado por las resoluciones judiciales impugnadas, y no se valora debidamente que haya comparecido de forma voluntaria a cuantos llamamientos judiciales se han efectuado y que haya respetado en todo momento las cautelas que le fueron establecidas por el propio instructor en el auto de 4 de diciembre de 2017. La inferencia del peligro de huida se habría fundado, además, en el comportamiento procesal de otra persona (evadida de la justicia tras conocer que había sido procesada), contrariando la proscripción de inferir responsabilidad penal por hecho ajeno.

  c) Tampoco existiría riesgo de reiteración delictiva, pues esta inferencia estaría fundada, nuevamente, en comportamientos de otras personas, habiendo llegado la recurrente de amparo a renunciar a su acta de diputada para poner de manifiesto la imposibilidad de que pueda representar el peligro que el magistrado instructor vislumbra. La prisión provisional es, en relación con ambas finalidades, desproporcionada pues no se ha valorado la posibilidad de utilizar medidas alternativas menos gravosas.

  También denuncia la demandante de amparo la vulneración de su derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), reiterando, en relación con éste, la falta de ponderación de alternativas menos gravosas y denunciando específicamente que las resoluciones judiciales impugnadas no han valorado su "indudable" arraigo personal y económico.

- Desestimación del amparo: Inexistencia de vulneración

  Tras subrayar (conforme a la doctrina de, entre muchas, sus SSTC 29/2019, de 28 de febrero, FJ 6; y 66/2008, de 29 de mayo, FJ 4 d), que la queja referida a la lesión del derecho contemplado en el art. 24.1 CE carece de sustantividad propia y que el denunciado déficit de motivación de las resoluciones judiciales ha de ser exclusivamente examinado desde el canon del derecho a la libertad personal que proclama el art. 17.1 CE", el Tribunal examina primero si la medida cautelar de prisión provisional tiene su fundamento en su imprescindible presupuesto constitucional (la apreciación de indicios racionales de

delito en los términos legalmente establecidos), y, luego de constatar la concurrencia de tal presupuesto, analiza si la decisión cautelar adoptada responde, además, a un fin constitucionalmente legítimo. Las razones que fundamentan la desestimación del amparo son las siguientes:

A) En relación con la concurrencia del presupuesto de la prisión provisional (indicios racionales de la comisión de un hecho delictivo), el Tribunal descarta tanto la queja formal (consideración de que el auto de 23-3-2018 no incluye relato fáctico alguno, ni consigna una mínima explicación de los indicios racionales de criminalidad en los que se funda); como la queja material (el auto no ha individualizado suficientemente las conductas que le son específicamente atribuidas y de las que derivaría el juicio provisional sobre su participación en los delitos por los que ha sido procesada).

> En cuanto a la queja formal, la lectura de la resolución revela que no es cierto que el instructor haya acordado la prisión provisional prescindiendo de toda valoración de los indicios racionales de criminalidad concurrentes. Simplemente ha habido remisión expresa a otra resolución inmediatamente anterior (auto de procesamiento de 21 de marzo de 2018) en la que dichos indicios y su calificación penal provisional fueron específicamente consignados y valorados. Dada la conexión temporal existente entre el auto de 21 de marzo (de procesamiento) y el de 23 de marzo (de prisión) la utilización de esta técnica de remisión expresa no puede ser objeto de censura constitucional alguna.

> En lo que se refiere a la queja material (falta de individualización de los comportamientos concretamente atribuidos a la demandante de amparo), las resoluciones impugnadas ponen de relieve, en pasajes que han sido referenciados en los antecedentes, que los hechos punibles provisionalmente atribuidos a los procesados habrían sido cometidos, según la tesis sostenida por el instructor y avalada por la sala, en régimen de codelincuencia, como un supuesto de coautoría (art. 28 CP), en el que concurre un concierto previo de voluntades y una distribución de roles y aportaciones que permite la imputación íntegra y recíproca a cada coautor de todos los actos efectivamente ejecutados por quienes materializan el plan preestablecido. Partiendo de ese presupuesto y con la naturaleza meramente indiciaria y el carácter provisional que son propios de una decisión cautelar, las resoluciones impugnadas justifican la participación de la actora en ese concierto de voluntades y en su efectiva ejecución. del modo siguiente:

(i) Se tiene en cuenta, en primer lugar, el papel que, en su calidad de diputada, la demandante de amparo habría jugado en la aprobación de la resolución parlamentaria que, en el año 2015 (9 de noviembre), explicitó y dio inicio formal, público y solemne a la ejecución del plan que había de llevar a la materialización de la independencia por vías contrarias a las que admite el ordenamiento jurídico vigente.

(ii) Se sostiene, asimismo, la intervención colegiada que la demandante tuvo en el Gobierno de la Generalitat que, entre enero de 2016 y octubre 2017, se encargó de ejecutar las diversas actuaciones tendentes, tanto a la derogación de facto de la Constitución española y del Estatuto de Autonomía de Cataluña, como a la celebración del referéndum de independencia, con la subsiguiente declaración formal de la constitución de una república catalana independiente, entendiendo, tanto el instructor como la sala, que la actora asumió en todo momento, de acuerdo con el plan trazado y dado su papel de cuadro dirigente del Gobierno, la materialización de los actos de violencia que fuesen necesarios para alcanzar el objetivo pretendido, sin oponerse en ningún momento a las decisiones adoptadas por el consejo de gobierno al que pertenecía.

(iii) Finalmente, se toman en consideración las concretas intervenciones de la demandante de amparo en los preparativos del referéndum del 1 de octubre de 2017, que son consignadas en el auto de procesamiento de 21 de marzo de 2018, al que se remite de forma expresa el instructor en su auto de 23 de marzo. Se alude, en particular, a la facilitación de los locales y la contribución, a través de su departamento, a los gastos necesarios para proveer determinados medios materiales y personales.

A la vista de esta pluralidad de elementos y teniendo en cuenta la particular fisonomía del régimen de coautoría en el que se entienden presuntamente cometidos los delitos investigados (en el que puede resultar más relevante el poder de dirección y decisión que se ejerce que la concreta aportación material realizada mediante actos ejecutivos), el TC concluye que, desde el punto de vista que caracteriza el control externo de la regularidad de la decisión de prisión provisional, las resoluciones impugnadas identifican suficientemente los hechos atribuidos a la actora y su relación directa con los delitos que, se le atribuyen.

B) En lo que se refiere a los fines de la prisión apreciados, los autos de 23 de marzo y 17 de mayo de 2018 fundan la decisión cautelar de privación de libertad, tanto en el riesgo de fuga como en la posible reiteración de la actividad criminal.

Los argumentos de la actora son, sintéticamente expuestos, los siguientes: a) no se ha valorado suficientemente que haya comparecido de forma voluntaria a todos los llamamientos efectuados y que hasta ese momento haya respetado las cautelas que le fueron impuestas en el auto de 4 de diciembre de 2017; b) se ha valorado en su perjuicio el comportamiento de otra procesada, lo que supone una indebida atribución de responsabilidad por hecho ajeno; c) no se han tenido en cuenta sus

circunstancias de arraigo y d) no se ha ponderado la suficiencia de medios alternativos menos gravosos que pueden servir para garantizar el fin perseguido a través de la privación cautelar de libertad.

a) En cuanto a la valoración del comportamiento procesal previo de la persona investigada, el TC entiende que no estamos ante un dato que pueda revelar, aisladamente considerado, que la ponderación efectuada sobre la medida cautelar privativa de libertad resulta constitucionalmente incorrecta. Una decisión de prisión provisional no es una resolución que agote su finalidad en conseguir que se atienda a un concreto llamamiento o citación judicial, sino que exige la formulación de un pronóstico de comportamiento futuro que va más allá, en cuanto que lo que se trata de asegurar es la íntegra tramitación del proceso, en sus sucesivas fases. No puede admitirse mecánicamente que la precedente comparecencia voluntaria en sede judicial sea circunstancia demostrativa de la ausencia del peligro de huida. Una medida cautelar de prisión ha de fundarse en un juicio de pronóstico de mayor rango temporal (pues se trata de asegurar la íntegra tramitación del proceso) y ha de tener en cuenta, por ello, otros factores concurrentes que indiquen cuál puede ser la pauta plausible de conducta futura, que puede cambiar próximamente con el salto cualitativo que supone el auto de procesamiento. La comparecencia voluntaria no es un elemento en sí mismo determinante del resultado del juicio de pronóstico que ha de regir la decisión cautelar de prisión, no pudiendo deducirse, sin más, de ese dato fáctico una automática vulneración del art. 17 CE.

b) También se queja la recurrente de que el magistrado instructor haya valorado, para inferir un riesgo objetivo de fuga, el comportamiento procesal de otra persona que ha sido procesada en la misma causa, quien, estando en situación de libertad provisional y habiendo cumplido, hasta el propio auto de procesamiento, con las cautelas y llamamientos efectuados, eludió la acción de la justicia, huyendo fuera de España. En relación con esta alegación, ha de advertirse que todo juicio que expresa el pronóstico de un comportamiento futuro se funda en diversos factores y, entre ellos, en máximas de experiencia, que se ven más o menos reforzadas en función de los datos fácticos concurrentes. En este caso, el magistrado instructor ha estimado, como acontecimiento plausible desde la evaluación de pautas generales de comportamiento, que un procesado que se encuentra en situación de libertad provisional en una causa referida a delitos castigados con penas de máxima gravedad, puede demorar la huida hasta el momento en que ésta se vuelve inaplazable por la evolución de las propias indagaciones preparatorias —en la medida en que éstas vayan acumulando datos que revelen la inevitabilidad del juicio y la probabilidad de una condena— y por la proximidad cada vez mayor de la vista oral. Ha entendido, asimismo, que el auto de procesamiento, en cuanto resolución que contiene un juicio de imputación formal que supone la verificación y consolidación de los elementos indiciarios que sustentan los cargos provisionales, es un acto procesal que implica la próxima conclusión de la instrucción y la formulación, con alta probabilidad, de una pretensión punitiva, pues el procesamiento es, en el sumario ordinario, un presupuesto indispensable de una posterior acusación. Infiere de todo ello el instructor que tal acto formal de imputación es un hito procedimental en el que los investigados, viendo los cargos judicialmente formalizados y enfrentándose, así, a la alta probabilidad y a la mayor cercanía de un efectivo enjuiciamiento, pueden modificar su comportamiento procesal y optar por darse a la fuga.

Pues bien, siendo razonables tales máximas de experiencia, es un hecho de indudable importancia que estas hayan llegado a concretarse en ese mismo procedimiento y en ese preciso momento procesal en relación con otra de las personas investigadas, revelando que los pronósticos del instructor no solo son razonables en abstracto, sino que se han materializado de facto. No estamos, pues, ante la atribución de “responsabilidades por hecho ajeno”, pues la prisión provisional no es la sanción de ningún comportamiento procesal ilícito, sino ante un dato fáctico que, en el juicio analítico que el órgano judicial exterioriza en su auto, sirve para reforzar la racionalidad de un pronóstico que el instructor funda en ciertas máximas de experiencia que, lejos de constituir meras hipótesis, se han visto singularmente verificadas en ese proceso.

En todo caso y como ya hemos dicho al analizar el dato de la comparecencia voluntaria, si hubiera sido la propia demandante de amparo la que hubiera tratado de sustraerse a la acción de la justicia huyendo al extranjero, ya no sería necesario pronóstico alguno en el que fundar el riesgo de fuga, pues tal acto de evasión se habría ya producido. De ahí que la exigencia de la actora de que solo se valore su comportamiento personal y no el de otros investigados que se encuentran en situación análoga, parta de un presupuesto erróneo, pues no es su comportamiento actual, sino el riesgo de que este se modifique en el futuro lo que el instructor y la sala evalúan en sus resoluciones, siendo de indudable relevancia, a esos efectos, que otros procesados, que se enfrentan a los mismos cargos y también habían comparecido puntualmente a los llamamientos efectuados hasta ese momento, hayan cambiado abruptamente de comportamiento procesal, huyendo de forma repentina a raíz del procesamiento, y que hayan puesto en peligro, de ese modo, el buen fin del proceso.

La argumentación del instructor cumple con el escrutinio constitucional procedente, pues ha contemplado como factor trascendente en su decisión un elemento de juicio razonable, como es la huida, a lo largo del procedimiento, de varios investigados, apoyados por una estructura organizativa permanente, y las dificultades, constatadas por

la Sala de recursos en su auto de 17 de mayo de 2018, de que sean puestos a disposición de la justicia española a través de mecanismos ordinarios de cooperación judicial internacional.

c) La afirmación de la recurrente sobre la falta de valoración de sus circunstancias personales tampoco se compadece con el contenido de las resoluciones impugnadas. El auto de 17-5- 2018 estima, en particular, que las circunstancias que alega la actora, fundamentalmente la existencia de relaciones familiares y recursos económicos, no tienen relevancia suficiente como para enervar el riesgo de fuga, dada la acreditada facilidad con la que se puede cambiar de domicilio familiar en el ámbito de la Unión Europea gracias al auxilio de la estructura internacional de apoyo con la que cuentan, según razonan las resoluciones impugnadas, los procesados. Tampoco desde este punto de vista puede advertirse, desde el escrutinio externo que nos corresponde realizar, una vulneración del derecho a la libertad (art. 17 CE).

d) Finalmente, la demandante de amparo se queja de la falta de valoración de medios alternativos menos restrictivos. No obstante, el hecho de que ella misma haya estado sujeta a cautelas menos gravosas indica que el instructor ha utilizado medios alternativos como la fianza, las comparecencias personales periódicas y la retirada del pasaporte en tanto entendía que el estado procesal en el que se hallaba la causa le permitía acudir a las mismas para prevenir, de modo suficiente, la posible sustracción a la acción de la justicia. Es el avance de la causa a un estadio de consolidación de indicios y de proximidad del enjuiciamiento (STC 66/2008, de 29 de mayo, FJ 4) lo que hace necesario, según razona el instructor, acudir a la prisión en ese momento para evitar la fuga de los procesados y la frustración del proceso.

Asimismo, el instructor descarta expresamente que una agravación de la fianza pueda prevenir la fuga de la procesada, ya que dice haber constatado que las fianzas son pagadas con fondos ajenos a los bienes de los procesados. Los razonamientos del instructor revelan, así, que este ha administrado de forma progresiva las medidas cautelares disponibles, no acudiendo a la prisión provisional más que en el momento de la investigación en el que las medidas alternativas hasta entonces utilizadas se han revelado, en su opinión, insuficientes, lo que pone de relieve que ha existido una ponderación efectiva de la posibilidad de mantener las medidas alternativas menos gravosas. Estas habrían sido descartadas por los diversos argumentos que son empleados en el auto de prisión, en particular, el salto cualitativo que supone la consolidación de los indicios a efectos de formular un juicio de imputación formal (procesamiento), la fuga de otra procesada justamente en ese momento procesal, la existencia de estructuras internacionales que permiten la huida de España y la fijación de residencia en el extranjero con notable facilidad, así como, finalmente, la frustración anterior de los mecanismos ordinarios de cooperación judicial internacional. Es por todo ello que el instructor y la sala coinciden en la necesidad de modificar la situación personal de la actora y de prevenir con una medida más gravosa (como es la prisión) un cambio abrupto de comportamiento procesal que frustre el buen fin de la causa. La posibilidad de acudir a medidas alternativas menos restrictivas sí ha sido, por tanto, ponderada.

Desde el canon de escrutinio externo que nos corresponde, sólo podemos concluir, a la vista de todo lo expuesto, que las resoluciones impugnadas han sido respetuosas con el art. 17 CE, en cuanto los razonamientos que contienen evidencian que ha existido un fin legítimo habilitante de la medida cautelar de prisión provisional.

DATOS SENTENCIA

SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA. (Gran Sala)
Fecha Sentencia: 14 de mayo de 2019
Asunto: C 55/18.

TEMA

Protección de la seguridad y de la salud de los trabajadores. Ordenación del tiempo de trabajo. Descanso diario y semanal. Duración máxima del tiempo de trabajo semanal. Obligación de establecer un sistema que permita computar la jornada laboral diaria realizada por cada trabajador.

ASPECTOS EXAMINADOS

- Se destacan los siguientes apartados de la sentencia:

  49 En efecto, determinar objetivamente y de manera fiable el número de horas de trabajo diario y semanal es esencial para comprobar, por un lado, si se ha respetado la duración máxima del tiempo de trabajo semanal definida en el artículo 6 de la Directiva 2003/88 —que incluye, con arreglo a esta disposición, las horas extraordinarias— durante el período de referencia contemplado en los artículos 16, letra b), o 19 de esta Directiva y, por otro lado, si se han respetado los períodos mínimos de descanso diario y semanal, definidos respectivamente en los artículos 3 y 5 de dicha Directiva, durante cada período de veinticuatro horas en relación con el descanso diario o durante el período de referencia contemplado en el artículo 16, letra a), de la misma Directiva en relación con el descanso semanal.

  52 Esta dificultad no se ve atenuada en absoluto por la obligación que incumbe a los empresarios en España de establecer, en virtud del artículo 35 del Estatuto de los Trabajadores, un sistema de registro de las horas extraordinarias realizadas por los trabajadores que hayan prestado su consentimiento a este respecto. En efecto, la calificación de horas «extraordinarias» presupone que se conozca, y por lo tanto que se haya computado de antemano, la duración de la jornada laboral efectiva de cada trabajador afectado. La obligación de registrar únicamente las horas extraordinarias realizadas no ofrece a los trabajadores un medio eficaz capaz de garantizar, por un lado, que no se sobrepasa la duración máxima del tiempo de trabajo semanal establecida en la Directiva 2003/88, que incluye las horas extraordinarias, y, por otro lado, que se respetan en todas las situaciones los períodos mínimos de descanso diario y semanal contemplados en esta Directiva. En cualquier caso, esta obligación no permite paliar la inexistencia de un sistema que, por lo que respecta a los trabajadores que no hayan aceptado realizar horas extraordinarias, pueda garantizar el respeto efectivo de las normas relativas, en particular, a la duración máxima del tiempo de trabajo semanal.

  60 Por consiguiente, para garantizar el efecto útil de los derechos recogidos en la Directiva 2003/88 y del derecho fundamental consagrado en el artículo 31, apartado 2, de la Carta, los Estados miembros deben imponer a los empresarios la obligación de implantar un sistema objetivo, fiable y accesible que permita computar la jornada laboral diaria realizada por cada trabajador.

  66 Por otra parte, por lo que respecta al coste, resaltado por los Gobiernos de España y del Reino Unido, que supondría para los empresarios implantar tal sistema, debe recordarse que, como resulta del considerando 4 de la Directiva 2003/88, la protección eficaz de la seguridad y de la salud de los trabajadores no puede subordinarse a consideraciones de carácter puramente económico (véanse, en este sentido, las sentencias de 26 junio de 2001, BECTU, C 173/99, EU:C:2001:356, apartado 59, y de 9 de septiembre de 2003, Jaeger, C 151/02, EU:C:2003:437, apartados 66 y 67).

  70 La exigencia de interpretación conforme incluye la obligación de los órganos jurisdiccionales nacionales de modificar, en su caso, una jurisprudencia ya consolidada si esta se basa en una interpretación del Derecho nacional incompatible con los objetivos de una directiva (sentencias de 19 de abril de 2016, DI, C 441/14, EU:C:2016:278, apartado 33; de 17 de abril de 2018, Egenberger, C 414/16, EU:C:2018:257, apartado 72, y de 11 de septiembre de 2018, IR, C 68/17, EU:C:2018:696, apartado 64).

- El Tribunal de Justicia (Gran Sala) declara:
- Los artículos 3, 5 y 6 de la Directiva 2003/88/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de noviembre de 2003, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo, interpretados a la luz del artículo 31, apartado 2, de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea y de los artículos 4, apartado 1, 11, apartado 3, y 16, apartado 3,

de la Directiva 89/391/CEE del Consejo, de 12 de junio de 1989, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud de los trabajadores en el trabajo, deben interpretarse en el sentido de que se oponen a una normativa de un Estado miembro que, según la interpretación de esa normativa adoptada por la jurisprudencia nacional, no impone a los empresarios la obligación de establecer un sistema que permita computar la jornada laboral diaria realizada por cada trabajador.,

DATOS SENTENCIA

SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA (Sala Segunda)
Fecha Sentencia: de 8 de mayo de 2019
Asunto: C – 53/18.

TEMA

Asesor financiero que ejerce la actividad fuera de los locales de la empresa. Legislación nacional que establece la posibilidad de prohibir temporalmente el ejercicio de la actividad. Libertades fundamentales: no discriminación, proporcionalidad, libre prestación de servicios y derecho de establecimiento

ASPECTOS EXAMINADOS

- El Tribunal de Justicia (Sala Segunda) declara:
- La Directiva 2004/39/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril de 2004, relativa a los mercados de instrumentos financieros, por la que se modifican las Directivas 85/611/CEE y 93/6/CEE del Consejo y la Directiva 2000/12/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y se deroga la Directiva 93/22/CEE del Consejo, en su versión modificada por la Directiva 2010/78/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de noviembre de 2010, en particular sus artículos 8, 23, 50 y 51, los artículos 49 TFUE y 56 TFUE y los principios de no discriminación y de proporcionalidad deben interpretarse en el sentido de que, en una situación como la que es objeto del litigio principal, una prohibición temporal de ejercer la actividad de asesor financiero fuera de los locales de la empresa no está comprendida ni en el ámbito de aplicación de dicha Directiva, ni en el de los artículos 49 TFUE y 56 TFUE, ni tampoco en el de los principios de no discriminación y proporcionalidad. En tal situación, los artículos 8, 23, 50 y 51 de dicha Directiva, los artículos 49 TFUE y 56 TFUE y los principios de no discriminación y de proporcionalidad no se oponen a tal prohibición.

DATOS SENTENCIA

SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA (Sala Primera)
Fecha Sentencia: 8 de mayo de 2019
Asunto C 494/17.

TEMA

Trabajo de duración determinada. Contratos celebrados con un empleador público. Medidas destinadas a sancionar el recurso abusivo a contratos de trabajo de duración determinada. Transformación de la relación laboral en relación laboral por tiempo indefinido. Limitación del efecto retroactivo de la transformación.

ASPECTOS EXAMINADOS

- El Tribunal de Justicia (Sala Primera) declara:
- La cláusula 5, apartado 1, del Acuerdo Marco sobre el trabajo de duración determinada, celebrado el 18 de marzo de 1999, que figura en el anexo de la Directiva 1999/70/CE del Consejo, de 28 de junio de 1999, relativa al Acuerdo Marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre el trabajo de duración determinada, debe interpretarse en el sentido de que no se opone a una normativa nacional que, tal como es aplicada por los máximos tribunales nacionales, excluye cualquier derecho a una indemnización económica por utilización abusiva de contratos de trabajo de duración determinada sucesivos en favor de los

profesores de la enseñanza pública que han obtenido la transformación de su relación laboral de duración determinada en una relación laboral por tiempo indefinido con un efecto retroactivo limitado, cuando esa transformación no es incierta, ni imprevisible, ni aleatoria y cuando la limitación en la toma en consideración de la antigüedad adquirida en virtud de contratos de trabajo de duración determinada sucesivos constituye una medida proporcionada para sancionar tal abuso, lo que corresponde verificar al tribunal remitente.

DATOS SENTENCIA

SENTENCIA TRIBUNAL DE JUSTICIA. (Sala Primera).
Fecha Sentencia. 23 de mayo de 2019
Asunto: C 52/2018.

TEMA

Protección de los consumidores. Venta a distancia.

ASPECTOS EXAMINADOS

- **Derecho de los consumidores a la subsanación de la falta de conformidad de los bienes sin cargo alguno, en un plazo razonable y sin mayores inconvenientes**: El artículo 3, apartados 2 a 4, de la Directiva 1999/44 debe interpretarse en el sentido de que el derecho de los consumidores a la subsanación «sin cargo alguno» de faltas de conformidad de bienes adquiridos en una venta a distancia no comprende la obligación de los vendedores de pagarles por anticipado a esos consumidores los gastos del transporte de dichos bienes, efectuado al objeto de su subsanación, a los domicilios sociales respectivos de los vendedores, a menos que el que el pago anticipado de dichos gastos por los consumidores constituya una carga tal que pueda disuadirlos de hacer valer sus derechos, extremo que corresponde comprobar a los tribunales nacionales.
- **Fijación del lugar en que los consumidores deben poner a disposición de los vendedores, para la subsanación de su falta de conformidad, bienes adquiridos en una venta a distancia**: El artículo 3, apartado 3, de la Directiva 1999/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de mayo de 1999, sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo, debe interpretarse en el sentido de que los Estados miembros conservan la competencia para fijar el lugar en que los consumidores deban poner a disposición de los vendedores, para que se subsane con arreglo a dicho precepto su falta de conformidad, bienes adquiridos en una venta a distancia. Dicho lugar tendrá que ser idóneo para que la subsanación de la falta de conformidad se realice sin cargo alguno, en un plazo razonable y sin mayores inconvenientes para los consumidores, habida cuenta de la naturaleza de los bienes y de la finalidad que tuvieran los bienes para los consumidores. A ese respecto, los tribunales nacionales deberán realizar una interpretación conforme con la Directiva 1999/44, lo que incluye, en su caso, modificar su jurisprudencia reiterada si esta se basa en una interpretación del Derecho nacional que sea incompatible con los objetivos de la Directiva.
- **Derecho de los consumidores a resolver el contrato**: Los consumidores tienen derecho a resolver el contrato, debido a que no se ha llevado a cabo el saneamiento en un plazo razonable, cuando los vendedores no hayan adoptado ninguna medida adecuada para proceder a dicha subsanación, incluida la de informar a los consumidores del lugar en que los bienes debían ponerse a su disposición a tal fin. A ese respecto, corresponde a los tribunales nacionales, mediante la interpretación conforme con la Directiva 1999/44, garantizar el derecho de dichos consumidores a la resolución del contrato.

DATOS SENTENCIA

SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA (Gran Sala)
Fecha Sentencia: 27 de mayo de 2019
Asuntos acumulados C 508/18 y C 82/19 PPU.

TEMA

Cooperación policial y judicial en materia penal. Orden de detención europea. Concepto de "autoridad judicial emisora". Orden de detención europea emitida por la fiscalía de un Estado miembro.

ASPECTOS EXAMINADOS

- El Tribunal de Justicia (Gran Sala) declara:
- 1) Acumular los asuntos C 508/18 y C 82/19 PPU a efectos de la sentencia.
- 2) El concepto de «autoridad judicial emisora» que figura en el artículo 6, apartado 1, de la Decisión Marco 2002/584/JAI del Consejo, de 13 de junio de 2002, relativa a la orden de detención europea y a los procedimientos de entrega entre Estados miembros, en su versión modificada por la Decisión Marco 2009/299/JAI del Consejo, de 26 de febrero de 2009, debe interpretarse en el sentido de que no comprende a las fiscalías de un Estado miembro expuestas al riesgo de estar sujetas, directa o indirectamente, a órdenes o instrucciones individuales del poder ejecutivo, como un ministro de Justicia, en el marco de la adopción de una decisión relativa a la emisión de una orden de detención europea.

NOTA: LA UNIDAD DE COOPERACION INTERNACIONAL DE LA FSICALIA GENERAL DEL ESTADO, CON REFERENCIA A LA PRESENTE SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA de 27 de mayo de 2019 [Casos acumulados OG (C-508/18) y PI (C-82/19 PPU)], HA ELABORADO EL COMENTARIO QUE A CONTINUACION SE TRANSCRIBE POR SU INTERES:

I. Antecedentes

La Fiscalía de Lübeck, Alemania, emitió una orden europea de detención y entrega (OEDE) contra el ciudadano lituano OG, residente en Irlanda, para el ejercicio de acciones penales. El Tribunal Supremo de Irlanda plantea cuestión prejudicial que gira en torno a las dudas generadas sobre si la Fiscalía de Lübeck satisface el requisito de independencia y de participación en la administración de justicia penal como elementos necesarios para ser considerada como autoridad judicial de emisión en el sentido establecido en la norma europea.

La Fiscalía de Zwickau, Alemania, emitió una OEDE contra el ciudadano rumano PI para el ejercicio de acciones penales. En este caso el remitente, Tribunal Superior en Irlanda señala que se encuentra con la misma situación que la planteada por el Tribunal Supremo en el primer caso.

El Tribunal de Justicia decide resolver los dos casos de forma acumulada, dado que los presupuestos jurídicos a analizar serían los mismos.

II. Norma a interpretar por el Tribunal

Las peticiones de decisión prejudicial tienen por objeto la interpretación del artículo 6, apartado 1, de la Decisión Marco 2002/584/JAI del Consejo, de 13 de junio de 2002, relativa a la orden de detención europea y a los procedimientos de entrega entre Estados miembros.

El artículo 6 de la Decisión Marco 2002/584, que lleva por título «Determinación de las autoridades judiciales competentes», está redactado en los siguientes términos:

«1. La autoridad judicial emisora será la autoridad judicial del Estado miembro emisor que sea competente para dictar una orden de detención europea en virtud del Derecho de ese Estado.

2. La autoridad judicial de ejecución será la autoridad judicial del Estado miembro de ejecución que sea competente para ejecutar la orden de detención europea en virtud del Derecho de ese Estado.

3. Cada Estado miembro informará a la Secretaría General del Consejo de la autoridad judicial competente con arreglo a su Derecho interno.»

III. Fundamentación jurídica

3.1. Concepto de autoridad judicial.

La cuestión planteada está directamente vinculada al concepto de "autoridad judicial" referido en la norma anteriormente indicada, concepto sobre el que el TJUE ya se ha pronunciado en diversas oportunidades (sentencias de 10 de noviembre de 2016, Poltorak, C-452/16 PPU, EU:C:2016:858, apartados 30 y 31, y Kovalkovas, C-477/16 PPU, EU:C:2016:861, apartados 31 y 32).

Los Estados miembros son autónomos a la hora de designar cuáles son las autoridades nacionales competentes para emitir las OEDEs; pese a ello, señala el TJUE "no puede dejarse a la apreciación de cada Estado miembro el

sentido y alcance de este concepto", de forma que dicho concepto exige una interpretación autónoma y uniforme en toda la Unión Europea, concepto que debe buscarse en base a tres parámetros: el tenor literal del artículo 6.1 de la Decisión Marco, el contexto en que se inscribe y el objetivo perseguido por la misma.

3.2. Participación en el sistema de justicia penal.

El concepto de "autoridad judicial" no se limita, como ya ha señalado el TJUE anteriormente en las sentencias indicadas, a los jueces o tribunales de un Estado miembro, sino que debe entenderse en sentido amplio incluyendo "a las autoridades que participan en la administración de la justicia penal en ese Estado miembro, a diferencia, en particular, de los ministerios o de los servicios de policía, que forman parte del poder ejecutivo", quedando estos últimos claramente excluidos de dicho concepto.

A la vista de estas consideraciones, indica el TJUE que las Fiscalías deben ser consideradas como "autoridad judicial" a los efectos del artículo 6.1 de la Decisión Marco indicando "que debe considerarse que una autoridad, como una fiscalía, que tiene competencia, en el marco del procedimiento penal, para ejercer la acción penal contra una persona sospechosa de haber cometido un delito a fin de que sea llevada ante un tribunal participa en la administración de la justicia del Estado miembro de que se trate". Este concepto alcanza a una Fiscalía como la alemana: ejerce la acción pública y está sometida al principio de legalidad de forma que está obligada a iniciar un procedimiento de investigación contra cualquier sospechoso de haber cometido un delito, creando así las condiciones previas para el ejercicio de la función jurisdiccional de los tribunales; por consiguiente, puede afirmarse que participa de la administración de justicia penal en el Estado alemán.

3.3. Principio de independencia.

Otra exigencia necesaria para que una concreta autoridad tenga la consideración de autoridad judicial a los efectos del artículo 6.1 de la Decisión Marco la constituye la exigencia de independencia.

El sistema de la OEDE establece un mecanismo de protección a dos niveles de los derechos procesales y fundamentales del reclamado, "en el primer nivel, a la hora de adoptar una resolución judicial nacional, como una orden de detención nacional, se añade la tutela que debe conferirse, en un segundo nivel, al emitir una orden de detención europea, la cual puede dictarse, en su caso, en un breve plazo tras la adopción de la mencionada resolución judicial nacional (sentencia de 1 de junio de 2016, Bob-Dogi, C-241/15, EU:C:2016:385, apartado 56)".

El cumplimiento de las exigencias inherentes a una OEDE permite a la autoridad de ejecución establecer que la OEDE se basa en un procedimiento nacional sujeto a control judicial y que la persona reclamada ha gozado de todas las garantías inherentes a este tipo de resoluciones.

Señala el TJUE que "la «autoridad judicial emisora», en el sentido del artículo 6, apartado 1, de la Decisión Marco 2002/584, debe estar en condiciones de ejercer esta función con objetividad, teniendo en cuenta todas las pruebas de cargo y de descargo, y sin estar expuesta al riesgo de que su potestad decisoria sea objeto de órdenes o instrucciones externas, en particular del poder ejecutivo, de modo que no exista ninguna duda de que la decisión de emitir la orden de detención europea corresponde a esa autoridad y no, en definitiva, a dicho poder (véase, en este sentido, la sentencia de 10 de noviembre de 2016, Kovalkovas, C-477/16 PPU, EU:C:2016:861, apartado 42)".

En concreto, respecto de las Fiscalías alemanas, se dice que si bien es cierto que están sometidas a la obligación de objetividad y que debe investigar no solo para probar la culpabilidad, sino también la inocencia, no es menos cierto que el ministro de Justicia de un Land dispone de una potestad de instrucción externa con respecto a dichas Fiscalías, lo que le confiere la posibilidad de influir directamente en la decisión de emitir o no emitir una OEDE.

Pese a que existen ciertas garantías en el sentido de que las órdenes deban ser emitidas por escrito, comunicarse al presidente del parlamento regional, no puedan sobrepasar los límites de la ley o que los fiscales no puedan ser separados del servicio por la inobservancia de la instrucción, tales garantías no permiten descartar plenamente que la decisión sobre la emisión de una OEDE no esté sujeta en un caso concreto a la instrucción del ministro de Justicia de un concreto Land.

En este contexto, no se puede establecer el principio de independencia de la Fiscalía alemana al ejercer las funciones inherentes a la emisión de una OEDE, sin que la posibilidad de que el afectado pueda recurrir la decisión ante los tribunales alemanes desvirtúe esta conclusión. Así, las Fiscalías alemanas están expuestas al riesgo de que el poder ejecutivo influya en su decisión de emitir o no una OEDE, por lo que no concurre en ellas una de las exigencias necesarias para ser consideradas "autoridad judicial emisora" a los efectos del artículo 6.1 de la Decisión Marco.

IV. Conclusiones.

En definitiva, el TJUE establece en relación a las Fiscalías alemanas que concurre en ellas uno de los dos elementos necesarios para la consideración como "autoridad judicial emisora", el relativo a su participación en el sistema de justicia penal, pero no el relativo a la independencia, dado el riesgo de estar sujetas, directa o indirectamente, a órdenes o instrucciones individuales del poder ejecutivo.

Falla el TJUE estableciendo que "el concepto de «autoridad judicial emisora» que figura en el artículo 6, apartado 1, de la Decisión Marco 2002/584/JAI del Consejo, de 13 de junio de 2002, relativa a la orden de detención europea y a los procedimientos de entrega entre Estados miembros, en su versión modificada por la Decisión Marco 2009/299/JAI del Consejo, de 26 de febrero de 2009, debe interpretarse en el sentido de que no comprende a las fiscalías de un Estado miembro expuestas al riesgo de estar sujetas, directa o indirectamente, a órdenes o instrucciones individuales del poder ejecutivo, como un ministro de Justicia, en el marco de la adopción de una decisión relativa a la emisión de una orden de detención europea".

DATOS DECISION

Tribunal Europeo de Derechos Humanos
Caso Fraile Iturralde c. España
Fecha Decisión: 28 de mayo de 2019
Demanda nº 66498/17.

TEMA

Derecho a la vida privada y familiar (artículo 8 CEDH). Rechazo al traslado a un centro penitenciario más cercano a su familia de preso por delitos terroristas existiendo valoración individual.

ASPECTOS EXAMINADOS

- Antecedentes
  El demandante, Jorge Fraile Iturralde, es un ciudadano español nacido en 1970. Desde 1998 cumple condena de 25 años por colaboración con organización terrorista (ETA), estragos y tenencia de explosivos y depósito de armas. Se encuentra recluido en la prisión de Badajoz desde junio de 2010, y en 2015 se le mantuvo en Badajoz y en primer grado de tratamiento por su comportamiento, sus vínculos con ETA y su largo historial penal.
  En 2016, el demandante presentó una queja ante los tribunales nacionales sobre la decisión de mantener su reclusión en la prisión de Badajoz y de que las autoridades de la prisión se habían negado a permitirle cumplir su sentencia más cerca del lugar de residencia de su familia, en Durango. Afirmó que el viaje de 700 kilómetros de Durango a Badajoz era difícil para su mujer y su hija de cinco años y que sus padres, de edad avanzada, no podían visitarlo en absoluto. Sus quejas fueron desestimadas el mismo año después de haber sido examinadas por dos instancias, a saber, por el Juzgado Central de Vigilancia Penitenciaria en primera instancia y por la Audiencia Nacional en apelación.
  Los tribunales observaron que, de acuerdo con los informes de la prisión, había podido telefonear e intercambiar cartas regularmente con familiares cercanos y amigos, así como recibir frecuentes visitas de su familia. También tuvieron en cuenta el comportamiento perturbador del solicitante en el centro penitenciario, por el que había sido sancionado en muchas ocasiones, y el hecho de que seguía en prisión las directrices del grupo terrorista.
  Además, determinaron que la política general del régimen de prisión de terroristas condenados justificaba la desviación de la regla general según la cual los reclusos deberían ser recluidos en instalaciones cercanas a familiares y amigos. Esta política dispersó a los prisioneros de ETA en varias prisiones como un medio para cortar sus vínculos con la organización terrorista y evitar problemas de seguridad. Concentrar a los presos de ETA en ciertas prisiones había conducido en el pasado a que el grupo ejerciera el control sobre sus miembros en la prisión y a que el personal de la prisión se convirtiera en objetivo de sus amenazas.
  El recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional se inadmitió en 2017 por manifiesta ausencia de violación de derechos fundamentales susceptibles de amparo.
- La demanda se presentó ante el TEDH el 1 de septiembre de 2017. El demandante se quejó de que la negativa de su solicitud de traslado a una prisión más cercana a su familia había violado sus derechos recogidos en el artículo 8 CEDH (derecho al respeto de la vida familiar) y en el artículo 6.1 CEDH (derecho de acceso a un tribunal) para quejarse de que la decisión de inadmisión del Tribunal Constitucional había sido arbitraria y excesivamente formalista.
  - En relación con el derecho al respeto de la vida familiar (artículo 8 CEDH), el TEDH reitera que el CEDH no otorga a los presos el derecho a elegir su lugar de detención, y que el hecho de que los presos estén separados de sus familias es una consecuencia inevitable de su encarcelamiento. Sin embargo, constituye una parte esencial de los derechos de los presos que las autoridades les ayuden a mantener contacto con sus familiares cercanos.
    En el caso del demandante, el Tribunal determina que la decisión de permanecer en la prisión de Badajoz, lejos de su familia, había interferido en su derecho al respeto de su vida familiar y debe examinarse si la interferencia estaba justificada conforme al artículo 8.2 CEDH.
    Señala que la interferencia tuvo sustento en el derecho interno (artículo 79 de la Ley General Penitenciaria y artículo 31 del Reglamento Penitenciario), disposiciones accesibles, de consecuencias previsibles, y que establecían recursos específicos (recursos administrativos que no se interpusieron sin dar justificación de su falta de uso, ni del correspondiente recurso contencioso-administrativo). En particular, esas normas prevén una valoración individual de cada caso en las decisiones sobre el traslado a otra prisión y en cualquier revisión judicial posterior. Por lo tanto,

el Tribunal considera que la interferencia había sido "de conformidad con la ley" en el sentido previsto en el artículo 8.2 CEDH.

- Sobre la finalidad legítima de la medida, tenía como objetivo garantizar la disciplina en las cárceles, evitar el robustecimiento de los vínculos con la organización terrorista ETA, y respetar la dignidad de las víctimas, también cercanas al lugar de residencia de la familia. El TEDH considera finalidad legítima garantizar la disciplina en las cárceles y asegurar el respeto de la política penitenciaria aplicable a los presos de ETA.
- En cuanto a la proporcionalidad, la negativa se había basado tanto en una evaluación individual de su situación como en la política general penitenciaria: los tribunales nacionales habían citado informes, que el demandante no impugnó, demostrando que había mantenido contacto regular con su familia con visitas, cartas y llamadas telefónicas frecuentes y un permiso extraordinario de salida por el nacimiento de su hija. No hay pruebas que demuestren que los viajes que sus amigos cercanos y su familia han tenido que hacer hayan planteado problemas particularmente difíciles o que sean menos que las que hubiera recibido en un centro penitenciario más cercano.
  La política penitenciaria que se le aplicó tenía un alcance limitado, ya que solo se aplicaba a los condenados por delitos terroristas para disminuir los vínculos y contacto con la organización terrorista, y tenía en cuenta las circunstancias en el momento concreto, es decir, cuando ETA aún no se había disuelto, entregado sus armas o cesado en sus acciones (lo que declaró en 2018) y el demandante no había renunciado a su actividad y pertenencia terrorista. En ese contexto, el Tribunal concluyó que las limitaciones al derecho del demandante a ver respetada su vida familiar no habían sido desproporcionadas para las finalidades perseguidas. El Tribunal desestima la queja relativa al artículo 8 por considerarla manifiestamente mal fundada.
- Sobre la queja de imposibilidad de acceso a un tribunal (artículo 6.1 CEDH), por la inadmisión del recurso de amparo por el Tribunal Constitucional. El TEDH considera que la decisión del Tribunal Constitucional no ha supuesto un obstáculo desproporcionado para el derecho del demandante a acceder a un tribunal. El papel del Tribunal Constitucional y las características especiales del procedimiento de amparo justifican que las condiciones de admisibilidad puedan ser más estrictas que las de un recurso ordinario. Por otra parte, el caso del demandante ya había sido examinado por dos instancias, sin que se pueda detectar ninguna apariencia de arbitrariedad o irracionalidad manifiesta en sus resoluciones. Por lo tanto, era suficiente con que el Tribunal Constitucional se refiriera a las disposiciones legales pertinentes cuando declaró el recurso de amparo inadmisible, tratándose de cuestiones que no planteaban una importancia fundamental o si el recurso no tenía perspectivas de éxito.

- El TEDH rechaza también la queja del demandante relativa al artículo 6.1 CEDH como manifiestamente mal fundada.

DATOS DECISION

Tribunal Europeo de Derechos Humanos
Caso: Maria Carme Forcadell i Lluis y otros c. España
Fecha Decisión: 28 de mayo de 2019
Demanda nº 75147/17.

TEMA

Libertad de reunión (artículo 11 CEDH). Injerencia en la libertad de reunión, restricción necesaria en una sociedad democrática para el mantenimiento de la seguridad pública, la defensa del orden y la protección de los derechos y libertades de los demás, en el sentido del apartado 2 del artículo 11 del Convenio.

ASPECTOS EXAMINADOS

- Antecedentes:
  Los demandantes son 76 ciudadanos españoles residentes en Barcelona, diputados y miembros de los grupos parlamentarios Junts pel Sí y Candidatura d'Unitat Popular Crida Constituent en el Parlamento de la Comunidad Autónoma de Cataluña en el momento de los hechos. El caso se refiere a la decisión del Tribunal Constitucional de suspender la sesión plenaria del Parlamento de la comunidad autónoma de Cataluña prevista para el 9 de octubre de 2017.
  El 1 de octubre de 2017 se celebró un referéndum no autorizado para decidir sobre la segregación de Cataluña del territorio español. El 4 de octubre de 2017, dos grupos parlamentarios (que representaban el 56,3% de los escaños) solicitaron a la Mesa del Parlamento de Cataluña que convocara una sesión plenaria del Parlamento, durante la cual el Presidente de la

Generalitat de Cataluña evaluaría los resultados obtenidos en las elecciones del 1 de octubre y sus efectos, de conformidad con el artículo 4 de la Ley nº 19/2017, conocida como "del referéndum de autodeterminación". La Mesa aceptó la solicitud y se planificó la reunión para el 9 de octubre a las 10.00 horas. Otros tres grupos parlamentarios (que representaban el 43,7% de los escaños) impugnaron la convocatoria por considerar que violaba lo previsto en el Reglamento del Parlamento de Cataluña. Dieciséis diputados socialistas interpusieron un recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional y solicitaron la adopción de una medida cautelar para suspender la sesión plenaria. El Tribunal declaró admisible el recurso y ordenó la suspensión provisional de la sesión plenaria. El 10 de octubre de 2017 (día siguiente al de la primera convocatoria), el Presidente de la Generalitat compareció ante el Pleno del Parlamento y declaró la independencia de Cataluña, en forma de República, invitando inmediatamente al Parlamento a suspender los efectos de dicha declaración. El 26 de abril de 2018, el Tribunal Constitucional, pronunciándose sobre el fondo, observó que el procedimiento seguido por la Mesa del Parlamento para convocar la sesión plenaria ignoraba la suspensión provisional de la Ley nº 19/2017, decidida por el propio Tribunal Constitucional el 7 de septiembre de 2017, e impedía que los parlamentarios solicitantes ejercieran sus funciones. El Tribunal Constitucional recordó que la misión del Parlamento de Cataluña era representar a toda la población y no sólo a determinadas fuerzas políticas, aunque fueran mayoría.

Los demandantes se quejan de que la decisión del Tribunal Constitucional de suspender la convocatoria de la sesión plenaria constituye una violación de su derecho a la libertad de expresión (artículo 10 CEDH) y a la libertad de reunión (artículo 11 CEDH) que les impidió expresar la voluntad de los electores que participaron en el referéndum del 1 de octubre, lo que vulneraría el derecho a unas elecciones libres (artículo 3 del Protocolo nº 1). Añaden que no han tenido acceso a un Tribunal para presentar sus reclamaciones, lo que infringiría el artículo 6 CEDH.

- El TEDH considera que los derechos y libertades invocados por los demandantes son de su titularidad individual y no corresponden al Parlamento de Cataluña como institución, por lo que constituyen un “grupo de individuos” (una “organización gubernamental” no está legitimada para interponer un recurso ante el TEDH conforme al artículo 34 CEDH).

  Sobre los artículos invocados, el TEDH ha subrayado que la libertad de reunión garantizada por el artículo 11 está estrechamente vinculada a la libertad de expresión garantizada por el artículo 10, siendo la protección de las opiniones personales ¬¬-garantizada por el artículo 10- uno de los objetivos de la libertad de reunión pacífica consagrada en el artículo 11; y en particular que, en el debate político, las garantías ofrecidas por los artículos 10 y 11 son a menudo complementarias. El artículo 11 también debe considerarse a la luz del artículo 10 cuando el ejercicio de la libertad de reunión tiene por objeto la expresión de opiniones personales o la necesidad de dar pleno espacio al debate público y de dejar que las protestas se expresen abiertamente. Por ello el TEDH considera que la presente demanda debe examinarse únicamente a la luz del artículo 11.
- Sobre la libertad de reunión, el TEDH aclara que el artículo 11 del Convenio sólo protege el derecho a la libertad de "reunión pacífica", concepto que no incluye las reuniones cuyos organizadores y participantes tengan intenciones violentas. Por lo tanto, las garantías de esta disposición se aplican a todas las reuniones, excepto a aquellas cuyos organizadores o participantes estén motivados por tales intenciones, inciten a la violencia o socaven de cualquier otra manera los cimientos de una sociedad democrática.

  El TEDH constata que, en el caso de autos, la injerencia en el derecho de reunión de los demandantes se debió a la decisión del Tribunal Constitucional de 5 de octubre de 2017, por la que se declaró admisible el recurso y se concedió la suspensión provisional de la sesión parlamentaria del 9 de octubre, y que tal injerencia vulnera el artículo 11 CEDH, a menos que esté "prevista por la ley", dirigida a uno o más objetivos legítimos de conformidad con el apartado 2 y sea "necesaria en una sociedad democrática" para alcanzarlos.

  El TEDH constata la existencia de previsión legal en el artículo 56 LOTC, estando previsto recurso contra la decisión de suspensión provisional, y la previsibilidad de esta injerencia porque la Ley conforme a la que se convocó el pleno estaba suspendida por lo que era inaplicable, como también había sido suspendida la ley siguiente relativa al proceso de transición jurídica y fundación de la República. Ambas leyes fueron declarados inconstitucionales en octubre y noviembre de 2017. Y el TEDH observa que la sentencia 259/2015, de 2 de diciembre de 2015 del Tribunal Constitucional, ya puede considerarse un precedente en cuanto a la posición del Alto Tribunal sobre el procedimiento para la creación de un Estado independiente en Cataluña. En efecto, el Tribunal declaró inconstitucional y nula la Resolución 1/XI del Parlamento de Cataluña, aprobada el 9 de noviembre de 2015, que pretendía poner en marcha las primeras medidas en esta materia.

  El objetivo legítimo resulta de los indicados por el Tribunal Constitucional de los que no hay razón para apartarse: garantizar la protección de los derechos y libertades de los diputados al Parlamento de Cataluña que se encontraban en minoría frente a los abusos cometidos por la mayoría parlamentaria, permitir a los demandantes de amparo ejercer legítimamente las funciones que le son propias. En estas circunstancias el TEDH identifica los objetivos legítimos del artículo 11.2 CEDH de mantenimiento de la seguridad pública, la protección del orden y la protección de los derechos y libertades de terceros.

  La necesidad en una sociedad democrática, el TEDH observa que la decisión de la Mesa del Parlamento Autonómico de autorizar la celebración del Pleno implicaba un incumplimiento manifiesto de las decisiones del Tribunal Constitucional que

solo buscó asegurar el cumplimiento de sus propias decisiones, con el fin de preservar el orden constitucional. Recuerda que un partido político puede hacer campaña a favor de una modificación de la legislación o de las estructuras jurídicas o constitucionales del Estado siempre que respete dos condiciones: 1) que los medios utilizados a tal fin sean legales y democráticos en todos los aspectos; 2) que la modificación propuesta sea compatible con los principios democráticos fundamentales. Y en las circunstancias particulares del caso era esencial, por una parte, evitar que se impidiera a los parlamentarios que representaban a una minoría del Parlamento estar presentes mediante un procedimiento irregular establecido por la mayoría, a ejercer legítimamente las funciones que le son propias (ius in officium) de conformidad con el artículo 23 de la Constitución Española y, por otra parte, evitar que se consumara una violación indirecta del derecho constitucional de los ciudadanos a participar en los asuntos públicos a través de sus representantes.

Por consiguiente, la injerencia en el derecho de los demandantes a la libertad de reunión puede considerarse como correspondiente a una "necesidad social apremiante". En consecuencia, la suspensión del pleno era "necesaria en una sociedad democrática", en particular para el mantenimiento de la seguridad pública, la defensa del orden y la protección de los derechos y libertades de los demás, en el sentido del apartado 2 del artículo 11 del Convenio. Por ello la queja de vulneración del artículo 11 CEDH resulta manifiestamente infundada.

- Sobre el artículo 3 del Protocolo 1 referente a la organización de elecciones libres, el TEDH, en un caso relativo al referéndum escocés, dijo que, aunque pudiera considerarse que se refirieran a la elección de un órgano legislativo, los procedimientos electorales en forma de referéndum no entraban en el ámbito de aplicación del artículo 3 del Protocolo nº 1. El TEDH no descarta la posibilidad de que un procedimiento democrático denominado como referéndum en un Estado miembro pudiera entrar en el ámbito de aplicación del artículo 3 del Protocolo nº 1, pero para eso el procedimiento debe tener lugar "en condiciones que garanticen la libre expresión de la opinión del pueblo sobre la elección del órgano legislativo" (Moohan y Gillon, citado anteriormente, § 42). Estas condiciones no se cumplen en este caso.
- La queja por infracción del artículo 6 CEDH se trata de una mera afirmación de los demandantes que carece de prueba, además tuvieron intervención en el recurso de amparo, por lo que carece de fundamento.

DATOS SENTENCIA

Sentencia Nº 259/19
RECURSO DE CASACION Nº 3673/16
Fecha Sentencia: 10/05/2019
Ponente: Excma. Sra. D.ª M.ª Ángeles Parra Lucán.

TEMA

Derecho Sucesorio.

ASPECTOS EXAMINADOS

- **Derechos del menor adoptado en la herencia de su padre biológico, fallecido antes de la constitución de la adopción:** Los derechos a la sucesión de una persona se transmiten desde el momento de su muerte (art. 657 CC) y es en ese momento cuando el llamado debe cumplir los requisitos para recibir la vocación a la herencia. En el caso, dado que la paternidad de D. Juan quedó determinada mediante sentencia firme, es la relación de filiación la que da origen tanto a la vocación como a la delación a favor de Mateo en la herencia de su padre. Mateo –preterido en el testamento otorgado antes de su nacimiento– recibió válidamente la delación en el momento en que falleció su padre biológico, pues en ese momento no se había constituido la adopción ni, por tanto, se había extinguido el vínculo jurídico con su «familia de origen» (art. 178 CC). Al no mediar una renuncia anterior, la facultad de adquirir la herencia aceptándola formaba parte del patrimonio de Mateo cuando fue adoptado. No hay motivo alguno para decir que tal facultad se extinguió por la adopción, de modo que, a partir de ese momento, su ejercicio correspondía a los padres adoptivos, como representantes del menor.

DATOS SENTENCIA

Sentencia Nº241/19
RECURSO DE CASACION Nº152/16
Fecha Sentencia: 24/04/2019
Ponente: Excmo. Sr. D. Excmo. Sr. D. Eduardo Baena Ruiz.

TEMA

Cláusulas abusivas en contratos celebrados con consumidores.

ASPECTOS EXAMINADOS

- **Efectos de la nulidad por abusiva de la cláusula sobre intereses moratorios:** Declarada la nulidad, por abusiva, de la cláusula sobre intereses monitorios, queda expulsada del contrato, pero éste sigue devengando el interés remuneratorio respecto del capital pendiente de devolución. Debe recordarse que el recargo que supone el interés de demora sobre el interés remuneratorio comienza a devengarse cuando el prestatario incurre en mora porque deja de pagar las cuotas del préstamo en las fechas convenidas, sin necesidad de que el banco dé por vencido el préstamo anticipadamente y proceda a «cerrar la cuenta» del préstamo. Y carece de lógica que el interés remuneratorio deje de devengarse cuando, transcurrido un cierto periodo de tiempo durante el que el prestatario se encuentre en mora, el prestamista haya hecho uso de la facultad de vencimiento anticipado, porque el ejercicio de esta facultad no afecta a la función que tiene el interés remuneratorio de retribuir la prestación del prestamista de modo que, anulada la cláusula abusiva, el interés remuneratorio continúa devengándose respecto del capital pendiente de devolución.

DATOS SENTENCIA

Sentencia Nº231/19
RECURSO DE CASACION Nº626/18
Fecha Sentencia: 11/04/2019

Ponente: Excmo. Sr. D. Rafael Sarazá Jimena.

TEMA

Derecho a la libertad de expresión. Partidos políticos.

ASPECTOS EXAMINADOS

- Expulsión de militante que manifestó su decisión de votar en el parlamento autonómico en contra de la aprobación de los presupuestos por no renovarse el convenio con el laboratorio en que trabajaba otro militante del partido: Inexistencia de vulneración a la libertad de expresión. Es razonable que el partido político demandado considerara que la actuación de la demandante era contraria a los principios éticos y políticos del partido, al condicionar su voto en el parlamento a la obtención, en el seno de las negociaciones presupuestarias, de un favor particular para una determinada persona, un compañero político de la demandante La actuación de los afiliados a un partido político se encuentra limitada por el legítimo ejercicio de la libertad de organización del partido, con los matices propios de las particularidades de esta forma de asociación. Los apartados a y b del art. 8. 5.º de la Ley Orgánica 2/2002, de 27 de junio, de partidos políticos, prevén que los afiliados están obligados a respetar lo dispuesto en los estatutos y acatar y cumplir los acuerdos válidamente adoptados por los órganos directivos del partido. En este caso, los órganos competentes del partido demandado han considerado, a través del procedimiento previsto en los estatutos, que la demandante ha vulnerado los estatutos, al primar sus intereses particulares (o los de un tercero) sobre el interés general, haber intentado manipular la conducta de los órganos del partido con la amenaza de romper la disciplina de voto en el parlamento autonómico y al manifestar en reuniones y foros del partido su decisión de desobedecer los acuerdos adoptados por los órganos competentes de tal organización política. Incluso aunque se considerara que la actuación de la demandante tuviera algún encuadre en el ámbito de su libertad de expresión, la ponderación de tal derecho con la libertad de organización del partido político debería decantarse en este caso en favor de esta última.
- **Derecho a la participación a través de los partidos políticos:** El derecho a la participación política mediante la permanencia en un partido político en cuyo seno se desarrolla una actuación política no es un derecho incondicionado e ilimitado y debe decaer en los casos en los que, apreciadas las circunstancias concurrentes, deba prevalecer la libertad de organización y funcionamiento del partido político en la adopción de sanciones disciplinarias.

DATOS SENTENCIA

Sentencia Nº236/19
RECURSO DE CASACION E INFRACCION PROCESAL Nº4345/17
Fecha Sentencia: 23/04/2019
Ponente: Excmo. Sr. D. Excmo. Sr. D. Francisco Marín Castán.

TEMA

Conflicto entre honor y libertades de expresión e información.

ASPECTOS EXAMINADOS

- **Manifestaciones realizadas por un colaborador radiofónico en Twitter acusando a otro colaborador del mismo programa (en el que a cada uno de ellos correspondía defender un punto de vista diferente sobre el tema planteado) de haberle agredido física y verbalmente**: Existencia de intromisión ilegítima en el honor porque ni siquiera el contexto de rivalidad y contienda periodística podía justificar valoraciones críticas de la conducta ajena basadas en imputaciones de hechos ilícitos inexistentes que además, por su gravedad, eran susceptibles de un mayor reproche social que el verdadero y poco edificante comportamiento del demandado. Aunque por la condición de importantes profesionales de la información de demandante y demandado se admitiera el interés general de lo comunicado y publicado por el demandado, nunca desaparecería la ilegitimidad de la intromisión en el honor del demandante al haberle imputado una agresión física que nunca tuvo lugar y haberlo tildado de maltratador y acosador precisamente con base en hechos no veraces. Por tanto, en este caso carece de relevancia la distinción entre libertad de expresión y libertad de información, pues ninguna de las dos justificaba la intromisión al sustentarse las opiniones o juicios de valor del demandado sobre el demandante en unos hechos no veraces que afectaban gravemente a la consideración pública del demandante.

DATOS SENTENCIA

Sentencia Nº245/2019
RECURSO DE CASACION Nº3425/19
Fecha Sentencia: 25/04/2019
Ponente: Excmo. Sr. D. Rafael Sarazá Jimena.

TEMA

Protección del derecho al honor. Inclusión de los datos en un registro de morosos sin haber realizado previamente el requerimiento de pago con advertencia de inclusión en el registro.

ASPECTOS EXAMINADOS

- **Inclusión de los datos en un registro de morosos sin haber realizado previamente el requerimiento de pago con advertencia de inclusión en el registro**: Existe vulneración en el derecho al honor. En la sentencia 740/2015, de 22 diciembre, hemos declarado que el requisito del requerimiento de pago previo no es simplemente un requisito «formal», de modo que su incumplimiento solo pueda dar lugar a una sanción administrativa. El requerimiento de pago previo es un requisito que responde a la finalidad del fichero automatizado sobre incumplimiento de obligaciones dinerarias, que no es simplemente un registro sobre deudas, sino sobre personas que incumplen sus obligaciones de pago porque no pueden afrontarlas o porque no quieren hacerlo de modo injustificado. Con la práctica de este requerimiento se impide que sean incluidas en estos registros personas que, por un simple descuido, por un error bancario al que son ajenas, o por cualquier otra circunstancia de similar naturaleza, han dejado de hacer frente a una obligación dineraria vencida y exigible sin que ese dato sea pertinente para enjuiciar su solvencia. Además, les permite ejercitar sus derechos de acceso, rectificación, oposición y cancelación.

DATOS SENTENCIA

Sentencia núm. 210/2019
Fecha de sentencia: 22/04/2019
Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION
Número del procedimiento: 705/2018
Ponente: Excmo. Sr. D. Francisco Monterde Ferrer.

TEMA

Auto de sobreseimiento libre. Recurso de casación. Cuestión previa de cosa juzgada.

ASPECTOS EXAMINADOS

- Esta Sala ha dicho en SSTS, como las 505/2006 de 10.5; 730/2012 de 26.9; o 795/16, de 25 de octubre, -que por cierto cita la sala a quo- que "la eficacia de la cosa juzgada consiste en aquélla que producen las sentencias de fondo y otras resoluciones a ellas asimiladas (como los autos de sobreseimiento libre) por la cual no pueden ser atacadas en otro proceso posterior relativo al mismo objeto antes enjuiciado y ya definitivamente solventado (STS. 1375/2004 de 30.11). Una doble condena o un proceso posterior por un hecho ya juzgado, violaría el derecho a un proceso con todas las garantías del art. 24.2 CE. y también el art. 25.1 de esta misma Ley Fundamental que sanciona el principio de legalidad. En este sentido ha sido reiteradamente declarado por la doctrina del Tribunal Constitucional (SS. 3154/90 de 14.10), y la jurisprudencia de esta Sala (SS. 29.4.93, 22.6.94, 17.10.94, 20.6.97, 8.4.98) que la denominada excepción de cosa juzgada, es una consecuencia inherente al principio "non bis in ídem", el cual ha de estimarse implícitamente incluido en el art. 25 de la CE., como íntimamente ligado a los principios de legalidad y de tipicidad de las infracciones, principio que se configura como un derecho fundamental del condenado, y que impide castigar doblemente por un mismo delito.
  Ahora bien, a diferencia de otras ramas del Derecho en las que puede existir una eficacia de cosa juzgada material de carácter positivo o prejudicialidad que se produce cuando para resolver lo planteado en un determinado proceso haya de partirse de lo ya antes sentenciado con resolución de fondo en otro proceso anterior, ésta eficacia no tiene aplicación en el ámbito del proceso penal, pues cada causa criminal tiene un propio objeto y su propia prueba y conforme a su propio contenido ha de resolverse, sin ninguna posible vinculación prejudicial procedente de otro proceso distinto (otra cosa son las cuestiones prejudiciales de los arts. 3 y ss. de la L.E.Cr.), todo ello sin perjuicio de que la prueba practicada en el primero pueda ser traída de segundo proceso para ser valorada en unión de las demás existentes.
  La única eficacia que la cosa juzgada material produce en el proceso penal es la preclusiva o negativa consistente simplemente en que, una vez resuelto por sentencia firme o resolución asimilada una causa criminal, no cabe seguir después otro procedimiento del mismo orden penal sobre el mismo hecho y respecto a la misma persona (STS. 24.4.2000), pues aparece reconocido como una de las garantías del acusado el derecho a no ser enjuiciado penalmente más de una vez por unos mismo hechos, derecho que es una manifestación de principio " non bis in ídem ", y una de las formas en que se concreta el derecho a un proceso con todas las garantías reconocido en el artículo 24.2 en relación con el artículo 10-2 de la Constitución Española y 14.7 del Pacto de Nueva York sobre Derechos Civiles y Políticos de 1966, ratificado por España el 13.4.77, según el cual «nadie podrá ser juzgado, ni sancionado por un delito por el cual haya sido ya condenado o absuelto por una sentencia firme, de acuerdo con la Ley y el procedimiento penal de cada país».
- Sin embargo, y según la misma doctrina, para que opere la cosa juzgada, siempre habrán de tenerse en cuenta cuales son los elementos identificadores de la misma en el proceso penal y frente a la identidad subjetiva, objetiva y de causa de pedir exigida en el ámbito civil, se han restringido los requisitos para apreciar la cosa juzgada en el orden penal, bastando los dos primeros, careciendo de significación, al efecto, tanto la calificación jurídica como el título por el que se acusó, cuando la misma se base en unos mismos hechos. (STS. de 16 de febrero y 30 de noviembre de 1995, 17 octubre y 12 de diciembre 1994, 20 junio y 17 noviembre 1997, y 3 de febrero y 8 de abril de 1998). Por tanto, los elementos identificadores de la cosa juzgada material son, en el orden penal:
  1) identidad sustancial de los hechos motivadores de la sentencia firme y del segundo proceso.
  2) identidad de sujetos pasivos, de personas sentenciadas y acusadas.

  El hecho viene fijado por el relato histórico por el que se acusó y condenó o absolvió en el proceso anterior, comparándolo con el hecho por el que se acusa o se va a acusar en el proceso siguiente.
  Por persona inculpada ha de considerarse la persona física contra la que dirigió la acusación en la primera causa y que ya quedó definitivamente condenada (o absuelta) que ha de coincidir con el imputado del segundo proceso".

Y en la misma sentencia se dice que…" Llegados a este punto resulta esencial examinar que resoluciones judiciales de las que ponen fin al proceso producen la mencionada eficacia preclusiva de la cosa juzgada material, es decir impiden la existencia de otro proceso sobre el mismo hecho o la reapertura del ya antes concluido.

- Desde luego las sentencias firmes producen esa eficacia de cosa juzgada material, por lo que suponen de enjuiciamiento definitivo de un hecho contra una persona que ha soportado una acusación y un juicio. Excepcionalmente se asimilan a las sentencias firmes, los autos, también firmes, de sobreseimiento libre.
  No surten tal efecto las resoluciones que inadmiten a trámite las denuncias o querellas por entender que los hechos en que se fundan no son constitutivos de delito, tampoco tienen esa virtualidad los autos de sobreseimiento provisional ni los autos de archivo dictados al amparo del antiguo art. 789.5. 1º (actual 779.1.1) (STS. 190/95 de 16 de febrero)".

DATOS SENTENCIA

Sentencia núm. 213/2019
Fecha de sentencia: 23/04/2019
Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION
Número del procedimiento: 507/2018
Ponente: Excmo. Sr. D. Vicente Magro Servet.

TEMA

Delito de falsedad en documento privado. Elementos claves para la apreciación del delito de falsedad en documento privado del art. 395 en relación con el art. 390 CP.

ASPECTOS EXAMINADOS

- Los elementos claves de este tipo penal son:

  1.- Objetivación de la existencia de la alteración documental y su materialización constatable en el documento. Se habla así de la suficiente entidad de la falsificación. La falsedad debe tener una cierta relevancia en semejante conculcación o adulteración de la verdad. Por ello, debemos manifestar que quedan fuera de la órbita penal la mendacidad afectante a extremos inanes, inocuos o intrascendentes, y de los que no puede desprenderse una relevancia eficaz para la comisión de la falsedad. Se puede hablar, así, de la irrelevancia penal de la falsificación irrelevante.

  2.- Su ejecución por alguna de las modalidades falsarias del art. 390. 1, 2 y 3 CP: alterar, simular, suponer.

  1.º Alterando un documento en alguno de sus elementos o requisitos de carácter esencial.

  2.º Simulando un documento en todo o en parte, de manera que induzca a error sobre su autenticidad.

  3.º Suponiendo en un acto la intervención de personas que no la han tenido, o atribuyendo a las que han intervenido en él declaraciones o manifestaciones diferentes de las que hubieran hecho.

  Se excluye la falsedad documental faltando a la verdad en la narración de los hechos, señalando la doctrina que se trata de un supuesto paradigmático de falsedad ideológica. El fundamento de la exclusión es que se trata de documentos realizados por particulares, en los que la veracidad de lo declarado es absolutamente irrelevante, pues no afecta a la función probatoria, precisamente porque el documento privado no acredita en modo alguno la veracidad de lo en él manifestado. Un documento privado mendaz no es necesariamente un documento falso a los efectos penales. La mentira escrita y firmada no es por fuerza un documento falso.

  3.- La existencia del perjuicio, que no se exige que se haya causado real y materialmente, sino que sea susceptible de causarlo.

  Se habla así de:

  a.- La eficacia real y manifiesta de poder causar un perjuicio con la actividad falsaria documental. Pueden existir actos que sean inocuos por su irrelevancia.

  b.- La idoneidad del perjuicio. En cuanto la actividad falsaria del documento debe ser idónea y relevante para un fin determinado, siendo impune la falsedad idónea o irrelevante.

  c.- El ánimo de causar el perjuicio a tercero consuma el delito. Y ello, con independencia de que el perjuicio sea efectivo, o no, según reiterada doctrina de esta Sala del Tribunal Supremo (STS 21 de junio de 1988).

  d.- No es preciso que el perjuicio se cuantifique. Pero sí que se objetive de alguna manera en su consecución presente o futura de posible realización material con la tendencia de la actividad falsaria.

e.- Se exige un perjuicio económicamente evaluable, aunque no de definitiva consecución final.

f.- Es una infracción tendencial en cuanto al perjuicio. El delito de falsedad en documento privado del artículo 395 CP, al igual que su precedente legislativo (artículo 306 CP del 73) es una infracción tendencial, para cuya consumación no se hace necesario que la alteración documental cause un perjuicio a tercero o que el documento falsificado se utilice para obtener un lucro efectivo o dañar el patrimonio de otro, sino que es suficiente el propósito o ánimo de causarlo, elemento finalista cuya presencia produce ya la perfección delictiva, anticipando así a efectos de pena la consumación al equiparar la intención de causar el perjuicio con su existencia real (SSTS 1624/1088 de 21 de junio o 1392/de 30 de abril de 1994). (Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 166/2018 de 11 abr. 2018, Rec. 1223/2017).

4.- La entrada en el tráfico jurídico del documento privado falso. Es una exigencia de su tipicidad. Por ejemplo, la entrega del documento falso elaborado de una persona a otra con alguna finalidad que se desprende de esa entrega. La relevancia del tipo penal se produce cuando el documento falso entra en el tráfico jurídico.

5.- Elemento intencional. El ánimo falsario y el ánimo de perjudicar, y su comisión a sabiendas. Se exige un dolo específico de causar un perjuicio a tercero en relación a la actividad falsaria, siendo ésta el método de llevar a efecto el perjuicio. No podemos hablar, por ello, de una falsedad imprudente del art. 395 CP. Es un delito de resultado cortado.

Nótese que el tipo penal del art. 395 CP sanciona al "que, para perjudicar a otro, cometiere en documento privado alguna de las falsedades previstas en los tres primeros números del apartado 1 del artículo 390.

El uso del documento falso ha de ir dirigido a la causación del perjuicio de otro. La voluntad de originación de un perjuicio o de su producción efectiva ha sido siempre exigencia para la configuración de la falsedad en documento privado. La expresión «para perjudicar a tercero» es comprensiva de las modalidades realizativas de consecución y de decisión o emprendimiento. En ello data la especialidad más destacable de estas figuras delictivas, la genuidad de un dolo encaminado al perjuicio del tercero.

6.- No se exige el engaño. Esto es propio del delito de estafa, pero no del de falsedad. En este lo necesario para su tipicidad es el ánimo de perjudicar, no el ánimo de engañar. Puede existir, o no, pero no es elemento del tipo penal. Ni tampoco se exige el ánimo de lucro que sí es propio de la estafa. En los casos de concurrencia con la estafa, el concurso de leyes habrá de resolverse, bien mediante el principio de alternatividad o mayor gravedad previsto en el art. 8. 4.º (Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 166/2018 de 11 abr. 2018, Rec. 1223/2017). La doble calificación del hecho como falsedad documental y estafa vulneraría el principio «ne bis in ídem». Suele destacarse en los casos de concurrencia con estafa que es norma prioritaria la de la estafa (arts. 248 y 249 CP) cuando el perjuicio económico se ha materializado. Por el contrario, es norma preferente la de la falsedad en documento privado (art. 395 CP), cuando dicho perjuicio se ha pretendido con el acto falsario, pero no se ha logrado.

El bien jurídico que se protege en la estafa es el patrimonio privado ajeno, cuando es atacado por medios insidiosos y fraudulentos (engaño). El delito de falsedad castiga a quien presenta como real o auténtico algo que no lo es, y en este caso el bien jurídico protegido es el tráfico jurídico general, en cuanto el documento es capaz de crear en terceros la confianza en su autenticidad y su eficacia probatoria (Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 126/2016 de 23 Feb. 2016, Rec. 1312/2015).

7.- No se exige típicamente un ánimo de lucro. Aunque subyace a ello el mismo. De lo que se trata es de un dolo de daño, y cuando el mismo participa de naturaleza patrimonial o económica, suele tener su traducción en un beneficio lucrativo para el sujeto activo de la infracción. Ordinariamente, ni se falsifica por entretenimiento ni se trasiega con documentos falsos sin búsqueda de compensación alguna. Y resulta evidente que estas maquinaciones se ponen de manifiesto con definido ánimo de lucro, pero no es elemento del tipo penal, como sí lo es en la estafa con la que se plantean problemas concursales en vis atractiva por ésta respecto a la falsedad.

8.- Es irrelevante a efectos penológicos que el perjuicio llegue a causarse o no. El Código equipara a efectos de pena la consumación o perfección ejecutiva con los grados de imperfección, en cuanto que equipara la existencia real de perjuicio a la intención de causarlo.

9.- Es un delito instantáneo de efectos permanentes. Mayoritariamente la jurisprudencia se ha decantado por entender que se trata de un delito instantáneo de efectos permanentes (entre otras, SSTS839/2002 de 6 de mayo, 327/2014, de 24 de abril o la más reciente 599/2016 de 7 de julio), postura con la que ahora nos alineamos. Por ello ya hemos adelantado, el momento consumativo, y con él el dies a quo para el cómputo de la prescripción, debe residenciar en aquel en el que se colman todos los presupuestos de tipicidad, aunque pueda producir efectos posteriores que no pasan de ser mero agotamiento (STS 492/2016 de 8 de junio que cita a su vez la 671/2006 de 21 de junio). (Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 166/2018 de 11 abr. 2018, Rec. 1223/2017).

10.- La autoría en el delito de falsedad en documento privado. En lo que respecta a la autoría del delito de manera reiterada ha señalado esta Sala (entre las más recientes SSTS 287/2015 de 19 de mayo o 797/2015 de 24 de noviembre) que la falsedad no constituye un delito de propia mano que exija la realización material de la alteración falsaria por el propio autor, sino que admite su realización a través de persona interpuesta que actúe a su instancia. Por lo que la responsabilidad en concepto de autor no precisa de la intervención corporal en la dinámica material de la falsificación, basta el concierto y el previo reparto de papeles para la realización y el aprovechamiento de la documentación falseada, de modo que es autor tanto quien falsifica materialmente como quien en concierto con él se aprovecha de la acción con tal de que tenga el dominio funcional sobre la falsificación (Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 126/2016 de 23 Feb. 2016, Rec. 1312/2015).

- En consecuencia, sobre los elementos del delito de falsedad en documento privado del art. 395 CP señala esta Sala del Tribunal Supremo en Sentencia de 13 Ene. 1999, Rec. 2171/1997 que:

  "Se ha venido declarando por esta Sala que el delito de falsedad que tipifica el art. 395 CP 1995, tiene un carácter finalista indudable, pues no basta para que se pueda entender cometido que concurra el elemento objetivo o material propio de toda falsedad, de mutación de la verdad, con arreglo a algunos de los supuestos del art. 390.1, 2 y 3 CP, sino que ha de agregarse necesariamente el presupuesto subjetivo o dolo específico de perjudicar; siendo irrelevante a efectos penológicos que el perjuicio llegue a causarse o no, ya que el Código equipara a efectos de pena la consumación o perfección ejecutiva con los grados de imperfección, en cuanto que equipara la existencia real de perjuicio a la intención de causarlo (TS SS 1 Mar., 21 Jun. y 26 Oct. 1988 y 3 Abr. y 30 Jun. 1992)".

  Esta Sala ha venido entendiendo que los requisitos del delito de falsedad documental son los siguientes:

  - 1.- En primer lugar, el elemento objetivo o material, propio de toda falsedad, la mutación de la verdad por alguno de los procedimientos o formas enumerados en el artículo 390 del Código Penal.
  - 2.- En segundo lugar, que la mutatio veritatis recaiga sobre elementos capitales o esenciales del documento y tenga suficiente entidad para afectar los normales efectos de las relaciones jurídicas, con lo que se excluyen de la consideración del delito los mudamientos de la verdad inocuos o intranscendentes para la finalidad del documento, y,
  - 3.- En tercer lugar, elemento subjetivo o dolo falsario, consistente en la concurrencia en el agente de la conciencia y voluntad de transmutar la verdad (SSTS 581/2012, de 10 de julio, y 83/2017, de 14 de febrero).

  Todas las modalidades falsarias descritas en el art. 390 del vigente Código Penal tienen como elemento común vertebrador de todas las modalidades falsarias la existencia de un elemento subjetivo del injusto constituido por el propósito del sujeto de introducir conscientemente un factor de alteración de la verdad -mutatio veritatis- en el documento, capaz de producir engaño en aquel preciso ámbito en el que deba surtir efecto el documento alterado. Este ánimo falsario queda bien patente en los verbos que describen las cuatro modalidades falsarias del art. 390: alterar, simular, suponer y faltar a la verdad.

  Acciones todas ellas intencionales. La jurisprudencia de esta Sala ha reconocido el carácter nuclear del elemento subjetivo del injusto, que está integrado por la conciencia y voluntad de alterar la verdad, convirtiendo en veraz lo que no es; intención maliciosa que ha de quedar acreditada y probada -SSTS de 28 de octubre de 1997 y núm. 242/1998 de 20 de febrero -, no exigiéndose ni ánimo de lucro ni otro especial, a diferencia de cuando se trata de documentos privados -SSTS de 30 de abril de 1981 y 25 de marzo de 1999-.

  La actividad falsaria es evidente como se ha descrito en el hecho probado y por la convicción del Tribunal acerca de la prueba pericial.

  Con respecto al perjuicio hemos señalado en la sentencia de esta Sala del Tribunal Supremo 860/2013 de 26 nov. 2013, Rec. 219/2013 que:

  "La falta de verdad que comporta toda falsedad documental no es suficiente, si la falsedad se realiza en un documento privado, para que el hecho sea punible. Es preciso que la mendacidad escrita en un documento privado -que, por sí sola, no afecta a ningún bien jurídico penalmente protegido- esté encaminada a causar a otro un perjuicio que, en la mayoría de los casos será económicamente evaluable" (STS. 29.10.2001).

  Y en este caso es perfectamente evaluable ese perjuicio que conllevaría la presentación de documentos falsos para extinguir una deuda, o para declararla extinguida judicialmente.

  Y en la sentencia antes indicada señalamos que:

  La recurrente ha sido condenada por un delito de falsificación de documento privado y debemos recordar que tanto el art. 391 como el art. 393 castigan a los que, a sabiendas de su falsedad, presentasen en juicio o para perjudicar a otro, hiciere uso de un documento falso de los comprendidos en el art. 395 o 390 a 392, por lo que como hemos dicho en SSTS. 607/2009 de 19.5, 1015/2009 de 28.10, 366/2012 de 3.5, dichos preceptos están reservados para aquellos que son ajenos a la planificación y ejecución falsaria. Por ello si el falsificador luego lo usa, al que se equipara como forma específica del uso, su presentación en juicio, no comete un nuevo delito de uso de documento falso, sino que desarrolla con su conducta el simple agotamiento del delito de falsedad anteriormente consumado.

Concurren en la conducta declarada probada los elementos del delito de falsedad en documento privado. No acredita el condenado los extremos que estaba en su poder haber acreditado si, en realidad, estos documentos que aportó los hubiera enviado el denunciante. Pero no puede hacerlo porque el Tribunal llega a la conclusión de que los confeccionó él para la extinción de la deuda que se le reclamaba, porque en caso contrario fácil hubiera sido acreditar los originales de esos documentos que alegó haber recibido, o las referencias a la entidad bancaria, pero no es suficiente la mención de pagos en efectivo como justificante de la existencia de un certificado de deuda pendiente que no existía "por pago en efectivo", o la mención del ingreso sin concepto como atribuible al otro certificado sin aportación del original que se le reclama haber tenido que aportar, pero no pudo hacer por su inexistencia.

DATOS SENTENCIA

Sentencia núm. 217/2019
Fecha de sentencia: 25/04/2019
Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION
Número del procedimiento: 1653/2018
Voto Particular
Ponente: Excmo. Sr. D. Vicente Magro Servet.

TEMA

Delito de violencia de género del art 153.1 CP. Condena del juzgado de lo penal revocada por la Audiencia Provincial. Casación de la sentencia absolutoria de la Audiencia Provincial y mantenimiento de la condenatoria del juez de lo penal. Recurso de Casación: interés casacional y racionalidad de la inferencia

ASPECTOS EXAMINADOS

- El interés casacional incluye el control de la racionalidad de la inferencia por la vía del art. 849.1 LECRIM.
    - La lectura de los extremos del recurso evidencia que se está cuestionando la interpretación por la Audiencia Provincial del art. 153.1 CP, por lo que la base del recurso es por infracción de ley. Así, dado el contenido del recurso que formula la recurrente contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Valladolid debe atenderse a la voluntad impugnativa, ya que el recurso no se entiende que se deduzca basado en documentos, sino por auténtica infracción de ley del art. 153.1 CP, por apartarse en su interpretación de la doctrina de la Sala en torno a este precepto legal. Se introduce una justificación en la sentencia de la Audiencia Provincial en el acto de dar dos manotazos en cada mejilla de la cara de la víctima y con ambas manos en el objetivo de "reanimar a su pareja". Con ello se revoca la condena del juzgado de lo penal que había condenado por delito del art. 153.1 CP por agredir el recurrente a su pareja. Hecho objetivo que consta en el relato de hechos probados que es intangible.
      Es preciso destacar, en primer lugar, que la inmediación de la práctica de la prueba quien la tiene es el juez de lo penal, y no la Audiencia Provincial, por lo que el proceso de valoración de la prueba lo lleva a cabo el juzgado de lo penal, debiendo el Tribunal de apelación proceder al examen de ese proceso valorativo y si está dentro de los márgenes de apreciación en torno a la prueba que se practicó. Pero no llevar a cabo inferencias del elemento subjetivo del injusto de una forma desproporcionada e irracional para fundar la absolución en la circunstancia de que "la acción ejecutada supone un intento de espabilar a la denunciante con el único propósito de conseguir su reanimación". Pero, para ello, ejecutando un acto de agresión del que queda constancia en el hecho probado, y donde el juez de lo penal realiza el proceso de la debida subsunción en el art. 153.1 CP, que altera la Audiencia Provincial, al introducir una inferencia del elemento subjetivo del injusto que le lleva a tener por acreditada una justificación de la agresión, cuando el proceso de subsunción del juez penal es acertado.
      En esta situación, llega la impugnación a la Sala por interés casacional, que debe incluir el control de la inferencia por la vía del art. 849.1 LECRIM, como no podría ser de otra manera, ya que esa inferencia de la Audiencia Provincial altera la propia naturaleza y esencia del tipo penal del art. 153.1 CP por la propia impugnación de la errónea aplicación del tipo penal por la Audiencia Provincial, al introducir una justificación de la agresión que esta Sala considera desproporcionada, exagerada e irracional.
      No negamos que pudieran existir circunstancias que pudieran admitir que en un caso de riesgo para la víctima, como falta de respiración, o similares que exigieran en casos de peligro de la víctima una actuación de otra persona pudieran existir justificaciones de la conducta desplegada, pero no podremos convertir esto en un pasaporte, o un

cheque en blanco, para realizar actos de agresión ante una situación como la descrita en los hechos probados, ya que la propia Audiencia Provincial reconoce que la conducta del acusado “no era recomendable (FD 5º párrafo 4º de la sentencia), pues con ello se pone en riesgo la integridad física de la persona a la que se pretende auxiliar, y se habría podido acudir a otras medidas…”. (Esto último se reconoce en la propia sentencia absolutoria).

Es decir, que la Audiencia que revoca la condena y absuelve realiza una inferencia de la intención del recurrente por encima de la inmediación del juez penal y considera que el objetivo de la conducta era para “reanimar” a la víctima. Pero para ello lleva a cabo el condenado una conducta que integra claramente una agresión, como así concluyó el juez penal. Así, por esta vía, se altera la esencia del art. 153.1 CP y lo desnaturaliza mediante una interpretación parcial que, sin que conste esa referencia en la sentencia del juez penal, ni en los hechos probados ni en la fundamentación jurídica, modifica el fallo mediante una errónea subsunción de los hechos, excluyendo, para absolver, la verdadera esencia del tipo penal, y el juez penal aplicó correctamente el tipo penal y subsumió los hechos de forma adecuada en el art. 153.1 CP. Por ello, al revocar la condena la Audiencia alterando la configuración del tipo penal mediante una inidónea inferencia el recurso de la acusación tiene interés casacional por la vía del control de la inferencia por el art. 849.1 LECRIM, al ser la vía legitimada en exclusiva y con carácter excluyente por el art. 847 b) LECRIM, ante la función unificadora de esta Sala en la interpretación del criterio que se desprende del espíritu del legislador ante el tipo penal cuestionado.

Por ello, la voluntariedad del acto es algo que pertenece a la inmediación, pero la finalidad tendencial puede ser examinada por la inferencia por el Tribunal de casación.

Sobre la posibilidad de intervenir en este caso por la vía del art. 849.1 LECRIM esta Sala ya ha expuesto en reiteradas sentencias. (entre ellas, Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 865/2015 de 14 Ene. 2016, Rec. 1167/2014): "La revisión en el primer caso por vía del artículo 849.1 LECrim se concreta en la corrección de errores de subsunción a partir de los elementos fácticos reflejados en el relato de hechos probados, sin verificar ninguna nueva valoración de la prueba practicada en la instancia. Y en esa posibilidad de corrección de errores de subsunción se incluye la de los errores que afecten a la interpretación de la naturaleza y concurrencia de los elementos subjetivos exigidos por el tipo penal aplicado, cuando la revisión se efectúe desde una perspectiva jurídica sin modificar la valoración de sus presupuestos fácticos. (En el mismo sentido SSTS 1014/2013 de 12 de diciembre; 122/2014 de 24 de febrero; 237/2014 de 25 de marzo; 309/2014 de 15 de abril o 882/2014 de 19 de diciembre, entre otras).

" Este control de la inferencia del elemento subjetivo del injusto por la vía del art. 849.1 LECRIM es posible por cuanto existe una irracionalidad en la interpretación del alcance de una causa de justificación ante los hechos que se subsumen en el tipo penal del art. 153.1 CP que sanciona a quien golpeare o maltratare de obra a otro "sin causar lesión".

Precisamente, las sentencias de los juzgados de lo Penal apelables ante las Audiencias Provinciales tendrían cabida en la vía del art. 849.1 LECRIM, siendo el acceso a la casación viable por la vía del art. 847. b) LECRIM. Y debe, por ello, admitirse el interés casacional que incluye el control del juicio de inferencia por la vía del art 849.1 LECRIM.

- Irracionalidad en la inferencia a la que llega la Audiencia Provincial, quedando probado en los hechos que el acusado le pegó dos tortazos seguidos a su pareja con las dos manos y en sus dos mejillas. Desproporción del acto e inferencia irracional.

Es posible el control de la racionalidad del proceso de inferencia del elemento subjetivo del injusto, cuando existe una irracionalidad y desproporción en esa inferencia de la Audiencia Provincial que revisa la conclusión a la que llega el Juez de lo penal y absuelve ante una sentencia condenatoria, introduciendo una justificación en la agresión que no puede aceptarse ante un tipo penal que sanciona el acto de golpear o maltratar de obra sin causar lesión a su pareja. El juicio de subsunción jurídica es correcto en la aplicación por el juez de lo penal, pero erróneamente concluido por la Audiencia Provincial al revocar la condena y absolver. Si no fuera así, estas sentencias carecerían de cualquier control por la vía casacional La STS 517/2013, de 17 de junio nos recuerda que resulta determinante establecer una esmerada doctrina en la materia que tradicionalmente ha denominado la Sala Segunda como «juicios de inferencia», referidos a la concurrencia de elementos subjetivos del tipo, para poder corregir errores de subsunción insertados indebidamente en el relato fáctico. Pues si interpretaciones incorrectas atinentes a la naturaleza del dolo exigible por un determinado tipo delictivo, se califican de fácticas y se consideran exclusivamente revisables a través de la presunción de inocencia, que solo juega de forma unilateral, puede vaciarse de contenido la realización efectiva de la función hermenéutica del TS, en detrimento de las víctimas o perjudicados y de la aplicación uniforme del principio de legalidad (en este sentido, ver STS 400/2013, de 16 de mayo, STS 333/2012, de 26 de abril, y STS 39/2013, de 31 de enero).

Ello nos lleva, inexorablemente, a admitir el control de la inferencia de la Audiencia que sobre los mismos hechos probados del juez de lo penal articula una inferencia construida sobre el argumento de que la agresión fue con

intención de "reanimar", cuando la argumentación jurídica del juez de lo penal es correcta y perfectamente subsumido el hecho probado en el art. 153.1 CP que sanciona un comportamiento objetivo de agresión y que se infringe por la Audiencia al construir una inferencia desproporcionada e irracional, bajo la idea de que era perfectamente asumible la agresión de la forma en la que consta en el hecho probado al darle el recurrente dos tortazos seguidos, el primero con la mano derecha sobre la mejilla izquierda, y el segundo con la mano izquierda sobre la mejilla derecha, lo cual si se pretendía "reanimarla" es algo absolutamente desproporcionado y fuera de lugar, al constituir una conducta que se subsume en el art. 153.1 CP, como correctamente construyó el juez de lo penal.

Se debe destacar, así, que es, por ello, muy importante que esta Sala del Tribunal Supremo pueda realizar con efectividad su función unificadora, sin restricciones impuestas, o autorrestricciones injustificadas, tanto en los supuestos en los que los órganos sentenciadores interpretan erróneamente los tipos penales en perjuicio del reo como si lo hacen en perjuicio de las víctimas o perjudicados. De ahí, la importancia de averiguar la verdadera naturaleza de las intenciones y propósitos, así como del resto de elementos subjetivos del tipo, si no queremos dejar sin contenido una revisión casacional a la que indudablemente tienen (también) derecho las víctimas y perjudicados por el delito.

- La inferencia a la que llega el Tribunal de apelación respecto a la agresión como justificación de los golpes a la mujer es irracional y desproporcionada.

  El empleo de la violencia o de la fuerza no puede operar como causa de justificación salvo casos concretos y debidamente motivados en atención a evitar un mal mayor a la víctima que el que se ejerce con la agresión. El Tribunal en sede de apelación añade en los hechos probados la expresión intencional de que los dos tortazos con sendas manos izquierda y derecha en sus dos mejillas los da el autor "con intención de reanimarla".

  Pero, en modo alguno, el juez penal ante el que se ha practicado la prueba ha reflejado en su sentencia en el proceso valorativo esa intención. Y, en cualquier caso, no podemos admitir, ni sostener en modo alguno, que en el contexto en el que se produjeron los hechos la forma de resolver la actuación de la víctima era darle dos tortazos con ambas, lo que incrementaría el impacto en el rostro de la víctima en sus dos mejillas izquierda y derecha.

  Por todo ello, las razones de la casación de la sentencia de apelación y mantenimiento de la condena qua ya dictó el Juez de lo Penal, lo que, a su vez, lleva el respeto a los hechos probados, se centran en los siguientes extremos:

  - 1.- No es válido asumir el empleo de la agresión ni la reacción de la fuerza en el contexto de la relación de pareja. De ser así hay violencia de género.

    Así pues, no podemos admitir “en ningún escenario” que la vía del empleo de la fuerza y la violencia sea la metodología a emplear para resolver cualquier situación o incidencia que pueda surgir en la pareja.

    El empleo de la violencia o de la fuerza no puede operar como causa de justificación, salvo casos concretos y debidamente motivados en atención a evitar un mal mayor a la víctima que el que se ejerce con la agresión.

    Y en este caso concurren los dos elementos que el juez de lo penal tuvo en cuenta en este caso, a saber:

    a.- Relación de pareja entre sujeto activo y pasividad del delito y

    b.- El hecho de una agresión de él a ella dándole dos tortazos “para reanimarle” se recoge en la sentencia revocatoria de la condena.

    No puede admitir, por ello, este Tribunal en ningún caso que podamos legitimar el uso de una agresión y la violencia como vía para arreglar una situación, cuando si, en realidad, el autor de la agresión vio alterada a su pareja debió utilizar otros métodos ajenos al empleo de la violencia. Además, el hecho probado lo que describe son “dos tortazos” en ambas mejillas de la víctima y con las dos manos del autor. Si, en verdad, la vio en un estado preocupante lo que tenía que haber hecho es haber requerido los servicios de una ambulancia que pudiera intervenir con personal médico profesional que pudiera atender a la víctima, y no darle dos tortazos “para reanimarle”, que es lo que sostiene el Tribunal para dictar una sentencia absolutoria. El argumento expuesto por el Tribunal es insostenible y alejado de la reciente doctrina de la Sala.

    El juez de lo penal que es ante quien se ha practicado la prueba destaca con rotundidad, concreción y claridad que el autor de la agresión le da a su pareja “dos tortazos de considerable entidad”. Y, además, uno en cada mejilla y con sus dos manos, lo que excluye cualquier excusa que pudiera tener el autor para usar la violencia como causa de justificación ante la conducta de la víctima. Incluso rechazó la intervención de la ambulancia, que era lo que debió hacer y no agredirle, señalando “que le iban a cobrar el desplazamiento”, ante lo cual su solución fue agredir a su pareja con las dos manos.

    Esta Sala del Tribunal Supremo no puede admitir en ningún caso que el empleo de la violencia sea el argumento por el que deben resolverse los problemas que puedan existir en una pareja. Ni violencia verbal, ni física, porque, en ningún caso, cualquier tipo de violencia puede utilizarlo su autor como bandera de una causa de justificación concreta bajo la que pretenda articular un cambio de conducta o reacción de su pareja. Y mucho menos con la

excusa o causa de justificación de que lo hace para "reanimarle", ya que el empleo de la violencia o de la fuerza no es nunca causa de justificación.

Con ello, tanto la violencia verbal como la física deben desterrarse de la sociedad, pero más aún en el contexto de la relación de pareja, donde si, en realidad, el que agrede quisiera ayudar a su pareja debe recurrir a infinidad de soluciones alternativas ajenas y distintas al empleo de la violencia.

- 2.- Si existe probada agresión, aun sin causar lesión, es constitutivo del tipo penal del art. 153.1 CP, y si se agreden ambos la mujer lo será del art. 153.2 CP. Ni la alternativa de la absolución, ni la degradación a delito leve pueden ser la respuesta penal ante el empleo de la violencia en la pareja.

  Esta Sala del Tribunal Supremo no puede avalar, tampoco, que pueda ampararse la agresión que se describe en los hechos probados como método para "reanimar" un hombre a su pareja, ni a la inversa tampoco, pero porque esa interpretación es desproporcionada e irracional, como se ha expuesto, y en la medida en que no tuvo que llevar a cabo esa conducta que, al menos, está incluida y subsumida en el tipo penal del art. 153.1 CP. Y no se trata de un derecho penal de autor, sino que en el contexto de las relaciones de pareja el empleo de la violencia no puede utilizarse como "asidero" justificativo de la línea argumental que pretenda realizar uno de los miembros de la misma, siendo condenados ambos por maltrato si existe una agresión mutua, como ya destacamos con detalle en la sentencia de esta Sala del Tribunal Supremo 677/2018 de 20 Dic. 2018, Rec. 1388/2018, por cuanto la solución penal ante las agresiones no puede ser la absolución, o la degradación a delito leve, cuando los hechos probados encuentran perfecto acomodo penal en el art. 153 CP. Ni la alternativa de la absolución, ni la degradación a delito leve pueden ser la respuesta penal ante el empleo de la violencia en la pareja.
- 3.- La inmediación del juez penal le privilegia en su valoración probatoria.

  Por otro lado, añade el juez penal que las pruebas fueron concluyentes en torno a la grabación de los hechos y la declaración de los hijos, quienes expusieron con detalle lo ocurrido, y en el vídeo se comprueba cómo la agresión se produce estando la víctima en el suelo, por lo que la conducta agresiva del autor era absolutamente improcedente e inadmisible, ante una situación de una mujer, que es su pareja y que precisaba ayuda por su estado, lejos de lo cual huye el autor de la agresión de requerir asistencia médica para ella y, sin embargo, y pese a su mal estado, además, le golpea con las dos manos. Es decir, que la "ayuda" que le da su pareja ante el mal estado de la mujer es darle dos tortazos con sus dos manos en las mejillas de la víctima, lo que constituye una evidente agresión, y no una causa de justificar una actitud absolutamente desproporcionada del autor, y, por lo tanto, un ilícito penal.

  Por ello, no puede admitirse una sentencia absolutoria al modo de justificar que la reacción legítima de un hombre sobre su pareja sea la de golpearle con las dos manos en ambas partes de su cara, en lugar de auxiliarle personalmente, o requerir la ayuda de profesionales que hubieran podido atenderle. Incluso, la prueba de esta necesidad lo fue la reacción de los hijos cuando comprueban lesiones que tenía la madre que no han sido objeto de enjuiciamiento, ni prejuzgan la condena del juez penal. Pero, indudablemente, determinan que la víctima estaba necesitada de ayuda médica, y no de una agresión cuando estaba en el suelo totalmente indefensa.
- 4.- El rechazo del legislador a la agresión como causa de justificación ante determinadas conductas de la víctima. No hay causa de justificación ante el maltrato.

  La evolución actual de la sociedad y la civilización en el contexto internacional destierran radicalmente estas conductas del escenario del hogar y de cualquier escenario, de tal manera que evita que se puedan recurrir a conductas violentas, sean del grado que sean, para resolver los problemas que puedan existir. Y para modular el reproche penal que pueda corresponder a hechos menos graves, incluso el legislador introduce subtipos atenuados que permiten al juez modular la pena atendiendo a las circunstancias del caso concreto, cuando el Juez o Tribunal aprecien los hechos elementos que permitan imponer una pena menor.

  Pero lo que está claro es que no es posible que estas circunstancias, como las que constan en los hechos probados, permitan al Tribunal acudir a la absolución en lugar de hacerlo al reproche penal del precepto aplicable al caso concreto y modular la pena por medio de subtipos atenuados, o en base al proceso de individualización judicial de la pena que permite el art. 66 CP.

  La viabilidad de la estimación de la casación deducida resulta obvia, ya que atendiendo a la voluntad impugnativa por infracción del art 153.1 CP se cuestiona la vulneración del precepto legal y alteración de la valoración probatoria del juez penal con argumento jurídico que es ajeno a la esencia del tipo penal por el que fue condenado el autor.
- 5.- Posibilidad en casación de revocar la absolución del Tribunal de apelación y regresar a la condena del juez o Tribunal de instancia manteniendo el relato de hechos probados y la valoración de la prueba del órgano judicial de enjuiciamiento
- …

- 6.- Referencia al contenido del Convenio de Estambul ratificado por España por Instrumento de ratificación del Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra la mujer y la violencia doméstica, hecho en Estambul el 11 de mayo de 2011 (BOE de 6 de junio de 2014).
  Es preciso destacar la vigencia en España del Convenio de Estambul por ser derecho interno, a fin de poner de manifiesto que deben desterrarse todo tipo de conductas violentas ejercidas contra la mujer por medio de sus parejas o ex parejas, no admitiéndose "bajo ningún contexto" cualquier tipo de causa de justificación que pueda alegarse por el autor de la agresión, para tratar de ampararse en razones personales que le avalen en el hecho de golpear o maltratar a una mujer. Y así podemos recordar los preceptos del Convenio de Estambul que son significativos en el objeto que estamos tratando, a saber:
  - 1.- Art. 1 del Convenio: 1. Los objetivos del presente Convenio son: a) Proteger a las mujeres contra todas las formas de violencia, y prevenir, perseguir y eliminar la violencia contra la mujer y la violencia doméstica …
  - 2.- Art. 2: 1. El presente Convenio se aplicará a todas las formas de violencia contra la mujer, incluida la violencia doméstica, que afecta a las mujeres de manera desproporcionada.
  - 3.- a) Por «violencia contra la mujer» se deberá entender una violación de los derechos humanos y una forma de discriminación contra las mujeres, y se designarán todos los actos de violencia basados en el género que implican o pueden implicar para las mujeres daños o sufrimientos de naturaleza física, sexual, psicológica o económica, incluidas las amenazas de realizar dichos actos, la coacción o la privación arbitraria de libertad, en la vida pública o privada.
  - 4.- Art. 12 2. Las Partes adoptarán las medidas legislativas y de otro tipo necesarias para prevenir todas las formas de violencia incluidas en el ámbito de aplicación del presente Convenio por toda persona física o jurídica.
- En consecuencia, dado que se trata de desterrar "cualquier tipo de violencia física que se ejerza sobre la mujer", el hecho probado relata una clara agresión física que tiene cabida y ubicación tipificadora en el art. 153.1 CP sin precisarse una determinada intención de lesionar no exigida en el citado Convenio, ni en el precepto que el legislador de la LO 15/2003 introdujo en nuestro Código Penal.
- 7.- Recomendación general núm. 35 sobre la violencia por razón de género contra la mujer, por la que se actualiza la recomendación general núm. 19. Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer. CEDAW.
  - a.- En su recomendación general núm. 19 (1992) sobre la violencia contra la mujer, adoptada en su 11º período de sesiones 1, el Comité aclaró que la discriminación contra la mujer, tal como se define en el artículo 1 de la Convención, incluía la violencia por razón de género, que es "la violencia dirigida contra la mujer porque es mujer o que la afecta en forma desproporcionada", y que constituía una violación de sus derechos humanos.
  - b.- El Comité considera que la violencia por razón de género contra la mujer es uno de los medios sociales, políticos y económicos fundamentales a través de los cuales se perpetúa la posición subordinada de la mujer con respecto al hombre y sus papeles estereotipados. En toda su labor, el Comité ha dejado claro que esa violencia constituye un grave obstáculo para el logro de la igualdad sustantiva entre mujeres y hombres y para el disfrute por parte de la mujer de sus derechos humanos y libertades fundamentales, consagrados en la Convención.
  - c.- El derecho de las mujeres a una vida libre de violencia por razón de género es indivisible e interdependiente respecto de otros derechos humanos.
  - d.- Los requisitos de propósito e intención para clasificar los actos como tortura se satisfacen cuando los actos u omisiones están asociados al género o se cometen contra una persona por motivos de sexo.
  - e.- El Comité considera que la violencia por razón de género contra la mujer está arraigada en factores relacionados con el género, como la ideología del derecho y el privilegio de los hombres respecto de las mujeres, las normas sociales relativas a la masculinidad y la necesidad de afirmar el control o el poder masculinos, imponer los papeles asignados a cada género o evitar, desalentar o castigar lo que se considera un comportamiento inaceptable de las mujeres. Esos factores también contribuyen a la aceptación social explícita o implícita de la violencia por razón de género contra la mujer, que a menudo aún se considera un asunto privado, y a la impunidad generalizada a ese respecto.
  - f.- El Comité recomienda que los Estados partes apliquen las siguientes medidas legislativas: a) Velar por que todas las formas de violencia por razón de género contra la mujer en todas las esferas que constituyan una violación de su integridad física, sexual o psicológica se tipifiquen como delito e introducir, sin demora, o reforzar, sanciones legales proporcionales a la gravedad del delito.

- g.- El Comité recomienda que los Estados partes apliquen las siguientes medidas preventivas: Programas de concienciación que promuevan una comprensión de la violencia por razón de género contra la mujer como algo inaceptable y perjudicial, proporcionen información sobre los recursos jurídicos disponibles contra ella y fomenten la denuncia de ese tipo de violencia y la intervención de los transeúntes; aborden la estigmatización que sufren las víctimas y supervivientes de esa violencia; y desmantelen la creencia generalizada sobre la culpabilización de las víctimas por la que las mujeres son responsables de su propia seguridad y de la violencia que sufren.

- 8.- Declaraciones internacionales.

  1.- El artículo 1 de la Declaración sobre la eliminación de la violencia contra la mujer, de las Naciones Unidas considera que la violencia contra las mujeres es: "todo acto de violencia basado en la pertenencia al sexo femenino que tenga, o pueda tener como resultado un daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico para las mujeres, inclusive las amenazas de tales actos, la coacción o privación arbitraria de la libertad, tanto si se produce en la vida pública o en la privada". La violencia de género es un tipo de violencia que se ejerce únicamente sobre las mujeres, por el simple hecho de ser mujer sin diferencia de edad, nivel cultural, profesión o raza (Asamblea General de las Naciones Unidas, 1993).

  2.- La IV Conferencia Mundial sobre la Mujer, auspiciada por las Naciones Unidas (Pekín, 1995), entre cuyas principales preocupaciones se sitúa la violencia contra la mujer, como consecuencia de los condicionantes socioculturales que actúan sobre el género masculino y femenino, y que relegan a aquélla a una posición de subordinación al hombre. Va a ofrecer una definición a nivel internacional de lo que se ha de entender omnicomprensiva, extensa e intensamente por violencia de género. Se va a concebir a ésta como «una manifestación de las relaciones de poder históricamente desiguales entre mujeres y hombres, que han conducido a la dominación de la mujer por el hombre, la discriminación contra la mujer y la interposición de obstáculos contra su pleno desarrollo. La violencia contra la mujer, a lo largo de su ciclo vital, dimana esencialmente de pautas culturales, en particular de los efectos perjudiciales de algunas pautas tradicionales o consuetudinarias y de todos los efectos de extremismo relacionados con la raza, el sexo, el idioma o la religión que perpetúan la condición inferior que se asigna a la mujer en la familia, el lugar de trabajo, la comunidad y la sociedad.

  3.- El 18 de diciembre de 1979 la Asamblea General de Naciones Unidas aprobó la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CETFDCM), siendo ésta fruto del trabajo de años realizado por la Comisión de la Condición Jurídica y Social de la Mujer, creada en 1946 por el Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas, ya que dicha Comisión había elaborado este texto basándose en la relevante Declaración sobre la Eliminación de la Discriminación Contra la Mujer de Naciones Unidas de 1967. La Convención tenía como finalidad eliminar efectivamente todas las formas de discriminación contra la mujer obligando a los Estados a reformar las leyes con ese fin y a discutir sobre la discriminación en el mundo.

  4.- El Comité de Derechos Humanos, según el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos pidió que los Estados facilitaran información sobre las leyes y prácticas nacionales relativas a la violencia en el hogar y otros tipos de violencia sobre la mujer.

  5.- La Recomendación General núm. 19 de la Violencia sobre la Mujer del Comité de las Naciones Unidas para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer de 1992 recogía que los Estados parte tendrían que: velar por que las leyes contra la violencia y los malos tratos en la familia, la violación, los ataques sexuales y otro tipo de violencia contra la mujer protegieran adecuadamente a todas las mujeres y respetaran su integridad y su dignidad; y adoptar todas las medidas jurídicas, o de otra índole, que fueran necesarias para proteger eficazmente a las mujeres contra esa violencia con la adopción de medidas como sanciones penales o recursos civiles e indemnizaciones para protegerlas contra todo tipo de violencia.

  6.- La Plataforma de Acción de Beijing, adoptada en la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer —Beijing, 1995— , desde donde se instó a los Gobiernos a introducir sanciones penales, civiles, laborales y administrativas en las legislaciones nacionales con el fin de castigar y reparar los daños causados a las víctimas; adoptar, aplicar, revisar y analizar las leyes pertinentes a fin de asegurar su eficacia para eliminar la violencia contra la mujer haciendo hincapié en la prevención de la violencia y en el enjuiciamiento de sus responsables; y a articular las medidas necesarias para garantizar la protección de las mujeres víctimas de la violencia, el acceso a remedios justos y eficaces, inclusive la reparación de los daños causados, la indemnización y la cura de las víctimas, así como la rehabilitación de los agresores.

  7.- Conclusiones del último período de sesiones anual de la Comisión de la Condición Jurídica y Social de la Mujer celebrada en la Sede de Naciones Unidas —New York, del 4 al 15 de marzo de 2013— donde se reconoce la necesidad de un compromiso internacional para poner fin a la que menciona como «lacra mundial de la violencia contra las mujeres».

8.- Decisión 779/2007/CE de 20 de junio de 2007 por la que se estableció el programa Daphne III, para el período 2007 a 2013, como un programa específico para prevenir y combatir la violencia ejercida sobre los niños, los jóvenes y las mujeres integrado en el programa general de derechos fundamentales y justicia. Su objetivo era alcanzar un elevado nivel de protección de la salud, del bienestar y de la cohesión social con el desarrollo de las políticas comunitarias necesarias, y más específicamente, de las relacionadas con la salud pública, los derechos humanos y la igualdad de género, además de con acciones encaminadas a la protección de los derechos de la infancia y a la lucha contra la trata de personas y la explotación sexual.

9.- Estrategia de la Comisión Europea para la Igualdad entre Mujeres y Hombres para el período 2010-2015, que fue aprobada el 21 de septiembre de 2010, cuyos principales objetivos son la consolidación de una buena práctica de roles de género en la juventud, en la educación, la cultura y el deporte con el compromiso de realizar un informe anual en el que reflejar los avances alcanzados en esta materia por la actuación coordinada del Parlamento, la Comisión y los Estados Miembros.

10.- La Resolución núm. 48/104 de 20 de diciembre de 1993 definió violencia contra la mujer como todo acto de violencia basado en la pertenencia al sexo femenino que tenga o pudiera tener como resultado un daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico para la mujer, así como las amenazas de tales actos, la coacción o la privación arbitraria de la libertad, tanto si se producían en la vida pública como en la vida privada —art. 1—. El matiz de género de la violencia se reconoce cuando esta violencia, tanto la física como la psicológica, se ejerce contra las mujeres por razón de su sexo como una consecuencia de su tradicional situación de sometimiento al varón en las sociedades de estructura patriarcal.

- 9.- El enfoque de la perspectiva de género con la que deben enfocarse estos supuestos donde concurre una agresión sin causar lesión en el contexto de la relación de pareja o ex pareja.

  Ya expuso esta Sala del Tribunal Supremo que este tipo de casos deben enfocarse con la debida "perspectiva de género" con la que deben tratarse los supuestos de agresión en el seno de la pareja. Porque agresión es la conducta del condenado por el juez penal, al golpearle con ambas manos en las dos partes de la cara de la víctima; reacción absolutamente inasumible en el contexto de una pareja o ex pareja, y en cualquier contexto de las relaciones humanas, porque no es un acto que pueda justificarse en ningún escenario. El ejercicio de la violencia es rechazable en cualquier contexto, y si es en la relación de pareja serán constitutivo de violencia de género si es agresión del hombre a la mujer y doméstica a la inversa, o en el seno del hogar. Pero en ninguna de estas situaciones puede justificarse la violencia como método o línea argumental para justificar decisiones o reacciones de las personas. Ni está justificado en el derecho de corrección que está ya derogado, ni en ningún otro contexto puede operar como justificación de conductas. Porque justificar el ejercicio de la violencia es la desnaturalización del ser humano que vive en sociedad. Y justificarla en el seno de la pareja supone perpetuar la dominación del hombre sobre la mujer, poniendo en su defensa del uso de la violencia, "razones" para ejercerla.

  Así, la perspectiva de género como línea argumental de rechazo de la violencia como causa de justificación es, también, la herramienta que debe utilizarse para desterrar comportamientos de dominación donde operan estas justificaciones de la violencia para someter a la víctima a un estado de permanente subyugación que se ejerce por la vía instrumental de la argumentación del empleo de la violencia como vía para sostener el mantenimiento de la desigualdad.

  Así, en la sentencia del Tribunal Supremo 247/2018 de 24 May. 2018, Rec. 10549/2017 señalamos que ante un caso de tentativa de asesinato de un hombre sobre su pareja en su hogar, debe enfocarse "en este caso concreto, con una perspectiva de género, ante la forma de ocurrir los hechos del hombre sobre su mujer y delante de sus hijos, y con un mayor aseguramiento de la acción agresiva sobre la víctima mujer por su propia pareja y en su hogar, siempre que del relato de hechos probados se evidencie esta imposibilidad de defensa de la misma en la acción de su pareja".

  Y en la sentencia de esta Sala 282/2018 de 13 Jun. 2018, Rec. 10776/2017 en otro caso de tentativa de asesinato, también se recuerda que "se debe aplicar este caso con perspectiva de género en un intento del recurrente de acabar con la vida de su ex pareja y a sabiendas de que allí estaba su propio hijo, lo que agrava aún más el escenario criminal y la percepción que esa escena le supone y le supondrá para toda su vida al menor, lo que agrava el acto y la perversidad de su ejecución, lo que entra de lleno en la proporcionalidad de la pena".

  Recuerda la doctrina en este contexto que la expresión violencia de género tiene su origen en el término inglés gender-based violence o gender violence formulado en la ya citada Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer celebrada en Beijing en 1995 y que en su Declaración 118 recogía que «la violencia contra la mujer es una manifestación de las relaciones de poder históricamente desiguales entre mujeres y hombres, que han conducido a la dominación de la mujer por el hombre, la discriminación contra la mujer y a la interposición de obstáculos contra su pleno desarrollo. La violencia contra la mujer a lo largo de su ciclo vital dimana esencialmente de pautas

culturales, en particular de los efectos perjudiciales de algunas prácticas tradicionales o consuetudinarias y de todos los actos de extremismo relacionados con la raza, el sexo, el idioma o la religión que perpetúan la condición inferior que se asigna a la mujer en la familia, el lugar de trabajo, la comunidad y la sociedad».

Estas situaciones de agresiones de hombres sobre mujeres, y más aún en el contexto de la relación de pareja deben afrontarse con la necesaria perspectiva de género, que, al decir de la doctrina especializada en la materia, y en su enfoque desde el derecho, es una herramienta o mecanismo de análisis, que busca explicar el fenómeno de la desigualdad y de la inequidad entre hombres y mujeres. Consiste en el enfoque de las cosas, situaciones o problemas, tomando en consideración la diversidad en los modos en que se presentan las relaciones de género en la sociedad, pero entendiendo a la vez la identidad de género, tanto de hombres como mujeres.

La perspectiva de género, o gender mainstreaming approach, incide en la forma de enfocar la violencia en pareja, y desde el análisis de que la violencia de género, al igual que el género en sí mismo, tiene una determinante cultural, bajo la idea de que la violencia de género en la relación de pareja se manifiesta en toda forma de abuso físico, psicológico y sexual hacia la mujer, a partir de la construcción cultural de su sexo y la situación de desventaja y subordinación que le condiciona esta. La violencia contra la mujer representa una de las formas más extremas de desigualdad de género y una de las principales barreras para su empoderamiento, el despliegue de sus capacidades y el ejercicio de sus derechos, además de constituir una clara violación a sus derechos humanos. La principal característica de la violencia de género es que se trata de violencia ejercida por hombres hacia las mujeres ante situaciones de desigualdad o subordinación femenina. Y en este contexto de los hechos probados debemos recordar que es cuando la víctima estaba en el suelo en un mal estado personal cuando recibe del agresor los dos bofetones en la cara, suponiendo un claro acto de agresión en una relación de pareja, no siendo exigible la causación de una lesión para su tipicidad penal.

El enfoque con el que debe realizarse este análisis de casos como el presente se enraíza desde la perspectiva de género en razón a la necesidad de que todas las formas de subordinación femenina sean eliminadas.

Los actos de agresión en el seno de la pareja o ex pareja enfocados desde una perspectiva de género, y frente a alegatos, como el aquí expuesto, de que quería "reanimarle de su estado" suponen dejar claro que el propósito subyacente del autor es el de degradar o el abuso de poder como elemento constitutivo de los delitos de género. Y conste que hemos fijado que no se exige el elemento intencional para entenderse cometido el delito, debido a que solo se exige la agresión objetivable, pero la misma agresión anudándola a una "justificación de la agresión" supone, desde una perspectiva de género, perpetuar el sometimiento de la mujer al hombre al utilizarse el instrumento de la fuerza y la agresión para subyugar a la víctima a las decisiones del autor de la agresión. Porque en el fondo, la agresión supone un mensaje de dominación intrínseca que no se expone externamente con palabras, pero sí con el gesto psicológico que lleva consigo el golpe, o el maltrato como aviso a la víctima de las consecuencias de su negativa a aceptar el rol de esa dominación.

Recordemos que cuando se aprobó la LO 1/2004 la doctrina destacó, a la hora de tratar el ámbito competencial de los Juzgados de violencia contra la mujer, que lo que sustenta la regulación especial de esta materia no es cualquier tipo de violencia, sino únicamente la que se derive "como manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres", cuestión ésta que no es mera descripción retórica, sino muy importante para la delimitación del concepto de "violencia de género", el cual debe ser enfocado desde esta "perspectiva de género" para poder analizar y entender de lo que estamos hablando.

Además, la doctrina señala al respecto que la "perspectiva de género" ha sido declarada conforme a la Constitución por varios pronunciamientos del Tribunal Constitucional, recaídos tras la STC 59/2008, de 14 de mayo, legitimándose en dicha instancia el subsistema penal de género.

Se ha señalado, también, que el tratamiento de la violencia de género desde esta perspectiva tiene como punto de partida la consideración de que las diferencias construidas socialmente entre hombres y mujeres no tienen nada que ver con la biología y sí con la cultura de tradición patriarcal motivada por el ansia de poder y dominación del hombre sobre la mujer. Así, se trata de diferencias de origen social, adquiridas, variables, contingentes, artificiales y, hasta cierto punto, modificables. Y es con fundamento en ellas, cuando en función del sexo se cumplen los roles dominantes tradicionales asignados convencionalmente al hombre y de subordinación y desigualdad a la mujer, convirtiéndose así las diferencias sociales en diferencias de género. Se origina de esta forma un tratamiento discriminatorio de las víctimas de violencia de género fruto de estas desigualdades que no tiene su base en posiciones de igualdad, sino en la más absoluta de las desigualdades no sólo sociales, sino también otras relacionadas como la económica o la educacional.

- Por todo ello, debe admitirse el mantenimiento de los hechos probados, tal cual los relató el juez penal, debiendo permanecer intangibles, e inalterables, y la fundamentación jurídica de la sentencia del juez penal, por no existir argumentos que justifiquen la agresión, como ya se ha expuesto.

VOTO PARTICULAR

- El recurso de casación por infracción de ley no permite la revisión de los hechos probados:
  No comparto el razonamiento de la sentencia mayoritaria y no por su decisión sobre el fondo del asunto, sino porque el recurso de casación por infracción de ley no permite la revisión de los hechos probados y en este caso se ha rebasado ese límite. Mi posición es coincidente con la expresada por el Ministerio Fiscal en su escrito de alegaciones.
  Se argumenta que si no se estima el recurso "estas sentencias carecerían de cualquier control casacional" o que no tienen sentido auto restricciones que impidan la protección de la víctima o del acusado, olvidando que antes de la reforma introducida por la LO 4/2015 ninguna de estas sentencias accedía a la casación y que en la actualidad acceden, pero con un límite muy preciso, la revisión de cuestiones estrictamente jurídicas. Tan es así, que el Pleno de esta Sala ha excluido de esta modalidad de casación la invocación del derecho a la presunción de inocencia u otro derecho constitucional, precisamente porque quiere limitar su conocimiento a la función más genuina de un tribunal de casación, la unificación de doctrina.
  De admitirse la revisión de los hechos probados por esta vía casacional habremos de admitir en el futuro miles de nuevos recursos cada año, que ahora se inadmiten, e incumpliremos la previsión del Legislador.
  Tercero. - La sentencia considera que respeta los hechos probados y que no ha cambiado el relato fáctico (FJ1ª, párrafo 1º), porque se ha limitado a confirmar los hechos de la sentencia de primera instancia.
  Sin embargo, el objeto del recurso de casación es la sentencia de apelación y no la sentencia de primera instancia, por lo que es incuestionable que la sentencia de la mayoría ha modificado el relato fáctico de la sentencia de apelación (STS 628/2018, de 20 de diciembre).
  El tribunal de casación ha vuelto a evaluar la prueba, ha establecido unas inferencias probatorias distintas de las alcanzadas por el tribunal de apelación y la consecuencia de esa nueva valoración ha sido la modificación del relato fáctico de la sentencia de apelación. En la medida que el recurso de casación por infracción de ley debe respetar el relato fáctico, la sentencia de la que discrepo no ha cumplido con esa exigencia.
- Las inferencias probatorias sobre el elemento subjetivo del tipo del injusto se refieren a hechos y forman parte del juicio fáctico.
  Cuarto. - En la sentencia de la mayoría se afirma que la revisión de las inferencias sobre elementos subjetivos constituye una cuestión estrictamente jurídica, de racionalidad argumental, que suscita un problema de subsunción de los hechos en la norma y que puede plantearse en casación a través de la infracción de ley (artículo 849.1 de la LECrim).
  Esta posición se opone al criterio constante de esta Sala que, de forma reiterada y desde hace años, viene manteniendo que las inferencias probatorias sobre el elemento subjetivo del tipo del injusto se refieren a hechos y forman parte del juicio fáctico.
  La cuestión no es nueva. Hace años se discutió si el elemento subjetivo del tipo era un hecho. Se negaba este aserto diciendo que los "juicios de valor" no eran hechos en sentido estricto ni datos aprehensibles por los sentidos. También se discutió si los elementos subjetivos del tipo debían incluirse en el relato fáctico o si bastaba que en éste se incluyeran los hechos indiciarios y en la argumentación jurídica se incluyera la inferencia probatoria.
  La imprecisión sobre esta última cuestión dio lugar a que los juicios de inferencia sobre el elemento subjetivo del tipo pudieran ser recurridos en casación por una doble vía: La presunción de inocencia o la infracción de ley. Buena prueba de esta línea jurisprudencial la encontramos en las SSTS 1511/2005, de 27 de diciembre, y 947/2007, de 12 de noviembre.
  Sin embargo, el posicionamiento del Tribunal Constitucional, afirmando que los juicios de inferencia o la constatación de los elementos subjetivos del injusto podían dar lugar a la vulneración del derecho a la presunción de inocencia, originó que la doctrina de esta Sala diera un giro en un doble sentido: Por un lado, se estableció que "lo coherente y razonable es incluir en el relato fáctico los hechos psíquicos o internos", como por ejemplo, la intención de matar o de lesionar (STS 1215/2011, de 15 de noviembre). Por otro lado, que el cauce casacional para combatir la discrepancia con el relato fáctico había de ser la presunción de inocencia o, más ampliamente, el camino habilitado por el artículo 852 de la LECrim.
  Un buen exponente de este nuevo enfoque lo encontramos en la ya lejana STS 218/2014, de 13 de marzo, en la que se razona sobre la cuestión en los siguientes términos:
  - Esta Sala sostuvo en numerosas ocasiones, como señala el Ministerio Fiscal, que los elementos del delito que se refieren a la conciencia del sujeto activo, como ocurre con la intención, al pertenecer al mundo interno, solo podían ser establecidos mediante una inferencia basada en hechos externos, y añadía que la racionalidad de tal inferencia era revisable en casación a través del motivo por infracción de ley del artículo 849.1º de la LECrim, en tanto que se consideraban cuestiones jurídicas atinentes a los elementos del tipo subjetivo…. Sin embargo, esta doctrina jurisprudencial se ha visto matizada y modificada en dos aspectos muy sustanciales. De un lado, se entiende, de una forma mayoritaria, que los elementos del tipo subjetivo, entre ellos la intención del sujeto, son también hechos. De naturaleza subjetiva, pero hechos, al fin y al cabo. Y por ello, quedan comprendidos en el ámbito de la

presunción de inocencia, aunque el sistema seguido para su acreditación presente ordinariamente aspectos inferenciales más fuertemente de lo que ocurre cuando se trata de hechos objetivos, que, en general, son más susceptibles de acreditación mediante lo que generalmente se conoce como prueba directa, aunque en sí misma también implique una inferencia. Pero el recurso a este medio de acreditación no los convierte en elementos de tipo jurídico, sino que conservan su naturaleza fáctica. El Tribunal Constitucional ha señalado en ocasiones (STC 214/2009, entre otras), que "... la presunción de inocencia sólo queda desvirtuada cuando se han probado todos y cada uno de los elementos de carácter fáctico del tipo delictivo, tanto objetivos como subjetivos (recientemente, STC 91/2009, de 20 de abril, FJ 5)". Y más recientemente, en la STC núm. 126/2012, ha insistido en que "... también el enjuiciamiento sobre la concurrencia de los elementos subjetivos del delito forma parte, a estos efectos, de la vertiente fáctica del juicio que corresponde efectuar a los órganos judiciales, debiendo distinguirse del mismo el relativo a la estricta calificación jurídica que debe asignarse a los hechos una vez acreditada su existencia". De manera que la rectificación de hechos subjetivos requiere una consideración del proceso valorativo, e, incluso, de las pruebas practicadas. Desde la perspectiva de la presunción de inocencia, la verificación de la falta de racionalidad de la inferencia según la cual se acredita un hecho subjetivo requerido para la condena, conducirá a la absolución por falta de prueba sobre el mismo. Por el contrario, la falta de racionalidad de la inferencia que niega la concurrencia de ese hecho subjetivo no conduce necesariamente a su afirmación y, correlativamente, a la condena, pues ese segundo paso requeriría una valoración de la prueba que, cuando se trata de pruebas personales, no ha presenciado el tribunal que resuelve el recurso".

  - En esta misma línea jurisprudencial se sitúan recientes sentencias de esta Sala como las siguientes: La STS 163/2019, de 26 de marzo, en la que se afirma que "la concurrencia de tales elementos típicos ha de ponerse en relación con el relato fáctico, dada la intangibilidad del mismo"; la STS 138/2019, de 13 de marzo, en la que se sostiene que la prueba de esos hechos de naturaleza subjetiva, atañe al derecho a la presunción de inocencia o la STS 755/2018, de 12 de marzo, en la que de forma diáfana se afirma lo siguiente:
  - Ahora bien, en lo que en concreto afecta a los elementos subjetivos, el criterio de esta Sala se ha ido modulando. Tales elementos pertenecen a lo íntimo del sujeto que realiza el hecho, por lo que su acreditación ha de resultar de la deducción de unos indicios declarados probados. Los juicios de valor sobre intenciones y elementos subjetivos del delito, que pertenecen a esa esfera interna del sujeto, salvo el limitado valor de la confesión del acusado al respecto, solo pueden ser perceptibles mediante juicio deductivo a partir de datos objetivos y materiales probados.
  - Si bien tradicionalmente se entendió que la consignación de esas inferencias judiciales incumbían a la fundamentación jurídica, se ha ido consolidando la idea de que las leyes de la lógica, la ciencia o la experiencia con arreglo a las cuales emerge la inferencia que determina la existencia de un determinado elemento subjetivo del injusto, no constituyen las "normas jurídicas" a cuya vulneración se refiere el artículo 849.1 LECRIM ; pues la vulneración no tendría causa directa en la subsunción del hecho en la norma, sino en la construcción misma del hecho probado (entre otras la SSTS 1022/2013 de 11 de diciembre; 691/2015, de 3 de noviembre o 22/2018 de 17 de enero).

- Por tanto, la inferencia del tribunal de apelación está inserta en el juicio fáctico y, siguiendo la doctrina de esta Sala, una vez rechazada esa inferencia por irracional, tal y como se ha hecho en la sentencia de casación, se tiene que dar un segundo paso para llegar a un pronunciamiento de culpabilidad, debe realizarse otra vez una valoración de toda la prueba para proceder a la condena del acusado, aunque esa nueva valoración se limite a asumir la valoración realizada por el juez de instancia, rechazando los argumentos del tribunal de apelación. En realidad, tanto el juez de instancia, como los tribunales de apelación y casación han evaluado el mismo material probatorio estableciendo inferencias diferentes, según la relevancia y peso que hayan dado a los distintos hechos sometidos a consideración.

  Toda la actividad del tribunal de casación ha girado en torno a la prueba, al juicio fáctico, por lo que el problema advertido en la sentencia de apelación (la irracionalidad de la exclusión del dolo del autor) no ha sido un problema de subsunción de los hechos en la norma, sino de determinación de los hechos punibles, cuestión que es previa a la subsunción, y que no puede plantearse a través del motivo de casación por infracción de ley.

  Buena prueba de lo que vengo afirmando se encuentra en la propia sentencia de la mayoría que para describir el tipo de control que realiza cita la STS 86/2018, de 19 de febrero, que se refiere a la presunción de inocencia y no a la infracción de ley.

  En otra de las sentencias que cita, la STS 58/2017, de 7 de febrero, se dice expresamente que "en la corrección de errores de subsunción admisible en casación frente a sentencias absolutorias se incluyen errores que afectan a la interpretación de la naturaleza y concurrencia de los elementos subjetivos exigidos por el tipo penal aplicado", pero se añade y esto es importante "cuando la revisión se efectúe desde una perspectiva jurídica, sin modificar la valoración de sus presupuestos fácticos". Se cita la doctrina, pero se resuelve en sentido contrario.

También se cita la STS 841/2017, de 21 de diciembre que apoya la tesis que sostengo en este voto particular. En esta última sentencia se admite que por el cauce de la infracción de ley pueden corregirse errores de subsunción que afecten a la interpretación de la naturaleza y concurrencia de los elementos exigidos por el tipo aplicado, pero advirtiendo que "no es admisible cuando la condena en casación exija una reconsideración de la prueba practicada para modificar los presupuestos fácticos de los elementos subjetivos de la conducta enjuiciada".

Esta sentencia precisa aún más, señalando en qué puede consistir esa corrección cuando se utiliza el cauce de la infracción de ley y en qué casos puede apreciarse un error de subsunción. Dice la sentencia que los elementos subjetivos podrían subsanarse si se basan, por ejemplo, en consideraciones sobre la naturaleza del dolo, como cuando la sentencia impugnada exige dolo directo y el tipo no lo exige, o también cuando la sentencia afirme la existencia de dolo eventual y los datos obrantes en el relato fáctico, sin modificación alguna de la valoración probatoria, evidencien la concurrencia de dolo directo, o cuando el juez o tribunal tome su decisión por la ausencia de un elemento subjetivo que el tipo no exige.

Por lo tanto, la revisión de las inferencias sobre el elemento subjetivo del tipo forman parte del juicio fáctico y en sede casacional deben plantearse a través del cauce señalado por el artículo 852 de la LECrim. La sentencia de la mayoría afirma que el proceso deductivo seguido por el tribunal de apelación ha sido irracional y esa deficiencia no es un problema de subsunción de los hechos en la norma, que sería lo propio de la infracción de ley, sino un problema fáctico. Si la irracionalidad de una inferencia ha servido para condenar se produciría una vulneración del principio de presunción de inocencia y si esa irracionalidad ha servido para absolver a quien debió ser condenado, que es lo que sostiene la sentencia de la mayoría, el cauce impugnativo debe ser el de la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24.2 CE.

En el recurso de casación previsto en el artículo 847.1 b) de la LECrim, que es el aquí analizamos, no caben esas vías de impugnación. Sólo cabe la infracción de ley, no para revisar el juicio fáctico, sino exclusivamente para establecer la recta interpretación de las normas penales de carácter sustantivo u otras normas jurídicas del mismo carácter.

- Delito del art. 153: elementos subjetivos que el artículo 153 CP no exige

Quinto. - Otro de los argumentos que se utilizan para justificar la estimación del recurso es que el problema planteado es de subsunción porque se la Audiencia Provincial ha incluido un elemento subjetivo que el artículo 153 CP no exige.

La sentencia viene a afirmar que el delito de maltrato en el ámbito de la pareja no precisa de la intención de lesionar y no admite causas de justificación, salvo supuestos muy excepcionales. La sentencia de casación considera que el hecho de la agresión en sí es suficiente para colmar las exigencias del tipo, excluyendo la posibilidad de que el sujeto no haya querido lesionar, agredir o maltratar. Así, se dice textualmente que "el tribunal altera esos hechos, e introduce un elemento subjetivo no descrito en el tipo penal, y lo altera, por cuanto en ningún modo nos encontramos ante un tipo penal de lesionar, sino ante un tipo penal de agredir en el contexto de una relación de pareja".

La sentencia aborda el problema desde la llamada "perspectiva de género" y también afirma "hemos fijado que no se exige el elemento intencional para entenderse cometido el delito, debido a que sólo se exige la agresión objetivable, pero la misma agresión anudándola a una –justificación de la agresión-supone desde una perspectiva de género, perpetuar el sometimiento de la mujer al hombre al utilizarse el instrumente de la fuerza y la agresión para subyugar a la víctima a las decisiones del autor de la agresión".

En relación con el delito del artículo 153 CP hemos afirmado recientemente que no exige el dolo específico de la dominación, porque el Legislador presupone la existencia de ese ánimo y esa es la razón por la que se castigan más gravemente las agresiones de los varones que las de las mujeres.

La cuestión fue y sigue siendo muy polémica pero el Tribunal Constitucional, a mi juicio, zanjó el debate. Por ese motivo en la sentencia del Pleno de esta Sala número 677/2018, de 20 de diciembre, hemos dicho que "en modo alguno quiso el legislador adicionar una exigencia de valoración intencional para exigir que se probara una especial intención de dominación del hombre sobre la mujer. Ello iba ya implícito con la comisión del tipo penal contemplado en los arts. 153, 171 y 172 CP al concurrir las especiales condiciones y/o circunstancias del tipo delictivo. La situación en concreto de mayor o menor desigualdad es irrelevante. Lo básico es el contexto sociológico de desequilibrio en las relaciones: eso es lo que el legislador quiere prevenir; y lo que se sanciona más gravemente, aunque el autor tenga unas acreditadas convicciones sobre la esencial igualdad entre varón y mujer o en el caso concreto no puede hablarse de desequilibrio físico o emocional.

Ahora bien, que no se exija un dolo específico de dominación no significa que en el delito previsto en el artículo 153 CP sea irrelevante que el sujeto activo no quiera dañar a su pareja y tenga una intención distinta como pudiera ser la de socorrer o reanimar. El delito tipificado en el artículo 153 del Código Penal es doloso y admite las causas de justificación previstas con carácter general en la norma penal.

Sin necesidad de entrar en complejas disquisiciones doctrinales sobre conceptos básicos del derecho penal, tales como el dolo o los elementos subjetivos del injusto, lo cierto es que la intención del autor, de una u otra manera, tiene relevancia para la adecuada calificación jurídico-penal de un determinado hecho. Para una parte de la doctrina, la acción penal no es un proceso ciego sino un proceso causal dirigido a un fin y precisamente por ello se debe tener en cuenta la voluntad del sujeto para determinar si ha actuado o no intencionadamente. Esa voluntad configuraría el elemento subjetivo del tipo. Para

otras posiciones doctrinales, cada vez más dominantes, el dolo ha evolucionado desde esa concepción clásica a la teoría de la imputación objetiva que pone el acento, no tanto en comprobar si el agente tuvo voluntad de realizar y asumir las consecuencias de su acción, sino si tuvo conocimiento del peligro que suponía para la realización del tipo la continuación de su acción, y si efectivamente continuó, en cuyo caso le es atribuible el resultado. En cualquier caso, la voluntad del sujeto sigue teniendo relevancia y de ahí que sean numerosos los pronunciamientos jurisprudenciales que identifican dolo con intención del autor y que excluyen su existencia cuando el autor no ha querido realizar la conducta típica. De igual manera y desde la perspectiva de la imputación objetiva no habría imputación de un resultado cuando la creación del riesgo obedece a la evitación de otro riesgo mayor, situación que parece ser la que se valoró por la Audiencia Provincial para considerar en este caso que el sujeto no tuvo intención de agredir, sino de reanimar, cuestión que, sin duda, está vinculado con la valoración de la prueba.

Hay pronunciamientos de esta Sala que excluyen la sanción penal por ausencia de dolo y, así, esta Sala en STS 566/2009, de 28 de mayo afirmó que el tipo exigía dolo en la conducta del sujeto activo y absolvió al acusado por considerar que su intención no fue la de agredir.

Y no es ocioso recordar que el delito de lesiones se ha caracterizado por la exigencia del animus laedendi y precisamente ese elemento es el que permite, por ejemplo, distinguir entre el delito consumado de lesiones y la tentativa de homicidio. El artículo 153 CP integra las lesiones o menoscabos físicos de menor gravedad y los golpes y maltratos de obra sin causar lesión, y es oportuno recordar que la reciente STS 342/2018, de 10 de julio, ha afirmado que el delito del artículo 153 CP, por su ubicación sistemática y porque protege la integridad física y psíquica, es una modalidad del delito de lesiones. Las conductas penadas en el artículo 153 CP, simplificando categorías dogmáticas, exigen el ánimo de lesionar, golpear o maltratar de obra al sujeto pasivo.

En fin, pretendo poner de relieve que la intención del sujeto tiene relevancia y que no hay razón alguna para afirmar que en este delito pueda prescindirse de la voluntad del sujeto para construir un tipo penal de naturaleza objetiva. El entendimiento del precepto penal que se intuye en la sentencia es contrario al principio de culpabilidad y nos retrotrae a criterios de responsabilidad objetiva ya superados.

- Ámbito del recurso de apelación:

  Sexto. - La naturaleza de la sentencia revocada, que era absolutoria, nos lleva a otro planteamiento, que la sentencia de casación aborda de forma que no comparto.

  En la sentencia mayoritaria se afirma que "la Audiencia que revoca la condena y absuelve por encima de la inmediación del juez penal".

  Esta afirmación sugiere que el tribunal de apelación actuó de forma indebida al no respetar la valoración de las pruebas dependientes de la inmediación.

  Sin embargo, la sentencia de apelación llegó a un nuevo juicio histórico apoyándose en datos objetivos y acreditados sin cuestionar las manifestaciones de los que comparecieron a juicio. En concreto, tuvo en cuenta la grabación video gráfica de los hechos, realizada con las cámaras existentes en el local, el estado de descontrol de la víctima y la conducta del acusado, que trató de auxiliar a la agredida durante un periodo prolongado de tiempo, hasta el punto de llamar a sus familiares. Valoró también la forma en que golpeó a la mujer y consideró que los golpes fueron desproporcionados pero guiados por la intención de reanimarla.

  Su decisión fue ciertamente discutible y no cuestiono la valoración de mis compañeros en orden a considerar que pudo haber intención de agredir a la mujer, no de reanimarla.

  De lo que discrepo es de que la Audiencia Provincial, en el marco del recurso de apelación y cuando se denuncie error en la valoración de la prueba, tal y como aconteció, no pueda modificar el relato fáctico de la sentencia y llegar a una conclusión probatoria distinta a la del Juez de lo Penal. Esa es precisamente su función, al margen de que acierte o no.

  En la reciente STS 162/2016, de 26 de marzo, tratando de precisar el ámbito del recurso de apelación cuando se invoca error en la valoración de la prueba, como ocurrió en este caso, afirmamos lo siguiente:

  "…el tribunal de apelación puede, de un lado, llevar a cabo una nueva valoración cuando se practiquen nuevas pruebas en la segunda instancia, según autoriza el artículo 790.3 de la LECrim, y, de otro, puede realizar una función valorativa de la actividad probatoria, en todos aquellos aspectos no comprometidos con la inmediación. Puede tomar en consideración, por ejemplo, si la narración descriptiva contiene apreciaciones inexactas que conlleven inferencias erróneas; puede apreciar la existencia de errores de valoración evidentes y de importancia, de significación suficiente para modificar el fallo; puede apreciar la falta de valoración de algunas pruebas cuya apreciación conlleve una conclusión probatoria diferente y, en general, puede hacer un análisis crítico de la valoración probatoria, dejando al margen aquellos aspectos del juicio que dependen substancialmente de la inmediación. Siendo cierto que la función del tribunal de apelación no consiste en revaluar la prueba sino revisar críticamente la valoración realizada por el tribunal de instancia, si aprecia error debe rectificar la declaración fáctica y sustituirla por una propia, respetando todos aquellos aspectos que dependan exclusivamente de la inmediación y justificando el cambio de criterio no en simples apreciaciones subjetivas sobre el peso o valor de determinadas

pruebas. Su decisión debe ajustarse a parámetros objetivos, que pongan de relieve la racionalidad del cambio de criterio y, por supuesto, deben expresarse mediante la adecuada motivación".

En este caso el tribunal de apelación modificó el relato fáctico de la sentencia de instancia, mediante una nueva valoración conjunta de la prueba y basándose, no en una apreciación subjetiva y distinta de los distintos testimonios que se llevaron a cabo en el juicio, lo que no respetaría las exigencias que se derivan del principio de inmediación, sino en hechos objetivos no dependientes de la inmediación, por lo que actuó dentro de su función competencial.

- Séptimo. - En consecuencia, el recurso debería haber sido desestimado o, en otro caso, elevado al Pleno de la Sala en cuanto modifica el contenido del Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de 9 de junio de 2016

DATOS SENTENCIA

Sentencia núm. 221/2019
Fecha de sentencia: 29/04/2019
Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION
Número del procedimiento: 516/2018
Ponente: Excma. Sra. D.ª Carmen Lamela Diaz.

TEMA

Delito de revelación de secretos. Elementos. Bien jurídico protegido: privacidad o autodeterminación informática no intimidad. Objeto de protección: datos reservados de carácter personal o familiar (art. 4.1 del Reglamento (VE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016. Datos sensibles. L.O.P.D. y Reglamento (VE) 2016/679.

ASPECTOS EXAMINADOS

- El bien jurídico protegido en este delito es la libertad o privacidad informática de los individuos proyectada sobre los datos personales. En este sentido, señalábamos en la sentencia núm. 586/2016, que el bien jurídico objeto de protección no es la intimidad, entendida en el sentido que proclama el artículo 18.1 de la Constitución Española, sino la autodeterminación informativa a que se refiere el artículo 18.4 del texto constitucional.
- El tipo exige un ánimo o intención de descubrir los secretos o vulnerar la intimidad de otro. Es necesario, además, un elemento subjetivo del injusto consistente en la finalidad de perjudicar al titular de los datos o a un tercero.
  En este sentido, conforme a la jurisprudencia mayoritaria de esta Sala, es necesario hacer una interpretación sistemática del precepto entendiendo que el acceso debe realizarse en perjuicio del titular de los datos. De esta forma, en la sentencia núm. 1328/2009, de 30 de diciembre, señalábamos con relación a las conductas tipificadas en el art. 197.2 del Código Penal que "es necesario realizar una interpretación integradora en el sentido de que como en el inciso primero, se castigan idénticos comportamientos objetivos que el inciso 2º (apodere, utilice, modifique) no tendría sentido de que en el mero acceso no se exija perjuicio alguno y en conductas que precisan ese previo acceso añadiendo otros comportamientos, se exija ese perjuicio, cuando tales conductas ya serian punibles -y con la misma pena- en el inciso segundo. La solución sería -partiendo de que en el término "tercero" debe incluirse el afectado, en su intimidad, sujeto pasivo, al que esencialmente se refiere el tipo- entender que los apoderamientos, accesos, utilizaciones o modificaciones de datos de carácter personal, realizadas en perjuicio de tercero se incluirían en el inciso inicial del art. 197.2, y en cambio, en el inciso segundo deberían ser subsumidas las conductas de acceso en perjuicio del titular de los datos".
- El objeto de protección son los datos reservados de carácter personal o familiar. Conforme dispone el artículo 4.1 del Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento general de protección de datos(RGPD), de aplicación directa en toda la Unión Europea a partir del 25 de mayo de 2018, ha de entenderse por «datos personales» toda información sobre una persona física identificada o identificable.
- En esta misma línea, decíamos en la sentencia de este Tribunal núm. 1328/2009, de 30 de diciembre, que los datos de carácter reservado son aquellos que no son susceptibles de ser conocidos por cualquiera.
  Por lo que se refiere al elemento objetivo del perjuicio ocasionado por la acción delictiva, en la sentencia núm. 1328/2009, de 30 de diciembre, distinguíamos entre datos "sensibles" y los que no lo son, precisando que los primeros son por sí mismo capaces para producir un perjuicio típico, por lo que el acceso a los mismos, apoderamiento o divulgación, poniéndolos al descubierto comporta ya ese daño a su derecho a mantener los secretos ocultos (intimidad) integrando el "perjuicio" exigido mientras que en los datos "no sensibles", no es que no tengan virtualidad lesiva suficiente para provocar para producir el perjuicio, sino que debería acreditarse su efectiva concurrencia.
- El tribunal de instancia ha considerado que no ha quedado acreditado el perjuicio de la víctima ni que la acción de la acusada estuviera dirigida por un ánimo de causárselo. También razona la sentencia que la acusada, en todo caso, tenía derecho a pedir del Juzgado que conocía de su divorcio una averiguación patrimonial integral sobre su ex cónyuge, como propiamente hizo en el acto del juicio y mediante escritos posteriores, obteniendo en todos los casos respuesta favorable del Juzgado.

Igualmente tenía derecho a que, en el pleito civil de liquidación de sociedad de gananciales, en la formación del inventario afloraran los fondos de inversión de los que fuera titular el demandado, pues legítimamente podía someter a controversia su naturaleza privativa o ganancial, como de hecho sucedió. También ha considerado que el mal uso realizado por la acusada de la clave que le había sido asignada, como funcionaria de justicia, para acceder a los datos cedidos por la Agencia Tributaria al Punto Neutro Judicial, si bien pudo provocar un menoscabo en el derecho de defensa de su ex esposo en el ámbito civil, no ha ocasionado perjuicio a ZZZ. Además, estima no acreditado el elemento intencional de perjudicar en la conducta de la acusada. Tampoco considera que los datos obtenidos puedan ser considerados "sensibles" teniendo en cuenta que las partes se encontraban incursas como contendientes en un procedimiento litigioso y no se vulneró el derecho de su titular a la autodeterminación informativa.

Tales consideraciones guardan relación lógica y racional con la resultancia fáctica de la sentencia. Y como ya ha sido expresado, el motivo elegido por el recurrente impone el pleno respeto de los hechos declarados probados por la sentencia de instancia.

En lógica consecuencia, no concurriendo determinados elementos integrantes del tipo, el Tribunal ha procedido a dictar sentencia absolutoria.

Discrepa el recurrente afirmando que, dado que los datos a los que accedió indebidamente la acusada son "sensibles", debe considerarse que se ha ocasionado un perjuicio.

Ya se ha expresado que el objeto de protección del tipo examinado son los datos reservados de carácter personal o familiar, entre los que se encuentran los datos a los que accedió la XXX. Ahora bien, tales datos no tienen la consideración de sensibles. Merecen tal calificación aquéllos datos que, de divulgarse de manera indebida, afectarían la esfera más íntima del ser humano. Ejemplos de este tipo de datos son: el origen racial o étnico, el estado de salud, la información genética, las creencias religiosas, filosóficas y morales, la afiliación sindical, las opiniones políticas y las preferencias sexuales. Estos datos pertenecen a una categoría especial de datos, que, por su influencia en la intimidad, requieren una mayor protección que el resto de datos de carácter personal.

Esta especial protección se justifica en el hecho de que, debido a la información a la que se refiere este tipo de datos, el tratamiento indebido de los mismos, además de lesionar el derecho fundamental a la protección de datos, podría dañar otros derechos fundamentales. Tales datos se encontraban regulados en el artículo 7 de la Ley Orgánica de Protección de Datos vigente en el momento de los hechos y en el artículo 9 de la vigente Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales, y son aquellos que revelan la ideología, afiliación sindical, religión y creencias de una persona física; los que hacen referencia al origen racial, a la salud y a la vida sexual; y los relativos a la comisión de infracciones penales o administrativas.

Igualmente, el Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos, diferencia entre datos personales y datos sensibles. Se refiere a estos últimos en los considerandos (51) y siguientes a los que atribuye especial protección debido a que el contexto de su tratamiento podría entrañar importantes riesgos para los derechos y las libertades fundamentales. En armonía con ello, en el artículo 9.1 indica que los datos sensibles merecen una protección especial, bien por su naturaleza o bien por su relación con los derechos y libertades fundamentales de las personas. De esta manera prohíbe su tratamiento con determinadas excepciones. Se trata de datos personales que revelen el origen étnico o racial, las opiniones políticas, las convicciones religiosas o filosóficas, o la afiliación sindical, y el tratamiento de datos genéticos, datos biométricos dirigidos a identificar de manera unívoca a una persona física, datos relativos a la salud o datos relativos a la vida sexual o la orientación sexual de una persona física.

Y es evidente que los datos relativos a ZZZ, a los que tuvo acceso la acusada, no se encuentran en ninguna de las citadas categorías. Por ello, el perjuicio que alega el recurrente debería haberse acreditado, lo que no ha sucedido a juicio del Tribunal. Además, los datos de ZZZ no han trascendido a terceras personas ajenas al procedimiento, y en concreto a sus clientes, por lo que no puede compartirse el perjuicio o daño moral que invoca.

La aportación al proceso no supuso revelación alguna, ya que se trataba de datos necesarios para la resolución de la contienda. En todo caso, además, la incorporación de los datos de carácter económico que pudieran afectar al acusado fue acordado por la autoridad judicial y no han trascendido fuera del procedimiento civil. Señala el recurrente que tal clase de información había sido denegada por la Agencia Tributaria. Sin embargo, tal afirmación no se ajusta totalmente a la realidad ya que el motivo de la denegación no fue que la autoridad judicial no pudiera tener conocimiento de tales datos, sino que la solicitud efectuada había sido incompleta al no reflejarse en la misma si la petición estaba amparada por alguno de los supuestos recogidos en la legislación tributaria. De hecho, la Letrada de la Administración de Justicia tenía posibilidad de acceso a los datos cedidos por la Agencia Tributaria, a través de la Base de Datos del Punto Neutro Judicial, gestionado por el Consejo General del Poder Judicial. Se trataba de la misma Base a la que había accedido la acusada.

El tratamiento de tales datos era pertinente conforme a lo dispuesto en los artículos 95 h) y 99.7 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria. La Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales establece en su artículo 2.4 que el tratamiento de datos llevado a cabo con ocasión de la tramitación por los órganos judiciales de los procesos de los que sean competentes, así como el realizado dentro de la gestión de la Oficina Judicial, se regirán por lo dispuesto en el Reglamento (UE) 2016/679 y la propia Ley Orgánica, sin perjuicio de las disposiciones de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 julio, del Poder Judicial, que le sean aplicables. Por su parte, el Reglamento (UE) 2016/679 señala en su considerando (20) que "Aunque el presente Reglamento se aplica, entre otras, a las actividades de los tribunales y otras autoridades judiciales, en virtud del Derecho de la Unión o de los Estados miembros pueden especificarse las operaciones de tratamiento y los procedimientos de tratamiento en relación con el tratamiento de datos personales por los tribunales y otras autoridades judiciales. A fin de preservar la independencia del poder judicial en el

desempeño de sus funciones, incluida la toma de decisiones, la competencia de las autoridades de control no debe abarcar el tratamiento de datos personales cuando los tribunales actúen en ejercicio de su función judicial". Igualmente, en el considerando (52) destaca que "Debe autorizarse asimismo a título excepcional el tratamiento de dichos datos personales cuando sea necesario para la formulación, el ejercicio o la defensa de reclamaciones, ya sea por un procedimiento judicial o un procedimiento administrativo o extrajudicial". A continuación, el artículo 6 del Reglamento dispone en su apartado 1 la licitud del tratamiento si se cumplen determinadas condiciones, entre las que relaciona en las letras e) y f) los siguientes supuestos: cuando el tratamiento es necesario para el cumplimiento de una misión realizada en interés público o en el ejercicio de poderes públicos conferidos al responsable del tratamiento, y para la satisfacción de intereses legítimos perseguidos por el responsable del tratamiento o por un tercero, siempre que sobre dichos intereses no prevalezcan los intereses o los derechos y libertades fundamentales del interesado que requieran la protección de datos personales, en particular cuando el interesado sea un niño.
En análogos términos se pronunciaba el artículo 6 de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, vigente en el momento de los hechos objeto de enjuiciamiento.

- Por último, aun cuando el acceso por parte de la acusada a los datos, se llevó a cabo antes de iniciarse el procedimiento de liquidación de gananciales, tal y como se recoge en el apartado de hechos probados de la sentencia recurrida, tal actuación se llevó a cabo "con finalidad de utilizar esa información en ejecución de la sentencia de divorcio y, concretamente, en la liquidación de la extinta sociedad de gananciales con su ex esposo". Además, la información se refería a unos fondos cuya adquisición originaria se remontaba al año 2006, respecto a los cuales se habían llevado a cabo operaciones de inversión, reinversión y enajenación, habiendo sido objeto de contienda en el procedimiento de liquidación de gananciales.
  Conforme a lo expuesto, además de no haberse producido perjuicio para el recurrente, la decisión de la Sala de instancia que considera la falta de relevancia penal de la conducta de la acusada sobre la base de no apreciar menoscabo sustancial de bien jurídico tutelado por la norma penal, resulta razonado y razonable.

DATOS SENTENCIA

Sentencia núm. 222/2019
Fecha de sentencia: 29/04/2019
Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION (P)
Número del procedimiento: 10531/2018
Ponente: Excmo. Sr. D. Eduardo de Porres Ortiz de Urbina.

TEMA

Abusos sexuales a menores. Ausencia de valor probatorio de las declaraciones de menores ante la policía y posteriormente ante el perito judicial sin intervención del juez y de las partes.

ASPECTOS EXAMINADOS

- Abusos sexuales a menores. Ausencia de valor probatorio de las declaraciones de menores ante la policía y posteriormente ante el perito judicial sin intervención del juez y de las partes. Depuración del material probatorio y absolución por la falta de consistencia de la declaración de las menores y por la falta de relevancia de los testimonios de referencia.
  La defensa reprocha de la sentencia de instancia que se hayan valorado como pruebas de cargo las grabaciones de las manifestaciones de las menores realizadas tanto en sede policial ante la Guardia Civil, como en sede judicial ante el perito forense, porque en ninguna de tales declaraciones se respetó el principio de contradicción. En las primeras porque se hizo ante la policía antes del inicio de las actuaciones judiciales y, en las segundas, porque tampoco intervinieron el juez o las partes y porque ni siquiera se notificó a la defensa la práctica de dicha prueba para poder intervenir en el peritaje.
  Las menores han declarado dos veces con anterioridad a la celebración del juicio, ante la policía y ante la perito judicial, y en ambos casos esas declaraciones se han realizado con un manifiesto déficit de contradicción procesal, puesto que las partes, singularmente la defensa, no ha tenido oportunidad de intervenir. Las grabaciones de estas declaraciones han accedido al juicio oral donde fueron visionadas y, además, la prueba de cargo fundamental ha sido precisamente los testimonios de las menores, habiéndose valorado en la sentencia, tanto los prestados en el juicio oral como los prestados con anterioridad al juicio. Se da la circunstancia añadida de que la defensa interesó que las menores prestaran declaración en la fase de instrucción, siéndole denegada esa petición.
  La necesidad de protección del menor y de evitar su victimización secundaria en un proceso judicial y también el hecho de que el menor, cuando es de corta edad, puede olvidar los hechos, modificar su recuerdo a medida que progresa su desarrollo madurativo o incluso alterar su relato por influencias externas han obligado a una adaptación de las normas procesales generales para adecuarlas a la singular situación en que se pueden encontrar los menores de edad como testigos en un proceso penal.

La regla general para los testigos es que declaren en el juicio para que puedan ser interrogados por las partes, sometiéndose a la contradicción del plenario. Es una garantía básica de todo proceso adversarial y, desde luego, una exigencia elemental para la salvaguardia del derecho de defensa.

En el caso de los menores, por las razones antes indicadas, es conveniente realizar una sola declaración, si ello es posible, y las normas procesales permiten que las declaraciones se pueden practicar como prueba preconstituída, con participación del juez y de las partes, en una cámara apropiada y con la intervención directa de un especialista. En estas condiciones, no es preciso reiterar la declaración en el juicio oral, siempre que el tribunal considere que existen razones para evitar esa reiteración.

En el año 2013 en que ocurrieron los hechos la declaración de un menor en un procedimiento penal con la condición de testigo tenía una regulación similar a la que existe actualmente. La doctrina jurisprudencial del Tribunal Constitucional sobre el valor de las declaraciones policiales y sumariales y sobre los requisitos de la prueba preconstituída ya era sólida y constante en aquél año y los preceptos de la Ley de Enjuiciamiento Criminal entonces vigentes preveían la declaración del menor ante expertos y siempre en presencia del Ministerio Fiscal (artículo 433), la realización de la declaración del menor con las garantías de la prueba anticipada, pudiéndose evitar la confrontación visual con el inculpado (artículo 448), la posibilidad de prestar declaración mediante video conferencia (artículo 731 bis).

Para mejorar la regulación de esta delicada materia la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la Víctima, dio nueva redacción, entre otros, a los artículos 443, 448, 707 y 730 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Pero en lo sustancial, esta Ley no modificó la situación preexistente de forma significativa y, en todo caso, sus disposiciones pudieron ser aplicadas a la presente causa, dado que inició su vigencia durante la fase de instrucción y estaba plenamente vigente cuando se celebró el juicio oral.

El artículo 433.3 de la LECrim, previsto para su aplicación en la fase de instrucción, dispone que “en el caso de los testigos menores de edad o personas con la capacidad judicialmente modificada, el Juez de Instrucción podrá acordar, cuando a la vista de la falta de madurez de la víctima resulte necesario para evitar causarles graves perjuicios, que se les tome declaración mediante la intervención de expertos y con intervención del Ministerio Fiscal. Con esta finalidad, podrá acordarse también que las preguntas se trasladen a la víctima directamente por los expertos o, incluso, excluir o limitar la presencia de las partes en el lugar de la exploración de la víctima. En estos casos, el Juez dispondrá lo necesario para facilitar a las partes la posibilidad de trasladar preguntas o de pedir aclaraciones a la víctima, siempre que ello resulte posible”.

En la misma dirección el artículo 448 de la LECrim permite que “La declaración de los testigos menores de edad y de las personas con capacidad judicialmente modificada podrá llevarse a cabo evitando la confrontación visual de los mismos con el inculpado, utilizando para ello cualquier medio técnico que haga posible la práctica de esta prueba”.

Como complemento de las anteriores disposiciones el artículo 730 de la LECrim., establece que: ”Podrán también leerse o reproducirse a instancia de cualquiera de las partes las diligencias practicadas en el sumario que, por causas independientes de la voluntad de aquéllas, no puedan ser reproducidas en el juicio oral, y las declaraciones recibidas de conformidad con lo dispuesto en el artículo 448 durante la fase de investigación a las víctimas menores de edad y a las víctimas con discapacidad necesitadas de especial protección”.

La Ley de Enjuiciamiento Criminal permitía y permite actualmente que los tribunales pueden tomar declaración testifical a los menores mediante la llamada Cámara Gesell, que posibilita a través de la utilización de diversos medios técnicos (como puede ser la videoconferencia), el disponer de la posibilidad de observar cómo se desarrolla la entrevista que realiza un especialista con un menor, sin que aquel sea consciente de que está siendo observado. Además, en el curso de la declaración se le puede hacer llegar al experto que realice el interrogatorio las preguntas o aclaraciones que soliciten los sujetos procesales, para que declare en un ambiente no hostil, como podría ser el propio del juicio. Se facilita con ello una mayor espontaneidad, que el menor se exprese en su lenguaje y que su intervención procesal no sea traumática. La presencia de las partes en lugar en que no pueden ser vistas por el menor y su comunicación a través del experto posibilita una comunicación indirecta con éste que garantiza el respeto del principio de contradicción procesal, en condiciones suficientes y óptimas para salvaguardar el derecho de defensa.

- Es obvio que en este caso no se ha cumplido con estas exigencias, por lo que el problema procesal que suscita el motivo de impugnación nos lleva a analizar si las declaraciones prestadas por las menores en dependencias policiales y ante la perito forense, son aptas para acceder al juicio oral, ya que hemos indicado que una de las exigencias del principio de presunción de inocencia es que las pruebas tomadas en consideración para la condena sean lícitas.

  El Tribunal Europeo de Derechos Humanos se ha pronunciado sobre esta cuestión en algunas de sus resoluciones, doctrina que ha sido recogida en la sentencia de esta Sala (STS 132/2018, de 20 de marzo). Reproduciendo literalmente el contenido de esta última sentencia, la doctrina del TEDH es la siguiente:

  Dice la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 19 de febrero de 2013 (caso Gani contra España): " [...].38. Todas las pruebas se deben normalmente practicar en presencia del acusado, en la vista pública, con el fin de que puedan ser confrontadas. Sin embargo, la utilización como prueba de las declaraciones obtenidas en la fase de la investigación policial y de las diligencias judiciales, no entra, por sí misma, en contradicción con el articulo 6 §§ 1 y 3 (d), siempre y cuando, los derechos de la defensa hayan sido respetados. Como regla, esos derechos requieren que al demandado se le dé la oportunidad de contradecir e interrogar a un testigo que testimonie en su contra, bien en el momento en que estuviera testificando o en una fase posterior del procedimiento (ver Unterpertinger c. Austria, 24 de noviembre de 1986, § 31, series A nº 110). Cuando una condena se basa exclusivamente, o en sumo grado, en las declaraciones que haya efectuado una persona, y cuando a la persona acusada no se le ha dado la oportunidad de interrogar, o hacer interrogar, bien durante las diligencias o en el juicio, los derechos de la defensa se restringen hasta un extremo que es incompatible con las garantías

que ampara el articulo 6 (ver, en particular, Lucà c. Italia, nº 33354/96, § 40, TEDH 2001- II. y Al-Khawaja y Tahery c. Reino Unido (GC), nº 26766/05 y 22228/06, § 119, TEDH 2011).[...]"

Esta doctrina se ha reiterado en otro pronunciamiento más reciente. Así en la Sentencia del Tribunal de los Derechos Humanos de 12 de mayo de 2016 (asunto Polentan y Azirovikc. la Antigua República Yugoslava de Macedonia). En este caso los testimonios de cargo que, junto con otras pruebas, fundaban la condena fueron leídos en el juicio oral al no comparecer los declarantes. Tras reiterarse que todas las pruebas han de practicarse en audiencia pública a fin de realizar un debate contradictorio y que las excepciones a ese principio no pueden entrar en conflicto con el derecho de defensa, se explica que el acusado debe gozar de una ocasión efectiva para refutar la credibilidad de un testigo examinándolo directamente en el juicio oral o en un momento anterior. Eso será más exigible cuanto mayor relevancia tenga el testigo de cargo para el resultado del proceso. Se añade que la equidad del proceso ha de analizarse en su conjunto y no en dependencia estricta e inexorable del cumplimiento de cada una de las condiciones, lo que en el caso concreto le lleva a reputar no atentatoria del derecho a la presunción de inocencia la condena en la medida en que si los testigos no comparecieron fue por causa justificada (residían en el extranjero), sus declaraciones fueron leídas en el acto del juicio oral, no se formuló objeción alguna por parte de las defensas lo que permite deducir que renunciaron a su derecho a interrogar a estos testigos, y, además, no fueron esos testimonios la única prueba que fundó la condena.

Sin embargo, la doctrina del Tribunal Constitucional como la establecida por esta Sala es más exigente.

- Valor probatorio de las declaraciones de las menores ante la policía.

Ha sido una constante jurisprudencial la afirmación de que las declaraciones prestadas ante la policía, su grabación audiovisual o su documentación por escrito carecen de valor probatorio alguno, porque no han sido realizadas a presencia judicial. Sólo en el caso de que hayan sido ratificadas a presencia judicial y con intervención de las partes, pueden acceder al juicio oral, bien por el cauce del artículo 730 de la LECrim, en el caso de que el declarante no pueda comparecer en juicio, bien por el cauce del artículo 714 del mismo texto legal, cuando se aprecien contradicciones entre lo declarado en fase sumarial y lo declarado en el juicio. Las declaraciones prestadas en sede policial sin intervención judicial, cuando no han sido ratificadas durante la fase de instrucción, ni siquiera pueden acceder al juicio a través de los testimonios de referencia de los agentes policiales que las tomaron o presenciaron.

En apoyo de estas manifestaciones citaremos la STC 68/2010, de 18 de octubre, en la que con meridiana claridad se indica lo siguiente:

> b) No obstante, la posibilidad de tomar en cuenta declaraciones prestadas extramuros del juicio oral no alcanza a las declaraciones prestadas en sede policial. Al respecto, ya en la STC 31/1981 afirmamos que "dicha declaración, al formar parte del atestado tiene, en principio, únicamente valor de denuncia, como señala el art. 297 de la LECrim" (FJ 4), por lo que, considerado en sí mismo, el atestado se erige en objeto de prueba y no en medio de prueba, con el resultado de que los hechos que en él se afirman por funcionarios, testigos o imputados han de ser introducidos en el juicio oral a través de auténticos medios probatorios (STC 217/1989, de 21 de diciembre, FJ 2; 303/1993, de 25 de octubre, FJ 4 ; 79/1994, de 14 de marzo, FJ 3; 22/2000, de 14 de febrero, FJ 5; 188/2002, de 14 de octubre, FJ 2).

Ello no significa negar toda eficacia probatoria a las diligencias policiales que constan en el atestado, pues, por razón de su contenido, pueden incorporar datos objetivos y verificables, como croquis, planos, fotografías, que pueden ser utilizados como elementos de juicio siempre que, concurriendo el doble requisito de la mera constatación de datos objetivos y de imposible reproducción en el acto del juicio oral, se introduzcan en éste como prueba documental y garantizando de forma efectiva su contradicción (SSTC 107/1983, de 29 de noviembre, FJ 3; 303/1993, de 25 de octubre, FJ 2 b); 173/1997, de 14 de octubre, FJ 2 b); 33/2000, FJ 5; 188/2002, FJ 2).

Pero tal excepción, referida a supuestos susceptibles de configurarse como prueba preconstituida por referirse a datos objetivos e irrepetibles, no puede alcanzar a los testimonios prestados en sede policial. Así, en la STC 79/1994, ya citada, manifestamos que "tratándose de las declaraciones efectuadas ante la policía no hay excepción posible. Este Tribunal ha establecido muy claramente que “las manifestaciones que constan en el atestado no constituyen verdaderos actos de prueba susceptibles de ser apreciados por los órganos judiciales” (STC 217/1989). Por consiguiente, únicamente las declaraciones realizadas en el acto del juicio o ante el Juez de Instrucción como realización anticipada de la prueba y, consiguientemente, previa la instauración del contradictorio, pueden ser consideradas por los Tribunales penales como fundamento de la sentencia condenatoria" (FJ 3).

La citada doctrina ha sido confirmada por las SSTC 51/1995, de 23 de febrero, y 206/2003, de 1 de diciembre. En tales resoluciones afirmamos que "a los efectos del derecho a la presunción de inocencia las declaraciones obrantes en los atestados policiales carecen de valor probatorio de cargo" (STC 51/1995, FJ 2). [...] Cabe recordar que, con arreglo a la doctrina expuesta anteriormente, las declaraciones prestadas ante la policía, al formar parte del atestado y de conformidad con lo dispuesto en el art. 297 LECrim , tienen únicamente valor de denuncia, de tal modo que no basta para que se conviertan en prueba con que se reproduzcan en el juicio oral, siendo preciso que la declaración sea reiterada y ratificada ante el órgano judicial" (SSTC 51/1995, FJ 2 ; 206/2003, FJ 2 d) [...])”.

Esta línea jurisprudencial fue objeto de matizaciones en dos sentencias posteriores.

> En la STC 165/2014, de 8 de octubre, el máximo intérprete constitucional mantuvo que una declaración policial que sea contradicha posteriormente ante el juez puede justificar la llamada de los agentes para que aclaren el desarrollo y contenido de la declaración. Se afirmó que para que la declaración policial tuviera valor debían comparecer a juicio los agentes para su ratificación y que podía ser incorporada como prueba documental por la vía del artículo 714 de la LECrim, en caso de contradicción entre lo declarado ante la policía y lo declarado en el juicio.

En la STC 85/2015, de 2 de marzo, se otorgó cierto valor a las declaraciones auto inculpatorias prestadas por el investigado ante la policía. Esta línea jurisprudencial, que no puede sin más aplicarse a los testimonios de cargo, podría ser de influencia a la hora de determinar con alcance más general el valor de los testimonios ante los agentes policiales. Pues bien, en esa sentencia se dijo que para valorar como prueba una declaración auto inculpatoria ante la policía se debía cumplir una triple exigencia: a) Constatar la regularidad de la declaración; b) Incorporarla al juicio con las garantías de publicidad y contradicción y c) La existencia de otras pruebas que corroboraran el contenido de la declaración policial.

Ante las dudas suscitadas por las nuevas sentencias del Tribunal Constitucional, esta Sala adoptó el 3 de junio de 2015 un Acuerdo no Jurisdiccional fijando su doctrina con el siguiente alcance:

"Las declaraciones ante los funcionarios policiales no tienen valor probatorio.

No pueden operar como corroboración de los medios de prueba. Ni ser contrastadas por la vía del art. 714 de la LECrim. Ni cabe su utilización como prueba preconstituída en los términos del art. 730 de la LECrim.

Tampoco pueden ser incorporadas al acervo probatorio mediante la llamada como testigos de los agentes policiales que las recogieron.

Sin embargo, cuando los datos objetivos contenidos en la autoinculpación son acreditados como veraces por verdaderos medios de prueba, el conocimiento de aquellos datos por el declarante evidenciado en la autoinculpación puede constituir un hecho base para legítimas y lógicas inferencias. Para constatar, a estos exclusivos efectos, la validez y el contenido de la declaración policial, deberán prestar testimonio en el juicio los agentes policiales que la presenciaron".

Posteriormente la STS 447/2015, de 29 de junio, entre otras muchas, asumió la doctrina del Acuerdo no Jurisdiccional, que no ha sido modificada. Por su claridad citaremos algunos de los pasajes más relevantes para la cuestión que nos atañe.

Por su parte, esta Sala de casación ya recogió en las sentencias 1117/2010, de 7 de diciembre, 546/2013, de 17 de junio, y 715/2013, de 27 de septiembre, la referida doctrina de la sentencia 68/2010 del Tribunal Constitucional. En estas resoluciones se dijo que la declaración policial de un coimputado o de un testigo no ratificada después en la fase judicial de instrucción ni tampoco en la vista oral del juicio no puede operar como prueba de cargo, pues no cumplimenta los cuatro requisitos que exige la jurisprudencia del Tribunal Constitucional para poder valorar las diligencias sumariales en la sentencia como prueba incriminatoria.

Esta Sala señaló que la argumentación de la STC 68/2010 se consideraba razonable y coherente con su doctrina sobre las garantías en el proceso penal, pues en el derecho procesal moderno siempre se ha considerado que la investigación policial es una fase preliminar o preprocesal del auténtico proceso que poco tiene que ver realmente con este. Y, es más, incluso se ha asumido que la fase de instrucción no integra el auténtico proceso, sino una preparación del mismo. Igualmente, se ha venido entendiendo sin discrepancias relevantes al respecto que las actuaciones policiales se practican en un marco extraprocesal en el que las garantías del justiciable aparecen constreñidas, por lo que los datos que se obtienen en una investigación policial carecen, salvo excepciones puntuales, de eficacia probatoria.

En efecto, desde la perspectiva garantista que adopta la doctrina del Tribunal Constitucional, se ha fijado una línea fronteriza con importantes connotaciones valorativas entre lo que es el proceso penal y la investigación policial previa. Y es que la implicación de la policía en la investigación y el afán lógicamente inquisitivo con que opera en el ámbito extraprocesal ubica la labor policial lejos de los parámetros propios de la imparcialidad y la objetividad que han de impregnar el auténtico proceso, parámetros que el TC solo atribuye a la autoridad judicial (ver STC 68/2010, ut supra).

Deben, por tanto, deslindarse de forma ostensible las diligencias que se practican en el marco de una dependencia policial y aquellas otras que tienen lugar en un juzgado de instrucción. Pues la dosis de constreñimiento y presión ambiental con que se realizan algunas diligencias en un recinto policial poco tienen que ver con las garantías con que se opera en el marco judicial propio del proceso penal. En este sentido, los profesionales que intervienen en el proceso son plenamente conscientes de los matices inquisitivos que albergan las diligencias policiales, ya sea por enfatizar los datos incriminatorios que afloran en la investigación en detrimento de los exculpatorios, ya por intervenir en algunos supuestos de forma activa en el resultado de la investigación a través de sugerencias y matizaciones que resultan incompatibles con las exigencias de objetividad e imparcialidad que requiere una diligencia que pretenda operar con eficacia probatoria en el juicio oral.

Pues bien, que en un contexto inquisitivo de esa índole (SSTC 136/1992 y 142/1997) se reciba una declaración policial a un imputado o a un testigo y, a la postre, esa diligencia acabe operando de forma sustancial como prueba de cargo en un juicio penal, contradice los principios sustanciales del proceso debido.

Así las cosas, no puede extrañar que en la referida sentencia 68/2010 del Tribunal Constitucional se afirme que "tampoco pueden ser objeto de lectura en la vista oral a través de los cauces establecidos por los arts. 714 y 730 LECrim , por cuanto dichos preceptos se refieren exclusivamente a la reproducción de diligencias practicadas en la fase instructora propiamente dicha, es decir, en el periodo procesal que transcurre desde el Auto de incoación del sumario o de las diligencias previas y hasta el Auto por el que se declara conclusa la instrucción, y no en la fase "preprocesal" que tiene por objeto la formación del atestado en la que, obviamente, no interviene la autoridad judicial sino la policía".

Esta Sala ha insistido en diferentes resoluciones, aparte de las ya citadas, en que toda sentencia que construya el juicio fáctico de autoría basándose en una declaración autoincriminatoria o heteroincriminatoria prestada en sede policial, se apartará no sólo del significado constitucional del derecho a la presunción de inocencia, sino del concepto mismo de «proceso jurisdiccional», trasmutando lo que son diligencias preprocesales -que preceden al inicio de la verdadera investigación jurisdiccional- en genuinos actos de prueba. La posibilidad de tomar en cuenta declaraciones prestadas extramuros del juicio oral no alcanza a las declaraciones prestadas en sede policial (SSTS 483/2011, de 30-5 ; 234/2012, de 16-3 ; 478/2012, de 29-

5 (EDJ 2012/179605); 792/2012, de 11-10 ; 220/2013, de 21-3 ; 256/2013, de 6- 3; 283/2013, de 26-3; 546/2013, de 17-6; y 421/2014, de 16-5, entre otras).

Muy recientemente, al haberse dictado dos nuevas sentencias por el TC, las sentencias 164/2014, de 8 de octubre, y 33/2015, de 2 de marzo, cuyo contenido introduce ciertos matices que parecen propiciar algunos efectos incriminatorios a las declaraciones policiales sometidas a contradicción en la vista oral del juicio, se ha celebrado un Pleno no Jurisdiccional de esta Sala con el fin de establecer una línea interpretativa que defina el criterio a adoptar ante una declaración incriminatoria o autoincriminatoria prestada en sede policial.

En efecto, en las dos referidas sentencias del TC que se acaban de citar se apunta la posibilidad de que las declaraciones policiales sean sometidas a contradicción en la vista oral del juicio y que se le pueda pedir explicaciones al imputado sobre sus modificaciones o contradicciones en que hubiera incurrido Y, además, se afirma que una declaración policial no puede integrar prueba de cargo "por sí sola" o fundamentar una condena con su "exclusivo apoyo", y también se hace referencia a posibles efectos en el ámbito de la "credibilidad" del sujeto que incurre en alguna contradicción entre su declaración policial y la judicial. Incisos jurisprudenciales que parecen inconciliables con otros apartados de las mismas sentencias en los que se remarca que las declaraciones autoinculpatorias prestadas en diligencias policiales no tienen ningún valor probatorio.

Por tanto, las declaraciones ante la policía carecen de valor probatorio y no pueden ser utilizadas para corroborar otros medios de pruebas, como las declaraciones que presten en el juicio los que declararon ante la policía. Tampoco pueden ser introducidas en el juicio como documental cuando el testigo no pueda comparecer a juicio o cuando el testigo introduzca en el juicio manifestaciones contradictorias con las prestadas en sede policial (artículos 730 y 714 de la LECrim) y tampoco pueden ser introducidas en el juicio mediante el testimonio de referencia de los agentes policiales que las presenciaron. A efectos probatorios son inexistentes.

Pues bien, en el caso sometido a nuestro examen casacional se han incumplido estas exigencias. Las declaraciones prestadas por las menores ante la Guardia Civil no fueron ratificadas a presencia judicial durante la fase de instrucción, a pesar de que la defensa lo interesó. No era función de la defensa exigir esta formalidad, pero el hecho de que lo solicitara y fuera desestimada su petición es un dato muy relevante que pone de manifiesto la falta de garantías que presidió la fase de instrucción en este particular. Las declaraciones fueron introducidas en el juicio a pesar de la oposición de la defensa. Para justificar su peso incriminatorio se recibió declaración a los agentes policiales a fin de que explicaran el método seguido e incluso su propio contenido y, por último, la sentencia de primera instancia ha dedicado buena parte de su contenido argumentativo a realizar un minucioso análisis de estas declaraciones, muy meritorio y exhaustivo, pero que carece de validez y no puede servir de fundamento para un pronunciamiento de condena.

Las exigencias que se derivan del principio de presunción de inocencia obligan a depurar el material probatorio y excluir de él a las declaraciones prestadas por las menores ante la Guardia Civil, sin presencia del Juez, del Fiscal y de la defensa.

- Valor de las declaraciones realizadas por las menores en el marco de un informe pericial

Las pruebas deben practicarse por regla general ante el juez o tribunal que vaya a dictar sentencia. Las únicas pruebas son las realizadas en el juicio. La razón de esta regla o principio es que se garantiza que el juez o tribunal valore con inmediación y de forma directa las pruebas personales en las que la inmediación juega un papel relevante. En el juicio también están presentes e intervienen las partes, lo que asegura que esas pruebas se hayan producido con contradicción procesal, dando oportunidad a que las partes enriquezcan o cuestionen el testimonio desde su distinta posición en el conflicto.

Las declaraciones testificales realizadas en la fase sumarial ante el juez de instrucción no son pruebas en sentido estricto, sino diligencias de investigación que permiten conocer el hecho que se investiga a los solos efectos de determinar si existen indicios suficientes para la celebración del juicio.

Sin embargo, esta regla tiene excepciones:

  - a) De un lado, cuando se prevea que un testigo no podrá comparecer a juicio (por ejemplo, por riesgo de muerte o por residencia en el extranjero) y también cuando sea menor o sea una persona con la capacidad judicialmente modificada (para evitar entre otros riesgos la victimización secundaria) la ley procesal permite que la declaración sumarial se realice ante el juez, con la intervención de las partes y, en tal caso, tenga pleno valor probatorio, siempre que el testigo finalmente no comparezca en el juicio. La doctrina procesal denomina esta eventualidad como prueba preconstituída.

    El Tribunal Constitucional (STC 141/2001, de 17 de julio) y esta Sala Segunda del Tribunal Supremo (STS 598/2015, y 389/2017, de 29 de mayo, entre otras muchas) vienen declarando que se condiciona la validez como prueba de cargo pre-constituida de las declaraciones prestadas en fase sumarial, al cumplimiento de los siguientes aspectos: a) Materiales: que exista una causa legítima que impida reproducir la declaración en el juicio oral; b) Subjetivos: la necesaria intervención del Juez de Instrucción; c) Objetivos: que se garantice la posibilidad de contradicción, para lo cual ha de haber sido convocado el Abogado del imputado, a fin de que pueda participar en el interrogatorio sumarial del testigo; y d) Formales: la introducción del contenido de la declaración sumarial a través de la lectura del acta en que se documenta, conforme a lo ordenado por el artículo 730 LECrim, o a través de los interrogatorios, o si la disponibilidad de medios tecnológicos lo permite, mediante el visionado de la grabación de la diligencia, lo que posibilita que su contenido acceda al debate procesal público y se someta a confrontación con las demás declaraciones de quienes sí intervinieron directamente en el juicio oral.

    Esta doctrina constitucional ha sido acogida por el Legislador al regular la declaración preconstituída de menores de edad. El artículo 433.3 de la LECrim regula esa declaración testifical de la siguiente forma:

    “En el caso de los testigos menores de edad o personas con la capacidad judicialmente modificada, el Juez de Instrucción podrá acordar, cuando a la vista de la falta de madurez de la víctima resulte necesario para evitar causarles graves perjuicios, que se les tome declaración mediante la intervención de expertos y con intervención

del Ministerio Fiscal. Con esta finalidad, podrá acordarse también que las preguntas se trasladen a la víctima directamente por los expertos o, incluso, excluir o limitar la presencia de las partes en el lugar de la exploración de la víctima. En estos casos, el Juez dispondrá lo necesario para facilitar a las partes la posibilidad de trasladar preguntas o de pedir aclaraciones a la víctima, siempre que ello resulte posible".

- b) De otro lado, la ley prevé dos situaciones en que se puede introducir la declaración sumarial mediante lectura: Cuando el testigo no comparezca en el juicio (artículo 730 de la LECrim) y cuando se aprecie que el testigo en el juicio incurre en contradicciones respecto de lo declarado en fase sumarial (artículo 714 de la LECrim). Para que estas declaraciones puedan acceder al juicio es necesario que se hayan prestado ante el juez de instrucción y con la intervención de las partes (STC 155/2002, 187/2003. Así lo recuerda la STS 726/2011, de 6 de julio, en la que se afirma lo siguiente:
  "[...] Además de los primeros casos, en los que la presencia e intervención del Juez de instrucción viene expresamente exigida en el precepto legal, debe entenderse que, como expresa rotundamente la STC 206/2003, "debemos recordar aquí, como ya hiciéramos en la STC 51/1995, de 23 de febrero, F. 5, que los cauces establecidos por los artículos 714 y 730 LECrim se refieren exclusivamente a la reproducción de diligencias practicadas en la fase instructora propiamente dicha, es decir, en el período procesal que transcurre desde el Auto de incoación del sumario o de las diligencias previas y hasta el Auto que declara conclusa la instrucción, y no en la fase pre-procesal, que tiene por objeto la formación del atestado en la que, obviamente, no interviene la autoridad judicial sino la policía"". Solo, pues, las diligencias del sumario propiamente dicho y siempre que se hayan practicado de forma inobjetable en función de las garantías exigibles. Entre ellas, siempre, la presencia del Juez [...]".

En este caso no se han cumplido con los requisitos establecidos para que las declaraciones de las menores prestadas en fase de instrucción puedan acceder al juicio mediante su visionado. Esas declaraciones fueron realizadas ante la perito judicial, sin intervención del juez y de las partes. Se puede objetar a esta afirmación aludiendo al hecho de que en realidad son unas entrevistas realizadas en el contexto de un informe pericial y no declaraciones de investigación sumarial.

Es cierto que, para la realización de determinados peritajes, especialmente los médicos, psiquiátricos y psicológicos, el facultativo debe realizar la pertinente anamnesis, recabando de la persona examinada los datos de interés para la elaboración de su informe y esa actuación puede dar lugar a que esa persona revele información sobre el hecho investigado. Cuando el perito comparezca a juicio deberá rendir su informe y explicar sus conclusiones a la vista de todos los datos recabados pero lo que no es factible es que, a pretexto de un informe pericial, como ha ocurrido en este caso, se reciba declaración a las menores sobre lo sucedido, que esa declaración se grabe en formato audiovisual y que esa grabación acceda al juicio para su visionado. Con ese proceder se ha realizado una prueba anticipada sin cumplir con las exigencias establecidas en la ley. Las declaraciones se prestaron sin intervención del juez y de las partes, conforme exige el artículo 433.3 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Si se hubieran cumplido las exigencias anteriores las menores podrían no haber comparecido a juicio, siempre que el tribunal así lo hubiere dispuesto de forma fundada, siendo suficiente el visionado de su testimonio e incluso, aunque hubieran comparecido se podría haber contrastado su declaración sumarial con la prestada en el juicio si ello fuera necesario, pero no se procedió de esa manera. La grabación de las declaraciones no debería haber accedido al juicio oral y tampoco debería haber sido valorada en la sentencia para integrar las manifestaciones que las niñas prestaron en el juicio. Su admisión constituye una vulneración de las normas procesales que ha lesionado el derecho de defensa del acusado, razón por la que la grabación y los testimonios de referencia sobre las manifestaciones de las menores también deben ser excluidas del acervo probatorio (STC 68/2010, de 18 de octubre).

DATOS SENTENCIA

Sentencia núm. 223/2019
Fecha de sentencia: 29/04/2019
Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION (P)
Número del procedimiento: 10683/2018 P
Ponente: Excmo. Sr. D. Francisco Monterde Ferrer.

TEMA

Asesinato: alevosía sobrevenida. Ataque inicial violento y rápido con una botella de cristal, produciendo aturdimiento, en conjunción con la disminución de facultades producida en la víctima por la ingesta previa de bebidas alcohólicas. Ensañamiento. Transcurso de una hora desde la primera agresión hasta que fue arrojada la víctima al agua, donde falleció. Producción de 43 heridas de las que sólo una era mortal de necesidad. Proceso con todas las garantías. Improcedencia de la aplicación de la agravante de género. Falta de sumisión al Jurado de la cuestión, no figurando expresamente en el Objeto del Veredicto, y no pudiéndose entender comprendida en las preguntas formuladas, y contestaciones positivamente realizadas por aquél. No se puede exigir a la defensa del acusado que solicite la subsanación de tal omisión, cuando correspondería a las partes acusadoras.

ASPECTOS EXAMINADOS

- Asesinato. Alevosía. Ataque inicial violento y rápido con una botella de cristal, produciendo aturdimiento, en conjunción con la disminución de facultades producida en la víctima por la ingesta previa de bebidas alcohólicas. de acuerdo a nuestra jurisprudencia, (Cfr. STS de 1 de junio de 2006; STS 16-7-2013, nº 647/2013), la alevosía tiene su núcleo esencial en la anulación de las posibilidades de defensa de la víctima. En su explicación hemos distinguido distintas modalidades de alevosía, 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.

  Y la propia sentencia recurrida recoge, con acierto, precedentes jurisprudenciales de interés para el caso que nos ocupa. Así dice que: «La Jurisprudencia (STS 10339/2015, de 31 de marzo) permite el acogimiento de esta agravante con carácter sobrevenido cuando, aun habiendo mediado un enfrentamiento previo sin circunstancias iniciales alevosas, se produce un cambio cualitativo en la situación, de modo que esa última fase de la agresión, con sus propias características, no podía ser esperada por la víctima en modo alguno, en función de las concretas circunstancias del hecho, especialmente cuando concurre una alteración sustancial en la potencia agresiva respecto al instrumento utilizado, el lugar anatómico de la agresión y la fuerza empleada (SSTS 1053/2009 de 22 de octubre; 147/2007 de 19 de febrero; 640/2008 de 8 de octubre y 838/2014 de 12 de diciembre.)»

  Resulta así indudable la concurrencia de la negada alevosía en la conducta del recurrente, por lo que debemos dar la razón a la sentencia de apelación que -repetimos es la impugnada- cuando en su FJ Cuarto, rechaza la pretensión desvirtuatoria del apelante respecto de la circunstancia, basada en la discusión previa, el lugar y la tasa de alcohol.

  Y así señala, que: «El Jurado considera probado este ataque sorpresivo y súbito, inesperado para la víctima, la cual estaba de alguna manera indefensa por el alcohol que había ingerido, entre 0.85 y 0,91 gr/l de alcohol en sangre según resulta debidamente probado por los informes periciales técnicos. El primer golpe súbito con la botella en la cabeza, golpe muy fuerte según los médicos forenses unido al estado de embriaguez en que se hallaba MMM le produjo un estado de aturdimiento y confusión incompatible con toda posibilidad de defensa por parte de la víctima. A partir de ahí los numerosos golpes y agresiones que recibió, como enseguida se analizará, impiden toda posibilidad de defensa estando en todo momento aquélla a merced del agresor, de su brutal proceder. En definitiva, el ataque fue sorpresivo, inesperado, fulgurante, el primer golpe con la botella en la cabeza, y, a continuación, el sujeto activo se aprovechó de la situación en que se encontraba la víctima, completamente indefensa por el alcohol ingerido y por el aturdimiento que le produjo el primer golpe. Nótese que, como acertadamente afirma el Jurado al responder a la pregunta prevista en el apartado B), punto 2, unanimidad, el acusado no presenta lesiones que pudieran provenir de un acto de defensa de la víctima. Por otro lado, la víctima no tenía heridas defensivas en sus manos lo que revela también que no existió una efectiva posibilidad de defensa ni un previo forcejeo que dejase abierta la posibilidad (para aquélla) de repeler la agresión, y aunque hubiera habido una previa discusión entre las partes como consecuencia de los celos derivados de unos mensajes telefónicos que le habría enseñado MMM acreditando relaciones con otros hombres, hecho alegado por la defensa del acusado y que el tribunal del Jurado no considera probado, el T5, en recientísima sentencia de 27 de noviembre de 2017 que analiza un supuesto de alevosía sorpresiva, dispone que la existencia de una previa discusión o disputa verbal entre los protagonistas no excluye la alevosía: "... hay que insistir en que un enfrentamiento verbal no es telón de fondo que permitiese prever, imaginar o augurar un ataque homicida (alevoso) como el que se produjo", según establece literalmente la citada sentencia.»

  De modo que, tras lo dicho, respecto al lugar en que ocurrieron los hechos, en cuanto a la agresión sorpresiva, inesperada y fulgurante, y sobre la previa discusión, nada hay que añadir a lo expresado con acierto por el tribunal de apelación. Solamente cabe indicar sobre la tasa de alcohol ingerido por la víctima, que el grado de intoxicación se suma al aturdimiento producido por el descrito primer golpe; y que tal conjunción produjo una disminución de facultades indudable para la agredida, reduciendo, sino eliminando sus posibilidades de defensa. Y que la tasa, aunque no pueda dar lugar por su entidad a una intoxicación susceptible por sí misma de considerarse típica penalmente (conforme al art 379 CP, superior en aire espirado a 0,60 miligramos por litro o en sangre superior a 1,2 gramos por litro), no puede despreciarse.
- Ensañamiento. Transcurso de una hora desde la primera agresión hasta que fue arrojada la víctima al agua, donde falleció. Producción de 43 heridas de las que sólo una era mortal de necesidad.
- Esta Sala se ha pronunciado en numerosas ocasiones sobre la circunstancia agravante de ensañamiento (SSTS 16/2018, de 16 de enero;856/2014, de 26 de diciembre; 850/2015, de 26 de octubre; y 621/18, de 4 de diciembre, entre otras muchas) afirmando que el artículo 139 del Código Penal se refiere al ensañamiento como agravante especifica del asesinato con la expresión "aumentando deliberada e inhumanamente el dolor del ofendido", y por su parte, el art. 22.5ª, sin utilizar el término, considera circunstancia agravante genérica " aumentar deliberada e inhumanamente el sufrimiento de la víctima, causando a ésta padecimientos innecesarios para la ejecución del delito". En ambos casos se hace referencia a una forma de actuar en la que el autor, en el curso de la ejecución del hecho, además de perseguir el resultado propio del delito, en el

asesinato la muerte de la víctima causa, de forma deliberada, otros males que exceden a los necesariamente unidos a la acción típica, por lo tanto innecesarios objetivamente para alcanzar el resultado buscando la provocación de un sufrimiento añadido a la víctima, "la maldad brutal sin finalidad", en clásica definición de la doctrina penalista, males innecesarios causados por el simple placer de hacer daño, lo que supone una mayor gravedad del injusto típico. Es necesario que denote el deseo de causar sufrimientos adicionales a la víctima, deleitándose en la metódica y perversa forma de ejecutar el delito de homicidio, de manera que la víctima experimente dolores o sufrimientos que antecedan a la muerte y que sea un prolegómeno agónico del desenlace final" (STS 1232/2006, de 5 de diciembre).

Como indican las SSTS. 357/2005 de 20 de abril y 713/2008 de 13 de noviembre, el ensañamiento precisa para su apreciación de dos elementos: uno objetivo, constituido por la realización de males objetivamente innecesarios para alcanzar el resultado típico, que aumenten el dolor o sufrimiento de la víctima. Y otro subjetivo, consistente en que el autor debe ejecutar, de modo consciente y deliberado, unos actos que ya no están dirigidos de modo directo a la consumación del delito, sino al aumento del sufrimiento de la víctima (SSTS 1553/2003 de 19 de noviembre y 775/2005 de 12 de abril).

El elemento subjetivo puede inferirse racionalmente de los propios elementos objetivos que han concurrido en el caso, en cuanto el sujeto no suele exteriorizar su ánimo de incrementar deliberada e innecesariamente el sufrimiento y dolor de su víctima (STS 147/2007 de 19 de febrero) y se caracteriza por el propósito interno de satisfacer instintos de perversidad, provocando, con una conciencia y voluntad decidida, males innecesarios y más dolor al sujeto pasivo (STS 1042/2005 de 29 de septiembre) , por lo que no se apreciará la agravante si no se da "la complacencia en la agresión" -por brutal o salvaje que haya sido la agresión- (STS 896/2006 de 14.9). Este elemento subjetivo "no puede ser confundido con el placer morboso que se pueda experimentar con el sufrimiento ajeno" (STS 357/2005 de 20 de abril y STS 2.526/2001).

Esta Sala ha caracterizado el ensañamiento también por el ánimo frío, reflexivo y sereno en el autor, exigiendo la doble cualidad de "deliberación e inhumanidad. Así en las SSTS 26/09/1988 y 17/03/1989 se decía que "el ensañamiento ha de ser necesariamente frío, refinado y reflexivo, no encontrándose en la cólera que hiere o golpea ciegamente y sin cesar", de modo que no ha sido apreciada (la especifica del asesinato) "cuando las numerosas puñaladas que recibió la víctima no son producto de un ánimo subjetivo perverso y calculado para elevar el sufrimiento de la víctima agredida, sino la expresión de su propósito homicida que ejecuta de forma violenta e incontenida". Por ese motivo se ha afirmado que "resulta secundaria la consideración exclusivamente numérica de las puñaladas inferidas a la víctima" (SSTS. 2469/2001 de 26 de diciembre).

Sin embargo, la doctrina más reciente de esta Sala no exige esa frialdad de ánimo, porque el desvalor de la acción y del resultado que constituye el fundamento de este elemento del delito de asesinato, cuando va acompañado del otro requisito subjetivo, no puede quedar subordinado al temperamento o modo de ser específico del autor del delito, que es el que determina un comportamiento más o menos frío o reflexivo o más o menos apasionado o acalorado. La mayor antijuridicidad del hecho y la mayor reprochabilidad del autor, que habrían de derivar en ese aumento deliberado e inhumano del dolor del ofendido, nada tienen que ver con esa frialdad de ánimo o ese acaloramiento que la realización del hecho puede producir en el autor del delito. Hay quien controla más y quien controla menos sus sentimientos. Y hay quien los mantiene disimulados en su interior. Y de esto no puede hacerse depender la existencia o no de ensañamiento (STS. 775/2005 de 12 de abril). En definitiva, hemos reiterado que el término" deliberadamente" se identifica con el conocimiento reflexivo de lo que se está haciendo, y la expresión "inhumanamente" con un comportamiento impropio de un ser humano (SSTS. 1760/2003 de 26 de diciembre y 1176/2003 de 12 de septiembre).

Los criterios jurisprudenciales que acabamos de mencionar nos ponen en el camino de dar una respuesta al reproche casacional de la acusación particular.

En los hechos probados de la sentencia, reproducidos literalmente en los antecedentes de esta resolución, se describió la acción occisiva de modo que el ensañamiento resulta, de las acciones del recurrente contra su ex pareja y de la extensión temporal de los ataques. Son unos hechos que no tienen explicación razonable salvo que se deseara causar a la víctima sufrimientos innecesarios.

Resumiendo lo acontecido resulta que, desde la primera agresión hasta que ZZZ tiró al agua a MMM transcurrió al menos una hora; el cuerpo de la víctima presentaba 43 heridas, de las que solo una era mortal de necesidad aunque no fue la que causó la muerte, que se debió a asfixia por sumersión al encontrarse agua en los pulmones; el acusado tenía instrumentos para causar una muerte rápida, como las piedras que empleó, pero inició la agresión en el coche (sorpresivamente, como se ha argumentado) y, sin que la víctima pudiera ya defenderse, la continuó después fuera de él (donde la golpeó con la botella hasta que ésta se rompió; arrastró a su víctima (sin ningún cuidado) por la pendiente del barranco que llevaba al agua, quedando señales de sangre a lo largo del trayecto de bajada en zigzag y numerosas erosiones y cortes en el cuerpo de MMM (este arrastre no era necesario para acabar con su vida, pues podía haber acabado con ella al lado del vehículo); finalizando el ataque junto al agua con nuevas agresiones y arrojando el cuerpo, todavía con vida, al agua. Las agresiones están descritas en los hechos probados, e incluyen fuertes golpes y al menos una estrangulación no mantenida hasta la muerte. Los hechos ponen de manifiesto que la intención de ZZZ no era solo acabar con la vida de MMM, sin riesgo para él, sino que sufriera un dolor innecesario y prolongado antes de que muriera.

En consecuencia, la sentencia de apelación precisa -de un modo perfectamente asumible- en su FJ. Quinto, que «en el caso enjuiciado debe acogerse, como se deduce de los argumentos de la sentencia de primer grado, que la víctima siempre estuvo a merced del acusado; de forma alevosa y aún en el interior del vehículo la golpeó en la cabeza con extraordinaria violencia, usando un instrumento contundente; acometimiento y agresión que, al menos, la aturde, anulando sus facultades de defensa; acción violenta, brutal e inesperada; la persigue cuando la víctima pretende la huida y nuevamente la golpea con la misma botella en la sien, con fuerza tal que ésta se rompe en múltiples pedazos; ya en el terraplén inicia el acusado un sinfín de actos violentos e innecesarios para causar la muerte, computándose hasta 43 heridas que la sentencia de primer grado enumera.»

- Proceso con todas las garantías. Improcedencia de la aplicación de la agravante de género. Falta de sumisión al Jurado de la cuestión, no figurando expresamente en el Objeto del Veredicto, y no pudiéndose entender comprendida en las preguntas formuladas, y contestaciones positivamente realizadas por aquél. No se puede exigir a la defensa del acusado que solicite la subsanación de tal omisión, cuando correspondería a las partes acusadoras.

  Por lo que se refiere al aspecto sustantivo, nos dice la STS 565/2018, de 19 de noviembre que la agravante de género aparece regulada en el artículo 22 del Código Penal, que establece: "Son circunstancias agravantes: 4º. Cometer el delito por motivos racistas, antisemitas u otra clase de discriminación referente a la ideología, religión o creencias de la víctima, la etnia, raza o nación a la que pertenezca, su sexo, orientación o identidad sexual, razones de género, la enfermedad que padezca o su discapacidad." Esta agravante fue introducida por la LO 1/2015, de 30 de marzo, y para estudiar su fundamento es interesante analizar lo expuesto en la Exposición de Motivos de dicha Ley Orgánica, en donde se lee: "En materia de violencia de género y doméstica, se llevan a cabo algunas modificaciones para reforzar la protección especial que actualmente dispensa el Código Penal para las víctimas de este tipo de delito. En primer lugar, se incorpora el género como motivo de discriminación en la agravante 4.ª del artículo 22. La razón para ello es que el género, entendido de conformidad con el Convenio n.º 210 del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica, aprobado en Estambul por el Comité de Ministros del Consejo de Europa el 7 de abril de 2011, como "los papeles, comportamientos o actividades y atribuciones socialmente construidos que una sociedad concreta considera propios de mujeres o de hombres", puede constituir un fundamento de acciones discriminatorias diferente del que abarca la referencia al sexo."

  Por otra parte, el Convenio de Estambul de 11 de mayo de 2011, ratificado por España el 18 de marzo de 2014, en su art. 3 apartado d) dispone que, por violencia contra la mujer por razones de género, "se entenderá toda violencia contra una mujer porque es una mujer o que afecte a las mujeres de manera desproporcionada".

  Con ello, el Convenio se pronuncia sobre esta cuestión exigiendo el establecimiento de una agravación. Y este Convenio fue ratificado en España (BOE 6 de junio de 2014) en virtud del Instrumento de ratificación del Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra la mujer y la violencia doméstica, hecho en Estambul el 11 de mayo de 2011. Es evidente que el fundamento de las agravaciones recogidas en este apartado 4º reside en el mayor reproche penal que supone que el autor cometa los hechos motivado por sentirse superior a uno de los colectivos que en el mismo se citan y como medio para demostrar además a la víctima que la considera inferior. Se lleva a cabo una situación de subyugación del sujeto activo sobre el pasivo, pero sin concretarse de forma exclusiva el ámbito de aplicación de la agravante sólo a las relaciones de pareja o ex pareja, sino en cualquier ataque a la mujer con efectos de dominación, por el hecho de ser mujer. Esta es la verdadera significación de la agravante de género. Recordemos que el Convenio de Estambul, que es el germen de la introducción de esta agravante, señala en su art. 2º que "El presente Convenio se aplicará a todas las formas de violencia contra las mujeres, incluida la violencia doméstica, que afecta a las mujeres de manera desproporcionada." En suma, y como dice la doctrina más autorizada, la agravante de género debe aplicarse en todos aquellos casos en que haya quedado acreditado que el autor ha cometido los hechos contra la víctima mujer por el mero hecho de serlo y con intención de dejar patente su sentimiento de superioridad frente a la misma; es decir, en aquellos casos en que se cometió el hecho por esa motivación, que atenta contra el principio constitucional de igualdad. Por el contrario, la circunstancia mixta de parentesco del artículo 23 del Código Penal responde a parámetros objetivables relacionados directa o indirectamente con la convivencia.»

  La sentencia recurrida en casación señala que «la cuestión que ahora se suscita ha tenido cabida, con reiteración, en el debate propio del acto del Juicio Oral; no es pues una cuestión que resulte desconocida para las partes o que, sorpresivamente y "motu propio" se incorpore a la sentencia recaída en la instancia por el Presidente del Tribunal del Jurado; se trata de una agravante que aparece definida ya en los escritos de Calificación del Ministerio Fiscal (folio 440); de la Acusación particular (folio 462) y de la Acusación popular (folio 471), quienes, en la misma forma, e insistentemente, hacían referencia, a lo largo del proceso, al contenido de la sentencia núm. 166/2015, de 25 de noviembre, del Juzgado de Violencia de la mujer núm. 1 de Badajoz, folios 200 a 202, por la que se condenaba al acusado por un delito de ("amenazas en el ámbito familiar- Violencia de género-") que lo fue, precisamente contra la misma persona a la que luego el acusado dio muerte, hecho por el que se sigue la presente causa. Desde este instante cualquier alegación de indefensión quedará en el ámbito

puramente formal; y lo anterior es así porque, acumulativamente, basta con estar al contenido de la declaración del acusado en el acto de la Vista para comprobar el interés que la parte, ahora recurrente, en orden a acreditar la causa o razón que pudiera motivar al acusado y en orden a la ejecución del hecho por el que resulta condenado.»

Así expone la resolución recurrida diversos pasajes de la grabación de la declaración del acusado en la vista del juicio oral, donde reconoce que la víctima le enseñó el móvil, demostrando que tenía relaciones sexuales con otros hombres, que ello le puso celoso, que a ella le gustaba ponerlo así y que él sufrió un ataque de celos.

La sentencia precisa que «en realidad la ejecución del hecho está indisolublemente unida a esta agravante sin que se pueda escindir o prescindir de la misma para conseguir un resultado lógico y razonable; la muerte no se produce como consecuencia de robo o cualquier otro delito contra la propiedad; tampoco porque estuviera atacada la libertad sexual de la víctima (quien fue en todo momento consentidora); o en defensa de la propia vida y en defensa a una agresión previa (riña); en realidad se produce gratuitamente; lo es como consecuencia de que la víctima le muestra diversas conversaciones grabadas con otro u otros hombres con quienes afirma el acusado aquella mantendría relaciones sexuales. Esta será y no ninguna otra, la causa que desencadene los acontecimientos ulteriores; y no había razón alguna para que aquella destructora decisión se desencadenara; porque si bien hubo una relación de pareja de la que había nacido un hijo la misma se hallaba interrumpida (al menos en plano formal) y por cuanto existía una sentencia judicial consentida y firme que le condenaba, entre otras penas, a una medida de alejamiento. El que la víctima estuviera pues con uno u otro hombre, distinto del acusado, aparece de todo punto como adecuado y normal, en el desarrollo de su libre sexualidad; y no existía razón para que tal hecho desencadenara un acometimiento con el que acaece; y es aquí donde entra la causa última que motiva el ataque, descrita con nitidez en la STC de Pleno 59/2008, denegatoria de cuestión de inconstitucionalidad respecto a la LO 1/2004, de 28 de diciembre, antes reseñada; es la concepción de patrimonialidad y de dominio que en su fuero interno sostiene el acusado la que le lleva a la comisión del más grave de los delitos, acabando con la vida de la víctima; no es más que la continuación lógica de la amenaza que el acusado vertía.»

…

En nuestro caso, se ha producido una ausencia en el Objeto del Veredicto, que no ha podido ser subsanada, ni siquiera de la manera que se pretende a través de las preguntas y respuestas :1, 2, 3, 5, 8, 12, 28, 29 y 30 del apartado a); las 7 y 8 del apartado b); y la 4 del apartado c). Y ello porque a los efectos de planteamiento de la agravante de referencia, resultan inocuas las preguntas con sus correspondientes respuestas 1,2, 3,28,29 y 30 del apartado A);7 del apartado B; y 4 del apartado C).Y reveladoramente contestadas de forma negativa las más expresivas ,y de interés al respecto: Apartado A) 5 (discusión como consecuencia de ciertas amistades masculina de aquella); 8(disputa verbal por el mismo motivo); y 12 (si ZZZ perdió los nervios ,como consecuencia de los celos por lo que le había contado ella y entró en un estado de ira). Y Apartado B),8 (si el acusado causó la muerte de MMM en un estado tal de ira, arrebato u obcecación por consecuencia de los celos).

Consecuencia de lo descrito y corroboración de lo mismo , es que los hechos probados, si bien recogen que “dentro del vehículo ZZZ golpeó a MMM con una botella de cristal (güisqui) de forma sorpresiva, asestándole un fuerte golpe…”, en ningún momento de la agresión, ni en ese inicial, ni en ninguno posterior, en el largo lapso temporal de una hora, se hace la menor referencia a su motivo, o a que procediera el acusado por celos, o irritado por la conducta sexual o la relaciones de la víctima con otros hombres.

Por todo ello, el motivo ha de ser estimado, con las consecuencias penológicas que se determinarán en segunda sentencia.

DATOS SENTENCIA

Sentencia núm. 224/2019
Fecha de sentencia: 29/04/2019
Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION
Número del procedimiento: 1424/2018
Ponente: Excmo. Sr. D. Francisco Monterde Ferrer.

TEMA

Alzamiento de bienes. Elementos de esta figura criminal.

ASPECTOS EXAMINADOS

- Esta Sala ha dicho (Cfr. STS 717/2016, de 27/09) que si bien, la regulación del delito de alzamiento de bienes conduce a afirmar que en el autor debe concurrir la condición de deudor, pues en los dos supuestos del artículo 257 se hace referencia al perjuicio de sus acreedores, el tipo no requiere la causación efectiva de un perjuicio, sino la intención de causarlo, por lo que no es necesario acreditar que la conducta ha llegado a perjudicar a los acreedores. La concurrencia de esa posibilidad de perjuicio que mueve al autor debe examinarse en atención al momento en el que se desarrolla la conducta.

  También ha dicho esta Sala (Cfr. STS 400/2014, de 15 de abril; STS 1052/2005, de 20 de septiembre), que "no es tampoco requisito del delito de alzamiento de bienes que se haya iniciado la ejecución del procedimiento civil. Es irrelevante que los procedimientos de una jura de cuentas se instasen con posterioridad a la presentación de la querella. La argumentación sobre la atipicidad del favorecimiento de acreedores tendría cierta viabilidad si efectivamente la despatrimonialización obedeciese en exclusiva a la necesidad de atender otras deudas. Pero la sentencia da como probados unos actos de disposición en beneficio directo del acusado.

  Esta observación convierte en baldío el esfuerzo del recurrente por tratar de justificar deudas y pagos, lo que, por otra parte, casa mal con un motivo por infracción de ley del art. 849.1º LECrim ".

  En los hechos declarados probados por la sentencia de instancia, y que resultan intocables en la modalidad casacional utilizada, se hace constar que el recurrente que era administrador único de JJJ SLU, "que fue demandada en el procedimiento de medidas cautelares previas... Y emplazado el 27 de octubre de 2009, en el que se dictó auto de medida cautelar de prohibición de disponer el 28 de diciembre de 2009 de las fincas registrales AAA y BBB del Registro de la Propiedad de CCC que se encontraban inscritas a nombre de la sociedad de la cual es su administrador único. La demanda procedía por el reconocimiento de deuda en documento privado realizado por el acusado a ZZZ (13.000 €), el 26/06/09, WWW (4588,18 €), el 06/07/09, YYY (11.810,26 €) y SSS (13.000 €) el 06/07/09) .... el acusado, entre otras razones para eludir el pago de esas deudas de forma ilícita, vendió 9 de julio de 2009 la finca registral número AAA a RRR la nº BBB a NNN el día 13 de noviembre de 2009. Al primero en compensación de unas deudas y mediante la dación en pago saldaba las deudas contraídas por aquel en la construcción de la propia promoción. Y la segunda la vendió por 157.071, 49 €, destinando 69.230, 65 € a pagar la hipoteca de Caixa constituida en 2004 y 56 278,03 euros a la deuda con Hacienda Pública por lo que el acusado se hizo con 31.562,18 €. De esta manera justificó encontrarse en insolvencia ante la reclamación judicial e imposibilitó o dificultó el embargo y el cobro hasta la fecha".

  Así pues, en los hechos probados consta la existencia de una deuda anterior a las ventas efectuadas por el recurrente, con los perjudicados, como se desprende de la fecha de los documentos en los que se reconocía la deuda, en segundo lugar, consta igualmente el elemento subjetivo, "entre otras razones para eludir el pago de estas deudas de forma ilícita vendió", logrando de esta forma encontrarse en una situación de insolvencia y eludir el pago debido hasta la fecha. El hecho de que las ventas se hicieran con posterioridad al embargo de dichas fincas acordada por el juzgado, no priva en absoluto de la tipicidad de la conducta, por cuanto que las deudas y el reconocimiento de las mismas eran anteriores a las enajenaciones y a través de las mismas, consiguió eludir el pago, pero es más, nos encontramos con que con la segunda venta obtuvo un beneficio de 31.562, 18 €, que no entregó a los perjudicados, con la que prácticamente podía haber saldado las deudas con los mismos. Y sin que podamos olvidar, que el artículo 257 CP, vigente en el momento de los hechos, establecía:

  > 1. Será castigado con las penas de prisión de uno a cuatro años y multa de doce a veinticuatro meses:
  > 1º.- El que se alce con sus bienes en perjuicio de sus acreedores.
  > 2º.- Quien, con el mismo fin, realice cualquier acto de disposición patrimonial o generador de obligaciones que dilate, dificulte o impida la eficacia de un embargo o de un procedimiento ejecutivo o de apremio, judicial, extrajudicial o administrativo, iniciado o de previsible iniciación".

- Así, en el presente caso, es evidente que el acto generador de la deuda ya se había producido y reconocido documentalmente, antes de las ventas, y, por lo que respecta a la primera venta realizada el 9 de julio de 2009 nos encontramos en un supuesto de "previsible iniciación", del procedimiento; y en la segunda, el procedimiento ya había sido iniciado, pues consta los hechos probados que la venta se hizo el 13 de noviembre de 2009, y el acusado había sido emplazado el 27 de octubre de 2009, tal y como se resalta en el Fundamento Jurídico Segundo, de la sentencia que damos por reproducido. Concurren así todos y cada uno de los requisitos exigidos por esta Sala, para configurar el delito por el que ha sido condenado el recurrente: la existencia de un crédito contra sujeto activo del delito, el elemento dinámico consistente en realizar actos de disposición patrimonial que logra excluir algún elemento patrimonial de las posibilidades de ejecución de los acreedores, el resultado de la insolvencia y elemento tendencial de salvar para sí algún bien o todo su patrimonio de una posible ejecución.

DATOS SENTENCIA

Sentencia núm. 226/2019
Fecha de sentencia: 29/04/2019
Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION (P)
Número del procedimiento: 10424/2018 P
Ponente: Excmo. Sr. D. Alberto Jorge Barreiro.

TEMA

Estafa. Engaño como elemento nuclear. Hurto: subtipo agravado del art. 235.1.6° del C. Penal: situación de desamparo de la víctima.

ASPECTOS EXAMINADOS

- El engaño como elemento nuclear del delito de estafa y su apreciación en ambos casos con respecto a cada una de las víctimas. en el delito de estafa se requiere la utilización de un engaño previo bastante, por parte del autor del delito, para generar un riesgo no permitido para el bien jurídico (primer juicio de imputación objetiva); esta suficiencia, idoneidad o adecuación del engaño ha de establecerse con arreglo a un baremo mixto objetivo-subjetivo, en el que se pondere tanto el nivel de perspicacia o intelección del ciudadano medio como las circunstancias específicas que individualizan la capacidad del sujeto pasivo en el caso concreto. De manera que la idoneidad en abstracto de una determinada maquinación se vea completada con la suficiencia en el caso concreto en atención a las características personales de la víctima y del autor, y a las circunstancias que rodean al hecho. Además, el engaño ha de desencadenar el error del sujeto pasivo de la acción, hasta el punto de que acabe determinando un acto de disposición en beneficio del autor de la defraudación o de un tercero (STS 288/2010, de 16-3; y 421/2013, de 13-5).

  Es preciso, por lo tanto, valorar la idoneidad objetiva de la maniobra engañosa y relacionarla en el caso concreto con la estructura mental de la víctima y con las circunstancias en las que el hecho se desarrolla. El engaño, según la jurisprudencia, no puede considerarse bastante cuando la persona que ha sido engañada podía haber evitado fácilmente el error cumpliendo con las obligaciones que su profesión le imponía. Cuando el sujeto de la disposición patrimonial tiene la posibilidad de despejar su error de una manera simple y normal en los usos mercantiles, no será de apreciar un engaño bastante en el sentido del tipo del art. 248 CP, pues en esos casos, al no haber adoptado las medidas de diligencia y autoprotección a las que venía obligado por su profesión o por su situación previa al negocio jurídico, no puede establecerse con claridad si el desplazamiento patrimonial se debió exclusivamente al error generado por el engaño o a la negligencia de quien, en función de las circunstancias del caso, debió efectuar determinadas comprobaciones, de acuerdo con las reglas normales de actuación para casos similares, y omitió hacerlo (SSTS 1013/1999, de 22-6; 980/2001, de 30-5; STS 686/2002, de 19-4; 2168/2002, de 23-12; 621/2003, de 6-5; 113/2004, de 5-2; 278/2010, de 15-3; 752/2011, de 26-7; y 421/2013, de 13-5).

  La STS 928/2005, de 11 de julio, subraya que esta misma Sala, en diversas sentencias, ha delimitado la nota del engaño bastante que aparece como elemento normativo del tipo de estafa tratando de reconducir la capacidad de idoneidad del engaño desenvuelto por el agente y causante del error en la víctima que realiza el acto de disposición patrimonial en adecuado nexo de causalidad y en su propio perjuicio a la exigencia de su adecuación en cada caso concreto, y en ese juicio de idoneidad tiene indudablemente importancia el juego que pueda tener el principio de autorresponsabilidad, como delimitador de la idoneidad típica del engaño. Y en la sentencia 1024/2007, de 30 de noviembre, se afirma que es comprensible que la jurisprudencia de esta Sala, en aquellos casos en los que la propia indolencia y un sentido de la credulidad no merecedor de tutela penal hayan estado en el origen del acto dispositivo, niegue el juicio de tipicidad que define el delito de estafa.

  Pues bien, en el caso concreto, tal como remarca la Sala de apelación, la víctima era una persona con déficit cognitivo, vivía sola, estaba aislada socialmente debido a su falta de familia y tenía ya 75 años. Todo este cúmulo de factores han de ser debidamente ponderados para acabar concluyendo que la conducta del acusado creó un riesgo típicamente relevante en el patrimonio de la víctima, dada la probabilidad de lesión que generó en el bien jurídico protegido por la norma penal. Pues la conducta en el caso concreto era idónea para engañar a la denunciante, producirle un error y que ésta pusiera parte de su patrimonio a disposición del acusado.

  Por lo demás, como ha recordado esta Sala en otras ocasiones (STS 837/2915, de 26 de noviembre), el riesgo típico dolosamente generado por el acusado en el patrimonio de la denunciante, que se halla comprendido en el caso dentro del ámbito de la protección de la norma penal, se materializó en el resultado, habida cuenta que mediante su generación engañó a la titular del patrimonio y consiguió que ésta lo pusiera a su disposición. Ello significa que también concurren los requisitos del segundo juicio de imputación, al ser el riesgo típico dolosamente generado por el acusado el que se materializó en el resultado delictivo mediante un desplazamiento patrimonial en perjuicio de la víctima y con un beneficio correlativo para el acusado.

Así las cosas, solo cabe concluir que se da en el caso el requisito del engaño bastante y además ha operado permeabilizando todos los elementos integrantes del delito de estafa.

- El cuestionamiento de la situación de desamparo de la víctima del delito de hurto.
  En el factum de la sentencia de la Audiencia se declara probado que el acusado se había ganado la amistad de CCC, persona que, como el denunciante anterior, también vivía sola. Ese dato lo complementa en la fundamentación de la sentencia con otros tres: que no tenía familia alguna, que vivía aislada socialmente y que padece un déficit cognitivo leve sin repercusión cognitiva significativa ni en la esfera clínica (demencia) ni en la esfera de autogobierno (toma de decisiones autogobierno), precisando que el citado deterioro cognitivo leve en su contexto de relativo aislamiento social puede contribuir a hacerla más vulnerable al engaño y esta vulnerabilidad es la que también ha apreciado el Tribunal a través de las explicaciones expresadas por la perjudicada.
  En el recurso se hace una especial referencia a que solo el dato de que vivía sola figura como probado en la narración histórica de los hechos, pero no los otros que sí se describen y explican en el análisis de la prueba, constando incluso un informe pericial sobre el déficit cognitivo de la víctima.
  Pues bien, si en el factum de la sentencia se describe una relación del acusado con la víctima de casi un año, en el curso de la cual tuvo numerosos contactos importantes de naturaleza económica y accedía además a la vivienda de la denunciante, es claro que al plasmarse esos datos en la premisa fáctica se está diciendo también que vive aislada socialmente y que nadie mira por ella ni por su situación económica.
  Por consiguiente, los datos relevantes relativos a que la víctima, además de vivir sola, lo hace aislada socialmente y que carece de familia, es claro que se entienden implícitamente reflejados en la propia narración fáctica. Ello quiere decir que el único dato que falta por reseñar es el leve déficit cognitivo que padece y que, aunque sea en un escaso grado, repercute algo en su vulnerabilidad, una vez que se complementa con los datos anteriores.
  Así las cosas, el considerar a la víctima, tal como se hace en las sentencias dictadas, una persona desamparada, que es el término que utiliza el texto penal para agravar el tipo, se ajusta a los datos que se han ido exponiendo. Pues una persona que vive sola, que carece de familia y que no contacta habitualmente con otras se halla aislada socialmente.
  El otro dato, referente al déficit cognitivo, es cierto que no se expresa específicamente en el factum de la sentencia. Sin embargo, sí consta extensamente motivado en la fundamentación. Es más, ha sido objeto de una pericia y el médico forense compareció en el plenario a explicarlo, lo que conllevó un debate abierto y acompañado de una incuestionable contradicción en la vista oral.
  Así pues, el único dato que no se hallaba implícito en la premisa fáctica, sí alumbró con fuerza y con amplias garantías en su verificación en el plenario. Por lo cual, no puede hablarse ni remotamente de posibilidad alguna de indefensión del acusado en lo que respecta a la base fáctica de la agravación específica del tipo penal que ahora se cuestiona en el recurso. De modo que no cabe refutar la acreditación holgada de la situación de desamparo sobre la que se ha cimentado la aplicación de la agravación del tipo penal, para lo cual acude la parte a un exceso de formalismo retórico y huero que en este caso concreto no puede escudarse en una supuesta infracción de las garantías del proceso penal.

DATOS SENTENCIA

Sentencia núm. 227/2019
Fecha de sentencia: 29/04/2019
Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION
Número del procedimiento: 1074/2018
Ponente: Excmo. Sr. D. Francisco Monterde Ferrer.

TEMA

Delito de falsificación en documento oficial. Autorización Provisional de Circulación de Vehículo.

ASPECTOS EXAMINADOS

- Esta sala ha dicho (Cfr STS. 407/2018, de 18 de septiembre) que “a los efectos del Código Penal, conforme su propio art. 26, se considera documento todo soporte material que exprese o incorpore datos, hechos o narraciones con eficacia probatoria o cualquier otro tipo de relevancia jurídica. Y en cuanto los precintos descritos (alambre y plomo con el Escudo Nacional, identificación de su procedencia SVA-Servicio de Vigilancia Aduanera y número de control identificativo, en este caso de dos

dígitos), en cuanto proceden de la Administración Pública y su colocación por funcionarios públicos obedece a una específica y relevante función jurídica, en el ámbito propio de sus funciones, gozan de la naturaleza de documento oficial".

Y añadíamos en las STS 520/2016, de 16 de junio; STS 432/2013; STS 309/2012, de 12 de abril o 331/2013, de 25 de abril, que "con carácter general, el delito de falsedad documental consiste en la plasmación gráfica de una mutación de la realidad que se apoya en una alteración objetiva de la verdad, de manera que será falso el documento que exprese un relato o contenga un dato que sea incompatible con la verdad de los hechos constatados.- Y también se ha establecido (STS 331/2013 , de 25 de abril), contemplando el bien jurídico desde una perspectiva funcional, que al examinar la modificación, variación o mendacidad del contenido de un documento, han de tenerse presentes las funciones que constituyen su razón de ser, atendiendo sobre todo a la función probatoria, en cuanto el documento se ha creado para acreditar o probar algo, y a la función garantizadora, en cuanto sirve para asegurar que la persona identificada en el documento es la misma que ha realizado las manifestaciones que se le atribuyen en el propio documento (SSTS 1561/2002, de 24 de septiembre; núm. 845/2007, de 31 de octubre; y 165/2010, de 18 de febrero, entre otras)".

Así como también hemos precisado (Cfr STS 120/2016, de 22 de febrero; STS 25-5-1994) que se consideran documentos oficiales los que provienen de las Administraciones públicas (Estado CCAA, Provincias, Municipios) para satisfacer las necesidades del servicio o función pública y de los demás entes o personas jurídico-públicas para cumplir sus fines institucionales. Y la STS 835/2003, de 10 de junio, señala que cuando el documento nace o se hace con el único y exclusivo fin de producir efectos en el orden oficial o en el seno de las Administraciones públicas, debe merecer la conceptuación de documento oficial. Recordando la STS 262/2014, de 26 de marzo, que hoy es doctrina consolidada de la Sala, que hay que estar a la naturaleza del documento en el momento de la comisión de la maniobra mendaz (SSTS de 10 de marzo de 1993, 28 de mayo de 1994, 10 de septiembre de 1997), y de acuerdo con ello podría defenderse la naturaleza privada de dicho documento, pero que tal doctrina tiene una importante matización en relación a aquellos documentos privados que tienen como única razón de ser el de su posterior incorporación a un expediente público y por tanto la de producirse efectos en el orden oficial, provocando una resolución con incidencia o trascendencia en el tráfico jurídico (SSTS de 19 de septiembre de 1996, 4 de diciembre de 1998, 3 de marzo de 2000, 16 de junio de 2003 y 24 de enero de 2002) ". En el mismo sentido STS 99/2012, 1001/2012 o anteriores como la 165 o la 259/2010, que recuerdan que incluso puede hablarse de un "documento compuesto", inicialmente de naturaleza "privada", que en cuanto accede a un registro público de la Administración, determinando que la anotación en el mismo sea con arreglo a las menciones -desprovistas de verdad- que en aquél constan, se transforma en un documento "oficial" también falso o mendaz. El funcionario que inmediatamente realiza la inscripción, no es sino el instrumento utilizado por el acusado, como autor mediato que es de la falsedad en el documento oficial.

Y es también numerosa la jurisprudencia que exige que la "mutatio veritatis" o alteración de la verdad afecte a elementos esenciales del documento y tenga suficiente entidad para afectar a su normal eficacia en las relaciones jurídicas, de modo que no puede apreciarse la existencia de falsedad documental cuando la finalidad perseguida por el agente sea inocua o carezca de toda potencialidad lesiva (STS 843/2015, de 22 de diciembre; SSTS 165/2010, de 18-2; 880/2010, de 27-10; y 312/2011, de 29-4).

Por lo demás, no es preciso que se introduzca el documento en el tráfico jurídico o que sea admitido dentro del mismo para que se considere ejecutado y consumado el delito de falsedad. Pues la jurisprudencia de esta Sala tiene afirmado que no se requiere un perjuicio concreto en el tráfico jurídico para que concurra el tipo penal, sino que es suficiente un perjuicio meramente potencial en la vida del derecho a la que está destinado el documento (SSTS 279/2010, de 22-3; 888/2010, de 27-10; y 312/2011, de 29-4, entre otras). Y también se tiene dicho que la voluntad de alteración se manifiesta en el dolo falsario, se logren o no los fines perseguidos en cada caso concreto, convirtiendo en veraz lo que no es y resultando irrelevante que el daño se llegue o no a causarse (SSTS. 1235/2004, de 25.10; 900/2006, de 22-9; 1015/2009 de 28-10; y 309/2012, de 12-4).

- La Instrucción 14/V-107 de la Dirección General de Tráfico del Ministerio del Interior, de fecha 22-10-2014, a la que se refiere el recurrente, señala que:

  > "El 26 -4- 2012 se publicaba la Instrucción 12/V-96 que regulaba la autorización provisional de circulación expedida, y venía a sustituir el Justificante profesional, creado por el Escrito Circular de la DGT nº 54.013 de 18-5-1977; y que en virtud del Convenio de Colaboración de Gestión Administrativa Telemática entre la Jefatura Central de Tráfico y el Consejo de Gestores Administrativos , de 27-9-2007,dirigido a facilitar a los ciudadanos la tramitación para la expedición o renovación de las autorizaciones de circulación de sus vehículos, se permite que hoy en día los Colegios de Gestores puedan obtener en tiempo real y directamente del registro de vehículos de la DGT, las autorizaciones provisionales de circulación que entregan al ciudadano en tanto se expide el permiso de circulación definitivo por la Jefatura Provincial de Tráfico correspondiente.
  >
  > Y que, por ello, se considera oportuno sustituir la autorización contemplada en la Instrucción 12/V-96, por justificantes profesionales estandarizados y registrados electrónicamente por el Consejo de Gestores que justifiquen la solicitud de cambio de titularidad de un vehículo en una gestoría administrativa colegiada. Los justificantes profesionales solo se expedirán en aquellos casos en que no sea posible solicitar telemáticamente un cambio de titularidad y siempre que se cumplan las condiciones establecidas por la Administración y se expidan conforme al modelo establecido en el Anexo I.
  >
  > La presente Instrucción entrará en vigor el 3-11-2014, fecha a partir de la cual no serán válidos los justificantes profesionales expedidos al amparo del Escrito-Circular "

Visto lo anterior, hay que compartir el criterio de la sala de apelación que en su FJ Tercero indica que: «El documento cuestionado (folio 7 de la causa) es una falsificación de documento oficial. En el mismo aparece -en la parte superior izquierda- el membrete del Ministerio del Interior, Dirección General de Tráfico, y en la superior derecha el logotipo del

Consejo General de Colegio de Gestores Administrativos de España, viniendo a su vez suscrito por un Gestor Administrativo del Colegio Gestores Administrativos de Asturias: "Fernando Vega Torre (colegiado 00165) calle Marqués de Canillejas 72 (Siero), Polo de Siero" y dicho documento, de "AUTORIZACIÓN PROVISIONAL DE CIRCULACIÓN DE VEHÍCULO", fue suficientemente idóneo para confundir al titular del vehículo que, estimándolo auténtico, entregó el coche, con su documentación al hoy ,apelante el cual se lo llevó circulando -pese a que su destino era el desguace--sin darlo posteriormente de baja ni efectuar el cambio de titularidad; llegándole a la propietaria el Impuesto Municipal del vehículo al año siguiente. El documento lesionó la confianza de un ciudadano normal en la veracidad de un documento emanado de la Dirección General de Tráfico (un ciudadano normal no tiene porqué conocer la variedad de tipología de documentación expedida por la Administración), siendo irrelevante, a los efectos que tratamos, que el documento en litigio - en su formato válido hasta el día 3 de noviembre de 2014-hubiera sido sustituido por otro prácticamente idéntico, a excepción del encabezamiento y de las normas que en cada uno se citan (véase el Anexo I de la Instrucción 14/V-107 DGT). Es obvio que el documento simulado no era válido - como sostiene la parte apelante- pero no por el soporte físico utilizado (muy posiblemente el acusado desconociera que había sido sustituido por otro) sino por su falta de autenticidad.»

DATOS SENTENCIA

Sentencia núm. 234/2019
Fecha de sentencia: 08/05/2019
Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION
Número del procedimiento: 407/2018
Ponente: Excmo. Sr. D. Eduardo de Porres Ortiz de Urbina.

TEMA

Falsedad documental. Distinción entre el delito de estafa y el delito de fraude de subvenciones. Doctrina sobre el delito de falsedad documental y en su modalidad de falsedad por simulación. Aplicación retroactiva del nuevo régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas al derogado artículo 31.2 del Código penal. El nuevo régimen de responsabilidad de las personas jurídicas es incompatible con la responsabilidad directa y subsidiaria en el pago de la multa establecida en el artículo 31.2 del Código Penal derogado.

ASPECTOS EXAMINADOS

- Falsedad documental. Distinción entre el delito de estafa y el delito de fraude de subvenciones.
  Para la resolución de esta queja debemos de partir necesariamente del criterio establecido por esta Sala para distinguir el delito de fraude de subvenciones del artículo 308 CP del delito de estafa. En la STS 1030/2013, de 28 de noviembre, se estableció un nuevo criterio jurisprudencial que debe ser tomado en consideración. Por su relevancia reseñamos literalmente el fundamento jurídico décimo en el que se sintetiza la doctrina legal aplicable.

  "*[..] El fraude de subvenciones se introdujo por virtud de la LO 2/485: art. 350 precedente del art. 308 CP de 1995. Tal novedoso tipo suscitó desde sus orígenes problemas exegéticos.*

  El artículo 308 CP no recoge en su redacción típica alusión alguna a los términos "engaño bastante, ánimo de lucro, o error", característicos de la estafa. Pero la conducta que describe, en algunos casos podrá contar con esos elementos. Algunos autores incluso llegaron a cuestionar la necesidad de un tipo penal especial de fraude de subvenciones, desgravaciones y ayudas. En su estimación era suficiente con el tipo penal de estafa. Otros llegaron a afirmar que estábamos ante una modalidad de la estafa.

  Pero el contenido de los dos ilícitos no es coincidente. Mientras con la estafa el Legislador quiere sancionar conductas eminentemente atentatorias del patrimonio en los que el perjuicio ocasionado por el agente está materialmente desconectado de la idea de obtener una subvención, desgravación, o ayuda; la conducta que quiere castigarse con el art. 308, es la específica perturbación de los objetivos perseguidos y requisitos preestablecidos en los sistemas de ayudas y subvenciones.

  Se ha dicho por eso con razón que el delito de fraude de subvenciones, desgravaciones y ayudas, y el delito de estafa, poseen en principio ámbitos de aplicación diferenciados. Es posible deslindar los casos en que se aplicaría el delito de estafa y los casos en que se aplicaría el delito de fraude de subvenciones, desgravaciones y ayudas. El delito de estafa opera en los casos en que la ilicitud no radica tanto en falsear u ocultar las condiciones para la consecución de la subvención, ayuda o disfrute de la desgravación, sino en el desplazamiento patrimonial estando totalmente ausente la intención de destinar los fondos al fin para el que fueron otorgados. En cambio, puede apreciarse el delito de fraude de subvenciones, cuando la finalidad del agente tiene consonancia con la legalidad: se constata un

propósito de destinar los fondos al motivo para el que fueron otorgados, aunque no se tiene reparo en falsear u ocultar las condiciones requeridas para su consecución.

El delito de estafa, por su mayor desvalor, se configura como un delito principal sobre el subsidiario (delito de fraude de subvenciones).

Solo adquiere así plena coherencia la decisión del legislador de sancionar en todo caso con mayor pena la estafa que el fraude de subvenciones, así como la de seguir manteniendo un límite cuantitativo tan elevado para caracterizar el objeto material de este delito (art. 308).

Esta concepción, rescata el delito de estafa para esta materia. Entre otras cosas para salvaguardar la congruencia en la dispensación de sanciones. No tiene sentido equiparar un fraude consistente en la obtención de 120.001 euros con el plan premeditado burdo y exclusivo y excluyente de enriquecerse; que la obtención de esa misma subvención que se invierte efectivamente en los fines previstos, pero para cuya obtención se ocultó la ausencia de un requisito esencial o se simuló una cualidad que era imprescindible, pero de la que no se gozaba. La obtención fraudulenta de subvención del art. 308.1 no es una "estafa" especial en un ámbito específico. Por eso no supone expulsar a la estafa común de esta área (subvenciones), por existir un tipo más especial (lo que tampoco es cierto en rigor: la estafa también tiene algunos ingredientes que no aparecen en el art. 308: desde ciertas perspectivas es más especial la estafa). Las relaciones han de ser planteadas desde bases distintas. La incorporación del art. 350 (y sobre todo del actual art. 308) no quiso sustituir la estafa, con unas penas que a la larga han resultado más benignas; sino situar a su lado -no en su lugar- unas conductas que no encajaban en la estafa, es decir cubrir una laguna de punibilidad.

La mayor gravedad del delito de estafa le sitúa en las condiciones precisas para ser considerado ley principal frente al delito de fraude de subvenciones que vendría a recoger aquellas conductas que no pudiesen incluirse en la estafa por faltar alguno de sus requisitos (solapamiento valorativo en el que la agresión más perfecta y más próxima del bien jurídico ha de prevalecer sobre la menos intensa). Bajo la vigencia del CP de 1995 no es sostenible que la estafa sea ley subsidiaria del fraude como se llegó a entender con anterioridad. Esa es, con matices, la tesis refutada constitucionalmente, por resultar incompatible con el principio de legalidad. Sería paradójico que una conducta defraudatoria constitutiva de estafa resultase impune por referirse a subvenciones y no alcanzar los ciento veinte mil euros.

Ciertamente cuando el fraude de subvenciones en sentido estricto no alcance esa cifra es conducta sancionable solo administrativamente. Pero no puede sostenerse con carácter generalizado que en el campo de las subvenciones (o sea, cuando un sujeto se vale como mecanismo de la solicitud de una subvención) no caben estafas, aunque se colmen todos los elementos típicos. La conducta de quien solicita una subvención con el propósito preconcebido de incorporarla a su patrimonio, y simulando dedicarse a la actividad subvencionable, no puede quedar impune si no se alcanza ese monto.

Fraude de subvenciones y estafa tienen un cierto espacio de aplicación convergente, pero no excesivo si se miran bien las cosas. Buena parte de hechos encajables en el art. 308.1 y 308.2 quedan al margen de la estafa. En el art. 308.2, solo serían reconducibles a la estafa aquellos casos en que existe un plan premeditado de desviar el importe de la subvención y se usa de un engaño eficaz para obtenerla, es decir, superior a la mera mendacidad. Y en el art. 308.1 no colmarían las exigencias de la estafa muchos casos de falseamiento de datos y todos aquellos en que la subvención se invierte en la actividad u operación para la que se concedió, pese a haberse eludido con engaño algunos de los requisitos que reglaban esa concesión.

En estos fraudes de prestaciones como las subvenciones el delito de estafa ha de apoyarse en un concepto funcional de patrimonio, hoy admitido, en cuyo seno la teoría de la frustración del fin proporciona el criterio para determinar el daño patrimonial. Habrá por eso estafa cuando el beneficiario, aun cumpliendo todos los requisitos establecidos ex ante para acceder a la subvención actúa con el plan preconcebido de omitir absolutamente la actividad que se comprometía llevar a cabo. El fraude de subvenciones opera en los casos en que pese a invertir los fondos en la actividad subvencionada (lo que excluye el daño patrimonial de la estafa) se ha engañado al entre publico concedente sobre los requisitos establecidos (art. 308.1 CP) o cuando el propósito de desviar el importe de la subvención emerge con posterioridad. No sucede exactamente igual con las ayudas ex post en que la prestación patrimonial se somete exclusivamente a la comprobación de determinados requisitos no exigiéndose una aplicación específica (subsidios, premios y primas).

Hay estafa en conclusión cuando el agente lo que ha hecho es utilizar el mecanismo de las ayudas públicas o subvenciones como simple instrumento engañoso para llevar a cabo una defraudación; en que su único propósito era lucrarse con unos fondos que jamás pensó destinar a la actividad subvencionada. Esa desviación de fondos obtenidos a través de una maniobra engañosa, premeditada, que frustra de forma radical el fin de la subvención puede equipararse a la ausencia de contraprestación en las transacciones bilaterales. [..]"

Según la doctrina de esta Sala habrá estafa cuando se utiliza el mecanismo de la subvención como instrumento engañoso para llevar a cabo la defraudación, si está totalmente ausente la intención de destinar los fondos al fin para el que fueron otorgados. En cambio, habrá delito de fraude de subvenciones cuando se acredite el propósito de destinar los fondos al motivo para el que fueron otorgados, aunque se falseen u oculten las condiciones requeridas para su concesión.

Partiendo de esta distinción y aplicándola al caso que centra nuestro examen casacional debemos enfatizar que en el relato fáctico de la sentencia se declara probado que se confeccionaron documentos similares a las facturas de determinados proveedores, modificando su contenido haciendo constar que "se habían realizado cursos de formación por los importes allí reflejados y se aportaban a la Administración tales documentos para obtener las subvenciones por cursos de formación que no se habían impartido con la duración, intensidad y contenido que en aquéllas se reflejan".

En congruencia con esta inferencia, en la argumentación jurídica (FJ 5º) se señala que "no cabe apreciar la intención de pedir las subvenciones con el propósito de no realizar la actividad comprometida".

…

A partir de este material probatorio la sentencia concluye que "en el periodo enjuiciado se dio formación por parte de la empresa PPP, ya se le llamen cursos, cursillos, charlas, ya se hayan impartido con mayor o menor formalidad, de forma más o menos organizada, e incluso algunos, sobre la marcha, como algunos de los testigos han depuesto, al decir que era conforme se necesitaba, que siempre había personal nuevo que formar". Y también concluye afirmando que "lo que si se ha quedado evidenciado es que no se dieron los cursos con la duración e intensidad para corresponderse con los elevados importes de las facturas presentadas al Sector Naval reflejan en el concepto de formación, habiéndose cambiado el inicial concepto o alguno de ellos, que sí que era real por el de formación, si bien, la prueba no ha permitido llegar a mayor concreción y exactitud". Señala la sentencia que "a la Sala le ha dado la impresión de que los cursos se daban sin demasiadas formalidades, o algunos de ellos, y luego se daba una cobertura formal para pedir la subvención".

En definitiva, de lo actuado y a tenor del contenido del relato de hechos probados no ha resultado acreditado que la dinámica delictiva consistiera en falsear los documentos para obtener la subvención de una actividad no realizada, sino que se falsearon los documentos para justificar la reclamación de unas subvenciones por unos cursos que efectivamente se habían realizado, pero sin cumplir con las exigencias establecidas en la normativa correspondiente. En cualquier caso, lo que no se ha probado es que existiera la deliberada intención de no realizar la actividad subvencionada y, pese a ello, obtener la subvención.

La conducta desplegada por el condenado no encaja, por tanto, en el delito de estafa sino en de fraude de subvenciones, lo que conduce a la desestimación de este recurso.

- Doctrina sobre el delito de falsedad documental y en su modalidad de falsedad por simulación.

  Sobre esta modalidad típica tiene afirmado esta Sala que resulta razonable incardinar en ese precepto aquellos supuestos en que la falsedad no se refiere exclusivamente a alteraciones de la verdad de algunos de los extremos consignados en el documento, sino al documento en sí mismo, en el sentido de que se confeccione deliberadamente con la finalidad de acreditar en el tráfico una relación o situación jurídica inexistente. A tenor de lo cual, debe considerarse delictiva la confección de un documento que recoja un acto inexistente, con relevancia jurídica para terceros e induciendo a error sobre su autenticidad - interpretada en sentido amplio (STS 278/2010, de 15 de marzo).

  El Pleno no jurisdiccional de la Sala 2ª del TS de 26 de febrero de 1999 se pronunció por mayoría a favor de esta tesis, es decir, a favor de incriminar como falsedad ideológica la creación de documentos falsos en su contenido, al reflejar una operación inveraz por inexistente, aunque no concurrieran falsedades materiales en el documento emitido. Y a partir de la doctrina establecida en ese Pleno han sido muchas las sentencias que se han pronunciado en esa dirección (SSTS 817/1999, de 14 de diciembre; 1282/2000, de 25 de septiembre; 1649/2000, de 28 de octubre; 1937/2001, de 26 de octubre; 704/2002, de 22 de abril; 514/2002, de 29 de mayo; 1302/2002, de 11 de julio; 1536/2002, de 26 de septiembre; 325/2004, de 11 de marzo; 1302/2002, de 11 de julio; 1212/2004, de 28 de noviembre; núm. 1345/2005, de 14 de octubre; 37/2006, 25 de enero; y 298/2006, de 8 de marzo, 309/2012, de 12 de abril).

  Por citar un caso más reciente, la STS 309/2012, de 12 de abril, con cita de la 324/2009 argumenta que la confección completa de un documento mendaz que induzca a error sobre su autenticidad e incorpore toda una secuencia simulada e inveraz de afirmaciones con trascendencia jurídica, a modo de completa simulación del documento, que no tiene ni puede tener sustrato alguno en la realidad, elaborado con dolo falsario, debe ser considerada la falsedad que se disciplina en el artículo 390.1.2º del Código Penal, de modo que, según la doctrina de esta Sala, constituye falsedad la simulación consistente en la completa creación "ex novo" de un documento con datos inveraces y relativos a un negocio o a una realidad cuya existencia se pretende simular pues, verdaderamente, no existe en modo alguno.

  Recuerda la más reciente STS 905/2014 de 29 de diciembre, que resulta razonable incardinar en el art. 390.1. 2º del Código Penal aquellos supuestos en que la falsedad no se refiera exclusivamente a alteraciones de la verdad de algunos de los extremos consignados en el documento, sino al documento en sí mismo, en el sentido de que se confeccione deliberadamente con la finalidad de acreditar en el tráfico una relación o situación jurídica inexistente. A tenor de lo cual,

debe considerarse delictiva la confección de un documento que recoja un acto inexistente, con relevancia jurídica para terceros e induciendo a error sobre su autenticidad (en sentido amplio).

Precisando los contornos de este tipo de falsedad la STS 280/2013, de 2 de abril recuerda que en las sentencias más recientes dictadas sobre esta cuestión se ha consolidado el criterio de que determinadas falsedades ideológicas siguen estando penadas, si bien con un carácter restrictivo, en el actual texto penal. Y así, en la SSTS 213/2008, de 5 de mayo y 641/2008, de 10 de octubre, se afirma que la diferenciación entre los párrafos 2.º y 4.º del art. 390.1 debe efectuarse incardinando en el párrafo 2.º aquellos supuestos en que la falsedad no se refiera exclusivamente a alteraciones de la verdad en algunos de los extremos consignados en el documento, que constituiría la modalidad despenalizada para los particulares de faltar a la verdad en la narración de los hechos, sino al documento en sí mismo en el sentido de que se confeccione deliberadamente con la finalidad de acreditar en el tráfico jurídico una realidad jurídica absolutamente inexistente.

En el presente caso los documentos entregados para el cobro de las subvenciones simulaban facturas reales que habían sido emitidas por prestaciones que nada tenían que ver con la formación de trabajadores. Se trataba de duplicados o copias de dichas facturas creadas ex novo y en las que se incluían conceptos e importes que no tenían relación alguna con los servicios efectivamente prestados. No se trató, por tanto, de la creación de documentos en las que se incorporaba algún dato aislado que no se correspondía con la realidad, sino que todo el documento en su conjunto era una pura creación para obtener el cobro de la subvención.

Prueba de esta afirmación es la referencia que la sentencia hace de una factura en concreto, la 26/L, de 2010 para describir la operativa falsaria. Se trataba de una factura por importe de 30.000 € cuyo original consignaba 29.000 € por trabajos o servicios y 1.000€ por formación. En el documento simulado y creado ex novo se facturó por servicios 1.000 € y por formación 29.000€, sin que conste que lo facturado por formación se refiera a servicios efectivamente prestados en la fecha consignada en el documento.

- Aplicación retroactiva del nuevo régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas al derogado artículo 31.2 del Código penal. El nuevo régimen de responsabilidad de las personas jurídicas es incompatible con la responsabilidad directa y subsidiaria en el pago de la multa establecida en el artículo 31.2 del Código Penal derogado.

  El recurso de la mercantil UUU SA cuestiona que se haya aplicado el artículo 31.2 del Código Penal en su redacción vigente al tiempo de los hechos, pese a que dicho precepto ha sido derogado y sustituido por otra regulación de la responsabilidad de la persona jurídica que responde a principios penales radicalmente diferentes, de ahí que la formulación del motivo conduzca al análisis de la retroactividad de la ley penal más favorable.

  El artículo 9.3 CE establece el principio de irretroactividad de la ley penal perjudicial, lo que conlleva la garantía del ciudadano de no ser sancionado por delitos sobrevenidos, por acciones que en el momento de actuar o no eran delitos o eran sancionadas de forma más leve. Dicho principio se complementa con otro que responde a la necesidad de evitar que el ciudadano sea condenado con arreglo a una ley que ha sido sustituida por otra más benigna. A ello se refiere el artículo 2.2 del Código Penal en el que se dispone que “tendrán efecto retroactivo aquellas leyes penales que favorezcan al reo, aunque al entrar en vigor hubiere recaído sentencia firme y el sujeto estuviese cumpliendo condena”.

  La STC se refirió a esta cuestión en una de sus primeras sentencias, la STC 8/1981, de 30 de marzo, señalando que “el problema de la retroactividad e irretroactividad de la Ley penal (en realidad, no sólo de ella, sino también de otras disposiciones sancionadoras, aunque sólo a aquélla y no a todas éstas van dirigidas las consideraciones presentes) viene regulado por nuestra Constitución en su art. 9.3, donde se garantiza la irretroactividad de las "disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales". Interpretando a contrario sensu este precepto puede entenderse que la Constitución garantiza también la retroactividad de la Ley penal favorable, principio que ya estaba recogido y puntualmente regulado en cuanto a su alcance en el art. 24 CP que, lejos de oponerse a la Constitución y haber sido derogado por ella, resulta fortalecido por la interpretación del citado art. 9.3”.

  La justificación del principio de retroactividad de la ley penal más favorable se encuentra en razones de justicia, ya que es contrario a elementales criterios de justicia que se siga aplicando una ley penal reconocida como demasiado severa. También a exigencias del principio de necesidad de las penas en cuanto la derogación de una ley penal por otra más benigna indica que la ley derogada no era necesaria y también a razones de humanidad ya que sólo la aplicación retroactiva de la nueva ley favorece el principio de humanidad en la imposición de las penas.

  El problema surge a la hora de determinar qué norma es más favorable. A veces la cuestión es sencilla porque la norma posterior se limita a establecer una penalidad más leve, pero en otras ocasiones la cuestión es más compleja porque la nueva norma puede establecer penas de diferente naturaleza en las que no es sencillo determinar qué pena es más grave, o porque se establecen cambios en el régimen de sustitución o suspensión de la pena o incluso se modifican los presupuestos procesales que condicionan el ejercicio de la acción penal.

  La Disposición Transitoria 1ª.2 de la Ley Orgánica 1/2015, aplicable al presente caso, dispone que “(...) para la determinación de cuál sea la ley más favorable se tendrá en cuenta la pena que correspondería al hecho enjuiciado con la aplicación de las

normas completas del Código en su redacción anterior y con las del Código resultante de la reforma operada por la presente Ley y, en su caso, la posibilidad de imponer medidas de seguridad (...)".

Ciertamente la determinación de la ley penal más favorable debe ser establecida mediante la valoración global de las normas del Código Penal para determinar en cada caso si la nueva regulación produce como consecuencia final un trato punitivo más beneficioso, y para realizar esa ponderación debe tomarse en consideración cualquier presupuesto que vaya a ser tenido en cuenta en la realización del injusto culpable y que contribuya a fundamentar la condena. Resulta irrelevante el lugar sistemático que ese presupuesto ocupe en la teoría del delito y puede referirse a cualquiera de los elementos del delito, a normas penales en blanco, a normas internacionales aplicables en el delito correspondiente, a presupuestos materiales (condiciones objetivas de punibilidad) a presupuestos personales (causas personales de exclusión de la pena), y a las normas relativas a la medición, aplicación o ejecución de la pena. Afecta también a cualquier otro extremo relevante para el delito, la pena o para la situación de quien lo ha cometido. Podrían entrar en este ámbito la regulación de nuevas garantías o presupuestos procesales, ya que lo determinante para hacer la valoración es que la norma resultante sea más favorable en su conjunto.

En el presente caso se ha aplicado el artículo 31.2 CP vigente al tiempo de los hechos. El citado precepto establece un tipo de responsabilidad penal de la persona jurídica que en nada se parece al actualmente vigente. Se trata más bien de sujetar los bienes de la persona jurídica al pago de las responsabilidades pecuniarias derivada de la actuación delictiva de sus órganos de representación. Según parte de la doctrina académica se trata de una manifestación de la regla de que es posible imputar de forma directa e inmediata a la persona jurídica los efectos patrimoniales producidos por la acción de los administradores o representantes. No puede desconocerse, en cualquier caso, la naturaleza sancionadora de semejante disposición y tampoco que respondía a un principio de responsabilidad objetiva, ajeno al principio de culpabilidad. La sanción se imponía exclusivamente por consecuencia de la relación existente entre administrador y empresa, sin analizar si ésta había incurrido en algún tipo de ilícito.

Si se compara dicho precepto con la normativa actual puede advertirse que no sería factible imponer pena alguna a una persona jurídica derivada de la comisión de un delito de falsedad documental por parte de sus administradores. Atendiendo a ese dato no ofrece duda que la ley penal más favorable que debería haberse aplicado es la establecida por la Ley Orgánica 1/2015. Pero, al margen de este dato cuantitativo, también hay razones de orden cualitativo que permiten afirmar que el artículo 31.2 del Código Penal está completamente derogado y la sanción que establece no puede ser aplicada en la actualidad.

Desde el año 2008 en que ocurrieron los hechos hasta el año en que se dictó sentencia (2017) el régimen de responsabilidad penal de la persona jurídica ha sufrido cambios notables. Por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, de reforma del Código Penal, se suprimió el artículo 31.2 CP, aplicado en el presente proceso, y se introdujo un nuevo artículo, el 31 bis, por el que se estableció por primera vez en nuestra legislación penal la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Durante los años siguientes a la entrada en vigor del precepto se discutió vivamente si el nuevo régimen de responsabilidad establecía un sistema vicarial de responsabilidad o un sistema de autorresponsabilidad, lo que originó una nueva reforma legal, introducida por la Ley Orgánica 1/1015, de 30 de marzo.

Las dudas sobre la naturaleza de la responsabilidad penal de las personas jurídicas han quedado resueltas por la doctrina de esta Sala de la que es exponente la STS 221/2016, de 16 de marzo, entre otras, en la que se establece que la sanción penal de la persona jurídico tiene su fundamento en la responsabilidad de la propia empresa por un defecto estructural en los mecanismos de prevención frente a sus administradores y empleados en los delitos susceptibles de ser cometidos en el ámbito de actuación de la propia persona jurídica. La sentencia citada lo proclama con singular claridad en los siguientes términos:

> "[...] Que la persona jurídica es titular del derecho a la presunción de inocencia está fuera de dudas. Así lo hemos proclamado en la STS 154/2016, 29 de febrero : "... de manera que derechos y garantías constitucionales a los que se refieren los motivos examinados (...), como la tutela judicial efectiva, la presunción de inocencia, al juez legalmente predeterminado, a un proceso con garantías, etc. (...) ampararían también a la persona jurídica de igual forma que lo hacen en el caso de las personas físicas cuyas conductas son objeto del procedimiento penal y, en su consecuencia, podrían ser alegados por aquella como tales y denunciadas sus posibles vulneraciones".
>
> Esa afirmación no es sino consecuencia del nuevo estatuto de la persona jurídica en el proceso penal. Es importante, además, destacar que el conjunto de derechos invocables por la persona jurídica, derivado de su estatuto procesal de parte pasiva, eso sí, con las obligadas modulaciones, no puede ser distinto del que ostenta la persona física a la que se imputa la comisión de un hecho delictivo. Y es que la posición de los entes colectivos en el proceso, cuando son llamados a soportar la imputación penal, no debería hacerse depender del previo planteamiento dogmático que el intérprete suscriba acerca del fundamento de esa responsabilidad. En efecto, desde la perspectiva del derecho a la presunción de inocencia a la que se refiere el motivo, el juicio de autoría de la persona jurídica exigirá a la acusación probar la comisión de un hecho delictivo por alguna de las personas físicas

a que se refiere el apartado primero del art. 31 bis del CP, pero el desafío probatorio del Fiscal no puede detenerse ahí. Lo impide nuestro sistema constitucional. Habrá de acreditar además que ese delito cometido por la persona física y fundamento de su responsabilidad individual, ha sido realidad por la concurrencia de un delito corporativo, por un defecto estructural en los mecanismos de prevención exigibles a toda persona jurídica, de forma mucho más precisa, a partir de la reforma de 2015 [...]".

Antes de la entrada en vigor de la Ley Orgánica 5/2010 la sanción penal de la persona jurídica, limitada al pago directo y solidario de la multa impuesta al administrador o representante, se imponía de modo objetivo ya que solo había que acreditar la relación jurídica del sancionado con la persona jurídica. A partir de la ley citada y de forma aún más incuestionable, a partir de la Ley Orgánica 1/2015, la responsabilidad penal de la persona jurídica se justifica en el principio de auto responsabilidad y debe ser respetuosa con el principio de presunción de inocencia, lo que tiene innegables consecuencias en el régimen de prueba, así como en las garantías procesales que deben ser observadas para llegar a un pronunciamiento de condena. Desde esta perspectiva, la norma actual es más beneficiosa, no ya porque establece garantías procesales que no se han cumplido en este caso, sino porque sólo es posible la declaración de responsabilidad penal con fundamento en principios de auto responsabilidad que en este caso no podían ser tomados en consideración. El sistema actual es incompatible con la normativa derogada, de ahí que resulta improcedente su aplicación. Con similares resultados se ha pronunciado la reciente STS 704/2018, de 15 de enero.

DATOS SENTENCIA

Sentencia núm. 235/2019
Fecha de sentencia: 09/05/2019
Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION
Número del procedimiento: 433/2018
Ponente: Excmo. Sr. D. Alberto Jorge Barreiro.

TEMA

Delito continuado de Estafa. Autoprotección de la víctima. Unidad Natural de acción. Abuso de relaciones personales familiares. Excusa absolutoria.

ASPECTOS EXAMINADOS

- Los elementos que estructuran el delito continuado de estafa, a tenor de las pautas que marcan la doctrina y la jurisprudencia (SSTS 220/2010, de 16-2; 752/2011, de 26-7; y 465/2012, de 1-6), son los siguientes: 1) La utilización de un engaño previo bastante, por parte del autor del delito, para generar un riesgo no permitido para el bien jurídico (primer juicio de imputación objetiva); esta suficiencia, idoneidad o adecuación del engaño ha de establecerse con arreglo a un baremo mixto objetivo-subjetivo, en el que se pondere tanto el nivel de perspicacia o intelección del ciudadano medio como las circunstancias específicas que individualizan la capacidad del sujeto pasivo en el caso concreto. 2) El engaño ha de desencadenar el error del sujeto pasivo de la acción. 3) Debe darse también un acto de disposición patrimonial del sujeto pasivo, debido precisamente al error, en beneficio del autor de la defraudación o de un tercero. 4) La conducta engañosa ha de ser ejecutada con dolo y ánimo de lucro. 5) De ella tiene que derivarse un perjuicio para la víctima, perjuicio que ha de aparecer vinculado causalmente a la acción engañosa (nexo causal o naturalístico) y materializarse en el mismo el riesgo ilícito que para el patrimonio de la víctima supone la acción engañosa del sujeto activo (relación de riesgo o segundo juicio de imputación objetiva).

  Pues bien, en el caso que se juzga resulta incuestionable que el acusado actuó con un engaño precedente que operó como factor desencadenante y causal del desplazamiento patrimonial por parte de los dos sujetos pasivos de la acción delictiva en perjuicio de los mismos, desplazamiento que no se habría producido de resultar conocida la naturaleza real de la conducta del recurrente.

  Tampoco es cuestionable aquí que el acusado actuó mediante un ardid o señuelo bastante para generar un riesgo no permitido para el bien jurídico (primer juicio de imputación objetiva); esta suficiencia, idoneidad o adecuación del engaño ha de establecerse con arreglo a un baremo mixto objetivo-subjetivo, en el que se pondere tanto el nivel de perspicacia o intelección del ciudadano medio como las circunstancias específicas que individualizan la capacidad del sujeto pasivo en el caso concreto. De manera que la idoneidad en abstracto de una determinada maquinación sea completada con la suficiencia

en el caso concreto en atención a las características personales de la víctima y del autor, y a las circunstancias que rodean al hecho. Además, el engaño ha de desencadenar el error del sujeto pasivo de la acción, hasta el punto de que acabe determinando un acto de disposición en beneficio del autor de la defraudación o de un tercero.

Todos esos requisitos se dieron en la conducta del acusado, según puede percibirse al ponderar la documentación de que se valió para aparentar que estaba actuando como un agente financiero de una gran empresa (Citibank), contingencia que se simulaba mediante un impreso auténtico de la entidad, aderezado de todos los formalismos de una operación normal, por lo que se está sin duda ante una argucia o embuste bastante, por su idoneidad y suficiencia para conseguir que los denunciantes resultaran engañados e incurrieran en un error que determinó la entrega del dinero en perjuicio propio y beneficio correlativo del acusado.

La parte recurrente alega que los propietarios del dinero actuaron con falta de diligencia al no haber adoptado las medidas de autoprotección o de autotutela del propio patrimonio, al no comprobar las circunstancias que se daban en los contratos de depósito de dinero con el fin de evitar el error, por lo que no podría hablarse de engaño bastante.

Se acude así, una vez más, al argumento de la falta de autoprotección de la víctima como factor determinante del resultado defraudatorio, argumento que ya se ha convertido en un latiguillo que se utiliza habitualmente para revertir el protagonismo de los hechos y transformar a la víctima de los delitos de estafa en sujeto auto-responsable de la pérdida del patrimonio por su propia torpeza o falta de agudeza.

Sin embargo, ello no es lo que aquí sucede, dado el instrumental documental de que se valió el acusado para engatusar a los denunciantes y la dinámica sagaz con la que fue desarrollando su plan defraudatorio, a lo que ha de sumarse la relación familiar directa que tienen las víctimas con el acusado, circunstancia personal que generaba una confianza que contribuía a incrementar el ya de por sí relevante grado de intensidad de la maniobra fraudulenta del ahora impugnante.

Así pues, y como ha recordado esta Sala en otras ocasiones (STS 837/2915, de 26 de noviembre), el riesgo típico dolosamente generado por el acusado en el patrimonio de los denunciantes, que se halla comprendido en el caso dentro del ámbito de la protección de la norma penal, se materializó en el resultado, habida cuenta que mediante su conducta engañó a los titulares del patrimonio y consiguió que lo pusieran a su disposición. Ello significa que también concurren los requisitos del segundo juicio de imputación, al ser el riesgo típico dolosamente generado por el acusado el que se materializó en el resultado delictivo mediante un desplazamiento patrimonial que perjudicó a las víctimas y produjo al mismo tiempo un beneficio correlativo para el acusado.

Siendo así, concurren en el caso todos los elementos objetivos y subjetivos del delito de estafa, dado que el acusado engañó a los esposos con el señuelo de que entregando un dinero en depósito conseguirían unos considerables intereses, siendo lo cierto que ello constituía una mera artimaña para desposeerles de una importante suma de dinero sin obtener nada a cambio, dinero que obtuvo el acusado con un incuestionable ánimo de lucro.

Por último, en lo que concierne a la continuidad delictiva, las objeciones de la parte recurrente orientadas a impedir la aplicación de esa modalidad delictiva carecen de una base razonable, pues no se necesita abundar en excesivos argumentos para constatar que la conducta del acusado no aparece estructurada en una unidad natural de acción, sino en varias acciones fraudulentas realizadas en distintas fechas y por diferentes sumas dinerarias que han de ser concebidas como unidades típicas del delito de estafa, pero que, atendiendo a su componente subjetivo y a su encadenamiento espacio/temporal, deben ser integradas en la unidad jurídica de acción propia del delito continuado (art. 74 del C. Penal).

Cuando la parte recurrente arguye que se está ante un único delito sin continuidad delictiva por concurrir un plan criminal con un único dolo inicial mantenido en el tiempo, está admitiendo realmente un supuesto de delito continuado, toda vez que la ejecución de un plan preconcebido fragmentado en una pluralidad de actos que se van espaciando en el tiempo es lo que constituye precisamente la estructuración subjetiva y objetiva del delito continuado, cuya aplicación debe pues ratificarse.

- Unidad Natural de Acción. El caso presenta cierta singularidad por tratarse de un supuesto en que se aplica la unidad natural de acción en el primer episodio fraudulento, en el que cada uno de los cónyuges suscribe, obligando a la sociedad de gananciales, un depósito de dinero por la suma de 40.000 euros cada uno. Es decir, un total de 80.000 euros, cuantía que da pie para aplicar, en contra de lo que sostiene el recurrente, la agravante individual de cuantía. Se trata de una unidad natural de acción porque el acusado engañó en unidad de acto a los dos cónyuges convenciéndolos para que cada uno firmara uno de los contratos, circunstancia que no fragmenta la unidad natural de la acción fraudulenta del acusado, que es única como único es el resultado. Se trata, pues, de un caso en que la unidad natural de acción, a diferencia de lo que sucede normalmente, perjudica al reo en lugar de beneficiarlo (fundamento tercero).

  Tal como se plasma en la sentencia recurrida, el primer episodio del delito continuado de estafa, consistente en que cada uno de los denunciantes suscribe un contrato de depósito remunerado en la misma fecha del 27 de marzo de 2007 por 40.000 euros en su condición de cónyuges casados, le asiste la razón al Tribunal de instancia cuando arguye que se está ante una defraudación por la cuantía de 80.000 euros, que supera así los 50.000 que requiere el tipo penal.

Ello obedece, aunque el Tribunal de instancia no llegue a especificarlo en su sentencia, a que se está ante una unidad natural de acción, al actuar los dos denunciantes en representación de la sociedad de gananciales, obligándose por tanto ambos a que su sociedad matrimonial responda del desembolso que están haciendo por la suma total de 80.000 euros en una misma fecha y en unidad de acto, desembolso al que han sido inducidos fraudulentamente por el acusado, que realiza así su conducta ilícita en unidad natural de acción. De modo que no puede hablarse de dos entregas de dinero separadas en su ejecución y responsabilidad, sino de una entrega de dinero por la misma sociedad de gananciales interviniendo cada uno de los cónyuges para suscribir el depósito remunerado y entregar los cheques correspondientes, dinero del que responden en su totalidad ambos a través de la sociedad matrimonial ganancial.

Esa entrega de dinero, insistimos, es realizada jurídicamente en ese acto inducidos por la conducta fraudulenta del acusado, que en esa fecha de 27 de marzo de 2007 está ejecutando por tanto una conducta en unidad natural de acción, al convencer a ambos cónyuges para que le suscriban en esa misma fecha unos contratos que obligan conjuntamente a ambos como integrantes de la sociedad ganancial.

- Abuso de relaciones personales familiares: De otra parte, la pena en su mitad superior también resulta obligada por haberse apreciado el art. 250.1. 6º del C. Penal: abuso de las relaciones personales existentes entre las víctimas y el victimario, pues, en contra de lo que se alega en el escrito de recurso, no concurre en este caso un supuesto de bis in ídem, como dice la parte recurrente. La tesis que sostiene la defensa, centrada en que la relación familiar ha sido ya tenida en cuenta para que se activara el engaño, lo que impediría su aplicación para imponer el subtipo agravado, nos llevaría a que no pudiera aplicarse en ningún supuesto la agravación del art. 250.1. 6º del C. Penal.

  En efecto, si el abuso de las relaciones personales debe operar en cualquier caso como supuesto de intensificación del engaño siempre concurriría, según la parte recurrente, un bis in ídem, cosa que no es cierta, ya que esa intensificación es la que permite precisamente operar con el escalón superior del subtipo agravado. Así se explica que la jurisprudencia de esta Sala venga distinguiendo en estos casos una relación personal entre el autor y la víctima previa a la conducta delictiva distinta a la relación jurídica que integra la base fáctica del tipo penal. El quebrantamiento de esa relación personal previa, en nuestro caso familiar, es lo que determina la existencia de un plus de desvalor en la conducta del acusado que legitima la aplicación del subtipo agravado. De ahí que la jurisprudencia considere que la aplicación del subtipo exacerbado por el abuso de relaciones personales del núm. 6 del artículo 250 del Código Penal debe reservarse para aquellos supuestos en los que además de quebrantar una confianza genérica se realice la acción desde una situación de mayor confianza o de mayor credibilidad que caracteriza determinadas relaciones previas y ajenas a la relación subyacente (STSS 2232/2001, de 22-11; 368/2007, de 9-5; 547/2010, de 2-6; y 349/2016, de 25-4, entre otras).

  En diferentes sentencias de esta Sala se ha aplicado el supuesto del abuso de las relaciones familiares para fundamentar la aplicación del subtipo agravado del art. 250.1. 6º del C. Penal (SSTS 950/2007, de 13-11; 410/2006, de 5-4; y 142/2003, de 5-2, entre otras). La sentencia 677/2002, de 5 de abril, aplica el subtipo agravado en virtud precisamente de la existencia de una relación familiar de cuñados, como sucede en el supuesto que ahora se juzga.

- Excusa absolutoria: No procede aplicar la excusa absolutoria, como pretende el recurrente, dado que el patrimonio ganancial también pertenece a un extraneus: la esposa del hermano del acusado, que no se halla comprendida dentro del marco de aplicación del art. 268 del C. Penal.

  En la sentencia recurrida se argumenta para no aplicar la excusa absolutoria que el dinero defraudado provenía de la sociedad ganancial formada por el hermano del acusado y por su cuñada. El dinero, por tanto, con la condición jurídica de ganancial, pertenecía a un "extraneus" o persona ajena a la excusa absolutoria, que solo sería aplicable cuando el dinero defraudado fuera privativo del hermano, pero no cuando es de titularidad compartida con la cuñada, una extraña al círculo familiar y de convivencia acotado por el artículo 268 del CP, ya que es un afín de segundo grado.

  Para refutar el argumento de la sentencia recurrida acude la defensa del acusado a la cita de una sentencia que, como ya ha sucedido en algún otro apartado del recurso, trata de un supuesto totalmente distinto al que ahora nos ocupa. Pues la sentencia citada (nº 334/2003) examina una estafa entre dos cónyuges cuya acción engañosa se produce cuando el matrimonio ya se había reconciliado y reanudado incluso la convivencia hacía ya tiempo, por lo que, a petición incluso del Ministerio Fiscal, se dicta un nuevo fallo absolutorio.

  El supuesto por tanto es sustancialmente diferente al que aquí se examina, por lo que la cita está fuera de lugar y en nada contradice o contrarresta el razonamiento de la sentencia ahora recurrida. Debe, pues, mantenerse la tesis de la Audiencia cuando afirma que, al ser cometida la estafa contra la cuñada del acusado, la víctima se ubica fuera del circulo exculpatorio del art. 268 del C. Penal, precepto que no puede operar cuando se menoscaba penalmente el patrimonio de una sociedad de gananciales en la que uno de sus integrantes no queda comprendido dentro del marco de la excusa absolutoria.

DATOS SENTENCIA

Sentencia núm. 241/2019
Fecha de sentencia: 09/05/2019
Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION (P)
Número del procedimiento: 10455/2018 P
Ponente: Excmo. Sr. D. Vicente Magro Servet.

TEMA

Delito de asesinato. Coautoría y extensión de responsabilidad a los participantes en el acto de matar. Teoría de «acuerdo previo». Teoría del «dominio del hecho». Alevosía: naturaleza y clases. Valoración de la declaración del coimputado en el proceso penal. Delito contra la salud pública: Complicidad y autoría o cooperación necesaria.

ASPECTOS EXAMINADOS

- Delito de asesinato. La coautoría y la extensión de responsabilidad a los participantes en el acto de matar. Teoría de «acuerdo previo» («pactum scaeleris y reparto de papeles»), según la cual responderán como autores los que habiéndose puesto de acuerdo para la comisión del hecho participan luego en su ejecución según el plan convenido, con independencia del alcance objetivo de su respectiva participación. Y la Teoría del «dominio del hecho» en estos supuestos.
  Pues bien, fijados los elementos concurrentes que como indicios acreditan la relevante participación en los hechos del recurrente hay que admitir la conclusión de la autoría del recurrente bien fuera él quien disparó el arma sobre la víctima, bien fuera su acompañante, con el conocimiento y asunción de las consecuencias de su proceder hasta sus últimas consecuencias.
  Sobre esta responsabilidad en las consecuencias del uso y empleo de arma de fuego en un crimen debemos destacar la sentencia de esta Sala del Tribunal Supremo 311/2014 de 16 Abr. 2014, Rec. 10775/2013, donde se analiza la responsabilidad personal en este tipo de conductas “compartidas en la ideación y ejecución” del hecho, poniéndose de manifiesto que la doctrina jurisprudencial viene considerando coautores en base a lo que denominan "dominio funcional del hecho", siendo muy reiteradas las sentencias en las que esta Sala ha mantenido tal doctrina y de las que podemos citar las de 10.2.92, 5.10.93, 2.7.94, 28.11.97 y 2.7.98”.
  Pues bien, ante esta cuestión debemos hacernos la pregunta acerca de ¿Cómo explicar la coautoría y la extensión de responsabilidad a los participantes?
  Ante ello, es preciso analizar la concurrencia de elementos objetivos y subjetivos en su apreciación. Así, lo destaca la STS de 24 de marzo de 1998 para hacer mención a:
  - 1. Elemento subjetivo de la coautoría: Toda participación en la comisión de un hecho delictivo —para implicar una responsabilidad criminal— ha de ser consciente y querida. Es lo que constituye el elemento subjetivo de la coautoría.
  - 2. Elemento objetivo de la coautoría: Se concreta en la ejecución conjunta del hecho criminal.

  Sobre esta base, y aunque lo desarrollamos a continuación de modo sistemático, diversas han sido las tesis sustentadas por la doctrina para determinar cuándo concurren ambos elementos.
  - a) Teoría de «acuerdo previo» («pactum scaeleris y reparto de papeles»), según la cual responderán como autores los que habiéndose puesto de acuerdo para la comisión del hecho participan luego en su ejecución según el plan convenido, con independencia del alcance objetivo de su respectiva participación.
  - b) Teoría del «dominio del hecho» (en cuanto posibilidad de interrumpir la voluntad el desarrollo del proceso fáctico), que en la coautoría debe predicarse del conjunto de los coautores; cada uno de ellos actúa y deja actuar a los demás, de ahí que lo que haga cada coautor puede ser imputado a los demás que actúan de acuerdo con él, lo que sin duda sucede cuando todos realizan coetáneamente los elementos del tipo penal de que se trate. Lo importante es, en definitiva, que cada individuo aporte una contribución objetiva y causal para la producción del hecho propuesto. La doctrina habla en estos casos de supuestos de «imputación recíproca» de las distintas contribuciones causales, en virtud del cual todos los partícipes responden de la «totalidad» de lo hecho común. Sin embargo, ello no puede sostenerse cuando uno de los coautores se excede por su cuenta del plan acordado, sin que los demás lo consientan, pues en tal caso el exceso no puede imputarse a los demás, porque más allá del acuerdo no hay imputación recíproca.

  En cualquier caso, la exposición razonada que lleva a cabo esta Sala del Tribunal Supremo sobre la coautoría y la asunción de las consecuencias derivadas de un acto conjunto del que responderán todos del resultado final nos llevan a las siguientes

conclusiones (entre otras, SSTS de 28 de mayo de 2001 y de 7 de noviembre de 2001, siguiendo a su vez a la de 25 de marzo de 2000):

- a) Que son coautores todos aquellos que realizan una parte necesaria en la ejecución del plan colectivo, aunque sus respectivas aportaciones no produzcan por sí solas el acto típico.
- b) Que, en la agresión en grupo, cuando todos los sujetos emplean contra el agredido una violencia de análoga intensidad, de todos debe ser predicado el co-dominio funcional del hecho, en cuanto la actuación de cada uno contribuye por igual a anular o disminuir la resistencia de la víctima y, además, la iniciativa de cualquiera de ellos podrá determinar el cese de la agresión.
- c) Que el elemento subjetivo de la coautoria, acuerdo de voluntades, puede ser un acuerdo tácito, lo que ocurre normalmente en aquellos supuestos en los que transcurre un brevísimo lapso de tiempo entre la ideación criminal y su puesta en práctica; es decir, en el caso de que concurren más de una persona en la ejecución del hecho, el concierto entre ellos puede surgir de manera tácita e incluso de forma adhesiva, cuando alguno suma su comportamiento a lo ya realizado por otro. En estos casos ese vínculo de solidaridad hace igualmente responsables a cada uno de los intervinientes del fin propuesto, siempre que tengan el co-dominio del acto, pudiendo decidir que se ejecute o no.

Pues bien, de las sentencias citadas podemos fijar los siguientes parámetros de la coautoría y la responsabilidad en el hecho ejecutado por otro con plena asunción y admisión del ilícito proceder, para ubicarnos en la responsabilidad del recurrente que la niega descargando la posible responsabilidad en otros. Y ello, en base a la teoría del pactum sceleris y el dominio funcional del hecho en situaciones de ideación y ejecución conjunta del delito y, como en este caso, con empleo de armas y asunción de las consecuencias:

1.- El dolo compartido en la ejecución del delito.

Del art. 28 CP se desprende que son coautores quienes realizan conjuntamente el hecho delictivo. Realización conjunta que debe estar animada por un dolo compartido, siendo éste, en rigor, el significado que debe darse en determinados casos al previo y mutuo acuerdo que ha sido constantemente exigido para afirmar la existencia de la codelincuencia -SS. 31/5/85, 13/5/86 entre otras- por la doctrina de esta Sala.

2.- No es preciso que concurran en todos los coautores todos los elementos del tipo. Se exige la aportación de elementos esenciales en su ejecución.

La realización conjunta no supone que todos y cada uno de los elementos del tipo, sean ejecutados por los coautores, lo que es necesario para que se hable de realización conjunta de un hecho y para que el mismo sea atribuido, como a sus coautores, a quienes intervienen en él, es que todos aporten durante la fase de ejecución un elemento esencial para la realización del propósito común.

3.- Asunción de la teoría del dominio del hecho.

A la misma consecuencia práctica lleva la utilización del instrumento teórico del dominio del hecho, acogido por esta Sala en numerosas y recientes sentencias como las de 12/2/86, 24/3/86, 15/7/88, 8/2/91 y 4/10/94. Según esta teoría, son coautores los que realizan una parte necesaria en la ejecución del plan global, aunque sus respectivas contribuciones no reproduzcan el acto estrictamente típico, siempre que, aun no reproduciéndolo, tengan el dominio funcional del hecho, de suerte que sea este, en un sentido muy preciso y literal, un hecho de todos que a todos pertenezca.

La teoría del dominio del hecho se aplica en esencia a los supuestos de coautoría. Así, en la coautoría existe una corresponsabilidad de los copartícipes respecto al resultado que finalmente se produzca en la ejecución del delito. El TS señala (entre otras sentencias de 6 de mayo de 2004, rec. 452/2003) que si no consta ninguna oposición, protesta o reserva por parte de alguno de los intervinientes, si en cada secuencia figuran los acusados asumiendo los roles participativos que les corresponden, si las infracciones delictivas se llevan a término con unidad de conocimiento y de voluntad, fieles al plan ideado y aceptado y huyendo simultáneamente cuando lo estimaban consumado, no puede sino concluirse que todos los que concurren en la ejecución de un hecho se ven ligados por un vínculo de solidaridad que los corresponsabiliza en el mismo grado, cualquiera que sea la parte que cada uno tome, ya que todos coadyuvan de modo eficaz y directo a la persecución del fin propuesto, con independencia de los actos que individualmente realizasen para el logro de la ilícita finalidad perseguida.

Por ello, se exige como presupuesto para la extensión de la responsabilidad del hecho a todos los partícipes la concurrencia de tres circunstancias básicas:

- a) La unidad de acción;
- b) La recíproca cooperación, y
- c) El mutuo concurso en la ejecución.

Dándose estas circunstancias, ello da lugar a que todos los responsables sean considerados como autores del delito (SSTS de 14 de enero de 1985, 12 de abril de 1986, 22 de febrero de 1988, 30 de noviembre de 1989, 21 de febrero de 1990 y 9 de octubre de 1992, entre muchas).

4.- La plasmación del acuerdo previo en la ejecución del delito y asunción de las consecuencias o acuerdo durante la ejecución. Principio de imputación recíproca. La coautoría adhesiva.

Por lo que se refiere al acuerdo previo, elemento o soporte subjetivo de la coautoría, en que se funda el principio de "imputación recíproca" de las distintas contribuciones al resultado y en cuya virtud se entiende que todos aceptan implícitamente lo que cada uno vaya a hacer, tanto la doctrina como la jurisprudencia, SS. T.S. 3/7/86, y 20/11/81, han estimado suficiente que el acuerdo surja durante la ejecución, coautoría adhesiva, siendo también posible la sucesiva, que se produce cuando alguien suma un comportamiento al ya realizado por otro a fin de lograr la conclusión de un delito cuyos actos ejecutivos ya habían sido parcialmente realizados por este (SS. 10/2/92, 5/10/93, 2/7/94) y que el acuerdo sea tácito y no producto explícito de una deliberación en que se hayan distribuido los papeles a desempeñar. El acuerdo, en definitiva, especialmente en los delitos en que la ejecución es prácticamente simultánea a la idea criminal, se identifica con la mera coincidencia de voluntades de los partícipes, esto es, con lo que se ha llamado el dolo compartido.

5.- La coautoría no es suma de autorías individuales, sino “responsabilidad por la totalidad”. No solo es autor en estos casos el que realiza materialmente la acción.

Como confirmación de lo expuesto puede recordarse que en las SS. T.S. 21/12/92 Y 28/11/97 se afirmó que "cuando varios participes dominan en forma conjunta el hecho (dominio funcional del hecho), todos ellos deben responder como coautores... la coautoría no es una suma de autorías individuales, sino una forma de responsabilidad por la totalidad del hecho no puede, pues, ser autor solo el que ejecuta la acción típica, esto es, el que realiza la acción expresada por el hecho rector del tipo sino también todos los que dominan en forma conjunta, dominio funcional del hecho".

6.- Las aportaciones causales decisivas de los partícipes en la ejecución del delito. No necesidad de que cada coautor ejecute los actos materiales del tipo penal. Agregación de las diversas aportaciones de los coautores, integradas en el plan común.

Sentencia T.S. 11/9/00, que con cita de la SS. TS. 14/12/98, señala que "la nueva definición de la coautoría acogida en el art. 28 del C. P. 1995 como "realización conjunta del hecho" viene a superar las objeciones doctrinales a la línea jurisprudencial que ya venía incluyendo en el concepto de autoría, a través de la doctrina del "acuerdo previo", a los cooperadores no ejecutivos, es decir a quienes realizan aportaciones causales decisivas, pero ajenas al núcleo del tipo la "realización conjunta del hecho" implica que cada uno de los concertados para ejecutar el delito colabora con alguna aportación objetiva y causal, eficazmente dirigida a la consecución del fin conjunto. No es, por ello, necesario que cada coautor ejecute, por sí mismo, los actos materiales integradores del núcleo del tipo, pues a la realización del mismo se llega conjuntamente, por la agregación de las diversas aportaciones de los coautores, integradas en el plan común. En consecuencia, a través del desarrollo del "pactum scaeleris" y del condominio funcional del hecho, cabe integrar en la coautoría, como realización conjunta del hecho, aportaciones ajenas al núcleo del tipo, como la de quienes planifican, organizan y dirigen a distancia la operación, sin intervenir directa y materialmente en su ejecución".

7.- Autoría por dirección y por disponibilidad potencial ejecutiva. Conocimiento expreso o por adhesión del pacto criminal, al que se suma en la consecución conjunta de la finalidad criminal.

En este tema la S.T.S. 20-7-2001 precisa que la autoría material que describe el art. 28 CP no significa, sin más, que deba identificarse con una participación comisiva ejecutiva, sino que puede tratarse también de una autoría por dirección y por disponibilidad potencial ejecutiva, que requiere el conocimiento expreso o por adhesión del pacto criminal, al que se suma en la consecución conjunta de la finalidad criminal, interviniendo activa y ejecutivamente, o solamente si el caso lo requiere, en función de las circunstancias concurrentes.

8.- Autoría directa en ejecución compartida.

Autor directo, según dispone el CP, es quien realiza la acción típica, quien conjuga como sujeto el verbo nuclear de la acción. Característica principal del autor directo es tener el dominio del hecho porque dirige su acción hacia la realización del tipo penal. La autoría aparece cuando varias personas, de común acuerdo, toman parte en la ejecución de un hecho típico constitutivo de delito.

9.- Diferencia de coautoría de la cooperación.

Como dice la S.T.S. 27-9-2000, tal conceptuación requiere, de una parte, la existencia de una decisión conjunta, elemento subjetivo de la autoría, y un dominio funcional del hecho con aportación al mismo de una acción en la fase ejecutoria, que integra el elemento objetivo. Se diferencia la coautoría de la cooperación, o de la participación, en el carácter, o no, subordinado del partícipe a la acción del autor. Será autor quien dirija su acción a la realización

del tipo, con dominio de la acción, que será funcional si existe división de funciones entre los intervinientes, pero todas con ese dominio de la acción característico de la autoría.

10.- La coautoría en el plano subjetivo y objetivo.

La coautoría aparece caracterizada:

a.- Desde el plano subjetivo, por una decisión conjunta de los autores que permite engarzar las respectivas actuaciones enmarcadas de una división de funciones acordadas.

b.- Desde el plano objetivo, las acciones de los coautores deben estar enmarcadas en fase de ejecución del delito.

11.- La participación adhesiva o sucesiva y la coautoría aditiva.

Las SS. T.S. 29-3-93, 24-3-98 Y 26-7-2000, han admitido como supuesto de coautoría, lo que se ha denominado participación adhesiva o sucesiva y también coautoría aditiva, que requiere la concurrencia de los siguientes elementos.

1) Que alguien hubiera dado comienzo a la ejecución del delito.

2) Que posteriormente otro u otros ensamblen su actividad a la del primero para lograr la consumación del delito cuya ejecución había sido iniciada por aquel.

3) Que quienes intervengan con posterioridad ratifiquen lo ya realizado por quien comenzó la ejecución del delito aprovechándose de la situación previamente creada por él, no bastando el simple conocimiento.

4) Que cuando intervengan los que no hayan concurrido a los actos de iniciación, no se hubiese producido la consumación, puesto que, quien, interviene después, no puede decirse que haya tomado parte en la ejecución del hecho.

En este sentido, no puede pretenderse —y esto es importante— que se individualice cuál fue la concreta actuación de cada uno para darle a cada uno distinta responsabilidad en la comisión del delito.

12.- La imputación recíproca.

En este sentido en STS. 1320/2011 de 9.12, hemos dicho que todos los que intervienen en una pelea para la que existe una decisión común de agredir, aceptan lo que cada uno de ellos haga contra la seguridad física de las víctimas, resultando también coautores desde el punto de vista del dominio del hecho (STS 1503/2003, de 10-11). Este principio de imputación recíproca rige entre los coautores, mediante el cual a cada uno de los partícipes se les imputa la totalidad del hecho con independencia de la concreta acción que haya realizado.

Ahora bien, en estos supuestos es preciso comprobar que cada uno de los intervinientes sea, verdaderamente, autor, esto es tenga un dominio del hecho, en este supuesto condominios, y comprobar la efectiva acción para evitar que le sean imputables posibles excesos no abarcados por la acción conjunta bien entendido que no se excluye el carácter de coautor en los casos de decisiones de alguno de los partícipes del plan inicial, siempre que dichas decisiones tengan lugar en el marco habitual de los hechos emprendidos, es decir, que de acuerdo con las circunstancias del caso concreto, no quepa considerar imprevisibles para los partícipes.

La antes aludida tesis de la imputación recíproca se manifiesta, así, bajo la admisión de la concurrencia del elemento subjetivo que destacan las SSTS de 1 de marzo, 11 de septiembre y 21 de diciembre de 2000 y 21 de febrero y 13 de marzo de 2001, al afirmar y reiterar que la realización conjunta debe estar animada por un dolo compartido por un mutuo y previo acuerdo, como soporte subjetivo de la autoría en que se funda el principio de la imputación recíproca de las distintas contribuciones al resultado, y en cuya virtud se entiende que todos aceptan implícitamente lo que cada uno vaya a hacer.

Por otro lado, se entiende que es suficiente con que el acuerdo surja durante la ejecución —coautoría adhesiva o sucesiva— y que el mismo sea tácito y no producto explícito de una deliberación en que se hayan distribuido los papeles a desempeñar, por lo que ese acuerdo, especialmente en los delitos en que la ejecución es prácticamente simultánea a la idea criminal, se identifica con la mera coincidencia de voluntades de los partícipes.

Como también se mantuvo en la sentencia de 25 de marzo de 2000, en la agresión de un grupo a una persona con la finalidad de ocasionarle un daño corporal de alcance y gravedad no precisados de antemano, las lesiones que resulten son imputables a todos los agresores de acuerdo con ese principio de la imputación recíproca, en cuya virtud se entiende que todos aceptan implícitamente lo que cada uno haga contra la integridad física del agredido, por lo que, si uno de los agresores es el que materialmente ocasiona la lesión de que deriva la concreta tipicidad del hecho, ése será autor y los demás se considerarán como «cooperadores ejecutivos» por haber tomado parte directa en la ejecución; es decir, por haber ejercido actos de violencia sobre el sujeto pasivo que han confluido sobre los del primero y reforzado su eficacia.

13.- No es preciso que cada coautor lleve a cabo todos los actos materiales del delito.

Doctrina que reitera en STS 1099/2007, de 14-6, 338/2010, de 16-4, al afirmar que no es necesario que cada coautor ejecute por sí mismo los actos materiales integradores del núcleo del tipo, concretamente en el homicidio la materialización de la agresión letal, pues a la realización del delito se llega conjuntamente por la agregación de

las diversas aportaciones de los coautores, integrados en el plan común, siempre que se trate de aportaciones causales decisivas, STS 1240/2000 de 11-9, y 1486/2000, de 27-9, que señala que "la coautoría aparece cuando varias personas, de común acuerdo, toman parte en la ejecución de un hecho típico constitutivo de delito. Tal conceptuación requiere, de una parte, la existencia de una decisión conjunta, elementos subjetivos de la coautoría y un dominio funcional del hecho con aportación al mismo de una acción en la fase ejecutoria, que integra el elemento objetivo. Se diferencia la coautoría de la cooperación, o de la participación; el carácter, subordinado o no, del partícipe de la acción del autor. Será coautor quien dirija su acción a la realización del tipo, con dominio de la acción; que será condominio funcional si existe división de funciones entre los intervinientes, pero todas con ese dominio de la acción característico de la coautoría.

14.- El acuerdo es previo o simultáneo.

La mencionada decisión conjunta es consecuencia de un acuerdo que puede ser previo o simultáneo a la misma ejecución, debiendo valorarse, en su caso, la posible existencia de un exceso en algunos de los coautores, pudiendo quedar exceptuados los demás de la responsabilidad por el resultado derivado del mismo.

15.- La teoría de las desviaciones previsibles.

Se cita en las SSTS. 434/2008 de 20.6, 1278/2011 de 29.11, 1320/2011 de 9.12, al examinar la cuestión de la comunicabilidad de la responsabilidad por la muerte o las lesiones producidas a la víctima del acto depredatorio por uno de los integrantes del robo. A este respecto, la jurisprudencia de este Tribunal ha establecido que «el previo concierto para llevar a término un delito de robo con violencia o intimidación que no excluya «a priori» todo riesgo para la vida o la integridad corporal de las personas, responsabiliza a todos los partícipes directos del robo con cuya ocasión se causa una muerte o unas lesiones, aunque sólo alguno de ellos sean ejecutores de semejantes resultados personales», pues el partícipe no ejecutor material del acto homicida o lesivo que prevé y admite del modo más o menos implícito que en el «iter» del acto depredatorio pueda llegarse a ataques corporales, cuando menos se sitúa en el plano del dolo eventual, justificándose tanto en el campo de la causalidad como en el de la culpabilidad su responsabilidad en la acción omisiva o lesiva (SSTS de 31 de marzo de 1993, 18 de octubre y 7 de diciembre de 1994, 20 de noviembre de 1995 y 20 de julio de 2001), especificando la Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de diciembre de 1995 que no se excluye el carácter de coautor en los casos de desviaciones de alguno de los partícipes del plan inicial, siempre que dichas desviaciones tengan lugar en el marco habitual de los hechos emprendidos, es decir, que de acuerdo con las circunstancias del caso concreto, no quepa considerar imprevisibles para los partícipes.

16.- El vínculo de solidaridad.

Es doctrina consagrada, por todas STS 474/2005, de 17-3, que todos los que concurren en la ejecución de un hecho se ven ligados por un vínculo solidaridad que les corresponsabiliza en el mismo grado, cualquiera que sea la parte que cada uno tome, ya que todos de modo eficaz y directo a la persecución del fin puesto con independencia de los actos que individualmente realizasen para el logro de la ilícita finalidad perseguida.

Cuando aparece afirmada la unidad de acción, recíproca cooperación y mantuvo, asimismo, ello da lugar a que todas las responsabilidades sean considerados como autores del delito.

17.- La corresponsabilidad en el delito de homicidio o asesinato en cuanto al dolo de causar la muerte en una ejecución por varios integrantes y admisión del dolo directo y el eventual.

Hemos dicho en SSTS. 529/2012 de 11.7, 93/2012 de 16.2, 632/2011 de 28.6, 172/2008 de 30.4, el elemento subjetivo del delito de homicidio -o asesinato- no sólo es el "animus necandi" o intención específica de causar la muerte de una persona, sino el "dolo homicida", el cual tiene dos modalidades:

a.- El dolo directo o de primer grado constituido por el deseo y la voluntad del agente de matar, a cuyo concreto objetivo se proyecta la acción agresiva.

b.- El dolo eventual que surge cuando el sujeto activo se representa como probable la eventualidad de que la acción produzca la muerte del sujeto pasivo, aunque este resultado no sea el deseado, a pesar de lo cual persiste en dicha acción que obra como causa del resultado producido (STS 415/2004, de 25-3; 210/2007, de 15-3).

Como se argumenta en la STS de 16-6-2004, 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 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, 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 conecta 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, 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 conocimiento del resultado y desde luego la decisión del autor está vinculada a dicho resultado" (véase STS 1-12-2004, entre otras muchas).

Así pues, y como concluye la sentencia de esta Sala de 3-7-2006, bajo la expresión "ánimo de matar" se comprenden generalmente en la jurisprudencia el dolo directo como el eventual.

a.- Dolo directo. La acción vine guiada por la intención de causar la muerte.

b.- Dolo eventual. Tal intención no puede ser afirmada, si bien en el autor conoce los elementos del tipo objetivo, de manera que sobre el peligro concreto que crea con su conducta para el bien jurídico protegido, a pesar de lo cual contenía su ejecución, bien porque acepta el resultado probable o bien porque su producción le resulta indiferente.

En cualquiera de los casos, el conocimiento de ese riesgo no impide la acción.

En otras palabras, se estima que obra con dolo quien, conociendo que genera un peligro concreto jurídicamente desaprobado, no obstante, actúa y continúa realizado la conducta que somete a la víctima a riesgos que el agente no tiene la seguridad de poder controlar y aunque no persiga directamente la causación del resultado, del que no obstante ha de comprender que hay un elevado índice de probabilidad de que se 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 sean admisibles por irrazonables, vanas e infundadas esperanzas de que el resultado no se produzca, sin peso frente al más lógico resultado de actualización de los riesgos por el agente generador.

En similar dirección la STS 4-6-2011 dice que el dolo supone que el agente se representa en resultado dañoso, de posible y no necesaria originación y no directamente querido, a pesar de lo cual se acepta, también conscientemente, porque no se renuncia a la ejecución de los actos pensados. Lo que significa que, en todo caso, es exigible en el autor la conciencia o conocimiento del riesgo elevado de producción del resultado que su acción contiene.

En definitiva, el conocimiento del peligro propio de una acción que supera el límite de riesgo permitido es suficiente para acreditar el carácter doloso del comportamiento, al permitir admitir el dolo cuando el autor somete a la víctima a situaciones que no tiene seguridad de controlar, aunque no persigue el resultado típico.

- Alevosía

18.- La extensión del asesinato a todos los partícipes en el delito por concurrencia de la alevosía ante la nula acción defensiva de la víctima. Corresponsabilidad conjunta en el asesinato por el dominio funcional del hecho de los partícipes.

Respecto a la concurrencia de la alevosía en SSTS. 703/2013 de 8.10, 599/2012 de 11.7, 632/2011 de 28.6, se explica que la jurisprudencia 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, aunque esta Sala unas veces ha destacado su carácter subjetivo, lo que supone mayor culpabilidad, y otras su carácter objetivo, lo que implica mayor antijuridicidad, 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 asunción 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 lo proyectado y representado.

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

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

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

a) En primer lugar, un elemento normativo. La alevosía solo puede proyectarse a los delitos contra las personas.

b) En segundo lugar, un elemento objetivo que radica en el "modus operandi", que el autor utilice en la ejecución medios, modos o formas que han de ser objetivamente adecuados para asegurarla mediante la eliminación de las posibilidades de defensa, sin que sea suficiente el convencimiento del sujeto acerca de su idoneidad.

c) En tercer lugar, un elemento subjetivo, que el dolo del autor se proyecte no sólo sobre la utilización de los medios, modos o formas empleados, sino también sobre su tendencia a asegurar la ejecución y su orientación a impedir la defensa del ofendido, eliminando así conscientemente el posible riesgo que pudiera suponer para su persona una eventual reacción defensiva de aquél. Es decir, el agente ha de haber buscado intencionadamente la producción de la muerte a través de los medios indicados, o cuando menos, aprovechar la situación de aseguramiento del resultado, sin riesgo.

d) Y, en cuarto lugar, un elemento teleológico, que impone la comprobación de si en realidad, en el caso concreto, se produjo una situación de total indefensión, siendo necesario que se aprecie una mayor antijuridicidad en la conducta derivada precisamente del modus operandi, conscientemente orientado a aquellas finalidades (STS. 1866/2002 de 7.11).

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

Entre las distintas modalidades ejecutivas de naturaleza alevosa, esta Sala por ejemplo S. 49/2004 de 22.1, viene distinguiendo:

a) alevosía proditoria, equivalente a la traición y que incluye la asechanza, insidia, emboscada o celada, situaciones en que el sujeto agresor se oculta y cae sobre la víctima en momento y lugar que aquélla no espera.

b) alevosía súbita o inopinada, llamada también "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).

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

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

Se describe en el presente caso el carácter sorpresivo del ataque a la víctima. Es por ello, por lo que existe una asunción del recurrente de lo que iba a ocurrir, y fuera él quien efectuó el disparo o su acompañante, lo cierto es que existía la concurrencia de todos los presupuestos que se han explicitado anteriormente en la ejecución del delito para poder otorgar y derivar la responsabilidad al recurrente del delito de asesinato por el que es condenado.

- Valoración de la declaración del coimputado en el proceso penal

Habida cuenta, por otro lado, la importancia de la declaración del coimputado Roberto Batista en la condena de los recurrentes hay que recordar que esta Sala del Tribunal Supremo (entre otras, Sentencia 472/2016 de 1 Jun. 2016, Rec. 1245/2015) ha afirmado igualmente de manera reiterada que las declaraciones de coimputados son pruebas de cargo válidas para enervar la presunción de inocencia, pues se trata de declaraciones prestadas por quienes han tenido un conocimiento extraprocesal de los hechos imputados, sin que su participación en ellos suponga necesariamente la invalidez de su testimonio, aunque sea un dato a valorar al determinar su credibilidad (SSTS 1290/2009 de 23 de diciembre; 84/2010 de 18 de febrero; 60/2012 de 8 de febrero; 129/2014 de 26 de febrero o 622/2015 de 23 de octubre).

Hemos llamado la atención acerca de la especial cautela que debe presidir la valoración de tales declaraciones a causa de la posición que el coimputado ocupa en el proceso, en el que no comparece como testigo, obligado como tal a decir la verdad

y conminado con la pena correspondiente al delito de falso testimonio, sino como acusado y por ello asistido de los derechos a no declarar en su contra y a no reconocerse como culpable, por lo cual no está obligado legalmente a declarar, pudiendo callar total o parcialmente. Precisamente en atención a esas reticencias se ha afirmado que la declaración incriminatoria del coimputado carece de consistencia plena como prueba de cargo cuando, siendo única, no resulta mínimamente corroborada. Es la existencia de alguna corroboración lo que permite proceder a la valoración de esa declaración como prueba de cargo.

En definitiva, nos encontramos ante una prueba peculiar que exige un plus: unas condiciones externas, verificables desde fuera, más allá de que el proceso racional por el que un Tribunal llega a conferirles credibilidad esté fuertemente asentado y sea convincente.

En orden a superar las reticencias que derivan de la especial posición del coimputado, esta Sala ha establecido una serie de pautas de valoración que se mueven en cánones paralelos a los elaborados para las declaraciones de la víctima, aunque, en palabras, entre otras, de la STS 513/2015, de 9 de septiembre, en este caso suponen algo más que simples orientaciones. Entre ellas y de manera especial la existencia de motivaciones espurias, lo que enlaza con las ventajas derivadas de la heteroimputación.

Como recuerda la STS 145/2015, de 8 de mayo, existe toda una tradición doctrinal que contempla con recelo el otorgamiento de beneficios por la delación. Ahora bien, no es extraña a esa política nuestra legislación: admitida por la ley esa mecánica, el intérprete no puede sustraerse a ella por la vía indirecta del ámbito procesal. Varios artículos del Código Penal de los que el 376 es un paradigma, así como la interpretación jurisprudencial de la atenuante analógica en relación con la confesión, acreditan que en nuestro derecho está admitida e incluso alentada en algunas parcelas esa forma de acreditamiento.

El hecho de que se deriven beneficios de la delación ha de ser sopesado, pero no lleva ineludiblemente a negar valor probatorio a la declaración del coimputado. El Tribunal Constitucional ha afirmado que el testimonio obtenido mediante promesa de reducción de pena no comporta una desnaturalización que suponga en sí misma la lesión de derecho fundamental alguno. Igualmente ha expresado que la búsqueda de un trato de favor no excluye el valor de la declaración del coimputado, aunque en esos casos exista una mayor obligación de graduar la credibilidad (por todas STS 279/2000, de 3 de marzo). La Decisión de inadmisión del TEDH de 25 de mayo de 2004, recaída en el asunto CORNEILS v. Holanda abunda en esas ideas.

En la STC 233/2002, de 9 de diciembre, se reitera el criterio de que la exigencia de corroboración se concreta en dos ideas:

1.- Que la corroboración no ha de ser plena, ya que ello exigiría entrar a valorar la prueba, posibilidad que está vedada tanto al Tribunal Constitucional como a esta propia Sala Casacional, sino mínima; y

2.- Que no cabe establecer qué ha de entenderse por corroboración en términos generales, más allá de la idea obvia de que la veracidad objetiva de la declaración del coimputado ha de estar avalada por algún hecho, dato o circunstancia externa, debiendo dejar al análisis caso por caso la determinación de si dicha mínima corroboración se ha producido o no.

Resume dicha resolución la doctrina consolidada del Tribunal Constitucional sobre esta materia, señalando que los rasgos que la definen son:

a) la declaración incriminatoria de un coimputado es prueba legítima desde la perspectiva constitucional;

b) la declaración incriminatoria de un coimputado es prueba insuficiente y no constituye por sí misma actividad probatoria de cargo mínima para enervar la presunción de inocencia;

c) la aptitud como prueba de cargo mínima de la declaración incriminatoria de un imputado se adquiere a partir de que su contenido quede mínimamente corroborado;

d) se considera corroboración mínima la existencia de hechos, datos o circunstancias externas que avalen de manera genérica la veracidad de la declaración; y

e) la valoración de la existencia de corroboración mínima ha de realizarse caso por caso.

Destaca en este punto la doctrina que se considera que existe corroboración objetiva cuando junto a las declaraciones de los coimputados existe un conjunto de hechos o indicios convergentes externos o periféricos de los que el Tribunal sentenciador extrae la conclusión de que tales declaraciones correspondían a la verdad (Sentencias del TC 68/2001 y 69/2001, ambas de 17 de marzo), es decir, que doten de verosimilitud bastante dicha declaración para hacer razonable su prudencial valoración. Y una vez comprobados estos factores, debe examinarse, desde el punto de vista subjetivo, la ausencia de elementos de incredibilidad en el coimputado-declarante.

Tales elementos son los siguientes:

a) La personalidad del delincuente delator, entendiendo la doctrina, que como de lo que se trata es de determinar la credibilidad de una declaración, las características de la personalidad del coimputado, sirven para elaborar una imagen de quien declara: rasgos de su carácter, patologías psíquicas, antecedentes penales, habitualidad delictiva, edad, formación, propensión a la delincuencia, etc.; convirtiéndose en un factor que apoya la credibilidad de las manifestaciones el hecho de que el coimputado haya tenido, hasta el momento de comisión del delito, una buena conducta personal y profesional (ejemplo citado en la Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de marzo de 1988).

b) Relaciones que, precedentemente, mantuviese el delator con el coacusado al que incrimina, que pueden ser de carácter contractual, financiero u obligacional, ya que estas relaciones de amistad, enemistad, parentesco, obediencia o relación profesional, como sintetiza Flores Prada, pueden motivar reacciones opuestas como la exculpación o la inculpación, y de ellas pueden deducirse «datos de interés que arrojen cierta luz sobre la motivación que debe ser apreciable en el sentido de la declaración» (7) .

c) Declaraciones precisas, claras y contundentes, de modo que una descripción minuciosa de los hechos, la coherencia con otros datos que arrojen las actuaciones y el mantenimiento de una misma línea de manifestaciones desde la instrucción hasta el Juicio Oral, son elementos que conducen al Tribunal de instancia a valorar, de un modo positivo, la credibilidad de la declaración incriminatoria (Sentencias del Tribunal Supremo de 21 de mayo de 1986, 14 de mayo de 1993, 24 de septiembre, 19 de octubre y 7 de diciembre de 1996).

d) El examen riguroso de la existencia de móviles turbios o inconfesables, que, impulsando la acusación de un inocente, pudieran tildar el testimonio como de falso o espurio o, al menos, restarle credibilidad, tales como el odio personal, la venganza, obediencia a terceras personas, sobornos, resentimientos, animadversión, etc. (Sentencias del Tribunal Supremo de 14 de mayo y 30 de septiembre de 1993). Se trata, en definitiva, de juicios de intención, que deben ser valorados por el Tribunal sentenciador que tuvo la inmediación de juzgar de forma extremadamente cuidadosa, pudiendo ser inferidos de la conducta del coimputado mediante el contraste de los diferentes datos que obren en la causa. Pero lo decisivo para considerar o no esa credibilidad es que no aparezcan en las actuaciones extremos, datos o circunstancias que lleven a la conclusión de que dichos móviles existen, siendo el encargado de valorarlos el Tribunal Sentenciador (Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de octubre de 1997).

e) Y el ánimo de buscar la propia exculpación, que no debe conducir a una pérdida de credibilidad por sí de la declaración incriminatoria del coimputado, configurándose éste como un dato más para valorar la credibilidad de ese testimonio. Si bien no existen apenas dudas de la veracidad de las manifestaciones del coimputado cuando él mismo asume su participación en los hechos al mismo tiempo que incrimina a los demás partícipes (Sentencias del Tribunal Supremo de 25 de octubre de 1993, 3 de abril de 1995, 24 de septiembre de 1996 y 23 de enero de 2002), éstas sí pueden plantearse cuando inculpa al coacusado mientras el delator se exculpa, debiendo entonces, en este último caso, acudirse a otras pruebas que obren en las actuaciones para confirmar o negar la culpabilidad de los acusados.

Dentro de este ámbito valorativo destaca, de igual modo, la doctrina que en los delitos con concierto o participación de varias personas resulta fundamental saber si el acusado trata con su declaración de eludir su responsabilidad. Por ello, tras este examen judicial, se otorga un gran valor a la declaración del coacusado que no pretende autoexculparse, sino que reconoce su culpa.

Vemos que en este caso también la declaración del coimputado fue inculpatoria, y es condenado, ya que señala el TSJ en su sentencia que procede imponer al acusado ZZZ las penas de 9 meses de prisión, con igual tiempo de inhabilitación para el derecho de sufragio pasivo, y multa de 2.000 euros, con una responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago de 20 días, en cualquier caso, inferior a la aceptada por él.

Existe, pues, corroboración objetiva de la declaración del imputado según ha expuesto el TSJ al valorar la suficiencia de la prueba valorada por el Tribunal de instancia.

- Complicidad y autoría o cooperación necesaria: delito contra la salud pública.

Pues bien, sobre la diferencia entre complicidad y autoría o cooperación necesaria podemos señalar que como recuerda esta Sala en sentencia del Tribunal Supremo 729/2011 de 12 jul. 2011, Rec. 2433/2010:

“En la STS. 699/2005 de 6.6, se reconoce que para la distinción entre cooperación necesaria y complicidad, entre la teoría del dominio del hecho y la de la relevancia, la jurisprudencia, aún con algunas vacilaciones, se ha decantado a favor de esta última, que permite, a su vez, distinguir entre coautores y cooperadores necesarios, visto que "el dominio del hecho depende no sólo de la necesidad de la aportación para la comisión del delito, sino también del momento en que la aportación se produce "de modo que" el que hace una aportación decisiva para la comisión del delito en el momento de la preparación, sin participar luego directamente en la ejecución, no tiene, en principio, el dominio del hecho" y así "será un partícipe necesario, pero no coautor", concluyendo que "lo que distingue al cooperador necesario del cómplice no es el dominio del hecho, que ni uno ni otro tienen. Lo decisivo a este respecto es la importancia de la aportación en la ejecución del plan del autor o autores".

Como decíamos en la STS. 147/2007 de 28.2, la complicidad criminal requiere una participación meramente accesoria, no esencial, que se ha interpretado jurisprudencialmente en términos de imprescindibilidad o no concreta o relacionada con el caso enjuiciado (STS. 1001/2006 de 18.10), no en términos de hipotéticas coyunturas comisivas. Debiendo existir entre la conducta del cómplice y la ejecución de la infracción, una aportación que, aunque no sea necesaria, facilite eficazmente la realización del delito de autor principal (STS. 185/2005 de 21.2).

La complicidad -dice la STS. 1216/2002 de 28.6-, requiere el concierto previo o por adhesión ("pactum scaeleris"), la conciencia de la ilicitud del acto proyectado ("consciencia scaeleris"), el denominado "animus adiuvandi" o voluntad de participar contribuyendo a la consecución del acto conocidamente ilícito y finalmente la aportación de un esfuerzo propio, de carácter secundario o auxiliar, para la realización del empeño común. Se distingue de la coautoría en la carencia del dominio funcional del acto y de la cooperación necesaria en el carácter secundario de la intervención, sin la cual la acción delictiva podría igualmente haberse realizado, por no ser su aportación de carácter necesario, bien en sentido propio, bien en el sentido de ser fácilmente sustituible al no tratarse de un bien escaso.

Tiene declarado este Tribunal que el cómplice no es ni más ni menos que un auxiliar eficaz y consciente de los planes y actos del ejecutor material, del inductor o del cooperador esencial que contribuye a la producción del fenómeno punitivo mediante el empleo anterior o simultáneo de medios conducentes a la realización del propósito que a aquéllos anima, y del que participa prestando su colaboración voluntaria para el éxito de la empresa criminal en el que todos están interesados. Se trata, no obstante, como acabamos de exponer, de una participación accidental y de carácter secundario. El dolo del cómplice radica en la conciencia y voluntad de coadyuvar a la ejecución del hecho punible. Quiere ello decir, por tanto, que para que exista complicidad han de concurrir dos elementos: uno objetivo, consistente en la realización de unos actos relacionados con los ejecutados por el autor del hecho delictivo, que reúnan los caracteres ya expuestos, de mera accesoriedad o periféricos; y otro subjetivo, consistente en el necesario conocimiento del propósito criminal del autor y en la voluntad de contribuir con sus hechos de un modo consciente y eficaz a la realización de aquél (SSTS. 5.2.98, 24.4.2000).

Ahora bien, en el delito del art. 368 del Código Penal al penalizar dentro del mismo marco penal todos los comportamientos que suponen aportación causal a la actividad de los autores en sentido estricto, ha definido un concepto extensivo de autor (SSTS. 10.3.97 y 6.3.98).

Por ello la doctrina de esta Sala STS. 1069/2006 de 2.11, ha establecido el criterio según el cual, y como regla general, en el tipo delictivo del art. 368 CP y por expresa voluntad del legislador, toda forma de participación que implique una colaboración en actividades de tráfico de drogas, es una forma de autoría al haber sido equiparada con ésta las formas imperfectas de participación por la propia Ley. Pero la misma doctrina no excluye la existencia de excepciones en supuestos concretos de mínima colaboración mediante actos fácilmente reemplazables, accesorios y de escasa o exigua eficacia para el tráfico ilegal efectuado por el autor genuino.

Este criterio ha sido asumido y declarado en numerosas resoluciones de esta Sala, pudiéndose citar, entre otras, la de 25.2.2003 que comprenden otras muchas y en la que se pone de manifiesto que, se ha admitido, conforme se expone en la sentencia de esta Sala de 14.6.95 , la aplicación de la complicidad que permite una más proporcionada individualización de las responsabilidades penales derivadas del delito de tráfico de drogas, distinguiendo la del verdadero traficante de la del que presta a éste un servicio auxiliar.

Es lo que se ha venido a denominar "actos de favorecimiento al favorecedor del tráfico", que no ayudan directamente al tráfico, pero si a la persona que lo favorece, que es quien tiene el dominio del hecho mediante la efectiva disponibilidad de la droga, sin que los actos realizados por el auxiliador tengan la eficacia y trascendencia que exige el concepto de autoría.

La sentencia de esta Sala 312/2007 de 20.4, enumera "ad exemplum" diversos casos calificados de complicidad:

a) el mero acompañamiento a los compradores con indicación del lugar donde puedan hallar a los vendedores.

b) la ocultación ocasional y de poca duración de una pequeña cantidad de droga que otro poseía.

c) la simple cesión del domicilio a los autores por pura amistad para reunirse sin levantar sospechas (STS. 15.10.98). En el mismo sentido STS. 28.1.2000.

d) la labor de recepción y desciframiento de los mensajes en clave sobre el curso de la operación (STS. 10.7.2001).

e) facilitar el teléfono del suministrador y precio de la droga (STS. 25.2.2003).

f) realizar llamadas telefónicas para convencer y acordar con tercero el transporte de la droga (STS. 23.1.2003).

g) acompañar y trasladar en su vehículo a un hermano en sus contactos para adquisición y tráfico (STS. 7.3.2003).

h) colaboración de un tercero en los pasos previos para la recepción de la droga enviada desde el extranjero, sin ser destinatario ni tener disponibilidad efectiva de la misma (STS. 30.3.2004)".

Sin embargo, en el presente caso, la relación de los hechos probados determina un grado de colaboración importante en la ayuda a los autores directos en el mismo escenario que iban a formalizar la recogida de la droga a cambio del precio, siendo éste quien, en el escenario que habían dibujado, había confeccionado el dinero simulado para la adquisición de la droga, y se hallaba plenamente al corriente de la transacción entre sustancia estupefaciente y dinero mendaz que se iba a llevar a cabo. No se trató, pues, de una actuación accesoria o irrelevante, sino importante a los efectos del fin pretendido.

DATOS SENTENCIA

Sentencia núm. 457/2019
Fecha Sentencia: 4 de abril de 2019
Recurso de Casación Ordinario núm. 634/2017
Ponente: Excma. Sr. D. José Luis Requero Ibáñez.

TEMA

Libertad Sindical. Garantía de indemnidad.

ASPECTOS EXAMINADOS

- Recurso de Casación Ordinario núm. 634/2017, contra el Acuerdo del 10 de octubre de 2017 de la Comisión de Gobierno del Tribunal de Cuentas (núm. 32/17) por el que se acuerda el cese del recurrente del puesto de libre designación de Asesor Jurídico NCD29, en el Departamento Tercero, Sección de Enjuiciamiento y se le adscribe al de Subdirector Adjunto NCD29, en el Departamento Primero, Sección de Fiscalización y adscripción a otro puesto y contra el Acuerdo de 14 de noviembre de 2017, de la Comisión de Gobierno de dicho Tribunal por el que se incoaba expediente disciplinario
- ASPECTOS EXAMINADOS
- El demandante es funcionario del Cuerpo Superior de Letrados del Tribunal Constitucional desde 1993 y miembro de la Junta de Personal, en representación de la Asociación de Cuerpos de Letrados y Auditores (en adelante, ACLA) e impugna los acuerdos reseñados en el Antecedente de Hecho Primero porque son una represalia por las denuncias, reclamaciones e iniciativas procesales del demandante, por lo que vulneran del derecho fundamental al ejercicio de la libertad sindical (artículo 28 de la Constitución); además vulneran la garantía a la indemnidad como parte del contenido esencial del derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 24.1 de la Constitución). A estos efectos el demandante alega que la causa de tales actos está en los hechos que narra en su demanda y que se exponen ahora, en síntesis: 1° El 14 de marzo de 2016, en una asamblea de la ACLA, se opuso al desistimiento del recurso contencioso administrativo interpuesto por dicha asociación, contestando en este sentido el 21 de marzo de 2016 al Consejero titular del Departamento Tercero de la Sección de Enjuiciamiento al que estaba adscrito el demandante y que habría interesado dicho desistimiento. Posteriormente, se dictó sentencia estimatoria tal recurso. A raíz de tal decisión, tanto el demandante como otro letrado solicitaron el amparo de fa ACLA por las reacciones recibidas en el seno del Departamento Tercero. 2° En la reunión de la Junta de Personal de 16 de diciembre de 2016 se trató como punto del orden del día el amparo que solicitó a la misma. 3° Expone seguidamente una serie de procedimientos contencioso-administrativos impulsados por el demandante y que concluyeron con sentencias estimatorias, anulando diversas resoluciones de la Presidencia o del Pleno del Tribunal de Cuentas. 4° Que el 6 de junio de 2017 presentó un escrito de denuncia por responsabilidad contable contra los titulares de la Comisión de Gobierno del Tribunal de Cuentas, basado en que al haberse condenado el Tribunal de Cuentas al pago de las costas por auto de 8 de febrero de 2017, su pago corre a cuenta del Tribunal pero no de los responsables, en este caso los miembros de dicha Comisión que son de elección política; añadía que no se ha rectificado el sistema de nombramientos de libre designación, causante de una importante litigiosidad. 5° El 10 de julio de 2017 denunció ante la Sala Segunda de lo Penal, de este Tribunal Supremo, a los miembros de dicha Comisión tras dictar esta Sala auto de 28 de junio de 2017 en el recurso contencioso-administrativo 3172015, con base en las sentencias estimatorias a las que se ha hecho referencia, todo lo cual tuvo reflejo en la prensa. 6° Al día siguiente, el 11 de julio de 2017 el Consejero titular del Departamento Tercero de la Sección de Enjuiciamiento, presentó un escrito a la Comisión de Gobierno proponiendo el cese del demandante. 7° Conocido dicho escrito por la prensa, el 31 de julio de 2017 solicitó información a la Secretaría General y se le contestó que se tramitaba una información reservada, por lo que no se le daba acceso al mismo. 8° A raíz de todo lo expuesto, el 11 de septiembre de 2017 denunció al Consejero por acoso ante el Órgano para la Tramitación de Asuntos Confidenciales (en adelante, OTAC), del Tribunal de Cuentas. 9° Finalmente, el 10 de octubre de 2017 se dictó el acto impugnado de cese y adscripción provisional a otro puesto de trabajo, con fundamento en el escrito de 11 de julio de 2017 del consejero. Y por acuerdo de la Comisión de gobierno del Tribunal de Cuentas de 14 de noviembre de 2017 se le incoó expediente disciplinario.
- La Sala considera: No cabe apreciar infracción de su derecho a la libertad sindical por las siguientes razones:
    - 1° La causa de los actos impugnados está, en efecto, en el escrito de 11 de julio de 2017 que el Consejero titular del Departamento Tercero de la Sección de Enjuiciamiento dirigió a la Comisión de Gobierno; ahora bien, tal escrito se basa en las irregularidades que dicho Consejero había advertido en la tramitación de las piezas de ejecución de

dos procedimientos de reintegro por alcance de las que era responsable el demandante corno instructor delegado, siendo significativo que presentó denuncias penales y ante la OTAC cuando supo de tal escrito.

- 2° El demandante guarda silencio sobre tales hechos como causantes de la propuesta del consejero y dirige la atención de esta Sala a los hechos narrados en el anterior Fundamento de Derecho. Sin necesidad de entrar a valorarlos como posible causa de los actos impugnados, de ellos se deduce, es obvio, que hay una tensa situación en el Tribunal de Cuentas, situación en la cual, es también obvio, se ha significado el demandante. Ahora bien, lo cierto es que los hechos desencadenantes de la propuesta del Consejero tienen por causa de su exclusiva actividad y responsabilidad profesional, no en su actividad como representante de la ACLA en la Junta de Personal ni por el ejercicio diversas acciones judiciales.
- 3° El mero hecho de su traslado a otra sede del Tribunal de Cuentas, en sí, no implica merma alguna de su actividad sindical, pues de ser así a la sede desplazada -evidentemente, dentro de Madrid- no podría ser destinado representante sindical alguno; añádase que en el nuevo destino no hay merma económica y que no hay dato que contradiga lo alegado por la Abogacía del Estado en sentido de que, salvo en uno, en otros procedimientos de provisión de puestos de trabajo el demandante había solicitado plazas no pertenecientes a la Sección de Enjuiciamiento, aparte de que habla solicitado cursos sobre materias propias del Departamento de Fiscalización.

- En cuanto a la infracción de la garantía de indemnidad, su invocación no tiene por qué vincularse necesariamente a su actividad sindical pues es parte del contenido esencial del artículo 24.1 de la Constitución predicable a favor de todo trabajador, en este caso funcionario. Como señalan tanto el demandante como el Ministerio Fiscal, tal garantía protege al empleado que, en ejercicio de sus derechos laborales, promueve acciones judiciales o reclamaciones de cualquier otro tipo frente al empleador y hace que sean nulos aquellos actos bien sancionadores o, en general, de represalia por parte del empleador por el ejercicio de esas acciones judiciales. Pues bien, las razones que han llevado a desestimar la infracción del derecho a la libertad sindical son trasladables a esta otra infracción pues los actos impugnados no guardan relación de causalidad con los hechos expuestos en el anterior Fundamento de Derecho Segundo sino con las infracciones profesionales expuestas en el escrito de 11 de julio del Consejero. El resto de los alegatos se rechazan bien porque son ajenos a la tutela de los derechos fundamentales invocados o bien a los actos impugnados. Se refieren así a lo que denomina mala fe en la formación del expediente, lo que le habría irrogado indefensión a efectos del artículo 63 de la Ley 3011992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común; que el puesto al que se le adscribe provisionalmente es ajeno a su experiencia profesional anterior; la vulneración del protocolo de acoso o la inexistencia de retraso en los incidentes de reintegro por alcance o, en fin, a la ausencia de informe de la Abogacía del Estado ante el Tribunal de Cuentas. Si bien la sentencia es desestimatoria, la Sala acuerda no imponer las costas al apreciarse en el caso dudas fundamentalmente de hecho ante el solapamiento de los narrados por el demandante en relación con los que determinaron el inicio de las actuaciones que desembocaron en los actos impugnados (cf. artículo 139.1 de la LJCA).

DATOS AUTO

Cuestión de Competencia núm.43/2018
Fecha Auto: 10 de abril de 2019
Ponente: Excmo. Sr. D. Luis María Díez Picazo Giménez.

TEMA

Competencia: actuación administrativa adoptada por la Comisión Central de Asistencia Jurídica Gratuita del Ministerio de Justicia.

ASPECTOS EXAMINADOS

- Por el Juzgado de lo Contencioso-administrativo Nº 15 de Madrid, se remiten junto con exposición razonada, las actuaciones del procedimiento ordinario núm. 277/2018, por considerar que corresponde al Tribunal Supremo, el conocimiento de dicho recurso, ex artículo 12.1.a) LJCA, pues <<[...] el recurso que aquí se ha presentado dimana, de manera directa e inmediata, de una actuación administrativa que fue adoptada por la Comisión Central de Asistencia Jurídica Gratuita del Ministerio de Justicia, y que a su vez trae causa de otra más mediata e íntimamente conexa a ella como 'consecuencia del Recurso contencioso-administrativo interpuesto ante la Sala Tercera de ese Tribunal Supremo (Sección Sexta), tramitado con el número 41/2017, según así se desprende de la documentación aportada por el recurrente».
- La competencia viene determinada por la concreta actuación administrativa contra la que se interpone el recurso jurisdiccional, y en el presente caso, visto el escrito de interposición del recurso contencioso-administrativo, no estamos ante una impugnación de una resolución de las previstas por el citado artículo 20 de la Ley 1/1996, de 10 de enero, de Asistencia

Jurídica Gratuita, esto es, ante una resolución que, de modo definitivo, reconozca, revoque o deniegue el derecho a la asistencia jurídica gratuita.

- Lo que se solicita en dicho escrito es que se declare la responsabilidad de la Comisión Central de Asistencia Jurídica Gratuita y que se le obligue a contestar los escritos a ella dirigidos y que relaciona en su escrito. Además, como hace constar la Letrada de la Administración de Justicia de la Sala, en diligencia de 17 de enero de 2019, no consta procedimiento alguno con el número 41/2017, en el que sea parte el recurrente, y, en consecuencia, el recurso que aquí nos ocupa no puede derivar de una impugnación de denegación del derecho del recurrente a la asistencia jurídica gratuita referida a dicho pleito, interpuesta al amparo del citado artículo 20 de la Ley 1/1990. En consecuencia, la Sala, acuerda devolver las actuaciones al Juzgado de lo Contencioso Nº 15 de Madrid.

DATOS AUTO

Cuestión de Competencia núm.44/2018
Fecha Auto: 3 de abril de 2018
Ponente: Excmo. Sr. D. Luis María Díez-Picazo Giménez.

TEMA

Competencia: establecimiento del servicio de abastecimiento domiciliario de agua potable en municipio de Vidreres. Medidas ex art. 155 CE.

ASPECTOS EXAMINADOS

- Se interpone recurso contencioso-administrativo contra el acuerdo del Consejo de Ministros, de 6 de abril de 2018, por el que se desestima el recurso de reposición interpuesto ante el Gobierno de la Generalidad de Cataluña, contra el acuerdo GOV/139/2017, de 10 de octubre, por el que se aprueba definitivamente el establecimiento del servicio de abastecimiento domiciliario de agua potable en el municipio de Vidreres, en régimen de monopolio, y la adopción de la gestión directa por la misma entidad local como modalidad de prestación del servicio.
- ASPECTOS EXAMINADOS
- El Pleno del Senado, en su sesión celebrada el día 27 de octubre de 2017, aprobó autorizar las medidas requeridas por el Gobierno, al amparo del artículo 155 de la Constitución, incluidas en el Acuerdo adoptado por el Consejo de Ministros de 21 de octubre de 2017, con determinados condicionamientos y modificaciones. En cumplimiento del mandato establecido en el acuerdo adoptado por el Pleno del Senado, por la que se acuerda la aplicación de determinadas medidas en relación con el Gobierno, la Administración de la Generalitat de Cataluña y el Parlamento de Cataluña, en aplicación del artículo 155 de la Constitución, se aprobó el Real Decreto 944/2017, de 27 de octubre, por el que se designa a órganos y autoridades encargados de dar cumplimiento a las medidas dirigidas al Gobierno y a la Administración de la Generalitat de Cataluña, autorizadas por acuerdo del Pleno del Senado, de 27 de octubre de 2017, por el que se aprueban las medidas requeridas por el Gobierno, al amparo del artículo 155 de la Constitución. Como hemos expuesto en el Antecedente primero de esta resolución, la presente exposición tiene su origen en la impugnación por Rec Madral Companyia D'Agües, S.A. y Riera de Cabanyes Companyia D'Aigües, S.A. del acuerdo del Consejo de Ministros de 6 de abril de 2018, por el que se desestima el recurso de reposición interpuesto ante el Gobierno de la Generalidad de Cataluña contra el acuerdo GOV/139/2017, de 10 de octubre, por el que se aprueba definitivamente el establecimiento del servicio de abastecimiento domiciliario de agua potable en el municipio de Vidreres, en régimen de monopolio, y la adopción de la gestión directa por la misma entidad local como modalidad de prestación del servicio. Según consta en el acuerdo del Consejo de Ministros, el mismo se dicta en virtud del Real Decreto 944/2017, de 27 de octubre, anteriormente citado, cuyo artículo 5 establece lo siguiente: <<Con relación al Gobierno, a la Administración de la Generalitat de Cataluña, sus organismos, entes, entidades y sector público empresarial dependientes, el Consejo de Ministros asume las funciones y competencias que corresponden al Consejo de Gobierno de la Generalitat de Cataluña, previstas en la Ley 13/2008, de 5 de noviembre, de la presidencia de la Generalitat y del Gobierno, y en las demás disposiciones autonómicas que resulten de aplicación>>. La cuestión que aquí se suscita es la de determinar el órgano de la jurisdicción contencioso-administrativa competente objetivamente para conocer de un recurso contencioso-administrativo interpuesto contra un acuerdo dictado originariamente por el Gobierno de la Generalidad de Cataluña, y, vía recurso de reposición, por el Consejo de Ministros en virtud del artículo 5 del Real Decreto 944/2017. A este respecto debe tenerse en cuenta que el Consejo de Ministros resuelve el recurso de reposición asumiendo las funciones del Gobierno de la

Generalidad de Cataluña -artículo del Real Decreto 944/2017- mientras se encuentren en vigor las medidas adoptadas por el Pleno del Senado, y que el apartado "E.1 Normativa estatal y autonómica de aplicación" de las medidas incluidas en el acuerdo adoptado por el Consejo de Ministros de 21 de octubre de 2017 y aprobadas por el Pleno del Senado, establece que <<El ejercicio de las competencias, facultades y funciones que, en virtud de lo autorizado en este Acuerdo, se atribuya a los órganos o autoridades creados o designados por el Gobierno de la Nación, se ajustará a la normativa vigente, estatal o autonómica, que en cada caso resulte de aplicación, y su revisión jurisdiccional corresponderá a los juzgados y tribunales del orden jurisdiccional contencioso administrativo, en atención al rango de los órganos o autoridades creados o designados por el Gobierno de la Nación>>. En orden a esta asunción de competencias, debe entenderse que los expedientes en tramitación antes de la entrada en vigor de las medidas aprobadas por el Pleno del Senado en aplicación del artículo 155 de la Constitución -bien por no haber recaído resolución definitiva, bien porque no obstante haber recaído resolución definitiva se encuentran pendientes de recursos administrativos-, y que se vieran afectados por dichas medidas, la competencia objetiva debe atribuirse en atención del órgano o autoridad creado o designado por el Gobierno de la Nación para asumir las competencias, facultades y funciones que les son atribuidas en virtud de lo autorizado por el Senado. A la vista de lo anterior, teniendo en cuenta que la resolución definitiva ha sido adoptada por el Consejo de Ministros en virtud del artículo 5 del Real Decreto 944/2017, la competencia para su conocimiento y resolución corresponde a esta Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, a quien corresponde, de conformidad con el artículo 12.1.a) de la Ley de esta Jurisdicción, conocer en única instancia de los recursos que se deduzcan en relación con los actos y disposiciones del Consejo de Ministros; sin que la atribución de la competencia a esta Sala para conocer del recurso contencioso-administrativo en atención al órgano que ha dictado la resolución -Consejo de Ministros- prejuzgue la naturaleza jurídica del acto recurrido.

- A lo anterior debe añadirse que esta Sala, por auto de 12 de junio de 2018 (cuestión de competencia 19/2018), determinó, en virtud del órgano que dictó la disposición, que correspondía a esta Sala la competencia para conocer del recurso interpuesto contra Real Decreto 943/2017, de 27 de octubre, por el que se dispone, en virtud de las medidas autorizadas con fecha 27 de octubre de 2017 por el Pleno del Senado respecto de la Generalidad de Cataluña en aplicación del artículo 155 de la Constitución, el cese del Vicepresidente de la Generalidad de Cataluña y de los Consejeros integrantes del Consejo de Gobierno de la Generalidad de Cataluña. Por todo ello, la Sala, acuerda: 1.º) Declarar su competencia para conocer del recurso contencioso-administrativo interpuesto contra el acuerdo del Consejo de Ministros de 6 de abril de 2018, por el que se desestima el recurso de reposición interpuesto ante el Gobierno de la Generalidad de Cataluña, contra el acuerdo GOV/139/2017, de 10 de octubre, por el que se aprueba definitivamente el establecimiento del servicio de abastecimiento domiciliario de agua potable en el municipio de Vidreres, en régimen de monopolio, y la adopción de la gestión directa por la misma entidad local como modalidad de prestación del servicio.

DATOS AUTO

Recurso de Casación Ordinario núm. 499/2017
Fecha Auto: 29 de abril de 2019 (Auto del Pleno)
Ponente: Excmo. Sr. D. Octavio Juan Herrero Pina.

TEMA

Recusación: causas: imparcialidad judicial.

ASPECTOS EXAMINADOS

- Recurso ordinario contra la resolución de 16 de mayo de 2017, de la Comisión Disciplinaria del Consejo General del Poder Judicial, por la que se acuerda archivar el expediente disciplinario incoado a la Ilma. Sra. Dª VVV, por su actuación como Juez titular del Juzgado de Instrucción de Las Palmas de Gran Canaria, por la posible comisión de una falta muy grave de desatención en el ejercicio de las competencias judiciales prevista en el art. 417.9 de la LOPJ.
- ASPECTOS EXAMINADOS
- Habiendo renunciado el recusante a la causa prevista en el art. 219.9 de la LOPJ, la recusación se concreta en la invocación de la causa prevista en el n.º 10 de dicho precepto, consistente en tener interés directo o indirecto en el pleito o causa, que se justifica alegando que la Excma. Sra. Magistrada recusada forma parte desde su elección en abril de 2018 de la Comisión de Ética Judicial, integrando un órgano del CGPJ, que es precisamente parte demandada en estos autos, por lo que es clara su incompatibilidad, en cuanto la recusada será juez y parte, lo que abunda en la existencia de interés directo o indirecto y, en todo caso, como advierte el TEDH, en la existencia de una circunstancia que, aun cuando no se encuadre exactamente en

una causa de abstención o recusación, perturba de forma manifiesta la apariencia de la debida imparcialidad que es exigible a la recusada.

En relación con esta causa de recusación, la Excma. Sra. Magistrada recusada razona que la Comisión de Ética Judicial no es un órgano del CGPJ y que su actividad no sirve de referencia o complemento en las actuaciones tendentes a dirimir responsabilidades civiles, penales o disciplinarias, salvo que redunden en beneficio del interesado.

Por su parte el Ministerio Fiscal mantiene igualmente que la Comisión de Ética Judicial no es un órgano del CGPJ, aunque exista una vinculación recíprocamente funcional, principalmente en el ámbito del soporte logístico y, en todo caso, no se acredita conflicto de intereses alguno en relación con el pleito, en el que se recurre una resolución de un órgano como la Comisión Disciplinaria, cuya composición, ámbito de competencia y autonomía de decisión no condicionan ni se ven recíprocamente condicionados por la esfera de actividad de la Comisión de Ética Judicial.

- Planteada en estos términos la recusación, conviene hacer inicialmente unas consideraciones generales sobre la invocada imparcialidad judicial. Al respecto el Tribunal Constitucional señala que el art. 24.2 CE, acorde con lo dispuesto en el art. 6 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, reconoce el derecho a ser juzgado por un Tribunal independiente y alejado de los intereses de las partes en litigio, de tal modo que la imparcialidad judicial constituye una garantía procesal que condiciona la existencia misma de la función jurisdiccional (por todas, STC 151/2000, de 12 de junio, FJ 3). Por este motivo la obligación del juzgador de no ser «Juez y parte», ni «Juez de la propia causa» supone, de un lado, que el Juez no pueda asumir procesalmente funciones de parte, y, de otro, que no pueda realizar actos ni mantener con las partes relaciones jurídicas o conexiones de hecho que puedan poner de manifiesto o exteriorizar una previa toma de posición anímica a favor o en su contra.
- En tal sentido nuestra jurisprudencia viene distinguiendo entre una «imparcialidad subjetiva», que garantiza que el Juez no ha mantenido relaciones indebidas con las partes, y una «imparcialidad objetiva», es decir, referida al objeto del proceso, por la que se asegura que el Juez o Tribunal no ha tenido un contacto previo con el «thema decidendi» y, por tanto, que se acerca al objeto del mismo sin prevenciones en su ánimo (por todas, SSTC 47/1982, de 12 de julio, FJ 3; 157/1993, de 6 de mayo, FJ 2; y 47/1998, de 2 de marzo, FJ 4; 47/1998, de 2 de marzo, FJ 4; 11/2000, de 17 de enero, FJ 4; y 52/2001, de 26 de febrero). En la sentencia 5/2004 se citan también SSTEDH de 17 de enero de 1970, caso Delcourt; de 1 de octubre de 1982, caso Piersack; de 24 de octubre de 1984, caso De Cubber; de 24 de mayo de 1989, caso Hauschildt; de 22 de junio de 1989, caso Langborger; de 25 de noviembre de 1993, caso Holm; de 20 de mayo de 1998, caso Gautrin y otros; de 16 de septiembre de 1999, caso Buscemi. La garantía de tal derecho se plasma de manera objetiva mediante la articulación de una serie de causas de abstención y recusación taxativamente establecidas, que contemplan tanto relaciones con el objeto del proceso como con las partes del mismo, cuya concurrencia en el Juez o Magistrado le impide intervenir en el proceso, no por carecer de los requisitos de capacidad de carácter general sino para evitar esa duda o sospecha sobre su imparcialidad en la aplicación únicamente del derecho objetivo, con sometimiento únicamente al imperio de la Ley, como expresamente proclama el art. 117.1 de la Constitución, y ello al margen de que el Juez o Magistrado subjetivamente mantenga o no tal imparcialidad. El propio Tribunal Constitucional señala en sentencia 5/2004, que para que en garantía de la imparcialidad un Juez pueda ser apartado del conocimiento de un asunto concreto es preciso que existan dudas objetivamente justificadas, es decir, exteriorizadas y apoyadas en datos objetivos que hagan posible afirmar fundadamente que el Juez no es ajeno a la causa o permitan temer que, por cualquier relación con el caso concreto, no va a utilizar como criterio de juicio el previsto en la Ley, sino otras consideraciones ajenas al Ordenamiento jurídico, recordando que, aun cuando en este ámbito las apariencias son muy importantes, porque lo que está en juego es la confianza que en una sociedad democrática los Tribunales deben inspirar a los ciudadanos, no basta con que tales dudas o sospechas sobre su imparcialidad surjan en la mente de quien recusa, sino que es preciso determinar caso a caso si las mismas alcanzan una consistencia tal, que permitan afirmar que se hallan objetiva y legítimamente justificadas (SSTC-, por todas, 162/1999, de 27 de septiembre, FJ5; 69/2001, de 17 de marzo, FFJJ 14.a y 16; SSTEDH de 1 de octubre de 1982, caso Piersack, 30; de 26 de octubre de 1984, caso De Cubber, 26; de 24 de mayo de 1989, caso Hauschildt, 47; de 29 de agosto de 1997, caso Worm, 40; de 28 de octubre de 1998, caso Castillo Algar, 45; de 17 de junio de 2003, caso Valero, 23). Por otra parte, el Tribunal Constitucional, junto a la expresión de la concreta causa legal de recusación, exige para que resulte relevante a efectos de la valoración del derecho a un Juez imparcial, incluido en el derecho a tener un proceso público con todas las garantías plasmado en el art. 24-2 de la C.E., que el motivo invocado no sea descartable prima facie (Ss. I 230/92 y 64/97, entre otras), añadiendo en esta última sentencia 64/97, de 7 de abril, que resulta de imperiosa necesidad para declarar conculcado el derecho al Juez imparcial, que «el interesado ponga de manifiesto la concreta relación que media entre el componente del órgano judicial cuya parcialidad se denuncia y el objeto del proceso o su relación orgánica y funcional con el mismo o con las partes, relación que debe poner en cuestión la indispensable imparcialidad de aquel, sin que a estos efectos la mera exposición de suposiciones o de hipotéticos juicios de inferencia, concretados en alusiones genéricas y estrictamente especulativas, sea suficiente para considerar transgredido el derecho a un proceso con todas las garantías, cuya asunción, por el contrario, conduciría a la práctica paralización de la Administración de Justicia». En el mismo sentido el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha

declarado que la garantía de este derecho, en cuanto a la imparcialidad personal de cada uno de los miembros del tribunal, ha de presumirse hasta que se pruebe lo contrario, por lo que no se considera infringido el art. 6.1 por esta causa, cuando los demandantes no hicieron uso de su derecho de recusación o cuando lo hicieron de una forma tan indeterminada que no pueda considerarse bien fundada. (STS. TEDH de 28 de junio de 1981, as. Le Comte, Van Leuven y De Meyére y de 10 de febrero de 1983, as. Albert y Le Comte, entre otras).

- Examinada desde estas consideraciones la causa de recusación formulada, prevista en el art. 219.10ª de la LOPJ y consistente en tener interés directo o indirecto en el pleito o causa, se observa que se apoya esencialmente en la consideración de que la Magistrada recusada forma parte de la Comisión de Ética Judicial y que esta es un órgano del CGPJ, lo que la constituye en juez y parte, como interesada en el pleito. Tal planteamiento y apreciaciones de la parte no pueden servir de soporte a la recusación que se pretende, pues, en primer lugar, la afirmación que constituye el presupuesto de la recusación, en el sentido de que la Comisión de Ética Judicial es un órgano del CGPJ no se corresponde con la realidad jurídica, ya que basta examinar la LOPJ (Título IV del Libro VIII) para apreciar que dicha Comisión no figura entre los distintos órganos, incluidos los técnicos, del CGPJ, de manera que las actividades de dicha Comisión no pueden atribuirse al funcionamiento del CGPJ a través de sus órganos ni en consecuencia atribuirse a los intereses del mismo representados por sus propios órganos. En consecuencia, la mera alegación o dato objetivo de pertenencia a la referida Comisión de Ética Judicial en modo alguno justifica o acredita una concurrencia o confluencia con los intereses del CGPJ afectados por la resolución administrativa objeto de impugnación en el proceso. Por otra parte, esa concurrencia de intereses tampoco resulta del hecho de que la constitución de dicha Comisión haya sido auspiciada por el CGPJ, en cuanto puso en marcha el proceso tendente a la elaboración de unos «Principios de Ética Judicial», que han sido redactados por una comisión compuesta por representantes de las asociaciones judiciales, miembros no asociados de la judicatura y algunos expertos, con la participación de personas delegadas de cada Tribunal Superior de Justicia, que se cierran con la referida Comisión de Ética Judicial cuya composición, funcionamiento y procedimiento garantizan la confidencialidad de las consultas y el carácter meramente orientativo de las opiniones que emite, todo ello partiendo de la consideración de que nada tiene que ver el régimen disciplinario con la ética judicial y estableciendo expresamente que «la actuación de la Comisión no puede interferir en el ejercicio de la potestad disciplinaria ni inmiscuirse en la determinación de la responsabilidad civil o penal de los jueces», de manera que el CGPJ se limita en esta materia, según dispone el art. 560. 24.ª de la LOPJ, a «la recopilación y actualización de los Principios de Ética Judicial y su divulgación, así como su promoción con otras entidades y organizaciones judiciales, nacionales o internacionales» y asegurarse «de que la Comisión de Ética Judicial, que a tal efecto se constituya, esté dotada de los recursos y medios adecuados para el cumplimiento de sus objetivos», dependencia dotacional que no impide que su organización y funcionamiento sea independiente de los órganos de gobierno del poder judicial y que tenga sus propias funciones, por lo que el solo dato de pertenencia a la misma no permite apreciar la existencia de interés en relación con las resoluciones dictadas por los órganos del CGPJ en el ejercicio de sus competencias. Para apreciar esa concurrencia de intereses es necesario justificar la existencia de una relación entre la actividad de la Comisión y la resolución del CGPJ impugnada, que ponga de manifiesto la concurrencia de intereses que afecten a la posición de imparcialidad del juzgador recusado.
- Y lo cierto es que, en este caso, el recusante no aporta dato alguno del que pueda deducirse la intervención de la Comisión de Ética Judicial en la adopción de la concreta resolución objeto del recurso por la Comisión Disciplinaria, ni que pueda responder a planteamientos o informes sostenidos por la misma y menos aún que la Magistrada recusada, como integrante de la Comisión, resulte afectada en interés de naturaleza alguna por el resultado del litigio. En estas circunstancias, el planteamiento de la recusación no responde a la justificación que, como se refleja en la doctrina antes expuesta, resulta exigible y necesaria para poner en cuestión la imparcialidad judicial, por lo que debe ser desestimada. Por todo ello procede desestimar la recusación, con imposición de las costas al recusante, como dispone el artículo 228 de la L.O.P.J.

DATOS SENTENCIA

Recurso de Revisión núm. 58/2012
Fecha Sentencia: 30 de abril de 2019
Ponente: Excmo. Sr. D. Rafael Fernández Valverde.

TEMA

Recurso de Revisión: causas: interpretación restrictiva: Falsedad documental, falso testimonio y maquinaciones fraudulentas.

ASPECTOS EXAMINADOS

- Demanda de revisión contra la Sentencia de 10 de diciembre de 2007. Las causas de revisión alegadas son las contempladas en las letras b), c) y d) del artículo 102.1 Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la jurisdicción contenciosa administrativa (LRJCA), las cuales funda en la instrucción de un procedimiento penal que se sigue por prevaricación administrativa, falsedad documental y otros delitos contra varios miembros del Ayuntamiento de Talayuelas, que quisieron mantener la edificación cuestionada a toda costa por amistad con el propietario de la misma. Alega que la sentencia recurrida en revisión se ha dictado en virtud de presunto delito de prevaricación y/o maquinación fraudulenta, y falsedad documental/falso testimonio, para convertir en legal una construcción totalmente ilegal, por contravenir el planeamiento urbanístico desde el momento en que se otorgó por el Ayuntamiento de Talayuelas la licencia de obras mayores de fecha 9 de marzo de 2005.
- Se impugna, a través de la presente demanda de revisión, la sentencia de 10 de diciembre de 2007 dictada por el Juzgado de lo Contencioso-administrativo n.º 1 de Cuenca en el recurso contencioso administrativo 65/2007, acción que se funda en las causas de revisión del artículo 102.1, letras b), c) y d) de la LRJCA. La doctrina general, representada, entre otras, por la sentencia de esta Sala de 12 de junio de 2009 (recurso de revisión 10/2006), entiende que el 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. El recurso 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 recurso 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. El recurso 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 recurso 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 recurso 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 recurso en una nueva y posterior instancia contra sentencia firme. El recurso de revisión no es, en definitiva, una tercera instancia que permita un nuevo replanteamiento de la cuestión discutida en la instancia ordinaria anterior, al margen de la propia perspectiva del recurso 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 recurso 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. Es decir, 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 recurso de revisión el cauce procesal adecuado para enmendar tales desviaciones. El llamado recurso extraordinario de revisión no es una nueva instancia del mismo proceso, sino que constituye 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.
- Por lo que hace referencia a la primera de las causas mencionadas ---artículo 102.1.b) de la LRJCA---, esta Sala tiene establecido (por todas, STS de 19 de septiembre de 2003, recurso de revisión 8/2002, F.J. 2º), que "(…) el artículo 510 de la Ley 1/2000, de 7 de Enero, de Enjuiciamiento Civil, exige en la causa 2ª de revisión que el documento haya sido declarado falso en un proceso penal, cuya falsedad se declarase después penalmente, en cambio el artículo 102, apartado 1, causa b) de la Ley 29/1998, de 13 de Julio, Jurisdiccional Contencioso-Administrativo, no exige que la falsedad sea declarada en un proceso penal, de ahí que la Jurisprudencia de esta Sala Tercera haya aceptado la falsedad en procesos civiles e incluso la "retractación" del órgano administrativo, si se tratase de documentos expedidos por él, es decir el reconocimiento de que ha existido falsedad intelectual o material". Sin embargo, en el presente asunto no concurre ninguno de los supuestos enunciados. Así, no se ha dictado sentencia penal en que se haya declarado la falsedad de ningún documento; ni dicha falsedad ha sido aceptada en ningún procedimiento civil; ni concurre tampoco una eventual retractación del órgano administrativo interviniente.
- Lo mismo acontece con la segunda de las causas mencionadas ---artículo 102.1.c) de la LRJCA---, pues no hay constancia de condena a testigos por falso testimonio, dado en las declaraciones que sirvieron de fundamento a la sentencia impugnada.
- Por último, en relación con la tercera de las causas mencionadas ---artículo 102.1.d) de la LRJCA---, esta Sala ha señalado (por todas, STS de 3 de mayo de 2018, recurso de revisión 38/2017), que el mencionado precepto "(…) "contempla supuestos de conductas ilícitas aptas para viciar el resultado del proceso, dentro de las cuales, algunas son delictivas (cohecho y prevaricación), mientras que otras, siendo ilegítimas, no presentan necesariamente los caracteres de delictivos (violencia o

maquinación fraudulenta)"; y que si bien "la apreciación de las primeras, ya que de delitos se trata, exige la previa declaración de un tribunal penal (…) las segundas incluyen supuestos de violencia moral o intimidación y de actuaciones dirigidas intencionadamente a falsear ilegítimamente el resultado del proceso", siendo preciso para ser apreciadas "acreditar la realidad de la conducta maliciosa de la parte beneficiada con la sentencia, tendente a conseguir mediante argucias, artificios o ardides una ventaja o lesión de la contraria" [Sentencia de 17 de noviembre de 2006 (rec. rev. núm. 3/2004), FD Séptimo]. También hemos señalado, en la misma línea, que para que prospere este motivo "es preciso probar la realidad o certidumbre de haberse realizado maquinaciones fraudulentas o engañosas; que tales maquinaciones hayan torcido erróneamente la conciencia o voluntad del Juzgador, y que la sentencia sea injusta" [Sentencias de 14 de septiembre de 2007 (rec. rev. núm. 19/2006), FD Tercero; y de 21 de octubre de 2008 (rec. rev. núm. 21/2007), FD Quinto]; y, en fin, que es necesario en todo caso "que se haya llevado a cabo una irrefutable demostración de que se ha llegado al fallo recurrido por medio de ardides, argucias o artificios, dolosos e intencionados, encaminados a impedir la defensa de la otra parte" [Sentencia de 11 de diciembre de 2007 (rec. rev. núm. 14/2006), FD Cuarto]. En el mismo sentido se expresa más recientemente la Sentencia de 30 de abril de 2009 (revisión nº 21/2008). Por otro lado, la sentencia de 30 de abril de 2009 (revisión nº 3/2008), ha individualizado los requisitos para poder apreciar la maquinación fraudulenta a los efectos del precepto antes citado. Estos son los siguientes: a) Que se haya llevado a cabo una irrefutable demostración de que se ha llegado al fallo recurrido por medio de ardides, argucias o artificios, dolosos e intencionados, encaminados a impedir la defensa de la otra parte. b) Que tales maquinaciones hayan torcido erróneamente la voluntad del juzgador. c) Que la sentencia recaída sea injusta, existiendo un eficiente nexo causal entre el proceder malicioso y la resolución judicial. d) Que no es factible identificar, sin más, la maquinación con un vicio de procedimiento, por grave que aparezca, o con el simple quebrantamiento de las formas de juicio, siquiera sean las esenciales, y cuya omisión provoque la indefensión, para las cuales no existe este medio impugnatorio rigurosamente extraordinario, sino el régimen de los recursos ordinarios y demás vías impugnatorias (si son todavía factibles). e) En todo caso, es necesario que la maquinación fraudulenta alegada tenga relevancia para la determinación del fallo producido en la sentencia que se recurre». Pues bien, aplicando los principios de la doctrina expuesta al presente asunto, no consta que exista la previa declaración de un delito de prevaricación por parte de un tribunal penal, y los recurrentes no ofrecen la menor explicación para justificar la maquinación fraudulenta que denuncia ni la acompaña del menor principio de prueba o de argumento que lo avale o lo haga verosímil, más allá de afirmar que se quiso mantener la edificación cuestionada a toda costa por amistad del propietario con personal del Ayuntamiento, buscándose una solución totalmente ilegal al contravenir el planeamiento urbanístico. En efecto, en el escrito de demanda el recurrente efectúa una serie de denuncias que, sin embargo, lo que traslucen es una discrepancia con los fundamentos de la sentencia y con la valoración de la prueba efectuada en la instancia, y que llevaron al Juzgado a concluir que la legalización de las obras acordada por el Ayuntamiento se ajustaba a la normativa urbanística. El hecho de que el Ayuntamiento defendiese durante el proceso que la licencia de obra estaba amparada en la legalidad urbanística, y el hecho de que los arquitectos autores del Proyecto de Obra Nueva manifestaran que el mismo cumplía con la normativa urbanística de la localidad, no es más que la visión e interpretación que uno y otros tenían respecto de las obras en cuestión y de la legalidad aplicable, sin que ello pueda equipararse a la existencia de ardides, artificios fraudulentos o asechanzas en virtud de los que hubiera sido obtenida la sentencia, pues el Juzgado resolvió el pleito a la vista de las alegaciones de las partes, del material probatorio puesto a su disposición, y de la interpretación que el mismo efectuó de la normativa que consideró aplicable, sin que haya evidencia alguna de la presencia de un eficiente nexo causal entre el proceder malicioso denunciado y la resolución judicial. Por lo expuesto, procede la desestimación de la demanda, con imposición de costas a la parte recurrente y pérdida del depósito constituido.

DATOS SENTENCIA

Error Judicial núm. A61/8/2018
Fecha Sentencia: 6 de mayo de 2019
Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio Salas Carceller.

TEMA

Error Judicial: naturaleza y requisitos.

ASPECTOS EXAMINADOS

- La Sala ha reiterado que para la apreciación de la existencia de error judicial es necesario que se esté ante una equivocación manifiesta y palmaria en la «fijación de los hechos o en la interpretación o aplicación de la ley». Así lo hacen, entre otras, las sentencias de 26 septiembre 2017 (error judicial 4/2017, FJ 3.°), de 21 octubre 2016 (error judicial 9/2016, FJ 2.°), de 28 abril 2016 (error judicial 1/2016, FJ 2.°), de 9 diciembre 2015 (error judicial 9/2016, FJ 3.°) y de 23 abril 2015 (error judicial 15/2013, FJ 5.°), con cita de otras anteriores de 5 abril 2013 (error judicial 8/2012) y de 14 mayo 2012 (error judicial 4/2011).
- La sentencia dictada por esta sala núm. 3/2018, de 25 septiembre, afirma que el proceso para obtener la declaración judicial de la existencia de error judicial es de cognición limitada, de forma que ni siquiera puede analizarse en él el acierto o desacierto de la resolución a la que se imputa el error, sino únicamente si ésta se ha mantenido dentro de los límites de la lógica y la razonabilidad en la aplicación de los hechos y en la interpretación del derecho, con cita, entre las más recientes, de las sentencias de 26 septiembre 2017 (error. judicial 2/2017, FJ 2. °), 21 octubre 2016 (error judicial 9/2016, FJ 2. °) y de 21 octubre 2016 (error judicial 9/2016, FJ 2. °).
- La doctrina reiterada sobre la naturaleza y límites del proceso por error judicial se pronuncia en los siguientes términos:
    - i) solo un error craso, evidente e injustificado puede dar lugar a la declaración de error judicial;
    - ii) el error judicial, considerado en el artículo 293 LOPJ como consecuencia del mandato contenido en al artículo 121 CE, no se configura como una tercera instancia ni como un claudicante recurso de casación, por lo que solo cabe su apreciación cuando el correspondiente tribunal haya actuado abiertamente fuera de los cauces legales, y no puede ampararse en el mismo el ataque a conclusiones que no resulten ilógicas o irracionales;
    - iii) el error judicial es la equivocación manifiesta y palmaria en la fijación de los hechos o en la interpretación o aplicación de la ley;
    - iv) el error judicial ha de dimanar de una resolución injusta o equivocada, viciada de un error craso, patente, indubitado e incontestable, que haya provocado conclusiones fácticas o jurídicas ilógicas, irracionales, esperpénticas o absurdas, que rompan la armonía del orden jurídico;
    - v) no existe error judicial cuando el tribunal mantiene un criterio racional y explicable dentro de las normas de la hermenéutica jurídica, ni cuando se trate de interpretaciones de la norma que, acertada o equivocadamente, obedezcan a un proceso lógico;
    - vi) no toda posible equivocación es susceptible de calificarse como error judicial; esta calificación ha de reservarse a supuestos especiales cualificados en los que se advierta una desatención del juzgador, por contradecir lo evidente b por incurrir en una aplicación del derecho fundada en normas inexistentes, pues el error judicial ha de ser, en definitiva, patente, indubitado e incontestable e, incluso, flagrante; y
    - vii) no es el desacierto de una resolución judicial lo que se trata de corregir con la declaración de error de aquélla, sino que, mediante la reclamación que se configura en el artículo 292 y se desarrolla en el siguiente artículo 293, ambos de la Ley Orgánica del Poder Judicial, se trata de obtener el resarcimiento de unos daños ocasionados por una resolución judicial viciada por una evidente desatención del juzgador a datos de carácter indiscutible, que provocan una resolución absurda que rompe la armonía del orden jurídico
- En el caso presente el supuesto error viene concretado por la parte demandante en el traslado a la sentencia del resultado íntegro del informe emitido por el perito judicial al cual se acoge (fundamento de derecho cuarto), que se entiende realizado de forma incompleta y, por tanto, errónea. No obstante, en este caso hay que añadir a la ausencia de vinculación del tribunal a la integridad de los términos en que el informe pericial aparece formulado, la circunstancia de que en la propia sentencia el tribunal rechaza una valoración de parte que se encuentra cuantitativamente muy próxima a la que se sostiene como derivada del informe pericial. De ahí que para apreciar la existencia de error judicial sería necesario no sólo llegar a la conclusión de que el tribunal no tuvo en cuenta determinados datos obrantes en el proceso, sino también que -en el caso de haberlos tomado en consideración- no habría resuelto en la forma en que lo hizo, lo que constituye un juicio hipotético que por sí excluye la constatación de la existencia del error.
- El error a que se refiere el artículo 293 de la Ley Orgánica del Poder Judicial ha de ser objetivo e incontestable, de modo que se evidencie con la sola comparación de lo que se resolvió y lo que debió haberse resuelto en el caso de que el mismo no hubiera concurrido, sin que admita discusión alguna. Tales circunstancias no concurren en modo alguno en el caso, por lo que la demanda ha de ser rechazada. Por todo lo expuesto, la Sala ha decidido: Desestimar la demanda de error judicial interpuesta.

DATOS SENTENCIA

Recurso de Casación núm. 2770/2017
Sentencia núm. 170/2019
Fecha Sentencia: 13/02/2019

Ponente: Excmo. Sr. D. Nicolás Maurandi Guillén.

TEMA

Jurisdicción Contencioso administrativa: determinación de quiénes pueden ser considerados usuarios privados del SNS y si esta última condición, debido a la obligación legal de soportar la facturación que establece el artículo 16.3 de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, resulta encuadrable en el supuesto de terceros obligados. Seguridad Social. Seguros privados: si las entidades aseguradoras, en relación con los servicios de asistencia sanitaria de carácter voluntario prestados a asegurados beneficiarios del Sistema Público de Salud, deben ser consideradas como obligadas al pago de los precios públicos exigidos por el Sistema público de salud.

ASPECTOS EXAMINADOS

- La sentencia recurrida en la actual casación: su delimitación del litigio y sus datos de hecho y argumentos para justificar el fallo estimatorio.
- 1.- La delimitación la efectúa su fundamento de derecho (FJ) primero. En él se hace una referencia inicial a las liquidaciones litigiosas y al ya mencionado acuerdo desestimatorio de la Xunta Superior de Facenda. A continuación, los términos de la controversia judicial se describen así: «La resolución recurrida entendió que la demandante, como obligada al pago, debía hacerse cargo del precio público que se correspondía con aquellas liquidaciones. Entiende la actora que no tiene la condición de tercero obligado al pago pues el seguro de salud contratado y que daba cobertura a la asistencia sanitaria de la asegurada no está incluido en el Anexo IX del RD 1030/2006 y además sostiene que como quiera que los referenciados eran beneficiarios de la Seguridad Social es el SERGAS el que debe correr con los gastos de asistencia médica con independencia de que aquéllos tuvieran suscrita una póliza de seguros con la entidad recurrente».
- 2.- Las normas invocadas por la sentencia recurrida para justificar el fallo desestimatorio, así como los concretos hechos que aprecia y los razonamientos que desarrolla con dicha finalidad, los expresa de esta manera su FJ segundo: «El artículo 2.7 del Real Decreto 1030/2006 establece: "Conforme a lo señalado en el artículo 83 de la Ley General de Sanidad , en la disposición adicional 22 del texto refundido de la Ley General de Seguridad Social, aprobado por Real Decreto legislativo 1/1994, de 20 de junio, y demás disposiciones que resulten de aplicación, los servicios de salud reclamarán a los terceros obligados al pago el importe de las atenciones o prestaciones sanitarias facilitadas directamente a las personas, de acuerdo con lo especificado en el anexo IX ". Por su parte el Anexo IX, tras reproducir el anterior precepto, incluye en su apartado 7 " otros obligados al pago" a "c) Cualquier otro supuesto en que, en virtud de normas legales o reglamentarias, el importe de las atenciones o prestaciones sanitarias deba ser a cargo de las entidades o terceros correspondientes".
  En el caso de autos, ambos pacientes son atendidos por el O61 ante quien manifestaron hallarse amparados por la póliza de seguros suscrita con la entidad UNIÓN DE ARTESANOS MUTUALIDAD DE PREVISIÓN SOCIAL A PRIMA FIJA pues resulta evidente no solo esta circunstancia -no negada por la recurrente- sino que es obvio que el 061 no se inventó esta cobertura, sino que le fue manifestada por ambos pacientes. De ahí que en un primer momento fueran enviados al Policlínico La Rosaleda de Santiago de Compostela y ante la imposibilidad de este centro hospitalario de dar la asistencia necesaria los médicos del mismo consideraran oportuno, en ambos casos, la remisión de los pacientes al Centro Hospitalario Universitario De Santiago De Compostela. Por tanto, ninguna duda cabe de que la entidad recurrente es un tercero obligado frente al SERGAS en los términos recogidos (por) El artículo 2.7 del Real Decreto 1030/2006. En cuanto a la alegada exclusión de la cobertura aseguradora por algunos de los conceptos facturados por el SERGAS se trata de una cuestión a ventilar, en su caso, en el procedimiento civil correspondiente dentro de la relación contractual que vincula a aseguradora y asegurados por mor del contrato de seguro concertado pero que en todo caso en nada afecta al SERGAS». -
- La cuestión que presenta interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia según el auto de admisión del recurso de casación. La determina así la parte dispositiva del auto: «2º) La cuestión que presenta interés casacional objetivo para la formación de la jurisprudencia consiste en dilucidar si las entidades aseguradoras, en relación con los servicios de asistencia sanitaria de carácter voluntario prestados a asegurados beneficiarios del Sistema Público de Salud - al margen de los supuestos de transporte sanitaria urgente de carácter vital -, deben ser consideradas como obligadas al pago de los precios públicos exigidos por el Sistema público de salud en virtud de norma legal o reglamentaria y, en particular, en virtud del Anexo IX del Real Decreto 1030/2006. 3º) Identificar como normas jurídicas que, en principio, serán objeto de interpretación: el artículo 2.7 del Real Decreto 1030/2006, de 15 de septiembre, por el que se establece la cartera de servicios comunes del Sistema Nacional de Salud y el procedimiento para su actualización; el artículo 14 de la Ley General Tributaria y el artículo 4.1 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa».
- El conocimiento de la materia que es objeto de controversia en el actual litigio sí corresponde al orden jurisdiccional contencioso-administrativo. Así ha de ser declarado con carácter previo al enjuiciamiento del recurso de casación, porque esta Sala y Sección, mediante providencia de 5 de octubre de 2018, planteó tesis a las partes para que hicieran sus

alegaciones sobre la posibilidad de que correspondiese al orden jurisdiccional social el conocimiento del actual litigio. Y las razones que conducen a residenciar ese conocimiento en el orden jurisdiccional contencioso-administrativo son éstas:

(a) No está en discusión quienes pueden solicitar recibir asistencia sanitaria en cualquiera de los centros que integran el Sistema Nacional de Salud (SNS) y, más concretamente, si tal asistencia pueden recibirla los afiliados a cualquiera de los Regímenes del Sistema de Seguridad en el marco de la acción protectora de dicho Sistema.

(b) La polémica, como más adelante se indicará, gira en torno a esta otra cuestión: determinar quiénes pueden ser considerados usuarios privados de dicho SNS y si esta última condición, debido a la obligación legal de soportar la facturación que establece el artículo 16.3 de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, resulta encuadrable en el supuesto de terceros obligados que enumera el apartado 7.c) del anexo IX al que se remite el artículo 2.7 del Real Decreto 1030/2006, de 15 de septiembre. (c) Esa concreta controversia queda fuera del ámbito de conocimiento que para los órganos jurisdiccionales del orden social definen los artículos 1 y 2 de la Ley 36/2011, Reguladora de la Jurisdicción Social. -.

- Criterios interpretativos de la presente sentencia sobre la normativa aplicable a aquellos supuestos en los que las entidades aseguradoras solicitan del Sistema Nacional de Salud asistencia sanitaria, haciéndolo para personas que se la reclamaron directamente a ellas invocándoles su condición de asegurados derivada de una relación jurídico privada convenida con la entidad aseguradora. Y, en particular, la interpretación que ha de darse, a efectos de lo anterior, al artículo 2.7 del Real Decreto 1030/2006, de 15 de septiembre, por el que se establece la cartera de servicios comunes de! Sistema Nacional de Salud y el procedimiento para su actualización [RD 1030/2006].
    - 1.- Para decidir esos criterios interpretativos lo primero que ha de hacerse es transcribir ese artículo 2.7 del RD 1030/2006 y su Anexo IX al que se remite. «Artículo 2. Cartera de servicios comunes del Sistema Nacional de Salud. (…). 7. Conforme a lo señalado en el artículo 83 de la Ley General de Sanidad, en la disposición adicional 22 del texto refundido de la Ley General de Seguridad Social, aprobado por Real Decreto legislativo 1/1994, de 20 de junio, y demás disposiciones que resulten de aplicación, los servicios de salud reclamarán a los terceros obligados al pago el importe de las atenciones o prestaciones sanitarias facilitadas directamente a las personas, de acuerdo con lo especificado en el anexo IX. Procederá asimismo la reclamación del importe de los servicios a los usuarios sin derecho a la asistencia de los servicios de salud, admitidos como pacientes privados, conforme a lo establecido en el artículo 16 de la Ley General de Sanidad». «ANEXO IX. Asistencia sanitaria cuyo importe ha de reclamarse a los terceros obligados al pago. Conforme a lo previsto en el artículo 83 de la Ley General de Sanidad, en la disposición adicional 22 del texto refundido de la Ley General de Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto legislativo 1/1994, de 20 de junio, en el artículo 2.7 del presente real decreto y demás disposiciones que resulten de aplicación, los servicios públicos de salud reclamarán a los terceros obligados al pago el importe de las atenciones o prestaciones sanitarias facilitadas directamente a las personas, incluido el transporte sanitario, la atención de urgencia, la atención especializada, la atención primaria, la prestación farmacéutica, la prestación ortoprotésica, las prestaciones con productos dietéticos y la rehabilitación, en los siguientes supuestos: 1. Asegurados o beneficiarios del sistema de Seguridad Social pertenecientes a la Mutualidad General de Funcionarios Civiles del Estado, Mutualidad General Judicial o al Instituto Social de las Fuerzas Armadas, que no hayan sido adscritos, a través del procedimiento establecido, a recibir asistencia sanitaria del Sistema Nacional de Salud. 2. Asegurados o beneficiarios de empresas colaboradoras en la asistencia sanitaria del sistema de Seguridad Social, en aquellas prestaciones cuya atención corresponda a la empresa colaboradora conforme al convenio o concierto suscrito. 3. Accidentes de trabajo o enfermedades profesionales a cargo de las Mutuas de Accidentes de Trabajo, del Instituto Nacional de la Seguridad Social o del Instituto Social de la Marina. 4. Seguros obligatorios: a) Seguro obligatorio de los deportistas federados y profesionales. b) Seguro obligatorio de vehículos de motor. c) Seguro obligatorio de viajeros. d) Seguro obligatorio de caza. e) Cualquier otro seguro obligatorio. 5. Convenios o conciertos con otros organismos o entidades. Se reclamará el importe de la asistencia prestada, de acuerdo con los términos del convenio o concierto correspondiente. 6. Ciudadanos extranjeros: a) Asegurados o beneficiarios en un Estado miembro de la Unión Europea, del Espacio Económico Europeo y Suiza, no residentes en España, en los supuestos y condiciones establecidos en los Reglamentos Comunitarios en materia de Seguridad Social. b) Asegurados o beneficiarios de otros países extranjeros, no residentes en España, en los supuestos y condiciones establecidos en los convenios bilaterales en materia de Seguridad Social suscritos por España. 7. Otros obligados al pago. a) Accidentes acaecidos con ocasión de eventos festivos, actividades recreativas y espectáculos públicos en caso de que se haya suscrito contrato de seguro de accidentes o de responsabilidad civil que cubra las contingencias derivadas de estas actividades. b) Seguro escolar. c) Cualquier otro supuesto en que, en virtud de normas legales o reglamentarias, el importe de las atenciones o prestaciones sanitarias deba ser a cargo de las entidades o terceros correspondientes».
    - 2.- Lo segundo que procede señalar es que, para efectuar dicha interpretación, también necesariamente ha de partirse también de lo establecido en los artículos 3.2, 16.3 y 83 de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de

Sanidad [LGralSan], que disponen: «Artículo tres. 2. La asistencia sanitaria pública se extenderá a toda la población española. El acceso y las prestaciones sanitarias se realizarán en condiciones de igualdad efectiva». «Artículo dieciséis. Las normas de utilización de los servicios sanitarios serán iguales para todos, independientemente de la condición en que se acceda a los mismos. En consecuencia, los usuarios sin derecho a la asistencia de los Servicios de Salud, así como los previstos en el artículo 80, podrán acceder a los servicios sanitarios con la consideración de pacientes privados, de acuerdo con los siguientes criterios: (...). 3. La facturación por la atención de estos pacientes será efectuada por las respectivas, administraciones de los Centros, tomando como base los costes efectivos. Estos ingresos tendrán la condición de propios de los Servicios de Salud. En ningún caso estos ingresos podrán revertir directamente en aquellos que intervienen en la atención de estos pacientes». «Artículo ochenta y tres. Los ingresos procedentes de la asistencia sanitaria en los supuestos de seguros obligatorios especiales y en todos aquellos supuestos, asegurados o no, en que aparezca un tercero obligado al pago, tendrán la condición de ingresos propios del Servicio de Salud correspondiente. Los gastos inherentes a la prestación de tales servicios no se financiarán con los ingresos de la Seguridad Social. En ningún caso estos ingresos podrán revertir en aquellos que intervinieron en la atención a estos pacientes. A estos efectos, las Administraciones Públicas que hubieran atendido sanitariamente a los usuarios en tales supuestos tendrán derecho a reclamar del tercero responsable el coste de los servicios prestados».

- 3.- Lo tercero a destacar es que igualmente ha de tomarse en consideración lo dispuesto en el artículo 2 de la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud [LeyCoh-Cal/SNS]. «Artículo 2. Principios generales. Son principios que informan esta ley: a) La prestación de los servicios a los usuarios del Sistema Nacional de Salud en condiciones de igualdad efectiva y calidad, evitando especialmente toda discriminación entre mujeres y hombres en las actuaciones sanitarias. b) El aseguramiento universal y público por parte del Estado. (…)».
- 4.- Lo que resulta de las anteriores prescripciones legales es lo siguiente: -. El principio de igualdad que rige en la prestación de los servicios que ha de dispensar el Sistema Nacional de Salud [SNS] y el principio de aseguramiento universal y público por parte del Estado; -. Las dos modalidades de usuario con las que se puede acceder a los servicios sanitarios: usuarios con derecho a la asistencia de los Servicios de Salud; y usuarios sin ese derecho, que pueden acceder a los servicios sanitarios con la condición de pacientes privados; y -. La posibilidad de facturar a estos pacientes privados del SNS la atención que hayan recibido, tomando como base sus costes efectivos y teniendo los correspondiente importes la condición de ingresos propios de los Servicios de Salud. Siendo también de subrayar, como complemento de lo anterior, que la condición de usuario privado del SNS que ha de soportar la facturación que establece el artículo 16.3 de la Ley 14/1986 [LGralSan] corresponde a todo sujeto jurídico que de cualquier forma resulta beneficiario de los servicios sanitarios prestados a título privado por el SNS. Y que, por tal razón, cabe hablar de un usuario directo, que es la persona que recibe directamente la atención sanitaria; y de un usuario indirecto, que es el sujeto o entidad privada que, en virtud de una relación de esta naturaleza, asume el compromiso ante determinada persona de prestarle asistencia sanitaria y, ante la dificultad de poder cumplirlo, originada por cualquier circunstancia, deriva a ese paciente particular suyo al SNS y solicita a éste último que le sustituya en la dispensa de esa asistencia a la que se había comprometido con su paciente particular. Debiendo afirmarse, así mismo, que el cuadro de relaciones con el SNS incluye a los terceros que resultan obligados al pago de las atenciones o prestaciones sanitarias que hayan sido facilitadas directamente a otras personas por dicho SNS; que dicha obligación de pago puede resultar de cualquiera de los títulos que enumera el anexo IX; que, entre estos títulos, su punto 7.c) incluye el supuesto en que, en virtud de normas legales o reglamentarias, el importe deba ser a cargo de las entidades o terceros correspondientes; y que el usuario indirecto obligado a soportar la facturación según lo establecido el artículo según lo dispuesto en el artículo 16.3 de la Ley 14/1986 [LGralSan] resulta encuadrable en ese supuesto del punto 7.c) que acaba de mencionarse.
- 5.- Y las conclusiones que cabe extraer de todo lo anterior es que las atenciones o servicios sanitarios dispensadas por el SNS podrán ser reclamadas a los sujetos jurídicos o entidades siguientes:
  - (1) a las personas físicas que, a solicitud de ellas mismas, hayan recibido directamente la asistencia sanitaria;
  - (2) a los sujetos o entidades sanitarias que actúan como usuarios indirectos del SNS, por actuar en relación con personas físicas frente a las que asumieron el compromiso de dispensarles asistencia sanitaria encuadrable en una relación de derecho privado y, ante las dificultades de hacerlo con sus propios medios, derivaron a aquellas hacia el SNS y solicitaron de este que efectuara esta dispensa; y
  - (3) que éstos últimos resultan encuadrables en el supuesto de terceros obligados que enumera el apartado 7.c) del anexo IX al que se remite el artículo 2.7 del Real Decreto 1030/2006, de 15 de septiembre. .-

- La respuesta a la infracción del artículo 2.7 del Real Decreto 1030/2006 denunciada en el recurso de casación. Su análisis exige esta puntualización previa: que la decisión sobre si es o no de apreciar dicha infracción ha de partir necesariamente de las premisas fácticas aceptadas en la sentencia recurrida, al no permitir el planteamiento de la actual casación una revisión de la valoración probatoria efectuada por la Sala de instancia para llegar a su convicción fáctica. Esas premisas fácticas, como resulta de la reseña de la sentencia recurrida que se hizo con anterioridad, se resumen en lo siguiente: una solicitud de asistencia sanitaria por dos personas en su condición de asegurados de ''UNIÓN DE ARTESANOS MUTUALIDAD DE PREVISIÓN SOCIAL A PRIMA FIJA"; la recepción bajo dicha condición en una clínica privada, sin que la sentencia "a quo" refleje ningún dato o circunstancia concerniente a que dicha clínica manifestara a los pacientes que la asistencia sanitaria que requerían no tenía cobertura en su póliza de seguro; y el traslado de los pacientes por dicha clínica privada, ante su imposibilidad de dispensar esa asistencia, a un centro del SERGAS.
  Pues bien, este relato fáctico, que necesariamente ha de ser respetado en la actual fase casacional, permite, según lo que antes se razonó, reconocer la condición de usuario privado del SNS en ''UNIÓN DE ARTESANOS MUTUALIDAD DE PREVISIÓN SOCIAL A PRIMA FIJA"; y, consiguientemente, la de obligado a soportar, en virtud de lo establecido en el artículo 16.3 de la Ley 14/1986 [LGralSan], la facturación de la asistencia sanitaria dispensada, a su instancia, por un centro dependiente de un Servicio de Salud integrado en el SNS a las dos personas que fueron trasladadas a este último como aseguradas. Y esa obligación, por resultar de la mencionada norma legal, permite apreciar la condición de tercero obligado al pago encuadrable en el supuesto del punto 7.c) del Anexo IX al que remite el artículo 2.7 del Real Decreto 1030/2006.
- Debe añadirse a lo que antecede que, de no concluirse así en el concreto relato fáctico que aquí ha de ser considerado, podría favorecerse una práctica de aseguramientos privados de asistencia sanitaria que resultaría indebida por ser contraria a los intereses de los asegurados. Y esto porque, tras ofrecerse a estos, a cambio de la correspondiente aportación económica, una alternativa a la asistencia sanitaria del SNS de la que ya dispondrían como afiliados de la Seguridad Social, serían finalmente trasladados al SNS a pretexto de la imposibilidad o incapacidad del centro sanitario de la aseguradora privada; convirtiendo de esta manera en inútil el seguro privado y la correspondiente aportación económica para mantenerlo. Como también debe señalarse que la asunción del SNS de la asistencia sanitaria dispensada a esos asegurados, después de haber acudido a su aseguradora, resultará procedente cuando conste de manera clara que estos, o sus representantes, la hayan reclamado directamente del SNS tras habérsele comunicado por dicha aseguradora la imposibilidad por cualquier causa de atender la asistencia reclamada. Dejando también a salvo, por supuesto, aquellos casos de urgencia que por sus excepcionales circunstancias no hagan posible esa previa comunicación. Por todo lo cual, esta primera infracción invocada en la casación no puede ser acogida. -.
- La respuesta a las restantes infracciones denunciada en el recurso de casación. Las razones antes expuestas son válidas también para justificar su rechazo por lo que seguidamente se explica.
  - La referida a la extensión analógica del artículo 2.7 del RD 1030/2006, por lo que ya ha sido señalado sobre que el concreto caso aquí litigioso tiene encaje en el supuesto del punto 7.c) del Anexo IX al que remite el artículo 2.7 del Real Decreto 1030/2006.
  - Y la referida al artículo 4.1 de la LJCA, porque la obligación como tercero de la Mutualidad aquí recurrente no resulta de los términos de su póliza sino del hecho de haber solicitado y haberse beneficiado de la atención sanitaria prestada por el SNS sobre cuya facturación ha versado el actual proceso jurisdiccional. -.
- Decisión final sobre las cuestiones y pretensiones deducidas en el actual proceso jurisdiccional. Lo anterior conduce a resolver las cuestiones y pretensiones deducidas en el proceso declarando no haber lugar al recurso de casación y confirmando la sentencia recurrida.

DATOS SENTENCIA

Recurso de Casación núm. 4544/2017
Sentencia núm.222/2919
Fecha Sentencia: 21 de febrero de 2019
Ponente: Excmo. Sr. D. Jesús Cudero Blas.

TEMA

Liquidaciones de precios públicos por la asistencia sanitaria prestada en los centros hospitalarios de la Comunidad de Madrid a internos en centros penitenciarios que tenían la condición de asegurados, afiliados o beneficiarios de la Seguridad Social.

ASPECTOS EXAMINADOS

- Liquidaciones de precios públicos por la asistencia sanitaria prestada en los centros hospitalarios de la Comunidad de Madrid a internos en centros penitenciarios que tenían la condición de asegurados, afiliados o beneficiarios de la Seguridad Social.
- Criterio de la Sala: la asistencia sanitaria especializada dispensada a los internos en centros penitenciarios debe ser sufragada por Instituciones Penitenciarias, aunque tales internos sean beneficiarios, afiliados o asegurados del Sistema Nacional de Salud.
    - 1. El litigio que nos ocupa trae causa de dos incumplimientos de sendas exigencias legales, imputables –con mayor o menor intensidad- a ambas partes en el proceso. El primer incumplimiento es el del mandato contenido en la disposición adicional sexta de la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud, que prevé la transferencia a los órganos autonómicos de salud, mediante real decreto y en el plazo de los dieciocho meses siguientes a la entrada en vigor de dicha ley, de los servicios sanitarios dependientes de Instituciones Penitenciarias, que pasarán a integrarse en aquel Sistema conforme al método de traspasos establecido estatutariamente. El segundo es el de la previsión contenida en el artículo 207.2 del Reglamento Penitenciario que exige ("formalizarán", dice el precepto) que la administración penitenciaria y las administraciones sanitarias suscriban convenios de colaboración en los que, por lo que ahora interesa, se determine la financiación a cargo de la Administración Penitenciaria de la asistencia, mediante el pago de la parte proporcional, según la población reclusa, de los créditos fijados para estas atenciones.
    - 2. La solución a la controversia no está exenta de cierta complejidad, como lo demuestra el hecho de las distintas posturas adoptadas por nuestros tribunales, seguramente porque ambos criterios cuentan con argumentos perfectamente defendibles.

      Nuestra solución –que, adelantamos, coincide con la de la sentencia recurrida- parte de dos consideraciones, derivadas de la normativa que más arriba se ha transcrito: la primera, que la protección integral de la salud del interno es un deber que se impone a la administración penitenciaria, a cuyo cargo tiene a una persona vinculada a ella por una evidente relación de sujeción especial; la segunda, que no hay un solo precepto legal o reglamentario que disponga que el coste de la asistencia sanitaria (cuando es dispensada a los presos fuera del establecimiento y por medios ajenos a la institución penitenciaria) deba ser sufragado por el titular de la institución sanitaria que presta dicho servicio.
    - 3. Como se sigue de las normas que transcribimos parcialmente más arriba, las prestaciones sanitarias se garantizan a los internos por la Administración penitenciaria con medios propios o ajenos concertados (en el caso de la atención primaria) y preferentemente a través del Sistema Nacional de Salud (en los supuestos de la asistencia especializada), sin que el precepto que establece tal distinción (el artículo 208.2 del Reglamento Penitenciario) recoja diferencia alguna en relación al abono de los gastos derivados de la asistencia de una u otra clase, pues solo ordena a la Administración Penitenciaria "garantizar" a todos los presos aquellas prestaciones.
    - 4. Las partes han hecho especial hincapié –en sus escritos procesales y en el acto de la vista- en la dicción literal del artículo 207.2 del Reglamento Penitenciario, precepto que ambas invocan a su favor, y que conviene reproducir nuevamente en su integridad. Dice así el precepto: "(…) la Administración Penitenciaria y las Administraciones Sanitarias formalizarán los correspondientes convenios de colaboración en materia de salud pública y asistencia sanitaria, en los que se definirán los criterios generales de coordinación, protocolos, planes y procedimientos, así como la financiación a cargo de la Administración Penitenciaria de la asistencia, mediante el pago de la parte proporcional, según la población reclusa, de los créditos fijados para estas atenciones, para cuyo cálculo se tendrá en cuenta el número de internos que estén afiliados a la Seguridad Social o que tengan derecho a la asistencia sanitaria gratuita".
        - Sostiene el abogado del Estado, en efecto, que cuando la norma se refiere al "pago proporcional" y, sobre todo, cuando menciona que el cálculo de la financiación a cargo de la Administración Penitenciaria se efectuará a tenor del "número de internos que están afiliados a la Seguridad Social o que tengan derecho a la asistencia sanitaria gratuita" está queriendo decir que tales internos no pueden computarse para fijar la financiación, argumento que se completa con otra afirmación, según la cual la privación de libertad no altera en absoluto la condición de beneficiario de la Seguridad Social del preso.
        - La letrada de la Comunidad de Madrid, por el contrario, afirma que la aplicación del precepto exige un convenio en vigor (que aquí no existe) y, además, que la norma dice meridianamente que la financiación de la asistencia sanitaria es "a cargo de la Administración Penitenciaria", la única legalmente obligada a garantizar de manera completa y eficaz la salud de los internos en los centros que ella misma gestiona.
    - 5. Vaya por delante que la tesis del representante de la Administración del Estado está en abierta contradicción con sus propias actuaciones anteriores, concretamente con los convenios de colaboración que suscribió al respecto

con la propia Comunidad de Madrid. Si analizamos el último de ellos (publicado en el BOE de 29 de enero de 2014) comprobamos sin esfuerzo que Instituciones Penitenciarias abona a la Administración sanitaria madrileña "un pago capitativo de 500 euros para el año 2013", que se actualizará en el año siguiente, y que parte de una retribución por preso a tenor de la "media real de internos en enero y febrero de 2013" (fijada en 8019 presos en centros penitenciarios), sin que aparezca en el convenio el menor atisbo de distinción derivada de que el preso concernido ostente o no la condición de afiliado a la Seguridad Social. Es posible que lo anterior no constituya un acto propio en sentido estricto, pero sí resulta al menos curioso o singular que desde el 1 de enero de 2015 se defienda que no hay gasto alguno que el Estado deba sufragar en relación con la asistencia hospitalaria a presos con derecho a la Seguridad Social y que, previamente, se haya convenido con las Comunidades Autónomas un sistema en el que el Estado sí financiaba dicha asistencia.

- 6. En cualquier caso, la necesidad de "tener en cuenta" el número de internos que están afiliados a la Seguridad Social o que tengan derecho a la asistencia sanitaria gratuita, impuesta por el precepto reglamentario a quienes deberán suscribir el convenio de colaboración, no significa –no puede significar- que aquellos internos se excluyan de la financiación o que el gasto de su asistencia haya de ser asumido íntegramente por la Administración sanitaria. Si así fuera –esto es, si el reglamento hubiera querido que ese gasto fuera completamente ajeno a la administración penitenciaria- el precepto no llamaría al convenio para fijar una retribución a cargo de Instituciones Penitenciarias, sino que la excluiría completamente, señalando al respecto que la financiación que debe procurar el Estado solo va referida a la asistencia dispensada a quienes no están afiliados a la Seguridad Social. Además, si tal exclusión fuera la que se deriva de aquel precepto, no alcanza la Sala a entender cómo el Ministerio del Interior ha sufragado, hasta el 31 de diciembre de 2014 y a tenor de convenios de colaboración suscritos sucesivamente con las administraciones sanitarias correspondientes, la asistencia especializada dispensada a todo tipo de reclusos por los Servicios de Salud competentes.
- 7. Resulta esencial, para resolver el litigio, insistir en que la normativa aplicable impone a la administración penitenciaria garantizar a los internos la asistencia sanitaria, sea con medios propios, sea con medios concertados. Tal exigencia –que se desprende nítidamente de los artículos 208 y 209 del Reglamento Penitenciario- no permite diferenciar entre atención primaria y asistencia especializada para imputar solo el coste de la primera –como el recurrente pretende- al Estado, pues la prestación de ambas constituye una obligación de la administración penitenciaria, si bien las mismas podrán desarrollarse con medios propios o con medios concertados (e incluso no concertados, en los casos de urgencia justificada, en los que habrá que acudir al hospital más próximo al centro penitenciario según el artículo 209.2.2 del repetido Reglamento penitenciario). Y tampoco permite –aquella exigencia legal- que se impute el coste de la prestación a la administración sanitaria por la sola circunstancia de que el paciente –interno en una prisión- goce por sí mismo de los beneficios de la Seguridad Social. Esa excepción hubiera necesitado, como dijimos, una expresa previsión normativa que, en el caso, no concurre.
- 8. Por último, el acogimiento de la pretensión actora conduciría a un estado de cosas no querido en absoluto por la normativa que resulta de aplicación en la medida en que ésta llama a los convenios de colaboración para concretar la forma en la que la administración penitenciaria financiará la asistencia sanitaria prestada por las administraciones sanitarias. Es importante resaltar que el artículo 207.2 del Reglamento Penitenciario, de continua cita, no deja libertad a las dos administraciones concernidas para suscribir los convenios de colaboración, sino que exige el concierto para determinar la financiación a cargo de la administración penitenciaria. Bastaría entonces con no suscribir convenio alguno para hacer ilusoria aquella previsión, trasladando a los órganos judiciales –como ahora sucede- la adopción de una decisión que, legalmente, debería haber sido tomada concertadamente por la administración penitenciaria y la administración sanitaria.
- 9. En definitiva, en la medida en que tienen la consideración de terceros obligados al pago –en los términos del artículo 83 de la Ley General de Sanidad y de la normativa de la Comunidad de Madrid que señalamos más arriba- aquellos que, "en virtud de normas legales o reglamentarias", deban hacerse cargo del importe de la prestación correspondiente, la administración penitenciaria reúne aquella condición pues así viene establecida por las normas legales y reglamentarias que más arriba han sido analizadas e interpretadas.

- Respuesta a la cuestión interpretativa que suscita el auto de admisión. Con los razonamientos expuestos estamos en condiciones de dar cumplimiento a lo que establece el artículo 93.1 de nuestra Ley Jurisdiccional y responder a la cuestión suscitada en el auto de admisión, como necesitada de esclarecimiento, consistente en "determinar a qué Administración, si a la sanitaria o a la penitenciaria, le corresponde asumir los costes generados por la prestación de servicios de naturaleza sanitaria a personas que se encuentran internadas en un centro penitenciario".

  Y la respuesta, coherente con los anteriores fundamentos jurídicos y partiendo de la situación de hecho contemplada en este asunto –la inexistencia de convenio de colaboración suscrito entre ambas administraciones-, es que corresponde a la

administración penitenciaria la asunción de tales costes, con independencia de que el interno en los centros penitenciarios que recibe la asistencia sea o no beneficiario, afiliado o asegurado a la Seguridad Social.

- Resolución de las pretensiones deducidas en el proceso: La lógica consecuencia de lo hasta ahora expuesto no puede ser otra que la de desestimar el recurso de casación interpuesto por el abogado del Estado, en la medida en que la sentencia recurrida, al desestimar el recurso contencioso-administrativo deducido por la Administración del Estado frente a las liquidaciones de precios públicos giradas a Instituciones penitenciarias por los hospitales públicos del Servicio Madrileño de Salud por la asistencia dispensada a internos en centros penitenciarios de dicha Comunidad, ha decidido el recurso de forma coherente con la doctrina expuesta.

DATOS SENTENCIA

Sentencia nº. 282/18
Fecha Sentencia: de 3/04/19
Recurso de casación nº 36/18.
Ponente: Excmo. Dª Mª Luisa Segoviana Astaburuaga.

TEMA

Conflicto Colectivo (modificación sustancial de condiciones de trabajo colectiva; revisión fáctica; competencia objetiva [ámbito aplicación Convenios Colectivos]; caducidad acción [notificación fehaciente]; condición más beneficiosa). Recurso de Casación: revisión fáctica: requisitos.

ASPECTOS EXAMINADOS

- El Sindicato Confederación Intersindical Galega impugna una decisión empresarial por la que modificaba en la nómina la forma de retribuir la antigüedad, complemento que en parte era sustituido por un denominado “complemento de calidad”. La Sentencia del TSJ resultó estimatoria de la demanda y la empresa interpone el recurso de casación que examinamos.
- En primer lugar, se entra en el examen de diversos motivos de error en la apreciación de la prueba, al amparo del art. 207 d) LRJS, haciendo referencia la Sala a los requisitos que viene exigiendo en orden a la revisión fáctica:
    - a) Que se concrete con claridad y precisión el hecho que haya sido negado u omitido en el relato fáctico [no basta mostrar la disconformidad con el conjunto de ellos].
    - b) Que tal hecho resulte de forma clara, patente y directa de la prueba documental obrante en autos, sin necesidad de argumentaciones o conjeturas [no es suficiente una genérica remisión a la prueba documental practicada].
    - c) Que se ofrezca el texto concreto a figurar en la narración que se tilda de equivocada, bien sustituyendo o suprimiendo alguno de sus puntos, bien complementándolos.
    - d) Que tal hecho tenga trascendencia para modificar el fallo de instancia.

  Argumenta la Sala que aunque se deniega la facultad revisora a la prueba testifical y pericial, en alguna ocasión se ha puesto de manifiesto que la testifical puede ofrecer "un índice de comprensión sobre el propio contenido de los documentos en los que la parte" encuentra fundamento para las modificaciones propuestas; así como que, pese a que sea exigencia de toda variación fáctica que la misma determine el cambio de sentido en la parte dispositiva, en ocasiones, cuando refuerza argumentalmente el sentido del fallo, no puede decirse que sea irrelevante a los efectos resolutorios, y esta circunstancia proporciona justificación para incorporarla al relato de hechos, cumplido -eso sí- el requisito de tener indubitado soporte documental; y que la modificación o adición que se pretende no sólo debe cumplir la exigencia positiva de ser relevante a los efectos de la litis, sino también la negativa de no comportar valoraciones jurídicas, pues éstas no tienen cabida entre los HDP y de constar se deben tener por no puestas, siendo así que las calificaciones jurídicas que sean determinantes del fallo tienen exclusiva -y adecuada- ubicación en la fundamentación jurídica.
- Se denuncia la infracción de los artículos 7 y 8 de la LRJS, por falta de competencia objetiva de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia por afectar el conflicto planteado, además de a Galicia, al territorio de la Comunidad Autónoma de Asturias, en la que también vienen prestando servicios trabajadores de la demandada, subrogados de otra Sociedad, en el centro de trabajo de Asturias. Se señala que el alcance del conflicto ha sido reducido de forma artificial para adaptarlo al ámbito de competencia del Sindicato demandante, pues el alcance del conflicto, conforme al artículo 1 del Convenio controvertido supera el ámbito de la Comunidad Autónoma de Galicia.

  Parte la Sala de los HP en los que se hace constar que el conflicto colectivo planteado afecta a todo el personal de la empresa BLAVICE SERVICES SL de los centros de trabajo de la empresa en Cabanas, A Coruña, Santiago de Compostela y Vigo, sin que conste acreditado que el ámbito de negociación del Convenio Colectivo de la citada empresa haya incluido a la representación legal o sindical de los trabajadores del centro de Asturias, ni tampoco que el centro de trabajo de Asturias se haya adherido al Convenio Colectivo de dicha empresa, por lo que en base a lo establecido en los arts. 2 g) y 7 a) LRJS, y al desbordar el conflicto la circunscripción de un Juzgado, pero no superar el de la Comunidad Autónoma, la competencia correspondía a la Sala de lo Social del TSJ, sin que suponga obstáculo a ello que el art. 1 del Convenio de la empresa extienda su aplicación a los que presten sus servicios en todos los centros de trabajo y todas las actividades que se desenvuelvan en los mismos, y que la empresa posea en Galicia o que pueda poseer en cualquier otra parte, ya que el ámbito territorial del Convenio, teniendo en cuenta el ámbito al que se extiende la representación de los trabajadores, es Galicia, y no cabe que extienda sus efectos más allá de esta Comunidad Autónoma mediante la inclusión de una cláusula genérica, ya que a tenor

del artículo 82.3 ET, los convenios colectivos obligan a empresarios y trabajadores incluidos dentro de su ámbito de aplicación, fijando el artículo 87 ET las reglas sobre legitimación para negociar los convenios colectivos, por lo que no habiéndose acreditado que la representación legal o sindical de los trabajadores del centro de Asturias haya formado parte de la comisión negociadora del Convenio, ni que las partes legitimadas para negociar se hayan adherido al mismo, el citado Convenio no resulta de aplicación al centro de trabajo de Asturias.

- También es objeto de recurso la caducidad por infracción de los arts. 41.5 y 59.4, ambos ET, en relación con el art. 138.1 LRJS. La empresa recurrente entiende que la comunicación escrita individual que acompañó a la nómina en abril de 2016, tras fracasar la negociación con los representantes de los trabajadores, constituyó una notificación de la modificación a partir de la que empezó a correr el plazo de caducidad. La Sala del Alto Tribunal niega el carácter de notificación fehaciente a tal nota informativa, sin fecha ni firma, sobre el cumplimiento del Convenio, haciendo referencia a Jurisprudencia aplicable, que viene poniendo de manifiesto que "La fijación de un plazo de caducidad perentorio constituye una garantía de la seguridad jurídica que para las partes se ha de derivar de la consolidación de una decisión no impugnada, de suerte que el transcurso del mismo actúa como ratificación de la aceptación de la parte social. De ahí que se exija la notificación escrita y que el plazo se inicie con dicha notificación de la decisión empresarial por escrito a los trabajadores o a sus representantes. Por ello, hemos señalado que, de no producirse la fehaciencia de la notificación, no cabe aplicar un plazo perentorio de caducidad tan breve e impeditivo del ejercicio de la acción".
- A través de otro motivo de recurso la empresa denuncia la infracción del art. 41 ET en relación con el art. 82.1 y con el art. 3 ET y 3 del CC, en materia de interpretación de normas. Se defiende que no se trata de una modificación sustancial colectiva de condiciones de trabajo, sino de la simple aplicación de una norma convencional. La Sala entiende que el motivo no puede prosperar porque la variación producida en los complementos salariales, no sólo en denominación sino también en cuantía, constituye una auténtica MSCT, debiendo dilucidar si la misma podía ser realizada en virtud de lo establecido en el Convenio que dispone que se consolidará la cuantía que en concepto de antigüedad esté percibiendo el trabajador, que a partir de la firma del Convenio no se devengará cantidad alguna por el concepto de antigüedad, y que todo el personal pasará a percibir el plus de mejora de calidad. La aplicación de dicho precepto nos llevaría a concluir que, en efecto, se ha modificado el sistema de complementos, el de antigüedad se ha congelado y se ha introducido un nuevo complemento que es el de mejora de calidad, pero ocurre que el Convenio fue firmado el 16 de junio de 2012 -fecha a partir de la cual tenía que aplicarse el nuevo sistema de complementos- y, sin embargo, la empresa continúa abonando el complemento de antigüedad, situación que se mantiene hasta la nómina de mayo de 2016, razón por la que la sentencia del TSJ recurrida en casación ha entendido que nos hallamos ante una condición más beneficiosa, efectuando a continuación la Sala un pormenorizado examen de esta figura jurídica, que se puede resumir en que "Para que pueda sostenerse la existencia de una condición más beneficiosa es preciso que ésta se haya adquirido y disfrutado en virtud de la consolidación del beneficio que se reclama, por obra de una voluntad inequívoca de su concesión, de suerte que la ventaja que se concede se haya incorporado al nexo contractual en virtud de un acto de voluntad constitutivo de una concesión o reconocimiento de un derecho y se pruebe, en fin, la voluntad empresarial de atribuir a sus trabajadores una ventaja o un beneficio social que supera a los establecidos en las fuentes legales o convencionales de regulación de la relación contractual de trabajo". Afirma la Sala que constando en la sentencia de instancia que no se trata de un error, tal y como ha alegado la empresa, es un acto voluntario del empresario que, necesariamente, ha de ser calificado de condición más beneficiosa, dado el conocimiento que tiene del mismo, el número de afectados, su persistencia en el tiempo y el tácito reconocimiento de su naturaleza de mejora voluntaria por parte de la empresa. Al tratarse de una CMB, no procede la modificación unilateral por la empresa que tendría que haber acudido al procedimiento del art. 41 ET

DATOS SENTENCIA

Sentencia 276/19
Fecha Sentencia: 3/04/19 (SENTENCIA DE PLENO; VOTO PARTICULAR)
Recurso de casación para la unificación de doctrina nº 1299/17.
Ponente: Excmo. Sr. D. José Manuel López García de la Serrana.

TEMA

Jubilación (extranjeros con doble nacionalidad; acreditación de la residencia legal; rectifica doctrina).

ASPECTOS EXAMINADOS

- Es objeto del recurso resolver los requisitos que deben cumplir los extranjeros que adquieren la doble nacionalidad (española y cubana en este caso) para tener derecho a la pensión de jubilación no contributiva y, más concretamente, determinar cómo se acredita el requisito de residencia legal en España durante diez años. La sentencia recurrida contempla un supuesto en el que el matrimonio cubano demandante, y recurrente, adquirió la nacionalidad española por residencia en diciembre de 2012 y al año (26 diciembre 2013) solicitaron ambos la pensión de jubilación no contributiva que les fue denegada por no tener un periodo de residencia legal de diez años en España. Como antecedente consta que el 22 de octubre de 2002 su yerno, ante notario, les invitó a venir a España, lo que hicieron, empadronándose en Castellón el 28 de febrero de 2003, obteniendo ambos permiso temporal de residencia el 8 de septiembre de 2008 que les fue renovado en igual fecha de 2009, primero hasta el 07-09-2011 y luego hasta igual fecha de 2013.
- La cuestión planteada, consistente en determinar si para acreditar la residencia legal en España durante diez años que requiere el art. 167-1 de la LGSS (art. 369 en el nuevo Texto), basta con la inscripción en el padrón municipal durante ese tiempo, o esa inscripción no es válida a estos efectos porque el cómputo debe hacerse a partir de la obtención de autorización administrativa de residencia, que deben obtener los extranjeros. Entiende la Sala del Alto Tribunal que debe resolverse en favor de la tesis sustentada por la sentencia recurrida por las siguientes razones:
    - Primera. Porque los preceptos que regulan la prestación que nos ocupa requieren todos la residencia legal en España, ostentando la condición de residente (artículos 8-b) y 10-1 del RD 357/1991).
    - Segunda. Porque el artículo 167-1 LGSS (hoy 369) requiere la residencia legal en España durante diez años para causar la prestación a españoles y extranjeros.
    - Tercera. Porque el artículo 18-2 de la Ley 7/1985 dispone que "La Inscripción de los extranjeros en el padrón municipal no constituirá prueba de su residencia legal en España ni les atribuirá ningún derecho que no les confiera la legislación vigente, especialmente en materia de derechos y libertades de los extranjeros en España". Este precepto de la Ley de bases de Régimen Local forma parte de la regulación que esa Ley hace del padrón municipal, cuyo contenido, formación y mantenimiento, se encomienda a los Ayuntamientos (artículos 16 y 17), razón por la que el citado artículo 18, cuando regula los efectos de la inscripción de los extranjeros en el padrón municipal, constituye una norma especial de preferente aplicación sobre las generales disposiciones que establece el artículo 16-1 de la misma Ley, así como también sobre las disposiciones contenidas en el art. 23 del RD 357/1991, de 15 de marzo, cuyo contenido regula el valor probatorio que tienen a estos efectos los certificados de inscripción del padrón municipal para los ciudadanos nacionales, mientras que para los extranjeros ese medio de prueba no es válido y se les requiere la residencia legal. Las disposiciones del art. 23-1-b) del RD 375/1991 regulan la acreditación del requisito de residencia legal por los españoles, pero a los extranjeros les resulta de aplicación el art. 18-2 de la Ley 7/1985 por ser una norma especial y de superior ámbito jerárquico, conforme al art. 9-3 de la Constitución, pues el citado RD es un Reglamento que resulta modificado por una Ley posterior, lo que obliga a aplicar el precepto legal. Ello comporta la inaplicación de las disposiciones contrarias a la nueva normativa que contiene el RD 357/1991, y que del juego del art. 16-1 de la Ley 7/1985 con el 18-2 de la misma se deba concluir que para los extranjeros su inscripción en el padrón municipal no prueba su "residencia legal" en España, lo que no tuvo en cuenta la sentencia de 25 de julio de 2018 (R. 3335/2016), cuya doctrina se rectifica.
    - Cuarta. Porque los artículos 29 y siguientes de la Ley 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos de los extranjeros en España, incluidos en el Capítulo II, titulado de la autorización de estancia y de residencia, establecen que los extranjeros pueden encontrarse en España en la situación de estancia o en la de residencia, así como que la condición de residentes, conforme al artículo 30-bis, la tienen "los extranjeros que se encuentren en España y sean titulares de una autorización para residir", situación de residencia que puede ser temporal, hasta un máximo de cinco años (art. 31), o de larga duración, que autoriza a residir y trabajar en España indefinidamente, en las mismas condiciones que los españoles (art. 32), siendo de destacar que en las dos situaciones es preciso solicitar y obtener la oportuna autorización para residir de la autoridad administrativa competente. Así pues, hace falta obtener un permiso de residencia porque, como se dice en la sentencia de la Sala Tercera de 28 de noviembre de 2011 (R. 510/2009) "el empadronamiento no presume ni determina el carácter legal de la residencia en España. La residencia legal a que se refiere el artículo 22-CC se adquiere por la obtención del permiso de residencia que corresponda a la situación legal del extranjero".
- Con estos argumentos se desestima la prestación solicitada.

DATOS SENTENCIA

Sentencia 283/19
Fecha Sentencia: 4/04/19 (SENTENCIA DE PLENO)

Recurso de casación nº 165/18
Ponente: Excma. Sra. Dª. Rosa María Virolés Piñol.

TEMA

Despido Colectivo (competencia objetiva; despidos computables a los efectos de fijar los umbrales numéricos del despido colectivo [contratos temporales para ejecución de obra]; despido colectivo de hecho).

ASPECTOS EXAMINADOS

- Este recurso tiene por objeto una demanda interpuesta por el Sindicato CGT frente a la empresa KONECTA SL solicitando que las extinciones individuales de los contratos de obra o servicio determinado realizados por la mercantil demandada en el periodo temporal comprendido entre los meses de junio y julio del 2017, en virtud del artículo 17 del Convenio Colectivo de Contact Center, sin el cumplimiento de los requisitos documentales y de información a la Representación Social de los Trabajadores, son nulas de pleno derecho, al haber superado las mismas los umbrales del art. 51 ET, debiendo haber recurrido la parte demandada a los trámites previstos para el procedimiento de despido colectivo, al igual que todas aquellas extinciones disciplinarias reconocidas o declaradas improcedentes acaecidas en el periodo comprendido entre 1 de mayo y el 31 de julio del 2017.
- La sentencia de la Sala de lo Social del TSJ de Madrid, objeto de recurso, estima la excepción de falta de competencia objetiva, sin entrar a conocer del fondo del pleito. Entiende la sentencia de instancia que nos encontramos ante extinciones de contratos temporales de obra o servicio y no es competente el TSJ porque no es posible entrar a dilucidar en el proceso colectivo si las extinciones de los contratos temporales fueron irregulares. No es un "despido colectivo de hecho", porque en esa figura se parte de la certeza previa de que la empresa ha despedido por causas objetivas, o se trata de otras extinciones cuyo carácter computable está previamente definido. En este caso ni hay despidos efectuados patentemente por causas del art. 51.1 ET, ni hay extinciones que puedan considerarse computables sin duda alguna, ya que no lo son las de contratos temporales de obra o servicio efectuadas por la empresa con invocación de lo previsto en el propio contrato y en el convenio colectivo, sin que hayan sido impugnadas ni, por tanto, declaradas ilícitas.
- La cuestión litigiosa se limita a determinar si la Sala de instancia tiene o no competencia objetiva para conocer de la demanda formulada. Se debate realmente, si ha existido un despido colectivo que justifique la utilización del proceso del art. 124 LRJS. La sentencia recurrida parte de la doctrina de la Sala IV/TS, al referirse al concepto de despido colectivo teniendo en cuenta la coordinación de la norma nacional con la comunitaria, que rechaza una interpretación estricta según la cual, para que pueda existir un despido colectivo, siempre tendría que haber despidos individuales basados en causas objetivas económicas, técnicas, productivas u organizativas. Se hace referencia en concreto a la sentencia de 10/10/17, rec. 86/17, que ha resuelto una situación análoga y pone de manifiesto: "… si por debajo de los umbrales previstos en el art. 51.1 ET y del art. 1.1 de la Directiva 98/59 CE, de 20 de julio de 1998 relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros que se refieren a los despidos colectivos, resulta jurídicamente posible llevar a cabo un despido colectivo por las causas consignadas en el art. 51.1 ET, en lugar de acudir necesariamente a la vía prevista para tales situaciones en el artículo 52 c) ET realizando despidos individuales, puesto que de ser la respuesta negativa, se vería afectada la competencia objetiva de la Sala de lo Social de instancia y de la que por ello también vendría atribuida a esta Sala de lo Social del Tribunal Supremo en orden al recurso de casación, de conformidad con las reglas establecidas en el párrafo segundo de la letra a) del art. 7 LRJS para la Sala de lo Social, y en el art. 9 b) y 205.1 de la misma norma procesal para la propia competencia objetiva de esta Sala de lo Social del Tribunal Supremo…
- Ante el referido problema la Sala ya ha sentado dos precedentes que habrán de conducir ahora a entender que esos umbrales que configuran la necesidad de llevar a cabo un despido colectivo cuan son alcanzados, de la misma manera impiden que la empresa opte por realizarlo cuando tales umbrales no se alcanzan, porque no existe en ese caso de un derecho a disponer libremente de una u otra modalidad de despido por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción - individual o colectivo- teniendo en cuenta que la puesta en marcha de los trámites y procedimientos propios de ese despido colectivo, alcanzan no solo a la propia naturaleza del propio despido, teniendo en cuenta que el art. 51.4 ET permite que el colectivo termine con un acuerdo firmado entre los representantes de los trabajadores y la empresa, con las correspondientes repercusiones en los despidos individuales, sino que también esa opción empresarial equivocada se proyecta sobre todo el ámbito procesal de la legitimación activa -sujetos colectivos- y, lo que es más relevante, desde el punto de vista de la indisponibilidad de los derechos, sobre la propia competencia objetiva de los tribunales, de manera que se atribuye a las Salas de lo Social en única instancia y al Tribunal Supremo la casación, por la vía de una simple opción empresarial y, eventualmente, de acuerdo con los representantes de los trabajadores, de un procedimiento que es colectivo precisamente porque esa dimensión concreta se la ha atribuido la Ley únicamente en aquellos casos en los que se alcanzan los umbrales legalmente establecidos."

- También se hace referencia al denominado despido colectivo "de hecho" habiendo admitido la Sala la idoneidad del proceso de despido colectivo cuando se ha llevado a cabo un número de extinciones computables, por causas no inherentes al trabajador, sin seguir los trámites previstos en el art. 51.1 ET. Partiendo de este extremo se ha concluido que tanto los despidos disciplinarios en los que se reconoció la improcedencia en transacciones judiciales o extrajudiciales, como los despidos objetivos en los que se firmaron finiquitos aceptando el efecto extintivo mediante acuerdos también de naturaleza transaccional, no se convierten en extinciones por mutuo acuerdo o en dimisiones, al margen de la intervención del empleador. Por el contrario, siguen siendo despidos, es decir, extinciones adoptadas "a iniciativa del empresario" y que se producen además "por motivos no inherentes a la persona del trabajador". La transacción no altera la naturaleza del acto del despido, pues solo actúa poniendo fin al pleito provocado por esa decisión empresarial (art. 1809 CC). Por tanto, los despidos disciplinarios declarados improcedentes o consensuados como tales, son computables a los efectos del art. 51.1 ET, esto es, para determinar la existencia de despido colectivo.
- En el presente caso, la duda está en si las extinciones discutidas son o no computables a efectos de configurar un despido colectivo de facto, para lo cual se hace necesario determinar si los contratos de obra o servicio determinado eran fraudulentos, duda que se disipa al no haberse cuestionado la validez de tales contratos. La cuestión ha sido abordada por la Sala en sentencia de 13 de julio de 2017 (rco. 25/2017), que desestima el recurso de casación formulado por CGT contra sentencia que declaró ajustado a derecho el despido colectivo efectuado por INDRA, en la que se puso de manifiesto que lo cierto es que, si los contratos de obra fueron extinguidos al amparo del art. 17 del Convenio, resulta imposible valorar la validez de un DC atendiendo al hecho de que aquéllos no se hubieran incluido en el mismo. Si se desea impugnar la terminación de esos contratos habrá de realizarse combatiéndolos; si, meramente, se desea que valoremos el alcance de la referida terminación, no es posible pues desborda el objeto del proceso. Ello es lo que señala la sentencia recurrida que ha sucedido en el presente caso, al constar que las extinciones de contratos de obra o servicio determinado se han llevado a cabo conforme establece el art. 17 del Convenio colectivo aplicable de Contact Center, en cuanto en relación a la extinción del contrato por obra o servicio por disminución del volumen o de la campaña contratada señala que permite la extinción del contrato de obra o servicio determinado en aquellos supuestos en que por disminución real del volumen de la obra o servicio contratado, resulte innecesario el número de trabajadores contratados para la ejecución, en cuyo caso se podrá reducir el número de trabajadores contratados para la ejecución de la obra o servicio, proporcional a la disminución del volumen de la obra o servicio. Ahora bien, afirma la Sala, no puede negarse que el convenio colectivo no puede regular la extinción de los contratos por obra o servicio determinado por causa de disminución o reducción del volumen de la contrata al margen de lo dispuesto en el Estatuto de los Trabajadores, ni que en el art. 49 del mismo se regule ninguna causa nueva de extinción de las que señala, sino que tal situación tiene encaje en lo dispuesto en los arts. 51 o 52 c) ET. El art. 17 del Convenio Colectivo de Contact Center, no regula ni puede hacerlo, una causa distinta y autónoma a las establecidas en el ET, por lo tanto, hemos de acudir al art. 51 del mismo para determinar si estamos o no ante un despido colectivo.
- La conclusión, entiende la Sala, que no puede ser otra que la de determinar que nos encontramos ante un despido colectivo de facto, pues en el cómputo para la determinación de los umbrales a que se refiere el art. 51 ET, están incluidos los contratos temporales concertados para la ejecución de una contrata que finalizan antes de la fecha prevista o determinada por reducción de su volumen por la empresa comitente, estando excluidas solamente aquellas extinciones que se producen por motivos inherentes a la persona del trabajador y las que se produzcan por cumplimiento del término; en consecuencia, superándose los umbrales previstos en el art. 51 ET , nos encontramos ante un despido colectivo, cuyo conocimiento es competencia de la Sala de lo Social del TSJ de Madrid.

DATOS SENTENCIA

Sentencia 304/19
Fecha Sentencia: 10/04/19
Recurso de casación nº 227/17
Ponente: D. José Manuel López García de la Serrana.

TEMA

Conflicto Colectivo (actividad de videollamadas; derecho a la propia imagen; normativa comunitaria).

ASPECTOS EXAMINADOS

- Se cuestiona la validez de la cláusula contractual que la demandada incorpora a los contratos que firma con sus empleados al inicio de la relación laboral y que dice: "El trabajador consiente expresamente, conforme a la LO 1/1982, de 5 de mayo, de

Protección de datos de carácter personal y la Ley Orgánica 3/85 de 29 de mayo, a la cesión de su imagen, tomada mediante cámara web o cualquier otro medio, siempre con el fin de desarrollar una actividad propia de telemarketing y cumplir, por tanto, con el objeto del presente contrato y los requerimientos del contrato mercantil del cliente". La sentencia recurrida ha estimado que esa cláusula es nula por violar el derecho a la propia imagen del empleado y que ese consentimiento se debe pedir expresamente cuando el afectado vaya a ser empleado en trabajos de video-llamada, ajustándolo a las circunstancias del caso concreto, sin que quepa la utilización de cláusulas genéricas.

- El único motivo del recurso cuestiona la interpretación que la sentencia recurrida hace del artículo 18 de la Constitución en relación con los artículos 6 y 11 de la Ley Orgánica de Protección de Datos 15/1999 y con la doctrina sentada por el Tribunal Constitucional de 11 de abril de 1994.
- La sentencia que examinamos entra en primer lugar en el examen del derecho a debate, a la propia imagen, poniendo de manifiesto que, tal y como aparece configurada la tutela del mismo que se interesa, forma parte de la protección legal de los datos personales que establece el artículo 18-4 de la Constitución porque la imagen grabada es un dato propio de la identidad de la persona. Ello sentado, se hace necesario recordar que la sentencia recurrida se dicta el 15 de junio de 2017, cuando ya estaba en vigor el Reglamento 2016/679, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, conforme al artículo 99 del Reglamento, que pospone su aplicación hasta el 25 de mayo de 2018. Este periodo de "vacatio legis" que estableció el Reglamento con el fin de que sus disposiciones fuesen implementadas por los Estados de la Unión Europea, aunque excuse de su aplicación directa, sí obliga a interpretar la antigua normativa a la luz de los principios contenidos en las nuevas disposiciones, pues, así lo imponen el propio Reglamento al fijar una fecha de entrada en vigor anterior y el artículo 3-1 del Código Civil cuando dispone que las leyes se han de interpretar atendiendo a la realidad social del tiempo en el que se aplican y fundamentalmente a su espíritu y finalidad.
- La sentencia hace un examen del CC de Contact-Center que en su art. 2 establece que "Dentro del ámbito del artículo 1 la aplicación de este Convenio será obligatoria para todas las empresas y para todo el personal de las mismas cuya actividad sea la prestación de servicios de contact center a terceros. A los efectos del presente Convenio quedan encuadradas en la prestación de servicios de contact center todas aquellas actividades que tengan como objetivo contactar o ser contactados con terceros ya fuera por vía telefónica, por medios telemáticos, por aplicación de tecnología digital o por cualquier otro medio electrónico, para la prestación, entre otros, de los siguientes servicios que se enumeran a título enunciativo: contactos con terceros en entornos multimedia, servicios de soporte técnico a terceros, gestión de cobros y pagos, gestión mecanizada de procesos administrativos y de "back office", información, promoción, difusión y venta de todo tipo de productos o servicios, realización o emisión de entrevistas personalizadas, recepción y clasificación de llamadas, etc., así como cuantos otros servicios de atención a terceros se desarrollen a través de los entornos antes citados. Tal definición incluirá las actividades coadyuvantes, complementarias o conexas con la actividad principal". También han de tenerse en cuenta los artículos 6, números 1 y 2, y 11, números 1 y 2, de la Ley 15/1999, vigente al tiempo de presentarse la demanda, que excepcionan la necesidad de que el interesado preste su consentimiento al tratamiento de datos cuando ello obedece a la ejecución de un contrato laboral. Si las partes y la sentencia recurrida están de acuerdo en que la imagen constituye un dato personal cuya captación y tratamiento requiere el consentimiento del interesado, conforme a la antigua LOPD y a lo establecido en el artículo 4, números 1 y 2, del Reglamento 2016/679, UE, resulta que es necesario para la licitud del tratamiento que el interesado preste su consentimiento, acto que no es preciso, conforme al art. 6-1-b, del citado Reglamento, "cuando el tratamiento es necesario para la ejecución de un contrato en el que el interesado es parte", debiéndose entender por tratamiento la definición que da el citado art. 4-2 del Reglamento, que entiende por tal la simple recogida de un dato o cualquier operación sobre datos, regulando el artículo 7 las condiciones del consentimiento, entre las que se encuentra la posibilidad de retirarlo en cualquier momento de forma que sea tan fácil darlo como retirarlo, sin que el tratamiento de datos se encuentre prohibido, como norma general del art. 9-1 del Reglamento, cuando sea "necesario para el cumplimiento de obligaciones y el ejercicio de derechos específicos del responsable del tratamiento o del interesado en el "ámbito del Derecho laboral y de la seguridad y protección social..." (art. 9-2-b). Concluye la Sala que la nueva normativa coincide con la anterior y, aunque rigoriza ciertas cuestiones, flexibiliza y hace más clara la aplicación de otros principios como el del consentimiento del interesado, que no es preciso que se preste expresamente cuando el tratamiento del dato es necesario para la ejecución de un contrato suscrito por el interesado, artículos 6-1-b) y 9-2-b) del Reglamento Comunitario.
- En aplicación al caso concreto de las normas citadas entiende el Alto Tribunal que la cláusula anulada en la instancia se incluye en los contratos firmados por quienes son contratados para prestar los servicios de Contact-Center que son definidos por el artículo 2 del Convenio Colectivo de aplicación, y entre los que se incluyen los de recibo y envío de llamadas por vía telefónica o por cualquier medio electrónico con el fin de mantener "contactos con terceros en entornos multimedia... y de back office, información, promoción, difusión y venta de todo tipo de productos o servicios, realización o emisión de entrevistas personalizadas, recepción y clasificación de llamadas... así como cuantos servicios de atención a terceros se desarrollen a través de los entornos antes citados". Es claro que esa actividad incluye las video-llamadas, cuando ello sea necesario para la prestación de un mejor servicio o por exigencias del cliente. Consiguientemente, si se trata de la realización

de funciones propias del objeto del contrato celebrado, aunque no sean las habituales, es lo cierto que la cláusula controvertida se limita a advertir al nuevo contratado de la posibilidad de tener que realizar una de las funciones propias del contrato que suscribe y, a la par que el mismo queda advertido de ello, presta, expresamente, su consentimiento a la cesión de su imagen, pero con una salvaguarda: "siempre con el fin de desarrollar una actividad propia de telemarketing y cumplir, por tanto, con el objeto del presente contrato", esto es que la cesión de la imagen, el dato, venga condicionada a que su fin sea cumplir con el objeto del contrato.

- En base a estos argumentos entiende la Sala que la cláusula controvertida no es abusiva, sino informativa y receptora de un consentimiento expreso que no era preciso requerir (arts. 6, 1 y 2, y 11, 1 y 2 de la antigua LOPD, y al art. 10-3-b) del RD 1720/07, que deben ser interpretados a la luz de los artículos 6-1-b) 7 y 9-2-b) del Reglamente UE 2016/679.
  Mantiene la Sala que esta solución se acomoda a la STC 99/94, de 11 de abril, que considera que la restricción del derecho que nos ocupa es viable cuando el objeto del contrato lo sobrentiende, cual ocurre en el presente caso, dado que el objeto del contrato y su ejecución es la realización de labores de telemarketing incluso con video-llamadas, lo que es hasta cierto punto lógico porque, dados los avances tecnológicos existentes, la capacidad de inspirar confianza y de convencer es mayor cuando vemos la cara de nuestro interlocutor y desechamos la idea de que se habla con una máquina o con un desconocido. El hecho de que no se haga mucho uso del sistema de video llamada y que solo existan en la actualidad dos contratos mercantiles que exijan ese tipo de operaciones de venta no desvirtúa lo dicho, porque lo importante no es el mayor o menor uso que se haga de esa función, sino que el consentimiento está implícito en el contrato por su objeto y además que se ha explicitado en él por el trabajador, quien en todo momento puede revocarlo (art. 7 del Reglamento), o negarse a realizar tareas en condiciones que escapen al contenido propio de su contrato, sin perjuicio de las consecuencias que ello pueda tener.
  Entiende la Sala que a este caso no resulta aplicable la doctrina contenida en su sentencia de 21/09/15, rec. 259/14, que anuló otra cláusula genérica que obligaba a facilitar al trabajador su teléfono, incluso móvil, domicilio, correo electrónico y a comunicar los cambios de estos datos, permitiendo el envío de mensajes por esas vías que estuviesen relacionados con el trabajo. Pero, no cabe aplicar esa doctrina al presente caso porque aquí lo que se controvierte no es el deber previo de facilitar un dato personal, sino si es preciso el consentimiento del empleado para poder usar su imagen en el desempeño de las labores propias de su actividad, así como la validez de una cláusula que establece obligaciones propias del ámbito funcional del Convenio Colectivo de aplicación, cuestiones que son distintas, porque afectan a derechos diferentes en su contenido constitucional y en su regulación legal.
  Precisa, además, la Sala que, como muestran los hechos probados, por la conformidad de las partes y por la prueba practicada, no nos encontramos ante un supuesto de videovigilancia, sino ante videollamadas en las que quien llama, gracias a una cámara webcam que instala la empresa, ve a quien le atiende y conversa con su interlocutor. Ese es el dato que se le cede y facilita, pero que luego no puede tratar haciendo una grabación y otras operaciones. Esa actividad de la empresa debe aprobarse por la AEPD y la empresa debe tomar las medidas de control necesarias para que quien llama no haga un uso indebido del dato, lo que los medios informáticos actuales permiten identificando la llamada y otras actuaciones. Por ello cabe concluir que los posibles ilícitos penales, administrativos y de otro tipo que se puedan cometer no pueden impedir que realice una actividad prevista en el convenio colectivo y aprobada por AEPD que la inspeccionará sancionando posibles infracciones administrativas o dando parte a los Juzgados y Tribunales de las penales.

DATOS SENTENCIA

Sentencia nº. 322/19
Fecha Sentencia: 24/04/19 (SENTENCIA DE PLENO)
Recurso de casación en unificación de doctrina nº 1001/17.
Ponente Excma. Sra. Dª. Rosa María Virolés Piñol.

TEMA

Derechos y Cantidad (contrato interinidad por vacante; reclamación indefinición de la relación; abuso en la contratación temporal por la Administración).

ASPECTOS EXAMINADOS

- Es objeto del recurso la reclamación de una trabajadora de la Xunta de Galicia, que suscribió contrato de fomento de empleo desde el 28/7/92 al 27/7/95, y luego contrato de interinidad desde el 28/7/95 para cubrir la vacante de directora del centro de servicios sociales de Ribadavia hasta que se cubriera por el procedimiento legalmente establecido o se amortizara la plaza.

Se solicita el carácter indefinido de la relación sobre la base de que el contrato es fraudulento dado el tiempo transcurrido sin la convocatoria del proceso selectivo para la cobertura de vacante, y en todo caso, por el transcurso del plazo máximo de 3 años que fija el art. 70 EBEP.

- Se denuncia la infracción de los arts. 15.3 y 3.1 c) ET, manifestando la Sala que, aun admitiendo la posibilidad de que las Administraciones Públicas puedan utilizar la contratación temporal no solo en los casos de sustitución de trabajadores con derecho a reserva de puesto de trabajo, a los que se refieren los arts. 15. 1 c) ET y 4 del RD. 2104/1984 de 21 de noviembre, sino también para la cobertura provisional de vacantes hasta que se cubran definitivamente las plazas por sus titulares a través del procedimiento establecido al efecto, lo que deviene inadmisible es el mantenimiento de una contratación temporal en circunstancias como las concurrentes en el presente caso en el que consta acreditado que la demandante ha venido prestando servicios para la demandada como directora del centro de servicios sociales de Ribadavia, en virtud primero de un contrato de fomento de empleo desde el 28/7/92 al 27/7/95, y después de un contrato de interinidad desde el 28/7/95 para cubrir la vacante de directora del centro de servicios sociales de Ribadavia hasta que se cubriera la vacante por el procedimiento legalmente establecido o se amortizara la plaza, sin que después de 20 años la Administración demandada haya promovido actuación alguna para la cobertura reglamentaria de la plaza, por lo cual no puede sostenerse la validez del contrato temporal por ser inusualmente largo, como ha tenido ocasión de matizar la Sala IV/ TS en sentencias (2) de 19 de julio de 2018 (rec. 1037/2017 y 823/2017) -aunque refiriéndose a la contratación por obra o servicio determinado-, con referencia la doctrina de la STJUE de 5 junio 2018, Montero Mateos, C- 677/16, que en su ap. 64, se refiere a la duración inusualmente larga de un contrato temporal como indicio de su conversión en fijo, señalando que el abuso de derecho en la contratación temporal (art. 7.2 CC) deslegitima el contrato inicialmente válido, que se desdibuja al convertirse el objeto del contrato en una actividad que, por el extenso periodo de tiempo, necesariamente se ha incorporado al habitual quehacer, reafirmando como buena esa doctrina.

  No se trata solo de la muy dilatada duración (más de 20 años), sino también de que no parece que exista vacante susceptible de ser cubierta por proceso de selección o promoción alguna y, sobre todo, la Administración empleadora no ha desplegado conducta alguna que sea concordante con el mantenimiento de la interinidad reseñada. A lo largo de los muchos años de prestación de servicios de la trabajadora, como queda expuesto, brillan por su ausencia las actuaciones tendentes a lograr la definitiva cobertura de la plaza o a propiciar su amortización.
- Respecto al alcance que posea la superación del plazo de tres años contemplado en el art. 70 EBEP, no puede entenderse en general como una garantía inamovible pues la conducta de la entidad empleadora puede abocar a que antes de que transcurra dicho plazo, se haya desnaturalizado el carácter temporal del contrato de interinidad, sea por fraude, sea por abuso, sea por otras ilegalidades, con las consecuencias que cada situación pueda comportar; al igual que en sentido inverso, el plazo de tres años no puede operar de modo automático. En suma, son las circunstancias específicas de cada supuesto las que han de llevar a una concreta conclusión. Así, dadas las circunstancias del presente caso, no es necesario resolver sobre la naturaleza y carácter del plazo de tres años contemplado en el art. 70 EBEP, ni sobre la posible incidencia en el carácter temporal de la contratación de interinidad por vacante, pues notoriamente estamos ante un supuesto en el que la duración inusualmente larga del contrato (más de 20 años) hace que devenga fraudulenta, y que justifica la aplicabilidad de la doctrina expuesta de esta Sala IV/TS, y del TJUE por imperativo del art. 4 bis de la LOPJ ("Los jueces y Tribunales aplicarán el Derecho de la Unión Europea de conformidad con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea").

DATOS SENTENCIA

RECURSO DE CASACIÓN nº 101/05/2019.
Sentencia nº 60/2019
Fecha Sentencia: 30/04/2019.
Ponente, Excma. Sr. D. Fernando Pignatelli Meca.

TEMA

Delito de insulto a superior en su modalidad de "amenazas en su presencia" del artículo 43 del vigente Código Penal Militar.

ASPECTOS EXAMINADOS

- En esta sentencia se expone la configuración jurisprudencial que se le ha venido otorgando a esta figura delictiva, resultando ilustrativo reproducir los siguientes razonamientos:
  <<… Como, respecto a la conducta típica que se describe en el artículo 43 del Código Penal Militar vigente, dice nuestra sentencia núm. 139/2016, de 10 de noviembre de 2016, "puede esta configurarse, con carácter mixto alternativo o disyuntivo, por hasta cuatro modalidades comisivas, integrantes de otros tantos subtipos - todos ellos de resultado de lesión, en cuanto es precisa para su consumación la recepción o conocimiento por el superior afectado de los hechos o expresiones en que las coacciones, amenazas, calumnias o injurias graves consistan, o por cualquier otra persona en los casos de amenazas, calumnias o injurias graves-", según el comportamiento del agente resulte ser coaccionar, amenazar, calumniar o injuriar gravemente.
  Ciñéndonos a la modalidad comisiva de amenazar, en la que han sido subsumidos los hechos declarados probados, el subtipo de amenazar al superior se integra por un comportamiento típico de un militar, de las Fuerzas Armadas o la Guardia Civil, consistente en conminar, mediante actos o palabras, al superior jerárquico con causarle a él, a su familia o a otras personas con las que esté íntimamente vinculado un mal, con independencia de que este constituya o no delito y de que la amenaza sea condicional o no.
  Amenazar es dar a conocer a otro, por cualquier procedimiento, que se le va a causar un mal, de manera que se vea constreñido, amedrentado o atemorizado, sin que exista limitación en cuanto a los medios de llevar a cabo la amenaza, que puede realizarse de forma oral, escrita -en cualquier tipo de soporte- o, incluso, a través de simples ademanes o gestos.
  Aunque se trata de un delito de resultado de lesión -pues para su perfección o integración es necesario que la conducta violenta o conminatoria del actor llegue a conocimiento del superior jerárquico o de un tercero o terceros-, el subtipo no requiere para su consumación ni siquiera que se consiga perturbar la libertad de decisión, o libertad en el proceso de formación de la voluntad, el ánimo, el sosiego o la seguridad y tranquilidad personal del superior amenazado, en cuanto bien jurídico subsidiariamente protegido, de tal suerte que si la lesión se produce efectivamente actuará como complemento del tipo; el delito de amenazas se consuma con la conminación de un mal con apariencia de seriedad y firmeza y la llegada del anuncio a su destinatario o a un tercero, sin que sea necesaria la producción de la perturbación anímica que el autor persigue, de manera que basta con que las expresiones utilizadas sean aptas para amedrentar a la víctima.
  El contenido o núcleo esencial de la acción típica que integra el subtipo consiste en el anuncio, mediante hechos o expresiones, de causar al superior, a su familia - entendida en sentido amplio- o a otras personas con las que esté aquel íntimamente vinculado, un mal que constituya delito de los enumerados en el primer párrafo del artículo 169 o en el artículo 170, ambos del Código Penal -especialmente amenazas dirigidas al colectivo profesional militar o a determinados integrantes del mismo- , anuncio de un mal que debe ser serio, real y perseverante, de tal forma que en el contexto social ocasione una repulsa indudable; y, obviamente, también integrarán el tipo las amenazas de un mal que no sea constitutivo de delito a que se refieren los apartados 1 a 5 y 7 del artículo 171 del Código Penal , en la redacción conferida por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo.
  El mal anunciado ha de ser futuro, injusto, determinado y posible, que dependa exclusivamente de la voluntad del sujeto activo y apto para producir, potencialmente, la natural intimidación en el amenazado.
  La naturaleza, entidad o gravedad de la amenaza típica precisa para integrar la figura delictiva de que se trata debe obtenerse por referencia a lo dispuesto en los correspondientes artículos del Código Penal, y dado que el de amenazas es un delito eminentemente circunstancial debe valorarse la ocasión en que se profiera la amenaza, personas intervinientes, actos anteriores, simultáneos y sobre todo posteriores al hecho material de la amenaza, y, como se ha dicho, según que el mal que se anuncia sea constitutivo de delito o no.

La doctrina de esta Sala -sentencia de 8 de marzo de 2001, a cuyo tenor "la frase que ahora se reproduce, en su interpretación gramatical, tiene un claro sentido conminatorio de causar un mal de futuro al destinatario de la misma y ello en represalia por haber dado parte de conductas sancionables que efectivamente fueron corregidas, y que a la sazón se hallaba extinguiendo. El tipo penal apreciado describe diversos comportamientos (coaccionar, amenazar o injuriar) que tengan por objeto a un superior y que se produzcan en su presencia, por escrito o con publicidad, con el resultado común de afectar el bien jurídico protegido que, ciertamente, es la Disciplina como valor esencial de cohesión dentro de la organización castrense (art. 11 RROO). El precepto penal de que se trata no exige que la amenaza con que se intimida sea grave hasta el punto de constituir delito del art. 169 del Código Penal Común, bastando para que el tipo quede perfeccionado con que la conminación exista, aunque esté revestida de leve entidad a efectos de constituir la mera falta del art. 620 CPC; y ello por cuanto que en el reiterado art. 101 CPM cuya aplicación se cuestiona, no se protege la seguridad personal del amenazado frente a la anunciada realización de males futuros, sino principalmente la Disciplina como valor que trasciende al superior inmediatamente ofendido. Por ello la cuestión sobre la gravedad de la amenaza no adquiere la relevancia que pretende el recurrente, hasta el extremo de sostener esta parte la intranscendencia punitiva del hecho y poder reconducirse al ámbito disciplinario, sino que antes bien ello constituye un dato o factor a tener en cuenta a la hora de la individualización de la pena"- ha venido entendiendo, en relación a la acción integrante de esta modalidad típica del insulto a superior de amenazar a este, que la misma no puede reconducirse al ámbito disciplinario por cuanto que con el subtipo de que se trata no se protege la seguridad personal del amenazado frente a la anunciada realización de males futuros sino principalmente la disciplina como valor que trasciende al superior inmediatamente amenazado.

A este respecto, si bien es lo cierto que se estima que para la consumación del delito basta la idoneidad de la amenaza en sí misma, esto es la conminación con un mal con apariencia de seriedad y firmeza, sin que sea exigible o necesario que en el superior destinatario de la misma se produzca la perturbación anímica, no lo es menos que se trata de un delito impregnado de relativismo o circunstancialidad -a tenor de nuestras sentencias, entre otras, de 9 de marzo de 2010 , 25 de septiembre de 2013 y 25 de junio de 2015 "es delito impregnado de relativismo en que deben ponderarse las circunstancias objetivas y subjetivas concurrentes, la ocasión en que el episodio se produzca, así como los antecedentes del mismo los factores coetáneos y la conducta subsiguiente del autor, que permitan valorar los hechos en el determinado contexto en que éstos tengan lugar.

La acción debe consistir en conminar el autor al sujeto pasivo con la causación a éste, a su familia o a personas con los que esté íntimamente vinculado de un mal, conminación que ha de revestir la apariencia de seriedad y firmeza, esto es, que en función de aquellos elementos valorativos se considere con aptitud para amedrentar a la víctima del delito que es el superior jerárquico aunque el mal que se anuncia puede recaer sobre aquellas otras personas"-, por lo que el hecho ha de ser valorado abstractamente, es decir, por la entidad y circunstancias susceptibles de crear en el ánimo normal de una persona ese miedo a sufrir el mal anunciado, ya que el de amenazas es un subtipo de carácter circunstancial que hace que la valoración jurídica de la acción desarrollada deba analizarse desde criterios o parámetros tales como las expresiones proferidas, las acciones ejercidas, el contexto en que aquellas se vierten, las condiciones del sujeto pasivo y cuantas circunstancias contribuyan a la valoración contextual del hecho, por lo que se considera que la entidad de la amenaza ha de ponderarse en función de su aptitud para amedrentar, la ocasión en que se profiere, las personas que intervienen, las circunstancias concomitantes y los actos posteriores y coetáneos, de manera que, no obstante el carácter pluriofensivo del subtipo, cuando la conducta no resulte ser constitutiva de la conminación de un mal que integre alguno de los delitos a que se refieren los artículos 169 y 170 del Código Penal o de los supuestos de los apartados 1 a 5 y 7 del artículo 171 de dicho texto legal , y solo lesione la disciplina por carecer de aquella aptitud, no será ahora posible residenciarla en el subtipo del primer o segundo -si no concurre ninguna de las cuatro circunstancias cualificativas de la misma que se enuncian en este primer inciso que examinamos del aludido artículo 43 del Código Penal Militar de 2015 sino, en su caso, en sede disciplinaria –conforme al principio de intervención mínima propio de la aplicación del Derecho penal en cuanto ultima ratio represiva y el carácter fragmentario de esta parte del ordenamiento jurídico-, pudiendo, en este supuesto, los hechos así carentes de idoneidad amedrentatoria -por no poder ser calificada la amenaza ni siquiera como leve, en los términos del apartado 7 del artículo 171 del Código Penal - ser subsumidos, eventualmente, en los artículos 7.1 y 2 y 8.2 de la Ley Orgánica 8/2014, de 4 de diciembre, de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas u 8.5 , 6 y 21 y 9.1 de la Ley Orgánica 12/2007, de 22 de octubre, del régimen disciplinario de la Guardia Civil .

Finalmente, desde el punto de vista del tipo subjetivo para colmar esta modalidad típica de amenazar al superior ha de concurrir el dolo natural, genérico o neutro consistente en la voluntad y propósito de ejercer presión sobre la persona del superior, atemorizándolo y privándolo de su libertad de decisión, o libertad en el proceso de formación de la voluntad, de su paz de ánimo, tranquilidad y sosiego, dolo indubitado, en cuanto encierra un plan premeditado de actuar con tal fin.

En el caso de autos la frase "si daba parte no salía entero de Polonia", que en la sentencia impugnada se considera acreditado que el hoy recurrente dirigió, hasta por dos veces, a su superior jerárquico, es indudable que, habida cuenta de sus términos y el contexto y circunstancias en que se profirió, es apta, en cuanto contiene una amenaza condicional, para integrar el delito

militar de insulto a superior en su modalidad de amenazar a este en su presencia que se configura en el inciso primero del artículo 43 del vigente Código punitivo marcial de 2015, pues comporta el anuncio de un mal y ese anuncio es serio o creíble y susceptible de producir en el destinatario de dicha frase la natural perturbación anímica; el hecho tiene lugar en el contexto de una grave falta de respeto al superior, al que se dirigen, alzando notablemente la voz, frases claramente despectivas e incluso injuriosas y cuando el superior advierte al ahora recurrente que iba a dar parte de esos hechos, este trata de amedrentar a su superior, tratando de coartar su libertad de decisión, con el anuncio de un mal a fin de evitar que diera parte de la patente falta de subordinación en que había incurrido, resultando indiferente a efectos de integración de la conducta típica que con esta no consiguiera o lograra su propósito.

La conducta del hoy recurrente resulta, valorada abstractamente, susceptible o apta para crear, al menos potencialmente, en el ánimo normal de la persona del superior jerárquico amenazado, la natural intimidación, es decir, el miedo a sufrir el mal anunciado, concurriendo asimismo en aquella el dolo preciso para integrar el subtipo delictivo de que se trata, pues el actor actúa con el propósito de ejercer presión sobre la persona del superior, intimidándolo, atemorizándolo y privándolo de su libertad de decisión, o libertad en el proceso de formación de la voluntad, ello a fin de evitar que este cumpliera, tal y como le había anunciado que haría, con su deber legal de dar parte o denunciar la conducta previa hacia él observada por el Cabo Anselmo…>> (Fundamento Jurídico decimonoveno).

SECCIÓN MENORES

DATOS SENTENCIA

SAP Zaragoza, Sec 6ª
Sentencia nº 127/2019
Fecha Sentencia: 5-4-2019
Ponente: Ilmo. Sr. D. Francisco Jose Picazo Blasco.

TEMA

Acoso escolar. Delito contra la integridad moral.

ASPECTOS EXAMINADOS

- Condena por delito contra la integridad moral, dada la evidente intención de humillar y molestar a la víctima por parte de la acusada, que reiteró durante más de dos meses y medio su conducta vejatoria
- *"…la Sala no puede sino asumir como propios los acertados argumentos expuestos en la resolución de primer grado en orden a la incardinación de los hechos en el art. 173-1 C. Penal. En efecto tal y como se desprende del párrafo Tercero del factum, la menor Alicia actuando de común acuerdo con otra menor de catorce años, durante más de dos meses medio, aprovechando cualquier oportunidad y con evidente intención de humillar, vejar y molestar a Covadonga, no cesaron de insultarla, repitiendo constantemente cada vez que la veían en el instituto..." Mírate al espejo, hija de puta, cuatro ojos, tonta, fea, gafota, ya te pillaremos... " al tiempo que se reían de ella logrando así infundir en Covadonga un estado de gran intranquilidad temor y desasosiego... que le provocó una crisis de ansiedad, la necesidad de cambiar de centro Escolar y de recibir asistencia psicológica. Expuesto lo anterior, las afirmaciones de la dirección letrada de la menor recurrente hechas en el sentido de que la misma no actuaba con la intención de menoscabar la integridad moral ni la dignidad de la denunciante tratándose de hechos desagradables que suceden por desgracia en los colegios, no son sino un mero eufemismo tan solo justificable desde la perspectiva del derecho de defensa, remitiéndonos en tal sentido a los elaborados fundamentos que la sentencia de primer grado contiene y que la Sala asume y hace propios*."

DATOS SENTENCIA

SAP Baleares, Sec 2ª
Sentencia nº 161/2019
Fecha Sentencia: 3-4-2019
Ponente: Ilmo. Sr. D. Juan Jiménez Vida.

TEMA

Concurrencia de responsables civiles. Responsabilidad civil solidaria de progenitores y entidad pública de protección. Orden no excluyente del art. 61.3 LORPM.

ASPECTOS EXAMINADOS

- No queda excluida la responsabilidad civil del progenitor por el hecho de que la CA hubiera asumido la guarda y el menor residiera en un centro de protección en el momento del hecho, pues no deja de participar en el proceso educativo del menor.
- *"…Entiende el apelante que el artículo 61.3 LORPM debe interpretarse en el sentido de que el sujeto que debe responder es el que ejerce la guarda en el momento del daño, es decir, en este caso, el titular del centro de protección de menores 4x4 en el que estaba residiendo en régimen de guarda permanente el menor en el momento de ocurrir los hechos…*
- *…*
- *cabe plantearse si el orden que establece el artículo 61.3 de la LORRPM es excluyente respecto del subsiguiente o no, es decir, si se puede exigir responsabilidad civil a varios de los distintos grupos que recoge el precepto o no, ya que así parece desprenderse de los términos utilizados por el legislador al introducir en la redacción del precepto la expresión "... por este orden". Del análisis de la doctrina y de la jurisprudencia se podría considerar la existencia de tres sistemas distintos: 1.- La tesis del orden excluyente en la que la existencia de miembros de un grupo anterior excluye la de los siguientes; 2.- La tesis del orden acumulativo que no impide establecer una responsabilidad solidaria de miembros de las distintas categorías*

nombradas en el artículo 61.3 y, finalmente, 3.- La tesis de la gestión efectiva del proceso educativo, según la cual serán responsables civiles solidarios los miembros de las categorías nombradas que en el momento de suceder los hechos delictivos eran los gestores reales del proceso educativo del menor, independientemente de la existencia de miembros de categorías anteriores.

- *Estos problemas de determinación de responsables se presentan con especial intensidad en los supuestos de concurrencia de padres biológicos u otros potenciales responsables junto con el titular del centro docente, cuyos profesores y directores actúan como verdaderos guardadores de hecho cuando los menores se hallan bajo la dependencia y tutela de los mismos. Existen resoluciones que parecen inclinarse por la imposibilidad de responsabilidad acumulada de los distintos responsables potenciales, decantándose por imponerla exclusivamente a la Comunidad Autónoma en caso de centros de su titularidad. Así, por ejemplo, en un supuesto de menor tutelado por la Entidad Pública se ha considerado que responde solidariamente con el menor la Comunidad Autónoma pero no los padres (sentencia de la Audiencia Provincial de Valladolid de fecha 23- 12-2002 y sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba de fecha 09-06-2004) y en el mismo sentido la Audiencia Provincial de Álava de fecha 16-06-2009 (nº 186/2009, rec. 15/09) establece únicamente la responsabilidad de la Entidad Pública de Protección de Menores en relación con un menor respecto del que asumió la guarda, aunque el delito fue cometido por el menor mientras estaba pasando unos días con su madre biológica. Por el contrario, también existen resoluciones judiciales en las que ante menores tutelados por las Comunidades Autónomas por una declaración de desamparo basada en el incumplimiento de las obligaciones inherentes a la patria potestad se ha optado por condenar de forma conjunta y solidaria a la Comunidad Autónoma y a los padres (sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias de fecha 24 de febrero de 2005 y sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla de fecha 10 de junio de 2008).*
- *Para esta Sala una interpretación literal de la norma lleva a una responsabilidad excluyente en atención al orden que dicha norma establece, pero siguiendo el criterio mantenido por una gran parte de Audiencias Provinciales del país (podemos citar a modo de ejemplo las Sentencias de la AP de Málaga (Sección 8ª) 572/09 JUR 2010\211336 , de 9 de noviembre y 654/2011, de 10 de diciembre JUR 2012\82765 ; Sentencia 248/2010 de AP de Santa Cruz de Tenerife (Sección 6ª) de 12 de mayo de 2010 JUR 2011\10151 , AP de Almería de 8 de julio de 2011 , Álava, sentencia no 46/2009 de 13 de febrero y AP de Pontevedra - Sección 2ª - nº 43/2011 JUR 2011\158640). Partiendo de una interpretación lógica y sistemática nos conduce a entender que lo que el legislador ha pretendido es que la responsabilidad de orden civil recaiga, de entre aquellas personas que en el artículo 61.3 se enumeran, en la que en el momento de causarse los daños por el menor ejerciera sobre el mismo los contenidos de la patria potestad, o alguno de ellos. El fundamento de esa responsabilidad conjunta y solidaria por parte de personas o entidades integradas en distintas categorías de sujetos respondería al control, siquiera potencial, que pueden ejercer sobre la conducta del menor y por tanto la posibilidad que tienen para prevenir y evitar sus actos ilícitos generadores de una conducta dañosa, pues sería absurdo, por ejemplo, el atribuir a unos padres a quienes se les hubiera privado de la patria potestad la obligación de responder por los daños y perjuicios causados por un hijo cuya guarda y custodia se hubiera encomendado a un tutor.... De ahí que el orden previsto legalmente en el artículo 61.3 no supone un orden de exclusión automática y sucesiva, de modo que existiendo padre se excluya al tutor, al acogedor o guardador, pues ello sólo sería así, si la existencia del mismo va acompañada del ejercicio de la totalidad o haz de facultades conjuntas que integran la patria potestad. Por el contrario, si parte de las facultades se delegan manteniendo una facultad de superior vigilancia y cuidado, lo propio es compartir responsabilidades, debiendo en todo caso responder de forma solidaria y sin perjuicio de las acciones civiles que puedan corresponder entre sí a los corresponsables solidarios.*
- *En suma, hemos de partir de la posibilidad de concurrencia de distintos responsables, siempre que participaran en el proceso de gestión educativa del menor y ejerzan sobre el mismo un control, aunque sea potencial, de su comportamiento.*
- *Estas sentencias desarrollan lo que se establece en la anterior en orden a determinar las personas y entidades que deben responder de forma solidaria de los daños derivados de la acción delictiva. Realmente el último párrafo citado sintetiza perfectamente la doctrina aplicable. Su aplicación al caso concreto debe conducir a la condena solidaria por la responsabilidad civil contraída por el menor del IMAS, que ostentaba la patria potestad sobre el menor, de la compañía aseguradora del riesgo, y de la Comunidad Autónoma en cuyas instalaciones se encontraba internado en régimen de semilibertad de las que se fugó.*
- *En el presente caso, por los mismos motivos, la responsabilidad civil solidaria alcanza al padre del menor que conserva la patria potestad. A lo anterior se suma que la Letrada apelante actúa en representación y defensa del menor R*****, sin que alegue legitimidad alguna para formular pretensiones a través del recurso de apelación a favor del padre del mismo, C********. En consecuencia, se ratifica la condena de dicho progenitor en los términos que la resolución impugnada recoge."*

NOVEDADES LEGISLATIVAS

I.- NOVEDADES NORMATIVAS ESTATALES

A. DISPOSICIONES GENERALES

1. MINISTERIO DE INDUSTRIA, COMERCIO Y TURISMO

> Marcas. Reglamento

- Real Decreto 306/2019, de 26 de abril, por el que se modifica el Reglamento para la ejecución de la Ley 17/2001, de 7 de diciembre, de Marcas, aprobado por Real Decreto 687/2002, de 12 de julio. BOE de 30 de abril de 2019

2. MINISTERIO DE LA PRESIDENCIA, RELACIONES CON LAS CORTES E IGUALDAD

> Carreras Judicial y Fiscal. Retribuciones

- Real Decreto 311/2019, de 26 de abril, por el que se modifican los anexos II.2 y V.2 de la Ley 15/2003, de 26 de mayo, reguladora del régimen retributivo de las carreras judicial y fiscal. BOE de 9 de mayo de 2019.

> Centro de Estudios Jurídicos. Estatutos

- Real Decreto 312/2019, de 26 de abril, por el que se aprueba el Estatuto del Organismo Autónomo Centro de Estudios Jurídicos. BOE de 11 de mayo de 2019.

3. MINISTERIO DE HACIENDA

> Cuenta General del Estado

- Orden HAC/553/2019, de 24 de abril, por la que se modifica la Orden HAP/1724/2015, de 31 de julio, por la que se regula la elaboración de la Cuenta General del Estado. BOE de 17 de mayo de 2019

B. OTRAS DISPOSICIONES

1. MINISTERIO DE LA PRESIDENCIA, RELACIONES CON LAS CORTES E IGUALDAD

> Comunidad Autónoma de las Illes Balears. Convenio

- Resolución de 12 de abril de 2019, de la Subsecretaría, por la que se publica el Convenio entre la Mutualidad General de Funcionarios Civiles del Estado, el Instituto Social de las Fuerzas Armadas, la Mutualidad General Judicial y el Servei de Salut de les Illes Balears, para la prestación en zonas rurales de determinados servicios sanitarios a los mutualistas y demás beneficiarios adscritos a entidades de seguro de asistencia sanitaria concertada con dichas mutualidades. BOE de 2 de mayo de 2019.

> Comunidad Autónoma de Cataluña. Convenio

- Resolución de 8 de mayo de 2019, de la Subsecretaría, por la que se publica el Convenio entre la Mutualidad General de Funcionarios Civiles del Estado, el Instituto Social de las Fuerzas Armadas, la Mutualidad General Judicial con el Servicio Catalán de la Salud y el Instituto Catalán de la Salud, para la prestación en zonas rurales de determinados servicios sanitarios a los mutualistas y demás beneficiarios adscritos a entidades de seguro de asistencia sanitaria concertada con dichas mutualidades. BOE de 24 de mayo de 2019.

2. MINISTERIO DE TRABAJO, MIGRACIONES Y SEGURIDAD SOCIAL

> Comunidad Autónoma de las Illes Balears

- Resolución de 29 de abril de 2019, de la Secretaría General Técnica, por la que se publica el II Convenio entre el Organismo Autónomo Organismo Estatal Inspección de Trabajo y Seguridad Social y la Comunidad Autónoma de Illes Balears, de lucha contra el trabajo no declarado, el empleo irregular, fraude a la Seguridad Social y en materia de formación profesional para el empleo. BOE de 16 de mayo de 2019.

II.- NOVEDADES NORMATIVAS AUTONÓMICAS

A. DISPOSICIONES GENERALES

1. COMUNIDAD AUTÓNOMA DEL PAÍS VASCO

> Reconocimiento de derechos

- Ley 5/2019, de 4 de abril, de modificación de la Ley 12/2016, de 28 de julio, de reconocimiento y reparación de víctimas de vulneraciones de derechos humanos en el contexto de la violencia de motivación política en la Comunidad Autónoma del País Vasco entre 1978 y 1999. BOE de 3 de mayo de 2019.

> Patrimonio Cultural

- Ley 6/2019, de 9 de mayo, de Patrimonio Cultural Vasco. BOE de 29 de mayo de 2019.

2. COMUNIDAD AUTÓNOMA DE CANARIAS

> Municipios

- Decreto-ley 1/2019, de 25 de febrero, de modificación de la Ley 7/2015, de 1 de abril, de los municipios de Canarias. BOE de 3 de mayo de 2019.

> Suelo. Espacios naturales protegidos

- Decreto-ley 2/2019, de 25 de febrero, de modificación de la Ley 4/2017, de 13 de julio, del Suelo y de los Espacios Naturales Protegidos de Canarias. BOE de 3 de mayo de 2019.

> Vivienda

- Decreto-ley 3/2019, de 1 de marzo, para la modificación de la Ley 2/2003, de 30 de enero, de Vivienda de Canarias. BOE de 3 de mayo de 2019.

> Igualdad de género

- Ley 7/2019, de 9 de abril, de modificación de la Ley 1/2010, de 26 de febrero, Canaria de Igualdad entre Mujeres y Hombres, y de modificación de las leyes reguladoras de los órganos de relevancia estatutaria para garantizar la representación equilibrada entre mujeres y hombres en su composición. BOE de 8 de mayo de 2019.

> Cabildos insulares

- Ley 8/2019, de 9 de abril, de modificación de la Ley 8/2015, de 1 de abril, de Cabildos Insulares. BOE de 8 de mayo de 2019.

3. COMUNIDAD DE CASTILLA Y LEÓN

> Conciliación de la vida personal, familiar y laboral

- Ley 10/2019, de 3 de abril, por la que se promueve la adopción en el ámbito público y privado de medidas dirigidas a la conciliación de la vida personal, familiar y laboral y a la eliminación de la brecha salarial de género en Castilla y León. BOE de 4 de mayo de 2019.

4. COMUNIDAD AUTÓNOMA DEL PRINCIPADO DE ASTURIAS

> Servicios sociales

- Ley 3/2019, de 15 de marzo, sobre acción concertada con entidades de iniciativa social sin ánimo de lucro para la prestación de servicios de carácter social. BOE de 6 de mayo de 2019.

- Ley 4/2019, de 15 de marzo, de modificación de la Ley 1/2003, de 24 de febrero, de Servicios Sociales. BOE de 6 de mayo de 2019.

5. COMUNIDAD AUTÓNOMA DE LAS ILLES BALEARS

> Mediación familiar

- Ley 13/2019, de 29 de marzo, por la que se modifica la Ley 14/2010, de 9 de diciembre, de mediación familiar de las Illes Balears. BOE de 7 de mayo de 2019.

> Patrimonio Cultural

- Ley 18/2019, de 8 de abril, de salvaguardia del patrimonio cultural inmaterial de las Illes Balears. BOE de 7 de mayo de 2019.

6. COMUNIDAD AUTÓNOMA DE CASTILLA-LA MANCHA

> Consumidores y usuarios

- Ley 3/2019, de 22 de marzo, del Estatuto de las Personas Consumidoras en Castilla-La Mancha. BOE de 8 de mayo de 2019.

7. COMUNIDAD FORAL DE NAVARRA

> Igualdad de género

- Ley Foral 17/2019, de 4 de abril, de igualdad entre Mujeres y Hombres. BOE de 8 de mayo de 2019.

> Protección de los animales

- Ley Foral 19/2019, de 4 de abril, de protección de los animales de compañía en Navarra. BOE de 8 de mayo de 2019.

> Administración local

- Ley Foral 20/2019, de 4 de abril, por la que se modifica la Ley Foral 6/1990, de 2 de julio, de la Administración Local de Navarra, y la Ley Foral 4/2019, de 4 de febrero, de Reforma de la Administración Local de Navarra. BOE de 8 de mayo de 2019.

8. COMUNIDAD AUTÓNOMA DE EXTREMADURA

> Espectáculos públicos

- Ley 7/2019, de 5 de abril, de espectáculos públicos y actividades recreativas de la Comunidad Autónoma de Extremadura. BOE de 15 de mayo de 2019

> Administración Pública

- Ley 8/2019, de 5 de abril, para una Administración más ágil en la Comunidad Autónoma de Extremadura. BOE de 15 de mayo de 2019

> Caza. Tasas y precios públicos

- Ley 9/2019, de 5 de abril, por la que se modifican la Ley 14/2010, de 9 de diciembre, de caza de Extremadura, y la Ley 18/2001, de 14 de diciembre, sobre tasas y precios públicos de la Comunidad Autónoma de Extremadura. BOE de 15 de mayo de 2019

> Protección civil

- Ley 10/2019, de 11 de abril, de protección civil y de gestión de emergencias de la Comunidad Autónoma de Extremadura. BOE de 15 de mayo de 2019

> Vivienda

- Ley 11/2019, de 11 de abril, de promoción y acceso a la vivienda de Extremadura. BOE de 15 de mayo de 2019

9. COMUNIDAD AUTÓNOMA DE LA REGIÓN DE MURCIA

> Igualdad de género. Protección contra la violencia de género

- Ley 3/2019, de 20 de marzo, de modificación de la Ley 7/2007, de 4 de abril, para la igualdad entre mujeres y hombres, y de protección contra la violencia de género en la Región de Murcia. BOE de 16 de mayo de 2019.

> Policías locales

- Ley 6/2019, de 4 de abril, de Coordinación de las Policías Locales de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia. BOE de 16 de mayo de 2019.

10. COMUNIDAD AUTÓNOMA DE CATALUÑA

> Circulación. Medidas especiales

- Resolución INT/1001/2019, de 16 de abril, por la que se modifica la Resolución INT/593/2019, de 7 de marzo, por la que se establecen las restricciones a la circulación durante el año 2019. BOE de 17 de mayo de 2019.

11. COMUNIDAD AUTÓNOMA DE ARAGÓN

> Consumidores y usuarios

- Ley 4/2019, de 7 de marzo, de modificación de la Ley 16/2006, de 28 de diciembre, de Protección y Defensa de los Consumidores y Usuarios de Aragón. BOE de 25 de mayo de 2019.

> Personas con discapacidad

- Ley 5/2019, de 21 de marzo, de derechos y garantías de las personas con discapacidad en Aragón. BOE de 25 de mayo de 2019.

> Derecho Foral de Aragón

- Ley 6/2019, de 21 de marzo, de modificación del Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba, con el título de "Código del Derecho Foral de Aragón", el texto refundido de las Leyes civiles aragonesas en materia de custodia. BOE de 25 de mayo de 2019.

> Entidades locales

- Ley 8/2019, de 29 de marzo, de creación de la Comarca Central. BOE de 25 de mayo de 2019.

> Régimen electoral

- Ley 9/2019, de 29 de marzo, de modificación de la Ley 2/1987, de 16 de febrero, Electoral de la Comunidad Autónoma de Aragón. BOE de 25 de mayo de 2019.

12. COMUNIDAD AUTÓNOMA DE GALICIA

> Urbanismo

- Ley 1/2019, de 22 de abril, de rehabilitación y de regeneración y renovación urbanas de Galicia. BOE de 27 de mayo de 2019.

RESEÑA DE ARTÍCULOS DOCTRINALES DE ESPECIAL INTERÉS

"Los trabajos en beneficio de la comunidad tras las últimas resoluciones del TS: competencia para el control de ejecución y consecuencias del incumplimiento". Pablo Gómez-Escolar Mazuela. Diario La Ley, Nº 9389, Sección Tribuna, 3 de abril de 2019.

"De la sucesión procesal como investigada de personas jurídicas en el proceso penal: especial consideración del caso Banco Popular". Pablo Azaústre Ruiz y Javier Zambrano Domínguez. Diario La Ley, Nº 9390, Sección Tribuna, 4 de abril de 2019.

"La efectividad de la tutela de la libertad personal en las sentencias «declarativas de amparo»". Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer. Diario La Ley, Nº 9391, Sección Tribuna, 5 de abril de 2019.

"Los nuevos delitos leves de imprudencia menos grave en materia de tráfico: aspectos sustantivos y procesales". José Luis Rodríguez Lainz. Diario La Ley, Nº 9392, Sección Doctrina, 8 de abril de 2019.

"Proceso penal: declaración de menores víctimas del delito. Limitaciones del derecho de defensa". Daniel Sala Paños. Diario La Ley, Nº 9393, Sección Tribuna, 9 de abril de 2019.

Revista "Tráfico y Seguridad". Editorial Wolter Kluwers. Marzo 2019. VV AA.

- "Movilidad sostenible y responsabilidad penal de conductores de bicicletas y vehículos de movilidad personal". Bartolomé Vargas Cabrera.

- "La preferencia de paso con el uso de las rotondas en la seguridad vial". Vicente Magro Servet

- "Novedades en el Código Penal, Ley Orgánica 2/19 (LA LEY 2725/2019) de 1 de maro. Imprudencia en la conducción de vehículos a motor o ciclomotores y sanción del abandono del lugar del accidente". Emilio Frías Martínez

- "Los juicios de tráfico vuelven a los juzgados penales". Elena Camprovin Tobías

"El estatuto jurídico del Data Protection Officer". Miguel Recio Gayo Diario La Ley, Nº 27, Sección Ciberderecho, 15 de marzo de 2019.

"La doctrina del hallazgo casual de material inculpatorio no se aplica cuando la orden de registro no cumple los requisitos de concreción y especificidad". Blanca Lozano Cutanda. Diario La Ley, Nº 9395, Sección Comentarios de jurisprudencia, 11 de abril de 2019.

"Vacío normativo en el internamiento psiquiátrico del condenado a una medida de seguridad privativa de libertad. Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional 84/2018, de 16 de julio de 2018". María del Mar Morcillo Gallego y Santiago Aragonés Seijo. Diario La Ley, Nº 9395, Sección Tribuna, 11 de abril de 2019.

"Mecanismos o argumentos, en la situación jurídica actual, para inscribir la filiación derivada de convenio gestacional hecho en país extranjero. A propósito de la pesadilla de Kiev y de la malograda Instrucción de la DGRN de 14 de febrero de 2019". Antonio J. Vela Sánchez. Diario La Ley, Nº 9396, Sección Doctrina, 12 de abril de 2019.

"¿Responsabilidad penal del socio por la criminalidad de la empresa? Reflexiones sobre la posibilidad de fundamentar una posición de garantía del socio". Nuria Pastor Muñoz. Diario La Ley, Nº 9400, Sección Tribuna, 22 de abril de 2019.

"El delito de falsedad en las cuentas anuales. Tipicidad y tratamiento penal". José Domingo Monforte y Carlos Peñalosa Torné. Diario La Ley, Nº 9399, Sección Tribuna, 17 de abril de 2019.

"La nueva configuración del fraude de subvenciones". Gabriel Rodríguez-Ramos Ladaria. Diario La Ley, Nº 9399, Sección Tribuna, 17 de abril de 2019.

"¿Es siempre delito del art. 384 CP conducir sin puntos o se precisa una notificación personal de la sanción?". Vicente Magro Servet. Revista Tráfico y Seguridad Vial. Editorial Wolter Kluwers. Abril 2019. VV AA.

"La necesidad del buen compliance en el derecho del deporte". Vicente Magro Servet. Diario La Ley, Nº 9402, Sección Doctrina, 24 de abril de 2019.

"Competencia para adoptar medidas cautelares de contenido económico en proceso penal, cuando la empresa se encuentra en concurso de acreedores". José Luis García-Cañada Gonzalez. Diario La Ley, Nº 9402, Sección Tribuna, 24 de abril de 2019.

"Pregunta sugestiva, pregunta denegada: ¿Saben interrogar fiscales y abogados?". Ricardo Yáñez Velasco. Diario La Ley, Nº 9403, Sección Doctrina, 25 de abril de 2019.

"Cuestiones prácticas de la responsabilidad del administrador societario para responder de las deudas sociales". Óscar Santaella Sáez. Diario La Ley, Nº 9403, Sección Tribuna, 25 de abril de 2019.

Revista Aranzadi de Derecho Migratorio y Extranjería. VVAA. Núm. 50. Enero – abril 2019. Ed. Aranzadi (Formato electrónico). Diversos artículos sobre adopción transnacional y menores extranjeros no acompañados.

Revista Digital Compliance. VVAA. Núm. 1. marzo 2019. Ed. Sepin (Formato electrónico). Diversos artículos sobre la reforma del Código Penal llevada a cabo por la Ley Orgánica 1/2019, de 20 de febrero, la eficacia del compliance en las investigaciones sobre blanqueo de capitales, y el compliance tributario.

Revista Digital Penal. VVAA. Núm. 36. febrero 2019. Ed. Sepin (Formato electrónico). Diversos artículos sobre el delito de "sexting", la prueba testifical, o el delito de corrupción en las transacciones comerciales internacionales.

"Obtención de datos personales en procesos penales y administrativos". Emilio Frías Martínez. Diario La Ley, Nº 9404, Sección Doctrina, 26 de abril de 2019.

Los artículos de la Revista La Ley se pueden consultar en el siguiente enlace: http://diariolaley.laley.es (sección correspondiente)

Los artículos de las Revistas reseñadas se pueden solicitar en el Servicio de Biblioteca de la FGE. fiscalía.bibioteca@fiscal.es

ÍNDICE REFERENCIAL POR MATERIAS

ACCION		
• Unidad Natural de acción y delito continuado de estafa.	Sec. Penal	STS 235/19 – 09/05/19
ACOSO ESCOLAR		
• Delito contra la integridad moral.	Sec. Menores	SAP 127/19 – 05/04/19
AGRAVANTES		
• Abuso de relaciones personales familiares. Delito de estafa.	Sec. Penal	STS 235/19 – 09/05/19
• Alevosía sobrevenida. Ataque inicial violento y rápido con una botella de cristal, produciendo aturdimiento, en conjunción con la disminución de facultades producida en la víctima por la ingesta previa de bebidas alcohólicas.	Sec. Penal	STS 223/19 – 29/04/19
• Ensañamiento. Transcurso de una hora desde la primera agresión hasta que fue arrojada la víctima al agua, donde falleció. Producción de 43 heridas de las que sólo una era mortal de necesidad.	Sec. Penal	STS 223/19 – 29/04/19
• Género. Falta de sumisión al Jurado de la cuestión, no figurando expresamente en el Objeto del Veredicto, y no pudiéndose entender comprendida en las preguntas formuladas, y contestaciones positivamente realizadas por aquél. No se puede exigir a la defensa del acusado que solicite la subsanación de tal omisión, cuando correspondería a las partes acusadoras.	Sec. Penal	STS 223/19 – 29/04/19
AUTORIA		
• Delito contra la salud pública: Complicidad y autoría o cooperación necesaria.	Sec. Penal	STS 241/19 – 09/05/19
CADUCIDAD		
• Conflicto Colectivo caducidad de la acción: notificación fehaciente.	Sec. Social	STS 282/18 – 03/04/19
COIMPUTADO		
• Valoración de la declaración del coimputado en el proceso penal.	Sec. Penal	STS 241/19 – 09/05/19
COMPETENCIA		
• Competencia: actuación administrativa adoptada por la Comisión Central de Asistencia Jurídica Gratuita del Ministerio de Justicia.	Sec. Cont.Adm.	ATS 43/18 – 10/04/19
• Competencia: establecimiento del servicio de abastecimiento domiciliario de agua potable en municipio de Vidreres. Medidas ex art. 155 CE.	Sec. Cont.Adm.	ATS 44/18 – 03/04/19
• Competencia objetiva: ámbito aplicación Convenios Colectivos.	Sec. Social	STS 282/18 – 03/04/19
• Despido Colectivo: competencia objetiva; despidos computables a los efectos de fijar los umbrales numéricos del despido colectivo -contratos temporales para ejecución de obra-; despido colectivo de hecho.	Sec. Social	STS 283/19 – 04/04/19
COMPLICIDAD		
• Delito contra la salud pública: Complicidad y autoría o cooperación necesaria.	Sec. Penal	STS 241/19 – 09/05/19
CONFLICTO COLECTIVO		
• Conflicto Colectivo (actividad de videollamadas; derecho a la propia imagen; normativa comunitaria).	Sec. Social	STS 304/19 – 10/04/19
• Conflicto Colectivo (modificación sustancial de condiciones de trabajo colectiva; revisión fáctica; competencia objetiva [ámbito aplicación Convenios Colectivos]; caducidad acción [notificación fehaciente]; condición más beneficiosa).	Sec. Social	STS 282/18 – 03/04/19
CONSUMO		
• Cláusulas abusivas en contratos celebrados con consumidores.	Sec. Civil	STS 241/19 – 24/04/19
• Protección de los consumidores. Venta a distancia. Derecho de los consumidores a la subsanación de la falta de conformidad de los bienes sin cargo alguno, en un plazo razonable y sin mayores inconvenientes. Derecho de los consumidores a resolver el contrato.	Sec. TJUE	STJUE C-52/18 – 23/05/19
CONTRATO		
• Cláusulas abusivas en contratos celebrados con consumidores.	Sec. Civil	STS 241/19 – 24/04/19
• Contratación temporal: abuso por la Administración.	Sec. Social	STS 322/19 – 24/04/19

• Contrato de interinidad por vacante; reclamación indefinición de la relación; abuso en la contratación temporal por la Administración.	Sec. Social	STS 322/19 – 24/04/19
• Contrato de trabajo: modificación sustancial de condiciones de trabajo colectiva.	Sec. Social	STS 282/18 – 03/04/19
• Venta a distancia. Derecho de los consumidores a la subsanación de la falta de conformidad de los bienes sin cargo alguno, en un plazo razonable y sin mayores inconvenientes. Derecho de los consumidores a resolver el contrato.	Sec. TJUE	STJUE C-52/18 – 23/05/19
COSA JUZGADA		
• Auto de sobreseimiento libre. Recurso de casación. Cuestión previa de cosa juzgada.	Sec. Penal	STS 210/19 – 22/04/19
DATOS DE CARÁCTER PERSONAL		
• Datos reservados de carácter personal o familiar (art. 4.1 del Reglamento (VE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016. Datos sensibles. L.O.P.D. y Reglamento (VE) 2016/679. Delito de revelación de secretos.	Sec. Penal	STS 221/19 – 29/04/19
DELITO CONTRA LA INTEGRIDAD MORAL		
• Acoso escolar. Delito contra la integridad moral. Elementos	Sec. Menores	SAP 127/19 – 05/04/19
DELITO DE ABUSOS SEXUALES		
• Abusos sexuales a menores. Ausencia de valor probatorio de las declaraciones de menores ante la policía y posteriormente ante el perito judicial sin intervención del juez y de las partes.	Sec. Penal	STS 222/19 – 29/04/19
DELITO DE ALZAMIENTO DE BIENES		
• Alzamiento de bienes. Elementos de esta figura criminal.	Sec. Penal	STS 224/19 – 29/04/19
DELITO DE ASESINATO		
• Asesinato: alevosía sobrevenida. Ataque inicial violento y rápido con una botella de cristal, produciendo aturdimiento, en conjunción con la disminución de facultades producida en la víctima por la ingesta previa de bebidas alcohólicas.	Sec. Penal	STS 223/19 – 29/04/19
• Alevosía: naturaleza y clases.	Sec. Penal	STS 241/19 – 09/05/19
• Asesinato. Coautoría y extensión de responsabilidad a los participantes en el acto de matar. Teoría de «acuerdo previo». Teoría del «dominio del hecho».	Sec. Penal	STS 241/19 -09/05/19
DELITO DE ESTAFA		
• Distinción entre el delito de estafa y el delito de fraude de subvenciones.	Sec. Penal	STS 234/19 – 08/05/19
• Estafa. Engaño como elemento nuclear.	Sec. Penal	STS 226/19 – 29/04/19
• Estafa: delito continuado. Autoprotección de la víctima. Unidad Natural de acción. Abuso de relaciones personales familiares. Excusa absolutoria.	Sec. Penal	STS 235/19 – 09/05/19
DELITO DE FALSEDAD		
• Delito de falsedad en documento privado. Elementos claves para la apreciación del delito de falsedad en documento privado del art. 395 en relación con el art. 390 CP.	Sec. Penal	STS 213/19 – 23/04/19
• Falsedad documental. Doctrina sobre el delito de falsedad documental y en su modalidad de falsedad por simulación.	Sec. Penal	STS 234/19 – 08/05/19
DELITO DE FALSIFICACION EN DOCUMENTO OFICIAL		
• Delito de falsificación en documento oficial. Elementos. Autorización Provisional de Circulación de Vehículo.	Sec. Penal	227/19 – 29/04/19
DELITO DE HURTO		
• Hurto: subtipo agravado art. 235.1.6° C.P.: situación de desamparo de la víctima.	Sec. Penal	STS 226/19 – 29/04/19
DELITO DE INSULTO A SUPERIOR		
• Modalidad de "amenazas en su presencia" del artículo 43 del vigente C.P.M.	Sec. Militar	STS 60/19 – 30/04/19
DELITO DE REVELACION DE SECRETOS		
• Delito de revelación de secretos. Elementos. Bien jurídico protegido: privacidad o autodeterminación informática no intimidad. Objeto de protección: datos reservados de carácter personal o familiar (art. 4.1 del Reglamento (VE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016. Datos sensibles. L.O.P.D. y Reglamento (VE) 2016/679.	Sec. Penal	STS 221/19 – 29/04/19

DELITO DE VIOLENCIA DE GENERO

• Delito de violencia de género del art 153.1 CP. El empleo de la violencia o de la fuerza no puede operar como causa de justificación salvo casos concretos y debidamente motivados en atención a evitar un mal mayor a la víctima que el que se ejerce con la agresión. Enfoque de la perspectiva de género.	Sec. Penal	STS 217/19 – 25/04/19
• Delito de violencia de genero del art. 153.1 CP: elemento subjetivo y dolo de lesionar.	Sec. Penal	STS 217/19 – 25/04/19

DERECHO A LA PARTICIPACION

• Derecho a la participación a través de los partidos políticos.	Sec. Civil	STS 231/19 – 11/04/19

DERECHO A LA PROPIA IMAGEN

• Conflicto Colectivo (actividad de videollamadas; derecho a la propia imagen; normativa comunitaria).	Sec. Social	STS 304/19 – 10/04/19

DERECHO A LA VIDA PRIVADA Y FAMILIAR

• Derecho a la vida privada y familiar (artículo 8 CEDH). Rechazo al traslado a un centro penitenciario más cercano a su familia de preso por delitos terroristas existiendo valoración individual.	Sec. TEDH	Decisión 66498/17 – 28/05/19

DERECHO AL HONOR

• Conflicto entre honor y libertades de expresión e información.	Sec. Civil	STS 236/19 – 23/04/19
• Protección del derecho al honor. Inclusión de los datos en un registro de morosos sin haber realizado previamente el requerimiento de pago con advertencia de inclusión en el registro.	Sec. Civil	STS 245/19 – 25/04/19

DERECHO A UN PROCESO CON TODAS LAS GARANTIAS

• Proceso con todas las garantías. Improcedencia de la aplicación de la agravante de género. Falta de sumisión al Jurado de la cuestión, no figurando expresamente en el Objeto del Veredicto, y no pudiéndose entender comprendida en las preguntas formuladas, y contestaciones positivamente realizadas por aquél. No se puede exigir a la defensa del acusado que solicite la subsanación de tal omisión, cuando correspondería a las partes acusadoras.	Sec. Penal	STS 223/19 – 29/04/19

DERECHO DE REUNION

• Libertad de reunión (artículo 11 CEDH). Injerencia en la libertad de reunión, restricción necesaria en una sociedad democrática para el mantenimiento de la seguridad pública, la defensa del orden y la protección de los derechos y libertades de los demás, en el sentido del apartado 2 del artículo 11 del Convenio.	Sec. TEDH	Decisión 75147/17 – 28/05/19

DERECHO SUCESORIO

• Derechos del menor adoptado en la herencia de su padre biológico, fallecido antes de la constitución de la adopción.	Sec. Civil	STS 259/19 – 10/05/19

DESPIDO COLECTIVO

• Despido Colectivo (competencia objetiva; despidos computables a los efectos de fijar los umbrales numéricos del despido colectivo [contratos temporales para ejecución de obra]; despido colectivo de hecho)	Sec. Social	STS 283/19 – 04/04/19

ERROR JUDICIAL

• Naturaleza y requisitos	Sec. Cont.Adm.	STS 8/18 – 06/05/19

EXCUSA ABSOLUTORIA

• Delito continuado de Estafa. Abuso de relaciones personales familiares.	Sec. Penal	STS 235/19 – 09/05/19

EXTRANJEROS

• Jubilación (extranjeros con doble nacionalidad; acreditación de la residencia legal; rectifica doctrina).	Sec. Social	STS 276/19 – 03/04/19

FISCALIA

• Cooperación policial y judicial en materia penal. Orden de detención europea. Concepto de "autoridad judicial emisora". Orden de detención europea emitida por la fiscalía de un Estado miembro. Falta de garantía de independencia.	Sec. TJUE	STJUE C-508/18 – 27/05/19
• NOTA DE LA UNIDAD DE COOPERACION INTERNACIONAL DE LA FSICALIA GENERAL DEL ESTADO, CON REFERENCIA A LA SENTENCIA DEL TJUE de 27 de mayo de 2019 [Casos acumulados OG (C-508/18) y PI (C-82/19 PPU)].	Sec. TJUE	STJUE C-508/18 – 27/05/19
JUBILACION		
• Extranjeros con doble nacionalidad: acreditación de la residencia legal; rectifica doctrina.	Sec. Social	STS 276/19 – 03/04/19
JORNADA LABORAL		
• Ordenación del tiempo de trabajo. Descanso diario y semanal. Duración máxima del tiempo de trabajo semanal. Obligación de establecer un sistema que permita computar la jornada laboral diaria realizada por cada trabajador.	Sec. TJUE	STJUE C- 55/18 – 14/05/19
JURISDICCION		
• Jurisdicción Contencioso administrativa: determinación de quiénes pueden ser considerados usuarios privados del SNS y si esta última condición, resulta encuadrable en el supuesto de terceros obligados.	Sec. Cont.Adm.	STS 170/19 – 13/02/19
JURADO		
• Falta de sumisión al Jurado de la cuestión sobre agravante de género, no figurando expresamente en el Objeto del Veredicto, y no pudiéndose entender comprendida en las preguntas formuladas, y contestaciones positivamente realizadas por aquél. No se puede exigir a la defensa del acusado que solicite la subsanación de tal omisión, cuando correspondería a las partes acusadoras.	Sec. Penal	STS 223/19 – 29/04/19
LIBERTAD DE EXPRESION		
• Conflicto entre honor y libertades de expresión e información.	Sec. Civil	STS 236/19 – 23/04/19
• Derecho a la libertad de expresión. Libertad de organización del Partido político.	Sec. Civil	STS 231/19 – 11/04/19
LIBERTADES FUNDAMENTALES		
• Libertad de reunión (artículo 11 CEDH). Injerencia en la libertad de reunión, restricción necesaria en una sociedad democrática para el mantenimiento de la seguridad pública, la defensa del orden y la protección de los derechos y libertades de los demás, en el sentido del apartado 2 del artículo 11 del Convenio.	Sec. TEDH	Decisión 75147/17 – 28/05/19
• Libertades fundamentales: no discriminación, proporcionalidad, libre prestación de servicios y derecho de establecimiento. Asesor financiero que ejerce la actividad fuera de los locales de la empresa. Legislación nacional que establece la posibilidad de prohibir temporalmente el ejercicio de la actividad.	Sec. TJUE	STJUE C-53/18 – 08/05/19
LIBERTAD SINDICAL		
• Libertad Sindical. Garantía de indemnidad.	Sec. Cont.Adm.	STS 457/19 – 04/04/19
MENORES		
• Abusos sexuales a menores. Declaraciones: ausencia de valor probatorio de las declaraciones de menores ante la policía y posteriormente ante el perito judicial sin intervención del juez y de las partes.	Sec. Penal	STS 222/19 – 29/04/19
• Acoso escolar: delito contra la integridad moral.	Sec. Menores	SAP 127/19 – 05/04/19
• Concurrencia de responsables civiles. Responsabilidad civil solidaria de progenitores y entidad pública de protección. Orden no excluyente del art. 61.3 LORPM.	Sec. Menores	SAP 161/19 – 03/04/19
• Derechos del menor adoptado en la herencia de su padre biológico, fallecido antes de la constitución de la adopción.	Sec. Civil	STS 259/19 – 10/05/19
ORDEN DE DETENCION EUROPEA		
• Cooperación policial y judicial en materia penal. Orden de detención europea. Concepto de "autoridad judicial emisora". Orden de detención europea emitida por la fiscalía de un Estado miembro.	Sec. TJUE	STJUE C-508/18 – 27/05/19
• Orden de Detención Europea: NOTA DE LA UNIDAD DE COOPERACION INTERNACIONAL DE LA FSICALIA GENERAL DEL ESTADO, CON REFERENCIA A LA		

SENTENCIA DEL TJUE de 27 de mayo de 2019 [Casos acumulados OG (C-508/18) y PI (C-82/19 PPU)].	Sec. TJUE	STJUE C-508/18 – 27/05/19

PARTIDOS POLITICOS

• Derecho a la libertad de expresión. Libertad de organización del Partido político.	Sec. Civil	STS 231/19 – 11/04/19
• Derecho a la participación a través de los partidos políticos.	Sec. Civil	STS 231/19 – 11/04/19

PERSONAS JURIDICAS

• Aplicación retroactiva del nuevo régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas al derogado artículo 31.2 del Código penal. El nuevo régimen de responsabilidad de las personas jurídicas es incompatible con la responsabilidad directa y subsidiaria en el pago de la multa establecida en el artículo 31.2 del Código Penal derogado.	Sec. Penal	STS 234/19 – 08/05/19

PRISION PROVISIONAL

• Legitimidad de prisión provisional. Prisión provisional decretada tras previa situación en libertad provisional en la que la recurrente ha comparecido en cuantas ocasiones le fue solicitado. Motivación por remisión en cuanto al presupuesto material de la prisión provisional (evaluación específica de indicios racionales de criminalidad). Finalidad legítima de la medida: una precedente comparecencia voluntaria en sede judicial no es mecánicamente una circunstancia demostrativa de la ausencia del peligro de huida. Alegación de indebida atribución de responsabilidad por hecho ajeno. Empleo del comportamiento de otros procesados como elemento de valoración sobre la existencia de riesgo de fuga.	Sec. Const.	STC 50/19 – 09/04/19

RECURSO DE APELACION

• Ámbito del recurso	Sec. Penal	STS 217/19 – 25/04/19

RECURSO DE CASACION

• Recurso de Casación: interés casacional y racionalidad de la inferencia. Posibilidad en casación de revocar la absolución del Tribunal de apelación y regresar a la condena del juez o Tribunal de instancia manteniendo el relato de hechos probados y la valoración de la prueba del órgano judicial de enjuiciamiento.	Sec. Penal	STS 217/19 – 25/04/19
• Recurso de Casación: no admite la modificación de los hechos probados. Voto particular.	Sec. Penal	STS 217/19 – 25/04/19
• Recurso de Casación: Los elementos subjetivos del tipo del injusto forman parte del juicio fáctico.	Sec. Penal	STS 217/19 – 25/04/19
• Recurso de Casación: revisión fáctica: requisitos.	Sec. Social	STS 282/18 – 03/04/19

RECURSO DE REVISION

• Naturaleza. Causas: interpretación restrictiva: Falsedad documental, falso testimonio y maquinaciones fraudulentas.	Sec. Cont.Adm.	STS 58/12 – 30/04/19

RECUSACION

• Recusación: causas: imparcialidad judicial.	Sec. Cont.Adm.	ATS 499/17 – 29/04/19

RESPONSABILIDAD CIVIL

• Concurrencia de responsables civiles. Responsabilidad civil solidaria de progenitores y entidad pública de protección. Orden no excluyente del art. 61.3 LORPM.	Sec. Menores	SAP 161/19 – 03/04/19

SEGURIDAD SOCIAL

• Determinación de quiénes pueden ser considerados usuarios privados del SNS y si esta última condición, resulta encuadrable en el supuesto de terceros obligados. Entidades aseguradoras, en relación con los servicios de asistencia sanitaria de carácter voluntario prestados a asegurados beneficiarios del Sistema Público de Salud, deben ser consideradas como obligadas al pago de los precios públicos exigidos por el Sistema público de salud.	Sec. Cont.Adm.	STS 170/19 – 13/02/19
• Liquidaciones de precios públicos por la asistencia sanitaria prestada en los centros hospitalarios de la Comunidad de Madrid a internos en centros penitenciarios que tenían la condición de asegurados, afiliados o beneficiarios de la Seguridad Social.	Sec. Cont.Adm.	STS 222/19 – 21/02/19

SEGUROS

• Seguros privados: entidades aseguradoras, en relación con los servicios de asistencia sanitaria de carácter voluntario prestados a asegurados beneficiarios del Sistema Público de Salud, deben ser consideradas como obligadas al pago de los precios públicos exigidos por el Sistema público de salud.	Sec. Cont.Adm.	STS 170/19 – 13/02/19

TRABAJO

• De duración determinada. Contratos celebrados con un empleador público. Medidas destinadas a sancionar el recurso abusivo a contratos de trabajo de duración determinada. Transformación de la relación laboral en relación laboral por tiempo indefinido. Limitación del efecto retroactivo de la transformación.	Sec. TJUE	STJUE C-494/17 – 08/05/19
• Ordenación del tiempo de trabajo. Descanso diario y semanal. Duración máxima del tiempo de trabajo semanal. Obligación de establecer un sistema que permita computar la jornada laboral diaria realizada por cada trabajador.	Sec. TJUE	STJUE C-55/18 – 14/05/19

AUTORES

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

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

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

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

Manuel Martínez de Aguirre
Fiscal del Tribunal Supremo
autor de la Sección del Tribunal Europeo de Derechos Humanos

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

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

Guillermo García-Panasco Morales
Fiscal de la Secretaría Técnica
autor de la Sección Secretaria 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