



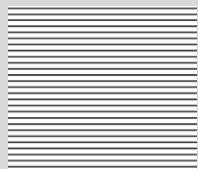
BOLETÍN DE JURISPRUDENCIA
FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

nº 75
ENERO DE 2020

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

AÑO 2020

número 75



BOLETÍN DE JURISPRUDENCIA

FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

SECCIÓN TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

SECCIÓN TEDH

SECCIÓN CIVIL

SECCIÓN PENAL

SECCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

SECCIÓN SOCIAL

SECCIÓN MILITAR

SECCIÓN MENORES

SECRETARÍA TÉCNICA

SECCION TJUE

ÍNDICE POR MATERIAS

AUTORES

DATOS SENTENCIA

Sentencia (Pleno) de 20 de enero de 2020.

Recurso de amparo núm. 2228-2018.

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

TEMA

Aspectos relativos al régimen legal de los cargos públicos representativos frente a la aplicación de la ley penal. Legitimidad constitucional de denegación judicial de permisos extraordinarios que afectan derechos políticos de presos preventivos en la Causa Especial 20907/2017.

ASPECTOS EXAMINADOS

- Derecho a la participación y a la representación política de un sometido a prisión provisional que en dicha situación adquiere la condición de diputado del Parlamento de Cataluña y denegación judicial de concesión de permiso penitenciario con objeto de asistir al pleno del Parlamento de Cataluña para exponer su programa de gobierno, debatirlo y someter a votación su investidura como Presidente de la Generalitat de Cataluña.
- Antecedentes del caso
 1. Encontrándose cautelarmente privado de libertad en la Causa penal especial 20907/2017, seguida por delitos de rebelión, sedición y malversación de caudales públicos, el demandante de amparo decidió concurrir a las elecciones autonómicas al Parlamento de Cataluña celebradas el 21 de diciembre de 2017, y resultó elegido diputado por la circunscripción de Barcelona.
 2. Mediante escrito presentado el día 6 de marzo de 2018, solicitó del Magistrado Instructor su puesta en libertad provisional dejando sin efecto la situación personal de prisión provisional en que se encontraba, pidiendo -con carácter subsidiario- la concesión de un permiso extraordinario penitenciario de salida con apoyo en los arts. 47.1 y 48 de la LOGP, con objeto de acudir personalmente al Parlamento de Cataluña, en su condición de diputado y candidato a Presidente de la Generalitat, a fin de poder presentar su programa de gobierno y recabar la confianza de la Asamblea en la sesión plenaria convocada a tal efecto para el día 12 de marzo de 2018. Con fecha 7 de marzo de 2018, su representación procesal modificó su pretensión, interesando que su solicitud de permiso penitenciario se tramitara como petición principal alternativa para que se resolviese con suficiente anterioridad al 12 de marzo de 2018.
 3. Por medio de Auto de 9 de marzo de 2018, el Magistrado Instructor desestimó la petición de libertad provisional en los Fundamentos de Derecho 1º a 10 y la pretensión de concesión de permiso en los Fundamentos de Derecho 11º a 15º de dicha resolución con fundamento principal en la gravedad y circunstancias de los hechos delictivos y la conducta delictiva ejecutada por el recurrente, así como la concurrencia de un específico riesgo de reiteración delictiva, que, por constituir el fundamento del mantenimiento de su situación personal de prisión provisional, resultaba incompatible con acceder a la solicitud de excarcelación a través de los permisos penitenciarios pretendidos, y ello en cuanto su concesión precisamente reactivaría dicho riesgo en la medida en que el ejercicio del derecho que se pedía implicaría favorecer el riesgo que trata de conjurarse.
 4. Mediante escrito de 12 de marzo de 2018, la representación procesal del encausado interpuso recurso de apelación contra el reseñado Auto del Magistrado Instructor, impugnando la denegación del permiso extraordinario penitenciario solicitado y denunció la vulneración de los derechos de participación política y acceso a los cargos públicos garantizados en los arts. 23 CE, 3 del Protocolo Adicional 1 al CEDH y 25 PIDCP, así como la conculcación del derecho a la presunción de inocencia reconocido en el art. 24.2 CE, 6.2 CEDH y 14.2 PIDCP, y del derecho a la libertad de expresión de opiniones políticas de los arts. 20 CE, 10 CEDH y 19 PIDCP, invocando adicionalmente la lesión de valores tales como la democracia, el pluralismo político, el derecho a la autonomía de Cataluña y la división de poderes.
 5. Por medio de Auto de 17 de abril de 2018, la Sala de Apelación del Tribunal Supremo, aun compartiendo con el recurrente la relevancia y trascendencia de los derechos y valores invocados, desestimó el recurso y confirmó la decisión anterior del Magistrado Instructor con fundamento preeminente en su consideración como una decisión no desproporcionada ni desmedida habida cuenta de la especial gravedad de los hechos a tenor de la narración fáctica realizada por el Instructor que viene confirmada por prueba documental y testifical, y la plural y reiterada conducta protagonista del recurrente en los más graves incidentes del “procés”, su constancia y persistencia en la ejecución de la sucesión de hechos delictivos dilatados en el tiempo debidamente planificados y orientados a una “ruptura estructural” del Estado de derecho y de la convivencia social con generación de desasosiego en la ciudadanía que asistió estupefacta a un incumplimiento permanente y ostentadamente

público de normas y decisiones de los Tribunales, así como en la consideración de que junto a la gravedad de la conducta del recurrente no se habían desvanecido los elementos objetivos que conformaban el riesgo de que el investigado perseverase en lograr su objetivo continuando una estrategia contraria a la norma penal.

6. Por escrito registrado en el Tribunal Constitucional el 24 de abril de 2018 fue interpuesta demanda de amparo contra los Autos reseñados.

- **Motivos invocados.**

La demanda de amparo sostiene que las resoluciones judiciales impugnadas han vulnerado los derechos fundamentales del recurrente a la participación directa como diputado en asuntos públicos y al acceso a cargos públicos (art. 23 CE en relación con el art. 25 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos) en relación con el derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE), así como el derecho a la libre expresión de opiniones políticas (art. 20.1 CE). Y en ello se centra el objeto del recurso.

- **Desestimación: adecuación constitucional de las resoluciones judiciales impugnadas.**

En su decisión de fondo sobre el caso, el Tribunal Constitucional (FJ 3):

- Constata la previa declaración de constitucionalidad del mantenimiento de la prisión provisional del demandante de amparo en la STC que resuelve del RA. 2226-18;

- Recuerda y recoge la reiterada doctrina constitucional sobre el contenido y la vinculación existente entre el derecho de acceso a los cargos públicos (art. 23.2 CE), en relación con el derecho de los ciudadanos a participar en los asuntos públicos a través de representantes libremente elegidos en elecciones periódicas por sufragio universal (art. 23.1 CE), que fue expuesta recientemente en la STC 155/2019, de 28 de noviembre -en relación con la decisión cautelar de privación de libertad adoptada en la misma causa penal en relación con otro de los investigados-, y luego de destacar la naturaleza de configuración legal del derecho de acceder, mantenerse y desempeñar los cargos públicos representativos y su condición de no ser un derecho incondicionado o absoluto, siendo posible -por tanto- establecer su limitación o restricción incluso por los órganos judiciales si bien tales limitaciones han de estar previstas en la ley, responder a un fin legítimo, ser adoptadas mediante resolución especialmente motivada y, en fin, no ser desproporcionadas en relación con la finalidad perseguida por ellas (SSTC 207/1996, de 16 de diciembre, FJ 4; 25/2005, de 14 de febrero, FJ 6; 11/2006, de 16 de enero, FJ 2; y 96/2012, de 7 de mayo, FJ 7);

- Destaca, como inherente al derecho reconocido en el art. 23 CE, la exigencia constitucional de comparecencia personal de forma presencial ante la Cámara que rige para el candidato a la investidura como Presidente de la Generalitat dada la naturaleza parlamentaria del debate (SSTC 19/2019 de 12 de febrero, FJ 4, y 45/2019, de 27 de marzo, FJ 4).

- Enfatiza la semejanza entre los criterios reseñados de su doctrina con los que se desprenden de la jurisprudencia del TEDH sobre el art. 3 del Protocolo núm. 1 al CEDH.

- **Y a partir de dichas premisas efectúa dos consideraciones previas (FJ 4):**

La condición parlamentaria del recurrente y, por tanto, el derecho de representación política que conlleva, no son obstáculo para que, cuando concurren las condiciones constitucionales y legales necesarias, pueda acordarse y mantenerse en el tiempo su prisión provisional, pese a las restricciones de diversa naturaleza que le son inherentes (STC 155/2019, de 28 de noviembre, FJ 20 A)).

Es la ley la que configura el ejercicio de los derechos concernidos, pero, en términos de ciudadanía, pese a la indudable relevancia que en una sociedad democrática presenta la representación parlamentaria, no es admisible pretender un régimen legal privilegiado e inmune de los cargos públicos representativos frente a la aplicación de la ley penal, cuando esta actúa en defensa y tutela de intereses dignos de protección. De la situación cautelar de prisión provisional derivan, de forma indefectible, limitaciones del contenido del derecho a ejercer el cargo público representativo obtenido.

- **Y a ello (FJ 5) sigue un excursus sobre la doctrina constitucional relativa a los permisos penitenciarios y su relación con los derechos fundamentales afectados por la privación de libertad, en el que el Tribunal Constitucional subraya el canon de motivación reforzada por el que se rigen las resoluciones judiciales en tales casos y, muy especialmente, el dato de que la regulación legal contempla la posibilidad de extender los permisos extraordinarios a los internos preventivos (art. 48 LOGP y art. 159 RP), pero con un relevante requisito adicional: no es el juez de vigilancia penitenciaria sino el órgano judicial a cuya disposición procesal se encuentre el preso preventivo, quien deberá aprobar dichos permisos con carácter previo a su disfrute, requisito del que se desprende que las consideraciones de carácter penitenciario no son en sí mismas suficientes para hacer efectivo un permiso extraordinario de salida, sino que, en concordancia con el art. 3.1 LOGP, cualquiera que sea la finalidad que justifique la petición, también cuando se halle conectada con el ejercicio de derechos civiles, políticos, sociales, económicos o culturales, es el Juez o Tribunal de la causa penal en la que se ha decretado la prisión provisional del interno quien ha de valorar si el permiso es o no compatible con el objeto de su detención; esto es, con las finalidades que la legitiman, pues son estos órganos judiciales quienes, por su relación con el proceso de investigación, son también responsables de su tutela. No obstante, en la medida en que la autorización de tales permisos a un preso preventivo permite**

ampliar el status libertatis de sus beneficiarios –siquiera puntual y temporalmente– permitiéndoles con mayor extensión el ejercicio de sus derechos (también el de representación política expresamente alegado), su denegación ha de estar fundada en criterios que resulten conformes con el contenido de los mismos y los principios legales y constitucionales a los que está orientada la institución, de forma que pueda ser calificada como proporcionada al interés que la justifica.

- Establecidos los anteriores parámetros de control constitucional, el Tribunal Constitucional los aplica al caso concreto (FJ 6) y llega a las siguientes apreciaciones:
 - 1.- La denegación de la salida temporal tiene amparo legal en el art. 3.1 LOGP.
 - 2.- Con tal decisión únicamente se mantuvo la imposibilidad ya decretada de que el recurrente ejerciera presencialmente labores del ius in officium parlamentario.
 - 3.- El fundamento de la denegación se corresponde con un fin constitucionalmente legítimo que fue identificado como evitar una actualización del riesgo de reiteración delictiva que antes justificó la situación de prisión preventiva, comportando la protección de los bienes jurídicos que justifican la penalización de las conductas atribuidas al investigado.
 - 4.- El hecho de que un permiso extraordinario permita alzar temporalmente las restricciones del ejercicio presencial de los derechos políticos que son consecuencia de la prisión provisional decretada no hace preceptiva su autorización.

A partir de tales consideraciones y tras revisar la fundamentación de las resoluciones judiciales, el Tribunal Constitucional anticipa que la apreciación como legitimadores de los fines tomados en consideración por las resoluciones judiciales impugnadas es coherente con la previsión legal y expresa una adecuada ponderación de los derechos e intereses constitucionales en juego.

En particular, el Tribunal considera que se satisfacen las exigencias de proporcionalidad y concluye la prevalencia de los intereses constitucionales que la decisión orienta a salvaguardar frente al derecho subjetivo limitado una vez atendidas las circunstancias del caso, lo que determina el sacrificio de éste. Los órganos judiciales, con la inmediatez que es propia en el ejercicio de sus funciones, han ponderado en este caso de manera constitucionalmente adecuada la concurrencia de datos objetivos y constatables que permite fundamentar la existencia de un riesgo relevante de reiteración delictiva. Asimismo, el Tribunal observa que, en el presente caso, también se fundamenta en evidencias de hechos objetivos y constatables la afirmación de la posibilidad de que la concesión de la autorización instada por el recurrente, y las conducciones que esto comportaría entre el centro penitenciario y el Parlamento de Cataluña, pudieran suponer una alteración de la seguridad pública cuya magnitud permite justificar una privación al demandante del ejercicio de su función representativa en actos que estaba previsto desarrollar, pese a su trascendencia y singularidad especial en el orden parlamentario.

Con base en ello, se descarta la existencia de vulneración del derecho del recurrente a ejercer las funciones representativas con los requisitos que señalan las leyes (art. 23.2 CE), en relación con el derecho de los ciudadanos a participar en los asuntos públicos a través de sus representantes (art. 23.1 CE).

Adicionalmente (FJ 7), el Tribunal descarta la vulneración del derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE) porque ninguna de las tres dimensiones que protege este derecho han resultado desconocidas, una vez que resulta evidente que el recurrente no ha sido condenado por las resoluciones recurridas (regla de juicio), pero tampoco se refieren a él como culpable ni, a través de ellas, ha recibido anticipadamente tal tratamiento como consecuencia de su situación cautelar (regla de tratamiento). Siendo que la presunción de inocencia es compatible con la adopción de medidas cautelares en resolución fundada en Derecho que se base en un juicio de razonabilidad acerca de la finalidad perseguida y las circunstancias concurrentes, una vez declarada legítima su prisión provisional por venir apoyada en indicios basados en datos objetivos (regla de interpretación de las medidas cautelares), tal apreciación se extiende también a aquellas restricciones de ejercicio que, como consecuencia, derivan de la privación de su libertad deambulatoria.

Y del mismo modo, se desestima la supuesta vulneración de la libertad de expresión política (art. 20.1 CE), por cuanto no se trata de que el preso preventivo recurrente no pueda expresar su ideario político, sus aspiraciones o su valoración sobre los objetivos políticos que defiende, lo cual puede y viene haciendo por diversos cauces cuando lo considera preciso, sino, mucho más limitadamente, de que su prisión preventiva y la denegación del permiso penitenciario solicitado restringen fundadamente el modo y momento en que lo puede hacer, pues se dirigen a proteger los intereses constitucionalmente relevantes ya reseñados.



DATOS SENTENCIA

Sentencia Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Sala Primera
Asuntos acumulados C 453/18 y C 494/18.
Fecha sentencia 19/12/2019.

TEMA

Proceso monitorio europeo: Cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores. Control por parte del órgano jurisdiccional ante el que se ha presentado una petición de requerimiento europeo de pago.

ASPECTOS EXAMINADOS

- **Cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores. Control por parte del órgano jurisdiccional ante el que se ha presentado una petición de requerimiento europeo de pago:** El artículo 7, apartado 2, letras d) y e), del Reglamento n.º 1896/2006 y los artículos 6, apartado 1, y 7, apartado 1, de la Directiva 93/13, tal como han sido interpretados por el Tribunal de Justicia y a la luz del artículo 38 de la Carta, deben interpretarse en el sentido de que permiten que un «órgano jurisdiccional», según la definición de dicho Reglamento, que conoce de un proceso monitorio europeo pida al acreedor información complementaria relativa a las cláusulas contractuales que este invoca para acreditar la deuda de que se trate, con el fin de controlar de oficio el carácter eventualmente abusivo de esas cláusulas, y de que, en consecuencia, se oponen a una normativa nacional que declara inadmisibles la documentación complementaria aportada a tal efecto

DATOS SENTENCIA

Sentencia Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Sala cuarta
Asunto: C 532/2018
Fecha sentencia 19/12/2019.

TEMA

Derechos de los consumidores. Transporte aéreo. Responsabilidad de las compañías aéreas en caso de accidente. Concepto de accidente.

ASPECTOS EXAMINADOS

- **Responsabilidad de las compañías aéreas en caso de accidente. Concepto de accidente:** El artículo 17, apartado 1, del Convenio para la unificación de ciertas reglas para el transporte aéreo internacional, celebrado en Montreal el 28 de mayo de 1999, suscrito por la Comunidad Europea el 9 de diciembre de 1999 y aprobado, en su nombre, mediante la Decisión 2001/539/CE del Consejo, de 5 de abril de 2001, debe interpretarse en el sentido de que el concepto de «accidente», a efectos de dicha disposición, comprende todas las situaciones que se producen a bordo de una aeronave en las que un objeto utilizado para el servicio a los pasajeros ha causado una lesión corporal a un pasajero, sin que sea necesario dilucidar si estas situaciones derivan de un riesgo típico de la aviación.

DATOS SENTENCIA

SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA (Sala Primera)
Fecha Sentencia: 12 de diciembre de 2019
Asunto C 627/19.

TEMA

Orden de detención europea. Criterios. Orden de detención europea emitida por el Ministerio Fiscal de un Estado miembro para la ejecución de una pena.

ASPECTOS EXAMINADOS

- Son de destacar los siguientes apartados:
 - 29 A este respecto, el sistema de la orden de detención europea entraña una protección a dos niveles de los derechos procesales y de los derechos fundamentales de los que debe disfrutar la persona buscada, puesto que a la tutela judicial prevista, 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 27 de mayo de 2019, OG y PI (Fiscalías de Lübeck y de Zwickau), C 508/18 y C 82/19 PPU, EU:C:2019:456, apartado 67].
 - 30 De este modo, tratándose de una medida que, como la emisión de una orden de detención europea, puede afectar al derecho a la libertad de la persona en cuestión, esa protección exige que se adopte una resolución conforme con las exigencias inherentes a la tutela judicial efectiva al menos en uno de los dos niveles de dicha protección [sentencia de 27 de mayo de 2019, OG y PI (Fiscalías de Lübeck y de Zwickau), C 508/18 y C 82/19 PPU, EU:C:2019:456, apartado 68].
 - 31 En particular, el segundo nivel de protección de los derechos de la persona reclamada implica que la autoridad judicial emisora controle el cumplimiento de los requisitos necesarios para dicha emisión y examine de manera objetiva, teniendo en cuenta todas las pruebas de cargo y de descargo y sin estar expuesta al riesgo de recibir órdenes o instrucciones externas, en particular del poder ejecutivo, si dicha emisión tiene carácter proporcionado [véase, en este sentido, la sentencia de 27 de mayo de 2019, OG y PI (Fiscalías de Lübeck y de Zwickau), C 508/18 y C 82/19 PPU, EU:C:2019:456, apartados 71 y 73].
 - 32 Por lo que respecta a una orden de detención europea emitida para el ejercicio de acciones penales, el Tribunal de Justicia añadió que, cuando el Derecho del Estado miembro emisor atribuye la competencia para emitir órdenes de detención europea a una autoridad que, si bien participa en la administración de la justicia de ese Estado miembro, no es un tribunal, la decisión de emitir dicha orden de detención y, en particular, la proporcionalidad de esa decisión deben poder ser objeto de un recurso judicial en dicho Estado miembro que satisfaga plenamente las exigencias inherentes a la tutela judicial efectiva [sentencia de 27 de mayo de 2019, OG y PI (Fiscalías de Lübeck y de Zwickau), C 508/18 y C 82/19 PPU, EU:C:2019:456, apartado 75].
 - 33 En el caso de autos, a diferencia de los asuntos que dieron lugar a las sentencias de 27 de mayo de 2019, OG y PI (Fiscalías de Lübeck y de Zwickau) (C 508/18 y C 82/19 PPU, EU:C:2019:456), y de 27 de mayo de 2019, PF (Fiscal General de Lituania) (C 509/18, EU:C:2019:457), que versaban sobre órdenes de detención europeas emitidas para el ejercicio de acciones penales, el procedimiento principal se refiere a una orden de detención europea emitida para la ejecución de una pena.
 - 34 A este respecto, tal orden trae causa, según se desprende del artículo 8, apartado 1, letras c) y f), de la Decisión Marco 2002/584, de una sentencia ejecutiva por la que se impone una pena privativa de libertad al interesado, en virtud de la cual la presunción de inocencia de la que disfrutaba dicha persona ha quedado desvirtuada en un procedimiento judicial que debe respetar las exigencias inherentes al artículo 47 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.
 - 35 En tal situación, mediante la sentencia ejecutiva se lleva a cabo el control jurisdiccional a que se refiere el apartado 75 de la sentencia de 27 de mayo de 2019, OG y PI (Fiscalías de Lübeck y de Zwickau) (C 508/18 y C 82/19 PPU, EU:C:2019:456) y que responde a la necesidad de garantizar una tutela judicial efectiva a la persona buscada sobre la base de una orden de detención europea emitida para la ejecución de una pena.
 - 36 En efecto, la existencia de un procedimiento judicial anterior que resuelve sobre la culpabilidad de la persona buscada permite a la autoridad judicial de ejecución presumir que la decisión de emitir una orden de detención europea para la ejecución de una pena es el resultado de un procedimiento nacional en el que la persona objeto de una sentencia ejecutiva ha gozado de todas las garantías propias de la adopción de este tipo de resolución, en particular de las que emanan de los derechos fundamentales y de los principios jurídicos fundamentales contemplados en el artículo 1, apartado 3, de la Decisión Marco 2002/584.
- El Tribunal de Justicia (Sala Primera) declara:
- 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 se opone a una legislación de un Estado miembro que, mientras que confiere la competencia para emitir una orden de detención europea para la ejecución de una pena a una autoridad que, si bien participa en la administración de justicia en dicho Estado miembro, no es un órgano jurisdiccional, no contempla la existencia de un recurso jurisdiccional independiente contra la decisión de esa autoridad de emitir tal orden de detención europea.

DATOS SENTENCIA

SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA (Sala Primera)

Fecha Sentencia: 12 de diciembre de 2019

Asunto C 625/19.

TEMA

Orden de detención europea. Concepto de “autoridad judicial emisora”. Criterios. Orden de detención europea emitida por el Ministerio Fiscal de un Estado miembro para el ejercicio de acciones penales.

ASPECTOS EXAMINADOS

- Son de destacar los siguientes apartados:
 - 29 En el presente asunto, en su cuestión prejudicial el órgano jurisdiccional remitente parece partir de la premisa de que la condición de autoridad judicial emisora, en el sentido del artículo 6, apartado 1, de la Decisión Marco 2002/584, está supeditada, en particular, a la existencia de un control jurisdiccional de la decisión de emitir la orden de detención europea.
 - 30 Sin embargo, procede señalar que la existencia de un control jurisdiccional de la decisión de emitir una orden de detención europea adoptada por una autoridad distinta de un órgano jurisdiccional no es un requisito para que dicha autoridad pueda ser calificada de autoridad judicial emisora en el sentido del artículo 6, apartado 1, de la Decisión Marco 2002/584. Tal exigencia no entra en el ámbito de aplicación de las normas estatutarias y organizativas de dicha autoridad, sino que se refiere al procedimiento de emisión de la citada orden (sentencia pronunciada hoy, JR e YC, C 566/19 PPU y C 626/19 PPU, apartado 48).
 - 31 Esta interpretación queda respaldada por la sentencia de 27 de mayo de 2019, PF (Fiscal General de Lituania) (C 509/18, EU:C:2019:457), en la que el Tribunal de Justicia, por una parte, declaró que el Fiscal General de un Estado miembro que, siendo estructuralmente independiente del poder judicial, es competente para ejercer la acción penal y cuyo estatuto, en ese Estado miembro, le confiere una garantía de independencia frente al poder ejecutivo en el marco de la emisión de la orden de detención europea, debe ser calificado de autoridad judicial emisora en el sentido de la Decisión Marco 2002/584, y, por otra parte, atribuyó al órgano jurisdiccional remitente la tarea de determinar si, por lo demás, las decisiones de dicho fiscal pueden ser objeto de un recurso que satisfaga plenamente las exigencias inherentes a la tutela judicial efectiva.
 - 35 El principio de reconocimiento mutuo, que subyace al sistema de la Decisión Marco 2002/584, implica, en virtud del artículo 1, apartado 2, de la misma, que, en principio, los Estados miembros están obligados a ejecutar toda orden de detención europea (sentencia de 16 de noviembre de 2010, Mantello, C 261/09, EU:C:2010:683, apartado 36 y jurisprudencia citada).
 - 36 En efecto, con arreglo a las disposiciones de la Decisión Marco 2002/584, los Estados miembros solo pueden negarse a ejecutar tal orden en los supuestos de no ejecución obligatoria contemplados en su artículo 3 y en los casos de no ejecución facultativa enunciados en sus artículos 4 y 4 bis. Además, la autoridad judicial de ejecución únicamente puede supeditar la ejecución de una orden de detención europea a los requisitos establecidos en el artículo 5 de dicha Decisión Marco (sentencia de 29 de enero de 2013, Radu, C 396/11, EU:C:2013:39, apartado 36 y jurisprudencia citada).
 - 41 Por otra parte, cuando el Derecho del Estado miembro emisor atribuye la competencia para emitir órdenes de detención europea a una autoridad que, si bien participa en la administración de la justicia de ese Estado miembro, no es un tribunal, la decisión de emitir dicha orden de detención y, en particular, la proporcionalidad de esa decisión deben poder ser objeto de un recurso judicial en dicho Estado miembro que satisfaga plenamente las exigencias inherentes a la tutela judicial efectiva [sentencia de 27 de mayo de 2019, OG y PI (Fiscalías de Lübeck y de Zwickau), C 508/18 y C 82/19 PPU, EU:C:2019:456, apartado 75].
 - 42 Tal recurso contra la decisión de emitir una orden de detención europea para el ejercicio de acciones penales adoptada por una autoridad que, si bien participa en la administración de justicia y goza de la necesaria independencia respecto del poder ejecutivo, no es un órgano jurisdiccional tiene por objeto garantizar que el control jurisdiccional de dicha decisión y de los requisitos necesarios para la emisión de esa orden y, en particular, de su proporcionalidad, respeta las exigencias inherentes a la tutela judicial efectiva.
 - 43 Por consiguiente, corresponde a los Estados miembros velar por que sus ordenamientos jurídicos garanticen efectivamente el nivel de protección judicial exigido por la Decisión Marco 2002/584 tal como ha sido interpretada

por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, estableciendo vías de recurso que pueden diferir de un ordenamiento a otro.

- 44 En particular, solo es una posibilidad a este respecto el establecimiento de una vía de recurso independiente contra la decisión de emitir una orden de detención europea adoptada por una autoridad judicial distinta de un órgano jurisdiccional.
- 45 En efecto, la Decisión Marco 2002/584 no se opone a que un Estado miembro aplique sus normas procesales respecto a la emisión de una orden de detención europea, siempre que ello no obste para el objetivo de esta Decisión Marco y para las exigencias que se derivan de ella (véase, en este sentido, la sentencia de 30 de mayo de 2013, F, C 168/13 PPU, EU:C:2013:358, apartado 53).
- 46 En el presente asunto, de los autos ante el Tribunal de Justicia se desprende que la emisión de una orden de detención europea para el ejercicio de acciones penales necesariamente trae causa, en el ordenamiento jurídico sueco, de una resolución por la que se acuerda la prisión provisional de la persona reclamada, dictada por un órgano jurisdiccional.
- 47 El órgano jurisdiccional remitente precisa igualmente que, según la información que le han facilitado las autoridades suecas, para acreditar la necesidad de acordar la prisión provisional el órgano jurisdiccional competente debe también evaluar la proporcionalidad de otras posibles medidas, como la emisión de una orden de detención europea.
- 48 Además, según el Gobierno sueco, en el examen de la necesidad de acordar una medida de prisión provisional respecto de una persona sospechosa de haber infringido el Derecho penal, dicho órgano jurisdiccional siempre debe evaluar la proporcionalidad de esa medida. Si la persona sospechosa de haber cometido un delito huye o no reside en el territorio del Estado miembro emisor, la única razón por la que el Fiscal solicita a un órgano jurisdiccional una orden de detención de esa persona reside en la necesidad de emitir una orden de detención europea. Por consiguiente, el examen de la proporcionalidad que deberá llevar a cabo ese órgano jurisdiccional al apreciar la necesidad de acordar la prisión provisional versará también sobre la emisión de una orden de detención europea.
- 49 Tal parece haber sido el caso en el procedimiento principal, pues, según se desprende de la resolución de remisión, en las vistas celebradas ante los tribunales suecos en relación con la prisión provisional de XD, los debates también versaron sobre la necesidad de emitir una orden de detención europea para solicitar la entrega a las autoridades suecas de la persona reclamada.
- 50 Por otra parte, el Gobierno sueco indicó en sus observaciones escritas y en la vista ante el Tribunal de Justicia que la persona buscada sobre la base de una orden de detención europea tiene derecho a interponer un recurso de apelación contra la resolución por la que se acuerda su prisión provisional, sin sujeción a plazo alguno, incluso con posterioridad a la emisión de la orden de detención europea y a su detención en el Estado miembro de ejecución. Si se anula la resolución impugnada por la que se acuerda la prisión provisional, quedará automáticamente invalidada la orden de detención europea, ya que su emisión se basó en la existencia de tal resolución.
- 51 Por último, dicho Gobierno añadió que todo tribunal superior que conozca de un recurso de apelación contra la resolución por la que se acuerda la prisión provisional también apreciará la proporcionalidad de la emisión de la orden de detención europea.
- 52 La presencia de tales normas procesales en el ordenamiento jurídico sueco pone de manifiesto que, aun a falta de recurso independiente contra la decisión del Fiscal de emitir una orden de detención europea, los requisitos de su emisión y, en particular, su proporcionalidad, pueden ser objeto, en el Estado miembro emisor, de control jurisdiccional no solo previo o simultáneo a su adopción, sino también posterior.
- 53 Por lo tanto, tal sistema respeta la exigencia inherente a la tutela judicial efectiva.
- En virtud de todo lo expuesto, el Tribunal de Justicia (Sala Primera) declara:

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 las exigencias inherentes a la tutela judicial efectiva de la que debe gozar una persona respecto de la cual se ha emitido una orden de detención europea para el ejercicio de acciones penales se respetan cuando, con arreglo a la legislación del Estado miembro emisor, los requisitos de emisión de dicha orden y, en particular, su proporcionalidad, están sujetos a control jurisdiccional en ese Estado miembro.

DATOS SENTENCIA

SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA (Gran Sala)

Fecha Sentencia: 19 de diciembre de 2019

Asunto C- 502/19.

TEMA

Derecho institucional de la Unión Europea: Ciudadano de la Unión Europea que resulta electo al Parlamento Europeo cuando se encuentra en situación de prisión provisional en el marco de un proceso penal. Artículo 14 TUE. Concepto de “miembro del Parlamento Europeo”. Inmunidades necesarias para el cumplimiento de la misión de la Unión. Inmunidades reconocidas a los miembros del Parlamento Europeo. Inmunidad de desplazamiento. Inmunidades durante el período de sesiones. Suspensión de la inmunidad por el Parlamento Europeo. Solicitud de suspensión de la inmunidad presentada por un tribunal nacional.

ASPECTOS EXAMINADOS

- Son de destacar los siguientes apartados:
 - 61 En este contexto, mediante sus tres cuestiones prejudiciales, que procede examinar conjuntamente, el Tribunal Supremo pregunta en esencia si el artículo 9 del Protocolo sobre los privilegios y las inmunidades de la Unión debe interpretarse en el sentido de que goza de inmunidad en virtud de dicho artículo una persona que ha sido oficialmente proclamada electa al Parlamento Europeo cuando se encontraba en situación de prisión provisional en un proceso penal por delitos graves y que no ha sido autorizada a cumplir ciertos requisitos previstos por el Derecho interno tras la proclamación ni a desplazarse al Parlamento Europeo para participar en su primera sesión. En caso de respuesta afirmativa, el Tribunal Supremo pide también que se dilucide si esta inmunidad implica el levantamiento de la medida de prisión provisional impuesta, al objeto de permitir al interesado desplazarse al Parlamento Europeo y cumplir allí las formalidades requeridas.
 - 71 Como ha señalado el Abogado General en el punto 70 de sus conclusiones, estas disposiciones deben interpretarse, por lo tanto, en el sentido de que la adquisición de la condición de miembro del Parlamento Europeo, a efectos del artículo 9 del Protocolo sobre los privilegios y las inmunidades de la Unión, se produce por el hecho y desde el momento de la proclamación oficial de los resultados electorales efectuada por los Estados miembros.
 - 74 De ello se deriva que, a diferencia de la condición de miembro del Parlamento Europeo, condición que, por un lado, se adquiere en el momento en que se proclama electa a una persona oficialmente, como se señala en el apartado 71 de la presente sentencia, y, por otro lado, crea un vínculo entre esta persona y la institución de la que ha pasado a formar parte, el mandato de miembro del Parlamento Europeo establece un vínculo entre esa misma persona y la legislatura para la que ha sido elegida. Ahora bien, esta legislatura no se constituye hasta el momento de la apertura de la primera sesión del «nuevo» Parlamento Europeo celebrada tras las elecciones, que, por definición, es posterior a la proclamación oficial de los resultados electorales efectuada por los Estados miembros.
 - 78 En relación con estas inmunidades garantizadas a los miembros del Parlamento Europeo, el artículo 9, párrafo primero, del mencionado Protocolo prevé inmunidades de las que gozan, de igual modo, durante todo el período de sesiones de una legislatura determinada del Parlamento Europeo, aunque este no se encuentre, de hecho, reunido en sesión (véase, en este sentido, la sentencia de 10 de julio de 1986, Wybot, 149/85, EU:C:1986:310, apartados 12 y 27).
 - 79 En cambio, el artículo 9, párrafo segundo, del Protocolo sobre los privilegios y las inmunidades de la Unión tiene un alcance temporal diferente.
 - 80 Esta disposición establece, en efecto, que gozan igualmente de inmunidad los miembros del Parlamento Europeo cuando se dirijan al lugar de reunión de dicho Parlamento o regresen de este y, por tanto, también cuando se dirijan a la primera reunión celebrada tras la proclamación oficial de los resultados electorales para permitir que la nueva legislatura celebre su sesión constitutiva y verifique las credenciales de sus miembros, como se indica en el apartado 73 de la presente sentencia. En consecuencia, los miembros del Parlamento Europeo gozan de la inmunidad de que aquí se trata antes de que comience su mandato.
 - 81 Habida cuenta de lo anteriormente expuesto, debe considerarse que una persona que ha sido oficialmente proclamada electa al Parlamento Europeo ha adquirido, por este hecho y desde ese momento, la condición de miembro de dicha institución, a efectos del artículo 9 del Protocolo sobre los privilegios y las inmunidades de la Unión, y goza, en este concepto, de la inmunidad prevista en el párrafo segundo del mismo artículo.
 - 85 Conforme a estos objetivos y a la exigencia a que se refiere el apartado 76 de la presente sentencia, la inmunidad prevista en el artículo 9, párrafo segundo, del Protocolo sobre los privilegios y las inmunidades de la Unión garantiza la protección del buen funcionamiento y de la independencia del Parlamento Europeo, como ha señalado

el Abogado General en los puntos 92 y 94 de sus conclusiones, asegurando a cada uno de sus miembros, tras la proclamación oficial de los resultados electorales, la posibilidad de dirigirse sin impedimentos a la primera reunión de la nueva legislatura, a efectos del cumplimiento de los trámites previstos en el artículo 12 del Acta electoral, y permitiendo que se constituya la nueva legislatura.

- 86 De este modo, la referida inmunidad contribuye también a la eficacia del derecho de sufragio pasivo garantizado en el artículo 39, apartado 2, de la Carta de los Derechos Fundamentales, que constituye la expresión, en esta Carta, del principio de sufragio universal directo, libre y secreto consagrado en el artículo 14 TUE, apartado 3, y en el artículo 1, apartado 3, del Acta electoral (véase, por analogía, la sentencia de 6 de octubre de 2015, Delvigne, C 650/13, EU:C:2015:648, apartado 44), al permitir a quienes han resultado electos miembros del Parlamento Europeo cumplir los trámites necesarios para tomar posesión de su mandato.
- 87 Por lo tanto, debe considerarse que goza de inmunidad en virtud del artículo 9, párrafo segundo, del Protocolo sobre los privilegios y las inmunidades de la Unión una persona que, como el Sr. Junqueras Vies, ha sido oficialmente proclamada electa al Parlamento Europeo cuando se encontraba en situación de prisión provisional en un proceso penal por delitos graves, pero que no ha sido autorizada a cumplir ciertos requisitos previstos por el Derecho interno tras la proclamación ni a desplazarse al Parlamento Europeo para participar en su primera sesión.
- 90 De las consideraciones que se exponen en los apartados 83 a 86 de la presente sentencia se desprende que la inmunidad prevista en el artículo 9, párrafo segundo, del Protocolo sobre los privilegios y las inmunidades de la Unión se opone, en particular, a que una medida judicial como la prisión provisional pueda obstaculizar la libertad de los miembros del Parlamento Europeo de dirigirse al lugar en que debe celebrarse la primera reunión de la nueva legislatura para cumplir allí las formalidades requeridas por el Acta electoral.
- 91 En estas circunstancias, si el tribunal nacional competente estima que debe mantenerse una medida de prisión provisional impuesta a una persona que haya adquirido la condición de miembro del Parlamento Europeo, ha de solicitar a la mayor brevedad al Parlamento Europeo que suspenda la inmunidad reconocida en el párrafo segundo del artículo 9 del Protocolo sobre los privilegios y las inmunidades de la Unión, conforme al párrafo tercero del mismo artículo.
- En virtud de todo lo expuesto, el Tribunal de Justicia (Gran Sala) declara:
El artículo 9 del Protocolo (n.º 7) sobre los privilegios y las inmunidades de la Unión Europea debe interpretarse en el sentido de que:
 - goza de inmunidad en virtud del párrafo segundo de dicho artículo una persona que ha sido oficialmente proclamada electa al Parlamento Europeo cuando se encontraba en situación de prisión provisional en un proceso penal por delitos graves, pero que no ha sido autorizada a cumplir ciertos requisitos previstos por el Derecho interno tras la proclamación ni a desplazarse al Parlamento Europeo para participar en su primera sesión;
 - esta inmunidad implica el levantamiento de la medida de prisión provisional impuesta, al objeto de permitir al interesado desplazarse al Parlamento Europeo y cumplir allí las formalidades requeridas. Si el tribunal nacional competente estima, no obstante, que debe mantenerse la medida de prisión provisional tras la adquisición por el interesado de la condición de miembro del Parlamento Europeo, ha de solicitar a la mayor brevedad al Parlamento Europeo que suspenda dicha inmunidad, conforme al artículo 9, párrafo tercero, del mismo Protocolo.

DATOS SENTENCIA

SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA (Sala Primera)

Asunto: C 671/18

Fecha Sentencia: 5 de diciembre de 2019.

TEMA

Reconocimiento mutuo. Sanciones pecuniarias. Motivos para denegar el reconocimiento y la ejecución. Resolución de una autoridad del Estado miembro emisor basada en los datos de matriculación de un vehículo. Notificación al interesado de las sanciones y de las vías de recurso. Derecho a la tutela judicial efectiva.

ASPECTOS EXAMINADOS

- Son de destacar los siguientes apartados:

- 31 Habida cuenta del hecho de que el principio de reconocimiento mutuo, que subyace en la estructura de la Decisión Marco, implica, en virtud del artículo 6 de esta, que los Estados miembros han de reconocer en principio sin más trámite una resolución que haya sido transmitida con arreglo al artículo 4 y adoptar de inmediato todas las medidas necesarias para su ejecución, los motivos de denegación del reconocimiento o de la ejecución de tal resolución deben interpretarse de manera restrictiva (sentencia de 14 de noviembre de 2013, Baláž, C 60/12, EU:C:2013:733, apartado 29 y jurisprudencia citada).
- La Unión dejó a estos (Los Estados) la tarea de decidir el modo de informar al interesado de su derecho a interponer un recurso y del plazo para hacerlo, así como del momento en que comienza el cómputo de dicho plazo, siempre que la notificación sea efectiva y se garantice el ejercicio del derecho de defensa (véase, por analogía, la sentencia de 22 de marzo de 2017, Tranca y otros, C 124/16, C 188/16 y C 213/16, EU:C:2017:228, apartado 42).
- 36 A este respecto, de la resolución de remisión se desprende que la resolución de 9 de noviembre de 2017 por la que se impone la sanción pecuniaria a Z. P. fue notificada con arreglo a la legislación neerlandesa y que dicha resolución informaba del derecho a interponer un recurso que debía presentarse no más tarde del 21 de diciembre del mismo año.
- 39 Pues bien, la garantía de la recepción real y efectiva de las resoluciones, es decir, su notificación al interesado, así como la previsión de un lapso de tiempo suficiente para preparar e interponer recurso contra ellas, son imprescindibles para que se respete el derecho a la tutela judicial efectiva (véanse, en este sentido, las sentencias de 26 de septiembre de 2013, PPG y SNF/ECHA, C 625/11 P, EU:C:2013:594, apartado 35, y de 2 de marzo de 2017, Henderson, C 354/15, EU:C:2017:157, apartado 72).
- 40 A este respecto, procede señalar que un plazo de seis semanas, como el controvertido en el litigio principal, es suficiente para que el interesado pueda adoptar una decisión sobre la interposición de un eventual recurso contra la resolución que impone una sanción pecuniaria.
- 46 En segundo lugar, por lo que respecta a la cuestión de si el carácter administrativo del procedimiento de imposición de la sanción pecuniaria podría incidir en las obligaciones de las autoridades competentes del Estado miembro de ejecución, procede señalar que, según el considerando 2 de la Decisión Marco, esta tiene por objeto aplicar el principio de reconocimiento mutuo de las sanciones pecuniarias impuestas tanto por las autoridades judiciales como por las autoridades administrativas. 47 De este modo, del artículo 1 de la Decisión Marco resulta que la resolución por la que se impone una sanción pecuniaria no solo puede ser dictada por un órgano jurisdiccional del Estado miembro emisor a raíz de una infracción penal con arreglo al Derecho del Estado miembro emisor, sino también por una autoridad del Estado miembro de emisión que no sea un órgano jurisdiccional a raíz tanto de una infracción penal como de actos punibles con arreglo al Derecho nacional del Estado de emisión por constituir infracciones de las normas jurídicas, a condición de que el interesado haya tenido, en ambos casos, la posibilidad de someter el asunto a un órgano jurisdiccional que tenga competencia, en particular, en asuntos penales.
- 48 Además, la Decisión Marco establece expresamente, en su artículo 5, apartado 1, que se aplica también a las sanciones pecuniarias impuestas por infracciones relativas a una «conducta contraria a la legislación de tráfico», sobre las que, por otra parte, el Tribunal de Justicia ya ha tenido ocasión de declarar que no son objeto de un trato uniforme en los diferentes Estados miembros, dado que algunos de estos las califican de infracciones administrativas, mientras que otros las consideran infracciones penales (sentencia de 14 de noviembre de 2013, Baláž, C 60/12, EU:C:2013:733, apartados 34 y 46).
- 51 Mediante su cuarta cuestión, el tribunal remitente pregunta, en esencia, si el artículo 20, apartado 3, de la Decisión Marco debe interpretarse en el sentido de que la autoridad competente del Estado miembro de ejecución puede denegar el reconocimiento y la ejecución de una resolución por la que se impone una sanción pecuniaria por infracciones de tráfico cuando dicha sanción se ha impuesto a la persona a cuyo nombre se ha matriculado el vehículo en virtud de una presunción de responsabilidad prevista por la legislación nacional del Estado miembro emisor.
- 52 En el caso de autos, en el sistema jurídico neerlandés, según el artículo 5 del código de la circulación, si se ha producido la infracción con un vehículo a motor al que se ha asignado un número de matrícula y no es inmediatamente posible determinar quién es el conductor de dicho vehículo, la sanción administrativa se impone a la persona a cuyo nombre estaba inscrito dicho número de matrícula en el registro en el momento en que tuvo lugar el comportamiento reprochado.
- 57 Dado que la presunción de responsabilidad establecida en el código de la circulación neerlandés admite prueba en contrario, y puesto que se ha acreditado que Z. P. sí disponía en Derecho neerlandés de un fundamento jurídico que le permitía obtener la anulación de la resolución por la que se impuso la sanción pecuniaria controvertida en el litigio principal, el artículo 5 de dicho código no impide el reconocimiento y la ejecución de dicha resolución.

- En virtud de todo lo expuesto, el Tribunal de Justicia (Sala Primera) declara:
 - 1) Los artículos 7, apartado 2, letra g), y 20, apartado 3, de la Decisión Marco 2005/214/JAI del Consejo, de 24 de febrero de 2005, relativa a la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de sanciones pecuniarias, en su versión modificada por la Decisión Marco 2009/299/JAI del Consejo, de 26 de febrero de 2009, deben interpretarse en el sentido de que, cuando una resolución por la que se impone una sanción pecuniaria ha sido notificada de conformidad con la legislación nacional del Estado miembro emisor con la indicación del derecho a interponer un recurso y del plazo para hacerlo, la autoridad del Estado miembro de ejecución no puede denegar el reconocimiento y la ejecución de dicha resolución si el interesado ha tenido un plazo suficiente para interponer un recurso contra esta, extremo que debe comprobar el tribunal remitente, y carece de relevancia a este respecto el hecho de que el procedimiento de imposición de la sanción pecuniaria de que se trata sea de carácter administrativo.
 - 2) El artículo 20, apartado 3, de la Decisión Marco 2005/214, en su versión modificada por la Decisión Marco 2009/299, debe interpretarse en el sentido de que la autoridad competente del Estado miembro de ejecución no puede denegar el reconocimiento y la ejecución de una resolución por la que se impone una sanción pecuniaria por infracciones de tráfico cuando dicha sanción se ha impuesto a la persona a cuyo nombre está registrado el vehículo en cuestión basándose en una presunción de responsabilidad establecida por la legislación nacional del Estado miembro emisor, siempre y cuando dicha presunción admita prueba en contrario.

DATOS SENTENCIA

SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA (Sala Primera)

Fecha Sentencia: 12 de diciembre de 2019

Asuntos acumulados C 381/18 y C 382/18.

TEMA

Política de inmigración. Derecho a la reagrupación familiar. Requisitos para el ejercicio del derecho a la reagrupación familiar. Concepto de “motivos de orden público”. Denegación de una solicitud de entrada y de residencia de un miembro de la familia. Retirada de un permiso de residencia de un miembro de la familia o denegación de su renovación.

ASPECTOS EXAMINADOS

- Son de destacar las siguientes consideraciones del Tribunal:
 - 49 Mediante sus cuestiones prejudiciales primera y segunda en el asunto C 381/18 y sus cuestiones prejudiciales segunda y tercera en el asunto C 382/18, que procede examinar conjuntamente, el órgano jurisdiccional remitente pregunta, en esencia, si el artículo 6, apartados 1 y 2, de la Directiva 2003/86 debe interpretarse en el sentido de que se opone a una práctica nacional en virtud de la cual las autoridades competentes pueden, por razones de orden público, por una parte, denegar una solicitud de entrada y de residencia basada en dicha Directiva debido a una condena penal impuesta durante una estancia anterior en el territorio del Estado miembro de que se trate y, por otra parte, retirar un permiso de residencia basado en la citada Directiva o denegar su renovación cuando se haya impuesto al solicitante una pena de considerable gravedad en relación con la duración de su residencia.
 - 50 El artículo 6, apartado 1, de la Directiva 2003/86 establece que los Estados miembros pueden denegar una solicitud de entrada y de residencia basada en dicha Directiva por razones de orden público, seguridad pública o salud pública.
 - 51 Por su parte, el artículo 6, apartado 2, párrafo primero, de la citada Directiva establece que los Estados miembros podrán, por los mismos motivos, retirar un permiso de residencia basado en la misma Directiva o denegar su renovación.
 - 52 De ello se deduce que los Estados miembros pueden adoptar las resoluciones a que se refiere el artículo 6, apartados 1 y 2, de la Directiva 2003/86, en particular cuando el interesado nacional de un tercer país deba considerarse una amenaza para el orden público.
 - 53 En este contexto, con objeto de determinar el alcance del concepto «razones de orden público», en el sentido de dichos preceptos, ha de recordarse que, de acuerdo con reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia, un ciudadano de la Unión que haya ejercido su derecho a la libre circulación y ciertos miembros de su familia solo pueden ser considerados una amenaza para el orden público si su comportamiento individual representa una amenaza real, actual y suficientemente grave que afecte a un interés fundamental de la sociedad del Estado miembro afectado (véanse, en este sentido, las sentencias de 29 de abril de 2004, Orfanopoulos y Oliveri, C 482/01

y C 493/01, EU:C:2004:262, apartados 66 y 67, y de 5 de junio de 2018, Coman y otros, C 673/16, EU:C:2018:385, apartado 44).

- 57 A este respecto, ha de ponerse de relieve que, si bien el artículo 6, apartado 2, párrafo segundo, de la Directiva 2003/86 establece que los Estados miembros tendrán en cuenta, en particular, la gravedad o el tipo de infracción contra el orden público o la seguridad pública cometida por esa persona, o el peligro que esta implique, tal obligación se remite a un criterio mucho menos exigente que el que se desprende de la jurisprudencia mencionada en el apartado 53 de la presente sentencia. En particular, además del hecho de que esa obligación no impone a las autoridades competentes que se basen sistemáticamente en el peligro real y presente que suponga la conducta de dicha persona, tampoco establece un vínculo entre el concepto de «amenaza para el orden público» y el riesgo de lesionar un interés fundamental de la sociedad.
 - 58 Por lo que se refiere, en segundo lugar, al contexto del artículo 6, apartados 1 y 2, de dicha Directiva, debe señalarse que el considerando 14 de esta especifica que el concepto de «orden público» puede incluir una condena por la comisión de un delito grave, lo que sugiere que la mera existencia de dicha condena podría bastar para demostrar la realidad de una amenaza para el orden público, en el sentido de dicha Directiva, sin que sea necesario demostrar que hay una amenaza real, actual y suficientemente grave que menoscabe un interés fundamental de la sociedad del Estado miembro afectado.
 - 59 En tercer lugar, por lo que se refiere a la génesis de este artículo 6, las propuestas modificadas de Directiva del Consejo sobre el derecho a la reagrupación familiar [COM (2000) 624 final y COM (2002) 225 final], que precedieron a la aprobación de la Directiva 2003/86, muestran que en un principio estaba previsto exigir que las razones de orden público se basaran exclusivamente en la conducta personal del miembro de la familia en cuestión. Sin embargo, finalmente, el legislador de la Unión no incluyó esta restricción de las facultades discrecionales reconocidas a los Estados miembros para la aplicación del artículo 6 de la Directiva.
 - 60 En cuarto lugar, por lo que se refiere al objetivo perseguido por la Directiva 2003/86, se desprende de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia que dicha Directiva pretende favorecer la reagrupación familiar y conceder protección a los nacionales de terceros países (véanse, en este sentido, las sentencias de 12 de abril de 2018, A y S, C 550/16, EU:C:2018:248, apartado 44, y de 13 de marzo de 2019, E. C 635/17, EU:C:2019:192, apartado 45).
 - 61 Para lograrlo, el artículo 4, apartado 1, de la Directiva 2003/86 impone a los Estados miembros obligaciones positivas precisas, que se corresponden con derechos subjetivos claramente definidos. Les obliga así a autorizar la reagrupación familiar de algunos miembros de la familia del reagrupante, sin que puedan ejercer su facultad discrecional, siempre que se cumplan los requisitos señalados en el capítulo IV de la misma Directiva, donde se encuentra su artículo 6 (véanse, en este sentido, las sentencias de 9 de julio de 2015, K y A, C 153/14, EU:C:2015:453, apartados 45 y 46, y de 13 de marzo de 2019, E. C 635/17, EU:C:2019:192, apartado 46).
 - 62 En estas circunstancias, dado que la autorización de reagrupación familiar es la regla general, el artículo 6, apartados 1 y 2, de la Directiva 2003/86 debe interpretarse de forma estricta y los Estados miembros no deben utilizar la facultad discrecional que les reconoce ese precepto de manera que se menoscaben la finalidad de esta Directiva y su efecto útil (véanse, por analogía, las sentencias de 9 de julio de 2015, K y A, C 153/14, EU:C:2015:453, apartado 50, y de 7 de noviembre de 2018, C y A, C 257/17, EU:C:2018:876, apartado 51).
 - 63 Sin embargo, atendiendo a lo expuesto en los apartados 56 y 59 de la presente sentencia, se desprende de las decisiones del legislador de la Unión que esta limitación de la facultad discrecional de los Estados miembros no puede suponer que se impida a las autoridades competentes aplicar lo dispuesto en el artículo 6, apartados 1 y 2, de la Directiva 2003/86 basándose únicamente en que la persona de que se trate ha sido condenada por cometer un delito, sin necesidad de demostrar que la conducta individual de dicha persona representa una amenaza real, actual y suficientemente grave que afecte a un interés fundamental de la sociedad del Estado miembro afectado.
 - 64 En cambio, de conformidad con el principio de proporcionalidad, que forma parte de los principios generales del Derecho de la Unión, la práctica nacional de aplicación de estas normas no debe, en particular, exceder de lo necesario para garantizar el mantenimiento del orden público (véase, por analogía, la sentencia de 9 de julio de 2015, K y A, C 153/14, EU:C:2015:453, apartado 51).
 - 65 De ello se deduce que las autoridades competentes no pueden considerar automáticamente que un nacional de un tercer país es una amenaza para el orden público en el sentido del artículo 6, apartados 1 y 2, de la Directiva 2003/86 por el mero hecho de haber sido condenado por un delito.
 - 66 Por lo tanto, dichas autoridades solo pueden determinar que un nacional de un tercer país es una amenaza para el orden público basándose exclusivamente en que dicho nacional ha sido condenado por cometer un delito, cuando este sea de tal gravedad o naturaleza que resulte preciso denegar la residencia de ese nacional en el territorio del Estado miembro afectado.
- En virtud de todo lo expuesto, el Tribunal de Justicia (Sala Primera) declara:

- 1) El Tribunal de Justicia es competente, de acuerdo con el artículo 267 TFUE, para interpretar el artículo 6 de la Directiva 2003/86/CE del Consejo, de 22 de septiembre de 2003, sobre el derecho a la reagrupación familiar, en una situación en la que un órgano jurisdiccional debe pronunciarse sobre una solicitud de entrada y de residencia de un nacional de un tercer país, miembro de la familia de un ciudadano de la Unión que no ha ejercido su derecho de libre circulación, cuando el Derecho nacional ha declarado esa disposición aplicable a tal situación de manera directa e incondicional.
- 2) El artículo 6, apartados 1 y 2, de la Directiva 2003/86 debe interpretarse en el sentido de que no se opone a una práctica nacional en virtud de la cual las autoridades competentes pueden, por razones de orden público, por una parte, denegar una solicitud de entrada y de residencia basada en dicha Directiva debido a una condena penal impuesta durante una estancia anterior en el territorio del Estado miembro de que se trate y, por otra parte, retirar un permiso de residencia basado en la citada Directiva o denegar su renovación cuando se haya impuesto al solicitante una pena de considerable gravedad en relación con la duración de su residencia, siempre que esta práctica solo sea aplicable si el delito que justificó la condena penal en cuestión es suficientemente grave como para resolver que es necesario denegar la residencia del referido solicitante y que dichas autoridades lleven a cabo la apreciación individual establecida en el artículo 17 de la misma Directiva, lo cual debe comprobar el órgano jurisdiccional remitente.

DATOS SENTENCIA

SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA (Sala Sexta)

Fecha Sentencia: 20 de noviembre de 2019.

Asunto C-706/18.

TEMA

Política de inmigración. Derecho a la reagrupación familiar. Directiva 2003/86/CE. Decisión relativa a la solicitud de reagrupación familiar. Consecuencias del incumplimiento del plazo para adoptar una decisión. Expedición automática de un permiso de residencia.

ASPECTOS EXAMINADOS

- Son de destacar los siguientes apartados:
 - 29 En virtud del artículo 4, apartado 1, de la Directiva 2003/86, los Estados miembros autorizarán la entrada y la residencia, de conformidad con dicha Directiva, de determinados miembros de la familia del reagrupante con fines de reagrupación familiar, entre ellos, en particular, el cónyuge de este último. El Tribunal de Justicia ha declarado que dicha disposición impone a los Estados miembros obligaciones positivas precisas, que se corresponden con derechos subjetivos claramente definidos, puesto que, en los supuestos determinados por la Directiva, los obliga a autorizar la reagrupación familiar de algunos miembros de la familia del reagrupante, sin que puedan ejercer su facultad discrecional (sentencia de 27 de junio de 2006, Parlamento/Consejo, C-540/03, EU:C:2006:429, apartado 60).
 - 30 No obstante, por lo que respecta a las normas de procedimiento por las que se rigen la presentación y el examen de la solicitud de reagrupación familiar, el artículo 5, apartado 2, párrafo primero, de la Directiva 2003/86 establece que la solicitud irá acompañada de los «documentos acreditativos de los vínculos familiares». Asimismo, el artículo 5, apartado 2, párrafo segundo, de dicha Directiva dispone que, «si fuera conveniente, a fin de obtener la prueba de la existencia de vínculos familiares, los Estados miembros podrán realizar entrevistas con el reagrupante y los miembros de su familia y efectuar cualquier otra investigación que estimen necesaria».
 - 31 Además, en lo que atañe a la reagrupación familiar de los refugiados, se desprende del artículo 11, apartado 2, de la Directiva 2003/86 que, si un refugiado no puede presentar documentos justificativos oficiales que acrediten los vínculos familiares, el Estado miembro de que se trate examinará otras pruebas de la existencia de dichos vínculos.
 - 32 e lo antedicho resulta que las autoridades nacionales competentes deben proceder al examen de la existencia de los vínculos familiares que alegue el reagrupante o el miembro de su familia a quien se refiera la solicitud de reagrupación familiar.
 - 33 Por lo tanto, cuando se acepta la solicitud de reagrupación familiar, el Estado miembro de que se trate autorizará la entrada del miembro de la familia del reagrupante y le expedirá un primer permiso de residencia, de conformidad con el artículo 13, apartado 2, de la Directiva 2003/86.

- 34 De estas consideraciones resulta que, antes de autorizar la reagrupación familiar con arreglo a la Directiva 2003/86, las autoridades nacionales competentes están obligadas a comprobar la existencia de los vínculos familiares pertinentes entre el reagrupante y el nacional del país tercero en cuyo favor se ha presentado la solicitud de reagrupación familiar.
- 35 En tales circunstancias, las referidas autoridades no pueden expedir un permiso de residencia al amparo de la Directiva 2003/86 a un nacional de un país tercero que no reúna los requisitos establecidos por ella para su otorgamiento (véase, por analogía, la sentencia de 27 de junio de 2018, Diallo, C-246/17, EU:C:2018:499, apartado 50).
- En virtud de todo lo expuesto, el Tribunal de Justicia (Sala Sexta) declara:
La Directiva 2003/86/CE del Consejo, de 22 de septiembre de 2003, sobre el derecho a la reagrupación familiar, debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional en virtud de la cual, cuando no se haya adoptado una resolución una vez transcurrido un plazo de seis meses a contar desde la fecha de presentación de la solicitud de reagrupación familiar, las autoridades nacionales competentes deberán expedir de oficio un permiso de residencia al solicitante sin estar necesariamente obligadas a comprobar previamente que este reúne efectivamente los requisitos para residir en el Estado miembro de acogida de conformidad con el Derecho de la Unión.



DATOS SENTENCIA

Caso: Kirdök y otros c. Turquía
 Fecha sentencia: 3 de diciembre de 2019
 Demanda nº 14704/12.

TEMA

Respeto a la vida privada y a la correspondencia (artículo 8 CEDH), incautación de datos de un despacho de abogados, protegidos por el secreto profesional, en una investigación sobre un tercero, y negativa a restituirlos o destruirlos durante un largo tiempo que no responde a una necesidad social imperiosa. Ausencia de garantías procedimentales y de proporcionalidad.

ASPECTOS EXAMINADOS

- Los demandantes, Mehmet Ali Kirdök, Mihriban Kirdök y Meral Hanbayat, son ciudadanos turcos residentes en Estambul y Abogados. Con ocasión de una investigación para detectar y descubrir las vías de comunicación secretas establecidas entre Abdullah Öcalan y su organización (el PKK, Partido de los Trabajadores del Kurdistan, una organización ilegal armada, y KCK), investigación que alcanzó a las actividades de Ü.S. (abogado que compartía despacho con los demandantes y que fue detenido en su domicilio), se dictó resolución judicial autorizando un registro en el despacho de abogados. En el registro, la policía realizó una copia de todos los datos contenidos en el disco duro del ordenador utilizado conjuntamente por todos los Abogados, y de una memoria USB de la Sra. Hanbayat.

Al registro asistieron un representante del Colegio de Abogados de Estambul y una de las demandantes. Los datos intervenidos se guardaron en una bolsa especial de la policía, y su apertura fue sellada en presencia de todos los intervinientes. Al firmar el acta, la Abogada se opuso en particular a la ocupación de la copia de los datos del ordenador porque correspondían a Abogados distintos del investigado en su gran mayoría, y la memoria USB solo contenía documentos de trabajo de la Abogada Sra. Hanbayat.

Los demandantes presentaron oposición a la resolución judicial como representantes de Ü.S., y después en su propio nombre, pidiendo la devolución o la destrucción de los datos informáticos porque no pertenecían a Ü.S., estaban protegidos por el secreto profesional de los Abogados y habían sido ocupados sin que hubiera una resolución judicial concretamente sobre ellos. La Fiscalía presentó informe señalando que los datos no habían sido transcritos y era imposible saber con exactitud a quién pertenecían. El Tribunal rechazó el recurso considerando que la decisión judicial se había dictado conforme a ley y a procedimiento.

- Los demandantes invocan los artículos 8 (derecho al respeto de la vida privada y familiar, así como al domicilio y a la correspondencia) y 13 (derecho a un recurso efectivo), quejándose de que se había infringido el secreto profesional del Abogado (basado en la confidencialidad de sus relaciones con los clientes) porque los archivos informáticos relacionados con los asuntos de los clientes habían sido copiados por las autoridades judiciales con ocasión de un registro y las copias se mantenían en poder de las autoridades judiciales aunque no eran pertinentes para la investigación llevada a cabo contra otro Abogado.

El TEDH recuerda su jurisprudencia, que establece que las ocupaciones realizadas en despachos de Abogados constituyen una injerencia en el derecho al respeto del domicilio y de la correspondencia protegido por el artículo 8 CEDH, y que el término correspondencia incluye los discos duros informáticos, datos electrónicos, ficheros informáticos y mensajería. Destaca que los demandantes, que no eran objeto de la investigación penal, han alegado ante las autoridades judiciales que los datos electrónicos ocupados en el registro les pertenecían y estaban incluidos en el secreto profesional de la relación Abogado-cliente. También observa que el Juez, en la resolución de registro, indicaba de una forma amplia el alcance de los registros, describiendo el objeto del registro como “recoger los elementos de prueba y ocupar los objetos” que podrían mostrar que el sospechoso (Ü.S.) llevaba a cabo actividades en el seno de la organización terrorista KCK/PKK. La resolución no precisaba objetos o documentos concretos que debían ser buscados en las direcciones indicadas, incluido el bufete de abogados de los demandantes, ni en qué medida debían ser pertinentes para la investigación penal.

El TEDH considera que el solo hecho de mantener una copia de los datos electrónicos ocupados en el despacho de abogados constituye una injerencia en las relaciones abogado-cliente protegidas por el secreto profesional, sin que sea necesario que los datos sean descifrados, transcritos y oficialmente atribuidos a los demandantes. La resolución ha permitido a las autoridades encargadas de la investigación examinar, en términos generales, todos los datos electrónicos que se encontraban en los despachos de los demandantes, sin tener especialmente en cuenta que se trataba de un bufete de abogados y que podría haber documentos dejados por los clientes a sus letrados.

Por otro lado, la amplitud de la resolución se ha reflejado en la forma en que se ha ejecutado. Aunque un representante del Colegio de Abogados y una demandante asistieron al registro y los datos fueron depositados en una bolsa sellada, no se tomó ninguna otra medida de protección especial en relación con la injerencia en el secreto profesional. En efecto, durante el registro no hubo ninguna medida de filtro o selección de documentos o de datos electrónicos protegidos por el secreto profesional, ni se impuso ninguna prohibición explícita de ocupar datos protegidos por este secreto. Al contrario, fue ocupado el conjunto de los datos que se encontraban en el disco duro del ordenador utilizado conjuntamente por los Abogados que compartían los locales y en una memoria USB.

Una vez invocado el secreto profesional de las relaciones Abogado-cliente y pedida la devolución de los datos electrónicos ocupados, la ley imponía a las autoridades judiciales la obligación de proceder rápidamente a examinar los datos ocupados y, en su caso, a devolver a los interesados o a destruir los datos protegidos por ese secreto. Sin embargo, la legislación y la práctica del derecho nacional no eran claras sobre las consecuencias de un eventual incumplimiento por las autoridades judiciales de esta obligación.

En efecto, el Tribunal ha denegado definitivamente la restitución o destrucción de las copias de los datos con una motivación referida solo a la regularidad de los registros efectuados en los despachos, dejando sin respuesta la alegación específica del quebrantamiento de la confidencialidad de las relaciones Abogados-clientes. Parece que el Tribunal ha aceptado implícitamente las razones invocadas por la Fiscalía para justificar el rechazo de la devolución de los datos ocupados: que, al no estar transcritos los datos, no se podía saber a quién pertenecían exactamente. Para el TEDH, este motivo de rechazo no solamente no está previsto por la ley, sino que resulta contrario a la esencia del secreto profesional que protege las relaciones Abogados-clientes. En todo caso, no se puede concluir que el examen del recurso de los demandantes por las autoridades judiciales se haya realizado conforme a la obligación de asegurar un control particularmente riguroso de las medidas relacionadas con los datos conexos con el secreto profesional de los Abogados.

En consecuencia, las medidas impuestas a los demandantes (la ocupación de los datos electrónicos y el rechazo de devolverlos o destruirlos) no respondían a una necesidad social imperiosa, no eran proporcionadas con los objetivos legítimos perseguidos (la defensa del orden, la prevención de infracciones penales y la protección de derechos y libertades de otros), ni eran necesarias en una sociedad democrática.

- Ha existido violación del artículo 8 CEDH. La ausencia de garantías procesales en la ley, tal y como ha sido interpretada por las autoridades judiciales en el caso, se confunde con la queja referida a la infracción del artículo 8 CEDH.

DATOS SENTENCIA

Caso: Paunović c. Serbia

Fecha sentencia: 3 de diciembre de 2019

Demanda nº 54574/07.

TEMA

Derecho a un tribunal independiente e imparcial (artículo 6 CEDH). Juez del tribunal de apelación que había sido Fiscal de la Fiscalía que formuló acusación cuando se investigó y acusó sin que estuviera envuelto en la fase preparatoria del proceso que se impugna. Ausencia de doble función.

ASPECTOS EXAMINADOS

- El demandante, Dragoslav Paunović, es ciudadano serbio que vive en Soko Banja (Serbia). En el recurso, se queja de la presencia de un antiguo Fiscal adjunto en la formación del Tribunal de apelación que ha confirmado su condena. En diciembre de 2006, después de haber sido acusado por el Fiscalía de Aleksinac, el demandante fue condenado a una pena de 6 meses de prisión por conducción peligrosa con resultado lesiones corporales y muerte. La condena fue confirmada en apelación. El recurrente interpuso recurso ante el Tribunal Supremo en el que alegó que el Tribunal de apelación carecía de imparcialidad porque el Juez B.K. formaba parte del mismo como ponente, y éste había ejercido funciones de Fiscal adjunto en la Fiscalía de Aleksinac durante su inculpación, inmediatamente antes de ser elegido juez en agosto del 2006. Constatando en las actuaciones que el Juez B.K. no había intervenido en el procedimiento de inculpación del demandante cuando era Fiscal adjunto, el Tribunal Supremo de Serbia rechazó el recurso formalizado por el demandante.
- Ante el TEDH, el demandante invoca el artículo 6 CEDH argumentando que la presencia del Juez B.K. en el Tribunal de apelación impidió que su recurso fuera equitativamente examinado. También impugnó la imparcialidad del Juez por ser

hermano de la persona a cargo de una empresa contra la que el demandante, como inspector de impuestos, había promovido un procedimiento por infracción.

En cuanto a la alegación en relación con el procedimiento de infracción contra el hermano del Juez, el TEDH señala que ha sido presentada ante él en el trámite de contestación a las alegaciones del Gobierno contra la demanda, y que nada se había dicho sobre ello en la tramitación ante el Tribunal Supremo. En consecuencia, esta parte de lo solicitado debe ser inadmitida por falta de agotamiento de la vía judicial ante la jurisdicción nacional.

En cuanto a la alegación sobre doble función del Juez B.K., el TEDH recuerda que la imparcialidad tiene un doble aspecto: subjetivo, que consiste en el interés que un concreto juez tiene en un determinado caso; y objetivo, que consiste en la inexistencia de hechos verificables que susciten dudas sobre la imparcialidad del Tribunal. A este respecto es, importante pero no decisivo el punto de vista de la parte: lo decisivo es si los temores pueden considerarse objetivamente justificados, por lo que incluso las apariencias tienen importancia, y también la tienen las reglas para asegurar la imparcialidad, que manifiestan el interés para respetar la imparcialidad eliminando los riesgos de parcialidad y promoviendo la confianza en los Tribunales.

Conforme a la jurisprudencia del TEDH, que un Juez haya actuado en distinta función en un procedimiento puede comprometer la imparcialidad del órgano judicial (en el caso Piersack se consideró que en un supuesto en que uno de los jueces había sido la cabeza de la Fiscalía a cargo de la acusación en el mismo caso, había dudas sobre la imparcialidad del Tribunal).

En el presente caso, el demandante apoya sus temores en que la misma persona trabajó en la Fiscalía que formuló acusación penal y después formó parte del Tribunal de apelación. El Tribunal Supremo resolvió la cuestión destacando que ese juez no intervino en la concreta investigación ni en la acusación, por lo que no había motivo para apartarlo. El TEDH observa que el Juez B.K. no se abstuvo, y que el demandante no lo recusó ni planteó objeción alguna ante el Tribunal de apelación. Tampoco hay indicios de que estuviera personalmente predispuesto en contra del demandante.

También recuerda que el hecho de haber trabajado como Fiscal antes de ser Juez no constituye una razón para temer falta de imparcialidad (Piersack y K. c. Dinamarca), ni lo es haber trabajado en el departamento en que el caso se llevó inicialmente si esa persona no tuvo que trabajar en el caso por sí misma. En este caso, el Juez no desempeñó una doble función en el procedimiento que es objeto de la demanda, ya que no estuvo envuelto ni activa ni formalmente en las actuaciones preliminares ni en la redacción de la acusación. Tampoco supervisó esas actuaciones, ni era jerárquicamente superior de los Fiscales que actuaron en el caso, ni dio instrucciones sobre cómo actuar, ni tenía autoridad para revisar la corrección de lo hecho por otros Fiscales o que afectara a las actividades de otros Fiscales. La conexión del Juez con la acusación en este caso es remota, y el hecho de trabajar en la misma Fiscalía en el momento de la acusación no es suficiente para despertar dudas sobre su independencia o imparcialidad como Juez en la segunda instancia.

- Por lo tanto, el TEDH considera que no ha existido violación del artículo 6 CEDH.



DATOS SENTENCIA

Sentencia Pleno Nº 696/19
 RECURSO DE CASACION Nº3326/17
 Fecha Sentencia: 19/12/2019
 Ponente: Excm. Sra. D.ª M.ª Ángeles Parra Lucán.

TEMA

Nacionalidad: Pérdida de la nacionalidad española.

ASPECTOS EXAMINADOS

- **Interpretación art 24.3 del CC:** Respecto de la pérdida de la nacionalidad conforme al art. 24.3 CC, a diferencia de lo que sucedía en su precedente de 1954, no se exige que la declaración de querer conservar la nacionalidad se realice «expresamente». Legalmente, por tanto, la declaración de conservar no está sujeta a una forma solemne y, de acuerdo con la teoría general de las declaraciones de voluntad, en ausencia de norma que imponga determinada solemnidad, no se ve inconveniente para admitir que la voluntad se manifieste de manera indirecta a través de un comportamiento concluyente.
- **Significado de la solicitud de renovar pasaporte dirigida al Consulado:** Se le atribuye la voluntad de querer conservar la nacionalidad. La solicitud de renovación de pasaporte debe ser tenida como tal, en atención a lo que significa habitual y socialmente en este ámbito la tenencia del pasaporte. Solo los españoles tienen derecho a que se les expida un pasaporte y, por cuanto que se trata del documento que acredita la nacionalidad de los españoles fuera de España (art. 11 de la Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de seguridad ciudadana; antes, arts. 1 y 2 del RD 896/2003, de 11 de julio, por el que se regula la expedición del pasaporte ordinario), no puede negarse a su petición el valor de querer conservar la nacionalidad. La solicitud de renovación del pasaporte no es un mero uso de la nacionalidad española, sino una petición que comporta de manera inequívoca la voluntad de querer ser español.

A lo anterior debe añadirse, como afirma el Ministerio Fiscal, que esa manifestación de voluntad de querer aparecer en el mundo jurídico como español se hace ante el órgano encargado de atender los asuntos de los nacionales que se encuentran en el extranjero y que tienen la residencia en ese país; por tanto, el órgano que recibe esa petición de pasaporte es el mismo que debe recibir la manifestación de conservar la nacionalidad española, aunque no sea la misma oficina o departamento dentro del Consulado General en atención al reparto de asuntos que se tramitan. Los Registros Consulares, a cargo de los Cónsules de España, integran el Registro Civil (art. 10 LRC) y tienen su sede en el Consulado General.

DATOS SENTENCIA

Sentencia Pleno Nº 697/19
 RECURSO DE CASACION Nº 4528/18
 Fecha Sentencia: 19/12/2019
 Ponente: Excmo. Sr. D. Rafael Sarazá Jimena.

TEMA

Derecho a la imagen. Publicación en un diario de la fotografía de un detenido acusado de abusos sexuales a menores, obtenida de su perfil de Facebook.

ASPECTOS EXAMINADOS

- Publicación en un diario de la fotografía de un detenido acusado de abusos sexuales a menores, obtenida de su perfil de Facebook: En la sentencia 91/2017, de 15 de febrero, declaramos que la libertad de información no justificaba la publicación, sin consentimiento expreso del afectado, de una fotografía obtenida del perfil de Facebook del afectado. Una cuenta de Facebook no tiene la consideración de «lugar abierto al público», a efectos de aplicar el art. 8.2.a) de la Ley Orgánica 1/1982. Tampoco el hecho de que pueda accederse libremente a la fotografía del perfil de dicha cuenta constituye el «consentimiento expreso» que prevé el art. 2.2 de la Ley Orgánica 1/1982 como excluyente de la ilicitud de la captación, reproducción o publicación de la imagen de una persona, como dijimos en esa sentencia. Como igualmente dijimos, la

finalidad de una cuenta abierta en una red social en Internet es la comunicación de su titular con terceros y la posibilidad de que esos terceros puedan tener acceso al contenido de esa cuenta e interactuar con su titular, pero no que pueda publicarse la imagen del titular de la cuenta en un medio de comunicación.

- Tampoco concurre la excepción prevista en el art. 8.2.c de la Ley Orgánica 1/1982. Mientras que la reproducción de la imagen del acusado de la comisión de un delito en el acto del juicio, entrando en el edificio del tribunal, en el curso de la reconstrucción judicial de los hechos, y en circunstancias similares, puede considerarse como accesoria de la información gráfica sobre un suceso o acaecimiento público, acomodada a los cánones de la crónica de sucesos y, por tanto, acorde con los usos sociales (art. 2.1 de la Ley Orgánica 1/1982), no ocurre lo mismo con la reproducción de una imagen de la persona acusada de la comisión de un delito cuando se trata de una imagen obtenida de una cuenta de una red social y difundida sin su consentimiento, sin relación con los hechos cuya relevancia pública justifica la emisión de la información.

DATOS SENTENCIA

Sentencia Nº 691/19

RECURSO DE CASACION E INFRACCION PROCESAL Nº 3409/2017

Fecha Sentencia: 18/12/2019

Ponente: Excmo. Sr. D. Francisco Marín Castán.

TEMA

Libertad de expresión. Límites de la libertad de expresión en los programas de entretenimiento. Sujetos responsables de la intromisión ilegítima.

ASPECTOS EXAMINADOS

- **Límites de la libertad de expresión en los programas de entretenimiento:** No cabe desconocer, "de un lado, que los programas de televisión del género en cuestión, de crónica social o mero entretenimiento pero con un tono mucho más agresivo que en otras épocas, están tolerados socialmente y son seguidos por una gran parte de la población, circunstancia que debe ponderarse porque uno de los factores delimitadores de la protección civil del honor, la intimidad y la propia imagen es, según el art. 2.1 de la LO 1/1982, el constituido por "los usos sociales"; y de otro, consecuencia necesaria de lo anterior, que si dicho tipo o formato de programas de televisión está socialmente admitido, sus contenidos no podrán quedar al margen de los límites que la Constitución y la LO 1/1982, según su interpretación por la doctrina del Tribunal Constitucional y la jurisprudencia de esta Sala, imponen a la libertad de expresión en relación con el derecho al honor". En definitiva, también estos programas, por más habitualmente agresivos que sean y por más tolerados socialmente que estén, tienen reglas, y entre estas se encuentran las impuestas por la protección de los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución. En igual sentido la sentencia 497/2015, de 15 de septiembre, que se funda como precedente en la sentencia 92/2015, de 26 de febrero.
- **Valoración de las pautas de comportamiento del demandante:** Cualquiera que sea la opinión que merezca este género televisivo, quien voluntariamente se presta a participar en él, en el caso de la demandante mediante retribución, generando polémica para así lograr su aparición en programas sucesivos gracias a pautas de comportamiento extravagantes o escandalosas, no puede pretender que se proteja su honor frente a expresiones objetivamente ofensivas o insultantes de los guionistas, presentadores y colaboradores de estos programas que a su vez alimentaban la polémica y propiciaban, o podían propiciar, nuevas apariciones de la demandante en televisión". En este sentido la sentencia 701/2016, de 24 de noviembre.
- **Sujetos responsables de la intromisión ilegítima:** En cuanto a los sujetos responsables de una intromisión ilegítima en los derechos reconocidos en el art. 18.1 de la Constitución, y más concretamente en el derecho al honor, esta sala viene declarando que la responsabilidad se extiende tanto a los autores de las declaraciones o manifestaciones ofensivas como a las entidades productoras de los programas y propietarias de las cadenas de televisión que los emitieron, porque este formato de programas responde a un guion basado en un acuerdo previo sobre los temas de los que se va a tratar y al que se atiene el presentador, y también porque suele resaltarse lo más llamativo o escandaloso mediante rótulos sobreimpresos ajenos al control de la parte aludida (en este sentido, por ejemplo, sentencia 28/2017, de 18 de enero, siguiendo el criterio de, entre otras, la sentencia 290/2012, de 11 de mayo).

DATOS SENTENCIA

Sentencia Nº 654/19
 RECURSO DE CASACION Nº 1059/18
 Fecha Sentencia: 11/12/2019
 Ponente: Excmo. Sr. D. Excmo. Sr. D. Francisco Javier Arroyo Fiestas.

TEMA

Guarda y custodia compartida. Asignación a uno de los progenitores del uso indefinido de una vivienda común que no es vivienda familiar.

ASPECTOS EXAMINADOS

- **Asignación a uno de los progenitores del uso indefinido de una vivienda común que no es vivienda familiar:** Esta Sala en sentencias 340/2012, de 31 de mayo, 129/2016, de 3 de marzo, y 598/2019, de 29 de octubre, ha declarado que en los procedimientos matrimoniales no pueden atribuirse viviendas o locales distintos de aquel que constituye la vivienda familiar. En el presente litigio es un hecho probado que la vivienda adjudicada en uso al progenitor no era la vivienda familiar, por lo que su atribución supone un exceso proscrito legalmente en el art. 96 del C. Civil

DATOS SENTENCIA

Sentencia Nº 3/20
 RECURSO DE CASACION Nº 1359/16
 Fecha Sentencia: 8/1/2020
 Ponente: Excmo. Sr. D. Pedro José Vela Torres.

TEMA

Cláusulas abusivas en los contratos celebrados con los consumidores. Efectos de la nulidad de cláusula abusiva de vencimiento anticipado. Ejercicio conforme a facultad legal, por incumplimiento del deudor.

ASPECTOS EXAMINADOS

- **Efectos de la nulidad de cláusula abusiva de vencimiento anticipado.** Ejercicio conforme a facultad legal, por incumplimiento del deudor: En la sentencia 463/2019, de 11 de septiembre (dictada en el procedimiento en que se planteó la petición de decisión prejudicial que dio lugar a la STJUE de 26 de marzo de 2019, aportada por la recurrida mientras se tramitaba el recurso de casación), hemos establecido que, para evitar una nulidad del contrato que exponga al consumidor a consecuencias especialmente perjudiciales, podría sustituirse la cláusula anulada por la aplicación del art. 693.2 LEC -como expresamente indican las resoluciones del TJUE de 26 de marzo de 2019 y 3 de julio de 2019, especialmente el auto de esta última fecha recaído en el asunto 486/2016-. Pero no en su literalidad, sino conforme a la interpretación de dicho precepto que ya habíamos hecho en las sentencias 705/2015, de 23 de diciembre, y 79/2016, de 18 de febrero. Es decir, que los tribunales deberán valorar, en el caso concreto, si el ejercicio de la facultad de vencimiento anticipado por parte del acreedor está justificado, en función de la esencialidad de la obligación incumplida y la gravedad del incumplimiento en relación con la cuantía y duración del contrato de préstamo.

DATOS AUTO

Auto Competencia Territorial
 Competencia Nº 224 /2019
 Fecha auto: 22/10/2019
 Ponente: Excmo. Sr. D. Francisco Javier Arroyo Fiestas.

TEMA

Conflicto negativo de competencia territorial. Conflicto negativo de competencia entre Juzgado de Violencia sobre la Mujer y Juzgado de Primera Instancia con competencias de familia.

ASPECTOS EXAMINADOS

- **Conflicto negativo de competencia entre Juzgado de Violencia sobre la Mujer y Juzgado de Primera Instancia con competencias de familia:** Sentencia penal absolutoria dictada con posterioridad a la fecha de inhibición al Juzgado de Violencia sobre la Mujer. Es competente el Juzgado de Violencia sobre la Mujer, al concurrir al momento de la inhibición, el supuesto previsto en el apartado 3 del art. 87 ter de la Ley Orgánica del Poder Judicial.
- En el presente caso resulta acreditado que, al momento de la inhibición, existía una causa penal abierta en el Juzgado de Violencia sobre la Mujer por actos de violencia sobre la mujer respecto de las mismas partes a las que afecta el proceso civil, en la recayó sentencia absolutoria, en fecha posterior a la inhibición. Por esta circunstancia, como bien dice el Juzgado de Primera Instancia y reitera el Ministerio Fiscal en su informe, el juzgado de Violencia sobre la Mujer debió requerir de inhibición al juzgado de primera instancia, desde el mismo momento en que tuvo constancia de que se seguía un procedimiento civil entre las mismas partes de su proceso penal por violencia de género, en cumplimiento de lo dispuesto en el art. 49 bis 3 LEC, no resultando ajustada a derecho su decisión de rechazar la inhibición porque posteriormente recayó una sentencia absolutoria en dicho proceso penal.

DATOS SENTENCIA

Sentencia núm. 526/2019

Fecha de sentencia: 31/10/2019

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION

Número del procedimiento: 1493/2018

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

TEMA

Delito provocado. Delito de integración en grupo criminal. Delito de receptación: requisitos y consumación.

ASPECTOS EXAMINADOS

- Delito provocado: El motivo es formalizado desde la perspectiva del error de derecho lo que implica, dada la vía impugnativa elegida, partir de un absoluto respeto al hecho declarado probado, y este refiere la unión de varias personas que agrupadas tenían como objetivo “abordar camiones de transporte de tabaco, en connivencia con el conductor del vehículo, a fin de apoderarse de su carga para venderlas con posterioridad a terceros, quienes pondrían en circulación el tabaco en el mercado”. A continuación, el hecho probado describe una sustracción y, seguidamente, se refieren las sospechas sobre el conductor del camión que había sido objeto de la sustracción, lo que determina la posterior investigación y averiguación de la trama en la cual interviene un conductor de otro camión, que es identificado como alfa, y del que se vale la investigación para levantar una situación antijurídica preexistente. Es decir, el hecho probado refiere una investigación sobre sustracciones cometidas a camiones que distribuían productos tabacaleros, y en esa función de investigación es cuando se valen de un transportista, que colabora con la policía, en investigación de una trama delictiva. El hecho probado refiere las instrucciones precisas que se suministraron al conductor y que éste se puso en contacto con la policía a través de empresa comercializadora de los productos de tabaco. También se refiere los hechos ocurridos con anterioridad a la participación de este transportista, en diciembre del 2011, y como posteriormente cuando ya trabajaba en esa condición de transportista comunicó en abril del 2013 que la carga que iba a realizar y que iba a ser objeto de un hecho delictivo.

Para delimitar los contornos de la doctrina del delito provocado, citamos la STS 204/2013, de 14 de marzo, y la de 253/2015, de 24 de abril. En efecto, el TEDH, en su STEDH de 1 marzo 2011, Caso L alas contra Lituania, en la que recogía doctrina establecida en anteriores resoluciones, recordaba en el fundamento jurídico nº 42, que, tal como se había establecido en la STEDH en el caso Ramanauskas contra Lituania, de 5 de febrero de 2008: «Se considera que ha tenido lugar una incitación por parte de la policía cuando los agentes implicados –ya sean miembros de las fuerzas de seguridad o personas que actúen según sus instrucciones– no se limitan a investigar actividades delictivas de una manera pasiva, sino que ejercen una influencia tal sobre el sujeto que le incitan a cometer un delito que, sin esa influencia, no hubiera cometido, con el objeto de averiguar el delito, esto es, aportar pruebas y poder iniciar un proceso».

En la citada STEDH Ramanauskas contra Lituania, afirmaba que (54) “...el interés público no podría justificar la utilización de datos obtenidos tras una provocación policial”, pues tal forma de operar es susceptible de privar definitivamente al acusado de su derecho a un proceso equitativo.

En la STS 863/2011 se dijo que el delito provocado “...según una consolidada doctrina de esta Sala de casación, aparece cuando la voluntad de delinquir surge en el sujeto no por su propia y libre decisión, sino como consecuencia de la actividad de otra persona, generalmente un agente o un colaborador de los Cuerpos o Fuerzas de Seguridad, que, guiado por la intención de detener a los sospechosos o de facilitar su detención, provoca a través de su propia y personal actuación engañosa la ejecución de una conducta delictiva que no había sido planeada ni decidida por aquél, y que de otra forma no hubiera realizado, adoptando al propio tiempo las medidas de precaución necesarias para evitar la efectiva lesión o puesta en peligro del bien jurídico protegido (por todas, SSTs 24/2007, de 25 de enero, y 467/2007, de 1 de junio)”. Al tiempo, se niega la existencia del delito provocado cuando la actuación policial haya tenido lugar incidiendo sobre una conducta ya existente que permanecía oculta. Esta posibilidad es frecuente cuando se trata de delitos como el de tráfico de drogas, que se desarrollan sobre la base de conductas muy variadas entre las cuales está la mera tenencia con destino al tráfico, que ya supone la consumación. En consecuencia, cuando la actuación policial pone de relieve la existencia de una tenencia o de un poder de disposición sobre la droga con destino al tráfico, no puede apreciarse la existencia de delito provocado, pues simplemente se ha hecho aflorar algo previamente existente e independiente de la referida actuación policial. Doctrina mantenida sustancialmente, entre otras, en las SSTs 1233/2000; 313/2010; 690/2010; 1155/2010, y 104/2011.

En sentido semejante y con afán recopilador la STS 395/2014, de 13 de mayo, precisa igualmente:

“El delito provocado se integra por una actuación engañosa del agente policial que supone una apariencia de delito, ya que desde el inicio existe un control absoluto por parte de la policía. Supuesto distinto es la actividad del agente tendente a

verificar la comprobación del delito. No puede pues confundirse el delito provocado instigado por el agente con el delito comprobado a cuya acreditación tiende la actividad policial.

El delito provocado se integra por tres elementos:

- a) Un elemento subjetivo constituido por una incitación engañosa a delinquir por parte del agente a quien no está decidido a delinquir.
- b) Un elemento objetivo teleológico consistente en la detención del sujeto provocado que comete el delito inducido.
- c) Un elemento material que consiste en la inexistencia de riesgo alguno para el bien jurídico protegido, y como consecuencia la atipicidad de tal acción”.

En el caso enjuiciado no puede entenderse que exista delito provocado. Del hecho probado resulta una situación antijurídica preexistente a la intervención del denominado testigo alfa, que colabore con la investigación policial para descubrir un actuar delictivo previo a la intervención policial. Por lo tanto, no se describe una provocación al delito sino la autorización de una persona para levantar una situación antijurídica necesitada de investigación y reprimir el hecho delictivo ocurrido con anterioridad y el que se iba a producir.

- Delito de integración en grupo criminal: Respecto al delito de integración en grupo criminal el relato fáctico permite la subsunción realizada. El art. 570 ter, introducido en el Código en la reforma operada por la ley 5/2010, proporciona una definición legal de lo que debe entenderse por grupo criminal como estructura distinta de la de organización a la que se refiere el art. 570 bis. Se trata de la reunión de dos o más personas para la realización concertada de delitos. La caracterización de lo que debe entenderse por grupo criminal aparece interpretada en nuestra jurisprudencia de la que se hace eco el Ministerio fiscal en su informe impugnando el motivo opuesto. Concretamente, la STS 309/2013, con cita de la 544/2012, refiere los elementos que dan vida a este tipo penal, extremo que la recurrente no discute limitándose a reflejar que los condenados no actuaron en los dos robos por lo que no integra el grupo criminal.

En el hecho concurren los presupuestos fácticos del delito por el que han sido condenados: la pluralidad de personas, la finalidad perseguida y la realización conjunta de hechos delictivos.

Para la consideración de grupo criminal esta Sala tiene dicho, por todas, STS 576/2014, de 18 de julio que: El art. 570 bis define a la organización criminal como: "La agrupación formada por más de dos personas con carácter estable o por tiempo indefinido que, de manera concertada y coordinada, se reparten diversas tareas o funciones con el fin de cometer delitos, así como de llevar a cabo la perpetración reiterada de faltas".

Por su parte el art. 570 ter in fine, describe el grupo criminal como "la unión de más de dos personas que, sin reunir alguna o algunas de las características de la organización criminal definida en el artículo anterior, tenga por finalidad o por objeto la perpetración concertada de delitos o la comisión concertada y reiterada de faltas".

Por lo tanto, la organización y el grupo criminal tienen en común la unión o agrupación de más de dos personas y la finalidad de cometer delitos concertadamente. Pero mientras que la organización criminal requiere, además, la estabilidad o constitución por tiempo indefinido, y que se reparten las tareas o funciones de manera concertada y coordinada (necesariamente ambos requisitos conjuntamente: estabilidad y reparto de tareas), el grupo criminal puede apreciarse cuando no concorra ninguno de estos requisitos, o cuando concorra uno solo.

De esta forma, se reserva el concepto de organización criminal para aquellos supuestos de mayor complejidad de la estructura organizativa, pues es, precisamente, la estabilidad temporal y la complejidad estructural lo que justifica una mayor sanción en atención al importante incremento en la capacidad de lesión.

Por otra parte, la diferencia entre grupo y organización criminal también es clara para esclarecer la diferencia entre el grupo criminal y los supuestos de simple codelincuencia o coparticipación es conveniente tener en cuenta lo expresado en la convención de Palermo al definir el grupo organizado: un grupo no formado fortuitamente para la comisión inmediata de un delito.

Tanto la organización como el grupo están predeterminados a la comisión de una pluralidad de hechos delictivos. Por ello cuando se forme una agrupación de personas, para la comisión de un delito específico, nos encontraremos ante un supuesto de codelincuencia, en el que no procede aplicar las figuras de grupo ni de organización.

Así lo ha reconocido la doctrina jurisprudencial posterior a la reforma, STS 544/2012, de 2 de julio y STS 719/2013, de 9 de octubre, entre otras, que señalan que no puede conceptuarse como organización o grupo criminal la ideación y combinación de funciones entre varios partícipes para la comisión de un solo delito, por lo que ha de valorarse en cada caso la finalidad del grupo u organización. La inclusión en el Código Penal de los arts. 570 bis y ter, confirma esta determinación del Legislador, pues los tipos legales definen las organizaciones y grupos criminales como potenciales agentes de plurales delitos, y no solamente de uno.

Desde el hecho probado se refiere la realización de conductas semejantes y por una pluralidad de personas que se agrupa para la comisión del hecho delictivo motivo que fundamenta la aplicación del tipo penal.

- Delito de receptación: requisitos y consumación:

Según ha declarado reiteradamente la jurisprudencia de esta Sala, son requisitos precisos para la existencia del delito de receptación los siguientes:

- a) la perpetración anterior de un delito contra la propiedad,
- b) que el receptor no haya participado en él como autor o como cómplice;
- c) que el mismo tenga conocimiento de la comisión del delito anterior, y
- d) que se aproveche para sí de los efectos de tal delito (vid. sentencia de 14 de marzo de 1.975, 23 de enero de 1.985 y 25 de octubre de 1.988, entre otras).

El motivo, por tanto, solo cuestiona la concurrencia del último de estos requisitos.

En relación con el requisito del "aprovechamiento para sí", tal aprovechamiento puede provenir de muy variadas maneras, tal como el disfrute personal y directo de los bienes, la utilización de los mismos por terceras personas gratuitamente permitida por el culpable, la obtención de un lucro dinerario o de otra índole mediante la transmisión onerosa y, en definitiva, merced a una gama de posibilidades numéricamente indeterminada, sin más, ni otra precisión al respecto que la de proporcionar al sujeto activo del encubrimiento un goce o satisfacción, o incluso permitirle pura y simplemente dar a los bienes el caprichoso destino que le plazca.

La jurisprudencia de esta Sala ha fijado la consumación del delito de receptación, como en todo delito de lucro, no en el hecho real y efectivo del logro del fin lucrativo propuesto por el culpable a través de un acto posterior -como puede ser la reventa-, sino en la mera receptación de los efectos por el agente, en condiciones de disponibilidad de la "res delictiva" (vid. sentencias de 20 de mayo de 1.959, 17 de mayo de 1.963, 12 de octubre de 1.974, 28 de septiembre de 1.978, 16 de diciembre de 1.985 y 12 de diciembre de 1.987). Basta, pues, para la consumación del delito de receptación con la mera disponibilidad de los objetos receptados (vid. sentencias de 29 de enero de 1.985 y de 19 de diciembre de 1.986).

El relato fáctico refiere que el recurrente alojó parte de la mercancía en una furgoneta que fue seguida por la investigación y que se perdió su vista, por lo tanto, se generó la disponibilidad que permite la consumación del hecho delictivo. El que posteriores investigaciones, incluso que las cajas estuvieron marcadas para permitir constatar la correspondencia de lo sustraído, no evita la consumación del hecho delictivo en la medida en que el autor aprovechó para sí la mercancía ilícitamente adquirida en los términos expuestos. Es reiterada jurisprudencia la que recuerda los distintos momentos de consumación en los delitos patrimoniales: a) la "contrectatio" que supone el contacto o tocamiento de la cosa; b) la "aprehensio", o aprehensión de la cosa; c) la "ablatio", que implica la separación de la cosa del lugar donde se halla; y d) la "illatio", que significa el traslado de la "res furtiva" a un lugar que permite la disponibilidad de la misma (SSTS. 2530/2001 de 18 de abril de 2002, 1502/2003 de 14 de noviembre); no se consuma el robo con la mera aprehensión de la cosa (contrectatio) ni con el hecho de separarla de la posesión material del ofendido (ablatio), sino cuando el sujeto agente obtiene la disponibilidad de la cosa, siquiera sea potencialmente, aunque no se llegue a disponer de ella de manera efectiva (illatio) porque así obtiene la facultad esencial del dominio, siquiera sea durante un lapso temporal breve (SSTS. 212/2002 de 15 de febrero, 1122/2003 de 8 de septiembre, 213/2007 de 15 de marzo).

Así en la STS 353/2014, de 8 de mayo, se consideró consumado un robo donde, los acusados salieron de la vivienda y huyeron en su vehículo siendo perdidos de vista hasta que poco después fueron localizados y detenidos; por lo que se concluye que tuvieron la plena disponibilidad del dinero; pues es la ideal o potencial capacidad de disposición o realización de cualquier acto de dominio de la cosa sustraída la que determina la consumación. La efectiva y real disposición, no afecta a la consumación, sino que pertenece a la fase de agotamiento del delito; se alcanza la consumación con la disponibilidad de la cosa sustraída por el sujeto activo, siquiera sea potencialmente, sin que se precise la efectiva disposición del objeto material (STS 304/2013, de 26 de abril; y 65/2013, de 39 de enero).

DATOS SENTENCIA

Sentencia núm. 529/2018

Fecha de sentencia: 31/10/2019

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION

Número del procedimiento: 1655/2018

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

TEMA

Doctrina sobre lectura de declaración sumarial del acusado cuando guarde silencio en el juicio. Doctrina sobre la lectura de la declaración sumarial de testigos cuando estén en paradero desconocido.

ASPECTOS EXAMINADOS

- Doctrina sobre lectura de declaración sumarial del acusado cuando guarde silencio en el juicio.

El recurrente se queja de que se hayan valorado las declaraciones sumariales de los coacusados que comparecieron a juicio y que se negaron a prestar declaración. Sus manifestaciones fueron introducidas en el plenario mediante lectura y el recurrente considera que la valoración de estos testimonios lesiona su derecho a la presunción de inocencia.

La jurisprudencia de esta Sala es constante al admitir que la declaración de un acusado prestado en fase de instrucción puede ser incorporada a juicio mediante lectura, caso de que haga uso de su derecho constitucional a no declarar.

Es cierto que el artículo 714 de la LECrim permite la lectura de una declaración sumarial cuando se advierta contradicción entre ella y la prestada en juicio y también lo es que cuando un acusado guarda silencio no hay contradicción alguna. De otro lado el artículo 730 de la LECrim permite introducir las diligencias practicadas en el sumario mediante su lectura en el juicio cuando por causas independientes a las partes, previsión que no se acomoda al caso en que el acusado se niega a prestar declaración.

Sin embargo, y como recuerda la STS 156/2017, de 13 de marzo, “dado que la Ley de Enjuiciamiento Criminal no prevé otra forma de incorporar tales manifestaciones al material probatorio durante el plenario, y que una interpretación literal de los preceptos indicados supondría impedir la lectura en juicio de tales declaraciones sumariales (lo que supondría de facto reconocer al acusado, no sólo su derecho a no declarar, sino el derecho de excluir o borrar las declaraciones propias hechas voluntariamente en momentos anteriores), la jurisprudencia de esta Sala ha admitido que, si las declaraciones instructorias se realizaron con todas las garantías (incluyendo el respeto del derecho del investigado a no declarar), sea posible acudir a la aplicación del art. 714 de la LECRIM”.

En todo caso, la incorporación de una declaración sumarial mediante lectura, comporta una serie de exigencias que el Pleno del Tribunal Constitucional en su STC 134/2019, de 12 de diciembre, relacionó en los siguientes términos:

- a) Es preciso que exista imposibilidad efectiva de reproducir la diligencia en el juicio oral;
- b) Es necesario que en la diligencia intervenga el juez, dado que sólo a él le corresponde funcional y constitucionalmente la facultad de preconstituir prueba con garantías de independencia;
- c) se debe garantizar la posibilidad de contradicción y la asistencia letrada de los investigados a fin de que puedan interrogar al declarante y
- d) La declaración debe ser introducida en el juicio mediante lectura, conforme al artículo 730 de la LECrim, o mediante los interrogatorios, lo que posibilita que su contenido acceda al debate procesal público y se someta a contradicción ante el juez o tribunal sentenciador (SSTC 80/2003, de 28 de abril, F. 5; 187/2003, de 27 de octubre, F. 3, y 344/2006, de 11 de diciembre, F. 4 c).

Por último, si la diligencia que se introduce mediante lectura es la declaración de un coacusado la jurisprudencia ha establecido también una serie de cautelas para que la valoración de esa prueba sea respetuosa con el principio de presunción de inocencia.

Tanto el Tribunal Constitucional, como esta misma Sala, han llamado la atención acerca de la especial precaución que debe presidir la valoración de tales declaraciones a causa de la posición que el coacusado ocupa en el proceso, en el que no comparece en calidad de testigo, obligado como tal a decir la verdad y conminado con la pena correspondiente al delito de falso testimonio, sino que lo hace como acusado, por lo que está asistido del derecho a no declarar en su contra y no reconocerse culpable y exento en cuanto tal de cualquier tipo de responsabilidad que pueda derivarse de un relato mendaz y que puede estar orientado a satisfacer su propia estrategia defensiva. Superar las reticencias que se derivan de esta posición procesal exige de unas pautas de valoración de la credibilidad de su testimonio particularmente rigurosas, que se han centrado en la comprobación de inexistencia de motivos espurios que pudieran privar de credibilidad a tales declaraciones y la concurrencia de otros elementos probatorios que permitan corroborar mínimamente la versión que así se sostiene (STC 115/98, 118/2004, de 12 de julio y 190/2003, de 27 de octubre).

La Sentencia del Tribunal Constitucional STC 125/2009, de 18 de mayo expresamente recogía: “Como recuerda la reciente STC 57/2009, de 9 de marzo, este Tribunal ha reiterado que las declaraciones de los coimputados carecen de consistencia plena como prueba de cargo cuando, siendo únicas, no resulta mínimamente corroboradas por otros datos externos. Por último, también se ha destacado que la declaración de un coimputado no puede entenderse corroborada, a estos efectos, por la declaración de otro coimputado (SSTC 153/97, de 29.9, 72/2001, de 26.3, 147/2004, de 13.9, 10/2007, de 15.1, 91/2008, de 21.7) “.

Del mismo modo, nuestra STS 763/2013, de 14 de octubre (con cita de las SSTS 679/2013, de 25 de septiembre, 558/2013, de 1 de julio, 248/2012, de 12 de abril y 1168/2010, de 28 de diciembre, entre otras) expresaba que la declaración del coimputado como prueba de cargo hábil para desvirtuar la presunción de inocencia -cuando sea prueba única - podía concretarse en las siguientes reglas:

- a) La declaración inculpativa de un coimputado es prueba legítima desde la perspectiva constitucional.
- b) La declaración inculpativa de un coimputado es prueba insuficiente, como prueba única, y no constituye por sí sola actividad probatoria de cargo bastante para enervar la presunción de inocencia.

- c) La aptitud como prueba de cargo suficiente de la declaración de un coimputado se adquiere a partir de que su contenido quede mínimamente corroborado.
- d) Se considera corroboración mínima la existencia de hechos, datos o circunstancias externos que avalen de manera genérica la veracidad de la declaración y la intervención en el hecho concernido.
- e) La valoración de la existencia de corroboración del hecho concreto ha de realizarse caso por caso y
- f) La declaración de un coimputado no se corrobora suficientemente con la de otro coimputado.

En el presente caso los coacusados prestaron declaración policial, que ratificaron a presencia judicial durante la fase de instrucción con intervención de las defensas. Dado que durante el juicio hicieron uso de su facultad de guardar silencio, se procedió a la introducción de las declaraciones mediante su lectura en el plenario, de conformidad con la doctrina jurisprudencial que se acaba de mencionar. Ninguna irregularidad o deficiencia procesal hay en ello, por lo que las quejas del recurrente sobre el particular carecen de fundamento.

- Doctrina sobre la lectura de la declaración sumarial de testigos cuando estén en paradero desconocido.
Se señala que la declaración sumarial de los denunciantes ha accedido al juicio oral mediante lectura, aplicando indebidamente el artículo 730 de la LECrim, ya que el tribunal sentenciador no ha agotado los medios disponibles para localizar a los testigos y convocarlos a juicio.

El artículo 730 de la LECrim dispone que “podrán leerse a instancia de cualquiera de las partes las diligencias practicadas en el sumario que, por causas independientes de la voluntad de aquéllas, o puedan ser reproducidas en el juicio oral”. Esta previsión normativa se viene aplicando a las declaraciones de los testigos que por circunstancias sobrevenidas no comparezcan a juicio.

Ese singular precepto ha dado lugar a reiterados pronunciamientos de esta Sala. Así, en la STS 1031/2013, de 12 de diciembre, hemos proclamado que “la compatibilidad del mecanismo del art. 730 LECrim con las exigencias derivadas del derecho a un proceso con todas las garantías y en particular, con el derecho del acusado a interrogar por sí o por representante a los testigos de cargo está también fuera de dudas en la jurisprudencia constitucional. Será necesario que concurran unos requisitos adicionales, que son los siguientes: a) que la diligencia sea intervenida por la autoridad judicial; b) cuando sea factible, que se haya dado oportunidad efectiva a la defensa del inculcado a participar activamente en la práctica de la diligencia sumarial; y c) que se hayan realizado los esfuerzos razonables conducentes a conseguir la presencia en el plenario del testigo (SSTC148/2005, 12/2002, 209/2001, 12/2002, 187/2003, 1/2006, entre otras).

En la STS 392/2018 de 26 Jul. 2018, con cita de otras anteriores (SSTS 225/2018, de 16 de mayo, 25 febrero 1991 y 8 de noviembre de 1993) que la posibilidad excepcional que arbitra el artículo 730 de la LECrim no puede extenderse más allá de lo que autoriza su misma excepcionalidad, por lo que es imprescindible que sobrevenga una verdadera imposibilidad de reproducir la declaración en el juicio, como sucede en los casos de testigo fallecido o con enfermedad grave y en los casos de testigos en ignorado paradero o ilocalizables.

Y sobre la situación de imposibilidad esta Sala precisó en la STS 1031/2013, de 12 de diciembre que dentro de los casos de “imposibilidad” se encuadran tanto los de imposibilidad absoluta (v.gr, el testigo ha muerto; o padece un trastorno mental que le ha hecho perder la memoria o facultades; o no se conservan muestras para la pericial), como otros de imposibilidad relativa. A este segundo grupo hay que reconducir los supuestos en que el testigo se encuentra en paradero desconocido y se han agotado razonablemente los medios para su localización. No puede abocarse el proceso a una situación de impasse, en que el trámite se reanuda solo cuando el testigo apareciese. No consentiría esa medida el constitucional derecho a un proceso sin dilaciones indebidas.

Proyectando la anterior doctrina al caso que centra nuestro examen casacional, se puede constatar por la lectura de las actuaciones que se ofició a las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado para averiguar el paradero de los testigos (folio 187); que se les citó por edictos (folios 197); que se intentó la citación a juicio a través de los agentes de la policía (folio 205) y, por último, que la policía informó al juzgado que todas las diligencias practicadas para la averiguación del paradero de los testigos resultaron infructuosas (folio 248). No consta que la policía tuviera constancia de dato alguno que permitiera la localización de los testigos y ni siquiera que tuviera datos que le permitieron realizar gestiones para su localización en un punto más o menos preciso de España o de algún otro país, por lo que las gestiones realizadas fueron las únicas posibles y no dieron resultado positivo.

DATOS SENTENCIA

Sentencia núm. 530/2019

Fecha de sentencia: 31/10/2019

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION

Número del procedimiento: 1945/2018

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

TEMA

Delito continuado de apropiación: existencia de apropiación indebida en la distracción de dinero. Responsabilidad civil subsidiaria del art. 120.4 CP de la entidad bancaria que adquiere por sucesión empresarial la entidad donde se perpetró el delito por cesión de activos y pasivos en virtud de la Ley 3/2009 de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles. Concepto de perjudicado en la apropiación indebida de saldo de la sociedad de la misma sociedad, y no en un administrador societario.

ASPECTOS EXAMINADOS

- Apropiación indebida en la distracción de dinero:

Señala esta Sala del Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 260/2017 de 6 Abr. 2017, Rec. 1588/2016 que: "Con carácter previo es necesario recordar la doctrina de esta Sala -por todas SSTs. 737/2016 el 5 octubre y 86/2017 de 16 febrero- que, para solventar el problema de la inclusión del dinero o cosas fungibles, la jurisprudencia de esta Sala vino diferenciando dos modalidades en el tipo de la apropiación indebida, sobre la base de los dos verbos nucleares del tipo penal: apropiarse y distraer, con notables diferencia en la estructura típica. En las SSTs. 9.5.2014 y 2.3.2016, recordamos que, en definitiva, apropiarse significa incorporar al propio patrimonio la cosa que se recibió en posesión con la obligación de entregarla o devolverla. Distraer es dar a lo recibido un destino distinto del pactado. Si la apropiación en sentido estricto recae siempre sobre cosas no fungibles, la distracción tiene como objeto cosas fungibles y especialmente dinero. La apropiación indebida de dinero es normalmente distracción, empleo del mismo en atenciones ajenas al pacto en cuya virtud el dinero se recibió, que redundan generalmente en ilícito enriquecimiento del detractor.

La doctrina del TS. SS. 513/2007 de 19.6, 218/2012 de 28.3, 664/2012 de 12.7, entre otras muchas, resumió la interpretación jurisprudencial de este delito proclamando que el art. 252 de 1995, sancionaba dos modalidades distintas de apropiación indebida: la clásica de apropiación indebida de cosas muebles ajenas que comete el poseedor legítimo que las incorpora a su patrimonio con ánimo de lucro o que niega haberlas recibido y la distracción de dinero o cosas fungibles cuya disposición tiene el acusado a su alcance, pero que ha recibido con la obligación de darles un destino específico.

Es doctrina de esta Sala -entre otras SS. 2182/2002 de 24 de mayo, 1289/2002 de 9 de julio, 1708/2002 de 18 de octubre y 1957/2002 de 26 de noviembre- que, en el delito de apropiación indebida, como sostiene acertadamente la sentencia impugnada, el título por el que se recibe la cosa ha de originar la obligación de entregarla o devolverla a su legítimo propietario. Esa jurisprudencia también ha establecido que la obligación surge cualquiera que sea la relación jurídica que la genere, pues los títulos que el precepto relaciona específicamente, como el depósito, la comisión y la administración no constituyen un *numerus clausus* sino una fórmula abierta como lo pone de manifiesto la propia expresión utilizada por el precepto ("o por otro título que produzca obligación de entregarlos o devolverlos"), de tal suerte que hay que incluir en el ámbito del tipo penal todas aquellas relaciones jurídicas que generan la obligación mencionada "incluso las de carácter complejo o atípico que no encajan en ninguna de las figuras creadas por la ley o el uso civil o mercantil, sin otro requisito que el exigido en la norma penal, esto es, que se origine la obligación de entregar o devolver.

El delito de apropiación indebida se caracteriza, en suma, por la transformación que el sujeto activo hace convirtiendo el título inicialmente legítimo y lícito en titularidad ilegítima cuando se rompe dolosamente el fundamento de la confianza que determinó la entrega del dinero o efectos. En el iter criminis se distinguen dos momentos, el inicial cuando se produce la recepción válida y el subsiguiente cuando se produce la apropiación con ánimo de lucro, de lo recibido, lo que constituye deslealtad o incumplimiento del encargo recibido, como ocurre en el caso paradigmático de la comisión, que colma el "tipo de infidelidad" que, tras una importante evolución doctrinal y jurisprudencial, es una de las modalidades de apropiación indebida (STS. 4.2.2003).

Y en cuanto al dinero, por mucho que haya desaparecido la voz distracción del art. 253 CP actual, y por mucho que el Preámbulo de la LO. 1/2015 quiera desviar siempre su tipicidad a la administración desleal es evidente que sigue siendo posible la apropiación indebida de dinero.

Como muy bien explica la STS. 2.3.2016 esta Sala en una ya abundante doctrina jurisprudencial dictada desde la entrada en vigor de la reforma operada por la LO 1/2015, que sigue manteniendo con efectos retroactivos la tipicidad de la apropiación indebida de dinero. En efecto si se admitiese el criterio de que la apropiación indebida de dinero solo tenía cabida en el anterior art 252 CP como "distracción", constituyendo en todo caso una modalidad de administración desleal, y siendo así que la conducta específica de "distracción" ya no figura en la actual redacción del delito de apropiación indebida, podríamos vernos obligados a aplicar retroactivamente esta norma excluyendo la condena por apropiación indebida, sin que resultase sencillo remitir la sanción al nuevo delito de administración desleal que no ha sido objeto de acusación y posible defensa en el procedimiento.

Por el contrario, esta Sala ha mantenido la sanción por delito de apropiación indebida de dinero en numerosas sentencias dictadas después de la entrada en vigor de la reforma. Cabe citar, por ejemplo, la STS 433/2013, de 2 de julio (conducta

apropiatoria de dinero en el ámbito societario), STS 430/2015, de 2 de julio (apropiación indebida de dinero por el Consejero Delegado de una empresa que realizó actos de expropiación definitiva, que exceden de la administración desleal), STS 414/2015, de 6 de julio (apropiación indebida por la tutora de dinero de sus pupilos), STS 431/2015, de 7 de julio (apropiación indebida por comisionista de dinero de su empresa), STS 485/2015, de 16 de julio (apropiación indebida de dinero entregado para la cancelación de un gravamen sobre una vivienda), STS 592/2015, de 5 de octubre (apropiación indebida de dinero por Director General de una empresa), STS 615/2015, de 15 de octubre (apropiación indebida de dinero por administrador de fincas urbanas), STS 678/2015, de 30 de octubre (apropiación de dinero por apoderado), STS 732/2015, de 23 de noviembre (apropiación indebida de dinero por mediador en un contrato de compraventa de inmuebles), STS 792/2015, de 1 de diciembre (apropiación indebida de dinero por un gestor), STS 788/2015, de 10 de diciembre (apropiación indebida de dinero por intermediario), STS 65/2016, de 8 de febrero (apropiación indebida de dinero por agente de viajes), STS 80/2016, de 10 de febrero (apropiación indebida de dinero por el patrono de una fundación), STS 89/2016, de 12 de febrero (apropiación indebida de dinero entregado como anticipo de la compra de viviendas), etc. etc.

En realidad, la reforma es coherente con la más reciente doctrina jurisprudencial que establece como criterio diferenciador entre el delito de apropiación indebida y el de administración desleal la disposición de los bienes con carácter definitivo en perjuicio de su titular (caso de la apropiación indebida) y el mero hecho abusivo de aquellos bienes en perjuicio de su titular, pero sin pérdida definitiva de los mismos (caso de la administración desleal), por todas STS 476/2015, de 13 de julio.

En consecuencia en la reciente reforma legal operada por la LO 1/2015, el art 252 recoge el tipo de delito societario de administración desleal del art 295 derogado, extendiéndolo a todos los casos de administración desleal de patrimonios en perjuicio de su titular, cualquiera que sea el origen de las facultades administradoras, y la apropiación indebida los supuestos en los que el perjuicio ocasionado al patrimonio de la víctima consiste en la definitiva expropiación de sus bienes, incluido el dinero, conducta que antes se sancionaba en el art 252 y ahora en el art 253”.

Con ello, no hubo indebida aplicación del tipo penal. La distracción de dinero llevada a cabo con la concertación preparada, diseñada y ejecutada por ambos para dejar sin activos económicos la cuenta de la mercantil es un acto de los condenados, quien con su distribución de papeles en el organigrama diseñado permiten distraer el dinero y causar un perjuicio societario en la propia sociedad que había constituido, y que es, técnicamente, como hemos visto, el sujeto perjudicado, pese a que el recurrente acusación particular instó le fuera, reconocido el carácter de perjudicado, sin que así se haya verificado, por cuanto ya se ha explicado que esa cualidad es societaria, por ser del patrimonio social de donde se ha producido la distracción, no de la cuenta individual de la acusación particular, aunque realmente el perjuicio se le haya causado al socio, pero en la responsabilidad civil dimanante del delito de apropiación indebida hemos visto que el socio o administrador no puede emerger como sujeto perjudicado al margen de la sociedad de la que se ha distraído el dinero.

- Responsabilidad civil subsidiaria del art. 120.4 CP de la entidad bancaria que adquiere por sucesión empresarial la entidad donde se perpetró el delito por cesión de activos y pasivos en virtud de la Ley 3/2009 de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles.

Señala sobre sus diferencias la sentencia de esta sala del Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 168/2017 de 15 Mar. 2017, Rec. 1549/2016 que:

“Se hace necesario exponer la doctrina jurisprudencial sobre la aplicación del art. 120.3 CP precepto, que como hemos dicho en SSTs. 229/2007 de 27.3, 768/2009 de 16.7, 370/2010 de 29.4, 357/2013 de 29.4, 61/2014 de 11.2, mucho más amplio que los artículos 21 y 22 del Código Penal de 1973, y que, para lo que aquí se resuelve, distingue entre el número cuarto que es la clásica concepción de dicha responsabilidad civil subsidiaria por los delitos cometidos por los empleados o dependientes, representantes o gestores en el desempeño de sus funciones o servicios, a cargo de sus -principales- (personas naturales o jurídicas dedicadas a cualquier género de industria o comercio), y que se fundamenta en la «culpa in vigilando», «culpa in eligendo», o la «culpa in operando», que había sido interpretada por esta Sala Casacional con gran amplitud y generalidad, al punto de llegar a una cuasi-objetivación basada en la teoría del riesgo, o bien del aprovechamiento de su actividad («cuius commodum eius incommoda»), y la responsabilidad civil subsidiaria que surge ahora del citado apartado tercero del art. 120 del Código Penal, que dispone: «las personas naturales o jurídicas, en los casos de delitos o faltas cometidos en los establecimientos de los que sean titulares, cuando por parte de los que los dirijan o administren, o de sus dependientes o empleados, se hayan infringido los reglamentos de policía o las disposiciones de la autoridad que estén relacionados con el hecho punible cometido, de modo que éste no se hubiera producido sin dicha infracción».

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

- a) que se haya cometido un delito o falta;
- b) que tal delito o falta haya ocurrido en un determinado lugar, un establecimiento dirigido por persona o empresa contra la cual se va a declarar esta responsabilidad, esto es, el sujeto pasivo de dicha pretensión;
- c) que tal persona o empresa o alguno de sus dependientes, haya realizado alguna "infracción de los reglamentos de policía o alguna disposición de la autoridad", debiendo entenderse estos reglamentos como normas de actuación profesional en el ramo de que se trate abarcando cualquier violación de un deber impuesto por ley o por cualquier

norma positiva de rango inferior, incluso el deber objetivo de cuidado que afecta a toda actividad para no causar daños a terceros);

d) que dicha infracción sea imputable no solamente a quienes dirijan o administren el establecimiento, sino a sus dependientes o empleados. No es necesario precisar qué persona física fue la infractora de aquél deber legal o reglamento. Basta con determinar que existió la infracción y que ésta se puede imputar al titular de la empresa o cualquiera de sus dependientes, aunque por las circunstancias del hecho o por dificultades de prueba, no sea posible su concreción individual;

e) que tal infracción esté relacionada con el delito o falta cuya comisión acarrea la responsabilidad civil examinada, es decir, que, de alguna manera, tal infracción penal haya sido propiciada por la mencionada infracción reglamentaria (SSTS. 1140/2005 de 3.10 1546/2005 de 29.12, 204/2006 de 24.2, 229/2997 de 22.3).

Estas personas, naturales o jurídicas, han de ser conscientes del deber de velar por la observancia de las prescripciones reglamentarias o de consagrado uso que regulan las actividades que tienen lugar en el seno de los establecimientos o empresas de su pertenencia o titularidad. La omisión o desentendimiento, aparte de guardar relación con el lamentable suceso, tienen que ser de probada significación en la suscitación del "hecho punible cometido, de modo que éste no se hubiera producido sin dicha infracción". Relación causal que no de alcanzar necesariamente un grado de exclusividad, bastando llegar a una conclusión de propiciación y razonabilidad en la originación del daño.

La responsabilidad civil subsidiaria a que atiende el art. 120.3 CP parte necesariamente del reconocimiento judicial de haberse perpetrado un delito o falta generador de un daño, ya sea a título de dolo o de culpa.

La sentencia penal incorporará un dictado de condena indemnizatoria a cargo del acusado, primer y directo responsable civil (art. 116 CP). Comprobados cuantos requisitos condicionan la responsabilidad antedicha, subseguirá el pronunciamiento declarativo de la misma, condenando a la persona natural o jurídica considerada como titular del establecimiento en cuya sede tuvo lugar el hecho criminal. Condena cuya efectividad se halla subordinada a la insolvencia del autor material. Los responsables civiles subsidiarios son tales "en defecto de los que lo sean criminalmente". La expresión "personas naturales o jurídicas" es eminentemente amplia y abarcadora: cualquier entidad pública o privada habrá de tener cabida en ella.

El art. 120 CP proclama una responsabilidad civil del tipo de la subsidiaria en contra de las personas naturales o jurídicas a que hace referencia, titulares de una actividad empañada en su dinámica por las infracciones a que se alude, sobre el presupuesto de que el hecho punible cometido "no se hubiera producido sin dicha infracción". Más debemos reparar que el binomio infracción-daño no se puede construir con semejante nitidez. La doctrina entiende que la infracción de los reglamentos ha de tener una relación simplemente adecuada, de manera que el resultado se vea propiciado por ella. Sobre la base de la infracción causal primera del responsable subsidiario, se incrusta o interfiere una intervención delictiva dolosa o imprudente de un tercero -autor material del hecho-. Con acierto se apunta que esta relación de ocasionalidad necesaria entre infracción y hecho punible no equivale, al menos en todo caso, a relación de causalidad entre infracción y daño, no hay que olvidar que en el supuesto contemplado por el art. 120.3, el proceso causal que media entre ambos elementos se ve interferido por un factor de singular trascendencia, como es la comisión de un hecho delictivo por parte de un tercero, es decir, un sujeto distinto del propio titular y ajeno, por hipótesis, al círculo de personas de cuya actuación ha de responder aquél. En todo caso ha de constatar una conexión causal -más o menos directa- entre la actuación del titular o de sus dependientes y el resultado dañoso cuyo resarcimiento se postula. Ante la inexistencia o insuficiencia de las medidas de prevención adoptadas entre ellas, básicamente el despliegue de los deberes de vigilancia y de control exigibles, podrán acordarse las resoluciones oportunas para llegar a la efectivación de la responsabilidad civil subsidiaria. Aquella inhibición o descuido genera un riesgo que es base y sustento de la responsabilidad (SSTS. 963/2010 de 21.10 768/2009).

La tendencia de la jurisprudencia de esta Sala ha sido objetivar en la medida de lo posible la responsabilidad civil subsidiaria de tales titulares de los establecimientos en donde se cometan los delitos o faltas, marcando dos ejes en su interpretación: el lugar de comisión de las infracciones penales (en tanto su control es mayor por producirse precisamente tales ilícitos en espacios físicos de su titularidad dominical) y la infracción de normas o disposiciones de autoridad que están relacionados causalmente con su misma condición (SSTS. 140/2004 de 9.2, 51/2008 de 6.2), y por lo demás continúan vigentes los tradicionales criterios empleados por esta Sala Casacional en materia de responsabilidad civil subsidiaria, que se fundamentan en la "culpa in eligendo" y en la "culpa in vigilando", como ejes sustanciales de dicha responsabilidad civil.

No nos movemos, pues, en este ámbito en puro derecho penal, sino precisamente en derecho civil resarcitorio de la infracción penal cometida, como acción distinta, aunque acumulada, al proceso penal por razones de utilidad y economía procesal, con finalidad de satisfacer los legítimos derechos (civiles) de las víctimas, de modo que como precisa la STS. 1192/2006 de 28.11, las acciones civiles no pierden su naturaleza propia por el hecho de ejercitarse ante la jurisdicción penal, por lo que es evidente que en la interpretación y aplicación de las correspondientes normas jurídicas está permitida la aplicación del principio de analogía (v. art. 4.1 C.C), que, lógicamente, está vedado cuando de normas penales se trata (v. art. 4.2 C.C).

De modo que la infracción reglamentaria debe ser enjuiciada con criterios civiles, y no propiamente extraídos de la dogmática penal estrictamente, por más que su regulación se aloje de ordinario en los códigos penales.

Siendo así, de una parte, la infracción podrá ser tanto por acción como por omisión y las normas que sean infringidas pueden haber adoptado tanto la forma general de reglamentos de policía, entendiendo por ello el orden y buen gobierno, como, la más especial y concreta, de simple disposición adoptada por quien sea autoridad -en sentido de jerarquía- y, evidentemente, obre en cumplimiento de sus funciones (STS. 9.2.2004); y de otra, la expresión legal, referida a la infracción de reglamento, no puede entenderse en sentido tan estricto que excluya aquella vulneración o desentendimiento de una norma de rango legal.

En definitiva en la evolución progresista que ensancha este tipo de responsabilidad se ha aplicado la teoría del riesgo y aunque no puede hablarse en sentido estricto en que esta esfera impere su criterio de absoluta responsabilidad objetivo, lo que impera es el carácter denominado de un "ponderado objetivismo" y si bien se ha dicho que la infracción de reglamento incluye incluso el deber objetivo de cuidado que afecta a toda actividad para no causar daños a terceros, ha de constar acreditada la vulneración de la norma reglamentaria aplicable al caso y si no es así no es posible decretar la responsabilidad civil subsidiaria.

En definitiva, son requisitos de responsabilidad del art. 120.3 CP.

- 1) que se haya cometido un delito o falta;
- 2) que el delito o falta se haya cometido en un establecimiento dirigido por el sujeto pasivo de dicha pretensión indemnizatoria;
- 3) que se haya infringido un reglamento de policía o alguna disposición de la autoridad, entendidos estos reglamentos como normas de actuación profesional en el ramo de que se trate (abarcando cualquier violación de un deber impuesto por ley o por cualquier norma positiva de rango inferior, incluso el deber objetivo de cuidado que afecta a toda actividad para no causar daños a terceros);
- 4) que dicha infracción sea imputable no solamente a quienes dirijan o administren el establecimiento, sino a sus dependientes o empleados, bien entendido que no es necesario precisar qué persona física fue la infractora de aquel deber legal o reglamentario. Bastará con determinar que existió la infracción y que ésta se puede imputar al titular de la empresa o cualquiera de sus dependientes, aunque por las circunstancias del hecho o por dificultades de prueba, no sea posible su concreción individual;
- 5) que tal infracción esté relacionada con el delito o falta cometido de modo que éstos no se hubieran cometido sin dicha infracción (nexo de causalidad, operativo, eficaz y eficiente).

Consecuentemente esta modalidad de responsabilidad civil subsidiaria se justifica por dos notas: una positiva y otra negativa:

a) El escenario donde se comete el hecho delictivo, y b) Como nota negativa la ausencia de cualquier vínculo laboral administrativo entre el agente del hecho delictivo y el responsable civil subsidiario, esto es no ha de guardar el titular del establecimiento ninguna relación con el autor del delito para que se pueda declarar su responsabilidad civil, si se debe detentar con quien se haya infringido uno de los reglamentos de policía o disposiciones de autoridad, tratándose de una responsabilidad locativa: la conexión con el delito se circunscribe a que el responsable civil subsidiario es el titular del lugar en el que se cometió".

También, la sentencia Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 882/2014 de 19 Dic. 2014, Rec. 884/2014 señala que:

"El artículo 120 del CP contempla distintos casos de responsabilidad civil subsidiaria o de segundo grado, que opera en defecto de la de los penalmente responsables.

1.-Art. 120.4 CP: El del apartado 4º responde a la clásica concepción la responsabilidad civil subsidiaria por los delitos cometidos por los empleados o dependientes, representantes o gestores en el desempeño de sus funciones o servicios, a cargo de sus principales (personas naturales o jurídicas dedicadas a cualquier género de industria o comercio), y que se fundamenta en la "culpa in vigilando", "culpa in eligendo", o la "culpa in operando", que ha sido interpretada por esta Sala casacional con gran amplitud y generalidad, al punto de llegar a una cuasi-objetivación basada en la teoría del riesgo, o bien del aprovechamiento de su actividad (entre otras SSTS STS 91/2005, de 11 de abril, 229/2007 de 22 de marzo o 370/2010 de 29 de abril).

Se trata de una responsabilidad que abarca incluso los supuestos de extralimitación en el ejercicio de sus funciones por parte del dependiente y que queda delimitada con arreglo a la teoría de la apariencia. Según ésta, en palabras de la STS 532/2014 de 28 de mayo, el principal ha de responder si el conjunto de funciones encomendadas al autor del delito le confieren una apariencia externa de legitimidad en su relación con los terceros, en el sentido de permitirles confiar en que el autor del delito está actuando en su condición de empleado o dependiente del principal, aunque en relación a la actividad concreta delictiva el beneficio patrimonial buscado redundase exclusivamente en el responsable penal y no en el principal.

2.-Por su parte, el apartado 3º del artículo 120 del CP, cuya aplicación ahora se solicita por primera vez, prevé la responsabilidad subsidiaria de "las personas naturales o jurídicas, en los casos de delitos o faltas cometidos en los establecimientos de los que sean titulares, cuando por parte de los que los dirijan o administren, o de sus dependientes o empleados, se hayan infringido los reglamentos de policía o las disposiciones de la autoridad que estén relacionados con el hecho punible cometido, de modo que éste no se hubiera producido sin dicha infracción". Se trata de un supuesto de diferente configuración, cuya vinculación lo es exclusivamente con el delito, y no con su autor, y cuyos presupuestos son que aquél se haya cometido en el establecimiento dirigido por persona o empresa contra la cual se va a declarar esta responsabilidad, y que tal persona o empresa o alguno de sus dependientes, haya realizado alguna "infracción de los reglamentos de policía o alguna disposición de la autoridad". Los contornos del término "reglamentos" esta Sala los ha reconducido al de las normas de actuación profesional en el ramo de que se trate, que abarcan cualquier violación de un deber impuesto por ley o por cualquier norma positiva de rango inferior, incluso el deber objetivo de cuidado que afecta a toda actividad para no causar daños a terceros (entre otras la STS 768/2009 de 16 de julio que el recurrente cita).

No es necesario precisar qué persona física fue la infractora de aquel deber legal o reglamento, puede ser imputable a quienes dirijan o administren el establecimiento, o a sus dependientes o empleados. Basta con determinar que existió la infracción y que ésta se puede imputar al titular de la empresa o cualquiera de sus dependientes, aunque por las circunstancias del hecho o por dificultades de prueba, no sea posible su concreción individual.

Por último, es imprescindible que tal infracción esté relacionada con el delito o falta cuya comisión acarrea la responsabilidad civil examinada, es decir, que, de alguna manera, tal infracción penal haya sido propiciada por la mencionada infracción reglamentaria (SSTS 1140/2005 de 3 de octubre, 1546/2005 de 29 de diciembre, 204/2006 de 24 de febrero y 229/2007 de 22 de marzo).

El eje central de la acción que acoge el artículo 120.3 del CP es la infracción de las prescripciones reglamentarias o de consagrado uso que regulan las actividades que tienen lugar en el seno de los establecimientos o empresas. Estas personas, naturales o jurídicas, que los regentan han de ser conscientes del deber de velar por la observancia de las mismas y su omisión o desentendimiento, aparte de guardar relación con el lamentable suceso de que se trate, tienen que ser de probada significación en la suscitación del hecho punible cometido.

De manera reiterada ha señalado la jurisprudencia de esta Sala que las acciones civiles no pierden su configuración como tales por el hecho de que se ejercite el procedimiento penal. En palabras de STS, Sala 1ª, 771/2011 de 27 de octubre "la causa petendi (causa de pedir), como elemento que permite identificar la acción, es el conjunto de hechos esenciales para el logro de la consecuencia jurídica pretendida por la parte actora (STS de 7 de noviembre de 2007, RC n.º 5781/2000), si bien la calificación jurídica alegada por las partes, aunque los hechos sean idénticos, puede ser también relevante para distinguir una acción de otra cuando la calificación comporta la delimitación del presupuesto de hecho de una u otra norma con distintos requisitos o efectos jurídicos (STS de 16 de diciembre de 1995, RC n.º 1544/1999). Por ello la jurisprudencia alude en ocasiones al título jurídico como elemento identificador de la acción, siempre que sirva de base al derecho reclamado (SSTS de 27 de octubre de 2000 y 15 de noviembre de 2001)".

Esta Sala del Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 413/2015 de 30 Jun. 2015, Rec. 10829/2014 señaló en un caso de delito cometido por empleado de banca que era aplicable el art. 120.4 y no el 120.3 CP, en razón a que:

"Pues bien en el caso que se analiza con independencia de la posible infracción reglamentaria o de las disposiciones de la autoridad -interpretada como la omisión del deber objetivo de cuidado que afecta a toda actividad para no causar daños a terceros en relación a los derechos con los usuarios de banca en relación a la protección de intereses económicos establecidos por la legislación general sobre protección de consumidores Ley 26/84 de 19.7, de consumidores y usuarios, en relación a la legislación específica relativa a productos bancarios, la ya derogada orden de 12.12.89, sobre tipos de interés y comisiones, normas de actuación, información a sus clientes y publicidad de las entidades, desarrollada por Circular del Banco de España 8/90 de 7.9, sobre transparencia de las operaciones y protección de la clientela, tendente toda a proteger no solo a los clientes que acaban firmando un contrato bancario sino también a los clientes potenciales cuando contactan con una entidad bancaria, que tienen derecho a una información precontractual clara, oportuna, suficiente, objetiva y no engañosa, tendencia que se mantiene en la actual orden EHA 2899/2011 de 18.10, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios, de que la parte general del engaño, en relación al recurrente, se realizara en el establecimiento dirigido por la empresa contra la que se solicita la declaración de responsabilidad civil subsidiaria, Deutsche Bank, y de la documentación remitida por uno de los perjudicados, en octubre 2009, un año antes de la detención de los implicados -informando de la entidad de lo que estaba sucediendo en la sucursal del Paseo de la Castellana (carta y fax, folios 4978 y 4979) al utilizarse dicha sucursal y los medios informáticos del Banco para cometer estafas, lo cierto es que siendo un hecho no discutido la relación laboral entre el responsable penal y la entidad financiera Deutsche Bank, por cuanto el acusado Gustavo Felipe trabajaba como jefe de la sucursal del Banco del Pº de las Castellana, nº 18, lo que podría ser un impedimento

para la aplicación del art. 120.3, dándose los presupuestos para la apreciación de la responsabilidad civil subsidiaria por la vía del art. 120.4, debe esto ser mantenida”.

En este caso se ha reconocido que “el acusado MMM... no exigió, en el ejercicio de sus funciones de empleado de la oficina bancaria de la Caixa del Penedés, la firma del otro administrador: AAA, ni informó de ese importante particular al director de la oficina, ni a los demás empleados de la misma. Por lo que éstos, en las disposiciones en que él no estuviera presente en la oficina, actuaban de forma errada autorizando la disposición dineraria con la sola firma del coacusado CCC”.

Con ello, en este caso quien tenía el dominio del hecho dentro de la entidad bancaria era MMM, sin que, por parte del resto de los empleados, incluido el director, se haya infringido las disposiciones del Banco de España. No existe una infracción generalizada, sino una actuación concreta que, incluso, le ha generado al infractor la responsabilidad penal dimanante del concierto con CCC.

Con ello, la atracción de la responsabilidad civil del art. 120 CP tiene perfecto acomodo en la vía del art. 120.4 CP en tanto en cuanto según la doctrina de esta Sala, para que proceda declarar la responsabilidad subsidiaria en el caso del art. 120.4º CP es preciso, de un lado, que el infractor y el presunto responsable civil subsidiario se hallen ligados por una relación jurídica o de hecho o por cualquier otro vínculo, en virtud del cual el primero se encuentre bajo su dependencia onerosa o gratuita, duradera o puramente circunstancial y esporádica, de su principal, o al menos que la tarea, actividad, misión, servicio o función que realice cuenten con el beneplácito, anuencia o aquiescencia del supuesto responsable civil subsidiario; y de otro lado, que el delito que genera la responsabilidad se halle inscrito dentro del ejercicio normal o anormal de las funciones desarrolladas en el seno de la actividad o cometido confiados al infractor, perteneciendo a su esfera o ámbito de aplicación. Estos requisitos, dada la naturaleza jurídico-privada de la responsabilidad civil, admite una interpretación extensiva que no aparece limitada por los principios “in dubio pro reo” ni por la presunción de inocencia propias de las normas sancionadoras, admitiéndose que en la configuración del primer requisito -la dependencia- se integran situaciones de amistad, liberalidad, aquiescencia o beneplácito-, y en el segundo -la funcionalidad- se inserta la potencial utilización del acto para la empresa, organismo a cuyo servicio se encontrara el dependiente. Se incluyen las extralimitaciones en el servicio, pues difícilmente se generaría la responsabilidad civil cuando el dependiente cumple escrupulosamente todas sus tareas, siempre que éste no extravase el ámbito o esfera de actuación que constituye la relación entre el responsable penal y el civil subsidiario (STS. 89/2007, de 9.2; y 51/2008, de 6.2). Aún más, como precisa la STS. 28 de mayo de 2014, es obvio que debe existir una extralimitación en el ejercicio de las funciones encomendadas, pero ello no excluye la responsabilidad subsidiaria, pues el ejercicio normal de las obligaciones o servicios encomendados a los dependientes de una empresa no incluye ordinariamente la realización de acciones delictivas, por lo que, como señala entre otras muchas la STS 1557/2002, extralimitaciones siempre hay cuando se cometen acciones penales.

Lo relevante -señala la STS 260/2017- es que la persona elegida para desempeñar una determinada función actúe delictivamente en el ejercicio de dichas funciones (culpa in eligendo), y las desarrolle con infracción de las normas penales sin que los sistemas ordinarios de control interno de la empresa los detecte (culpa in vigilando).

Por ello, la interpretación de aquellos requisitos debe efectuarse con amplitud, apoyándose la fundamentación de tal responsabilidad civil subsidiaria no solo “en los pilares tradicionales de la culpa in eligendo y la culpa in vigilando”, sino también y sobre todo en la teoría del riesgo, conforme al principio qui sentire commodum, debet sentire incomodum ” (Sentencias 525/2005, de 27.4; y 948/2005, de 19.7); de manera que quien se beneficia de actividades que de alguna forma puedan generar un riesgo para terceros debe soportar las eventuales consecuencias negativas de orden civil respecto de esos terceros cuando resultan perjudicados.

La STS 1987/2000, de 14 de julio, admite incluso la aplicación de esta clase de responsabilidad civil en los casos en que la actividad desarrollada por el autor del delito no produce ningún beneficio en su principal, “bastando para ello una cierta dependencia, de forma que se encuentre sujeta tal actividad, de algún modo, a la voluntad del principal, por tener éste la posibilidad de incidir sobre la misma”, lo que constituye una versión inequívoca de la teoría de creación del riesgo antes mencionada (STS. 47/2007, de 26-1”).

La declaración de la responsabilidad civil subsidiaria de la persona jurídica ha sido declarada, aunque encontrando mayor cauce y acomodo en la vía del art. 120.4 CP, como se ha explicitado en las diferencias existentes entre la vía del nº 3 y la del nº 4, aun con extralimitación en la actuación unilateral, que así lo fue, del condenado MMM, y no debido a una global actuación de descontrol de la entidad, sino al cauce unilateral del responsable penal.

- Concepto de perjudicado en la apropiación indebida de saldo de la sociedad de la misma sociedad, y no en un administrador societario.:

Alega el recurrente que tanto la sentencia como el auto de aclaración no acuerdan indemnización en favor del Sr. AAA como persona física perjudicada, y que es la única persona perjudicada directa por el delito cometido de apropiación indebida.

Argumenta que al establecer el fallo la indemnización a favor de XXXX, S.L. no sólo se priva a este recurrente de recuperar el perjuicio irrogado en la cantidad de 100.000 euros, sino que se da el contrasentido de que se beneficia a una sociedad gestionada y dirigida por el condenado, por ser el socio mayoritario, y que, además, será abonada por la entidad bancaria

responsable civil subsidiaria, al haber sido declarados insolventes los dos acusados, de modo que el resultado es que los dos acusados se libran del pago de la indemnización y se van a beneficiar de esa indemnización a través de su satisfacción por el responsable civil subsidiario por el delito de apropiación indebida, que como acusación particular ejercio la acción civil y penal en reclamación de la suma defraudada.

Señala el Tribunal en el FD nº 8º que:

“OCTAVO.- De conformidad con los artículos 109 y siguientes del Código Penal , toda persona responsable criminalmente de un delito o falta, lo es también civilmente, naciendo a su cargo la obligación de resarcir los daños causados, que ascienden a la suma total de las disposiciones fraudulentas que se hallan consignadas en los hechos probados de la presente sentencia, menos la suma de 6.000; ingresadas por el acusado Esta cantidad deberá ser abonada solidariamente por los dos acusados a la sociedad XXX, S.L., que es quien sufrió directamente la defraudación, y devengará el interés legal del artículo 576 de la Ley de Enjuiciamiento Civil”.

No hay que olvidar que, aunque sea el recurrente el querellante y acusación particular, su presencia lo es en la mercantil XXX, S.L., en la que tiene una representación del 49%. No se trata, por ello, de quién la constituyó en su momento y de la participación que en ella tienen los acusados, sino de quién detenta la titularidad en la actualidad de las participaciones, por lo que el perjuicio lo es societario, ya que en el delito de apropiación indebida por distracción de fondos de una sociedad no puede atribuirse el perjuicio al socio, sino a la sociedad, debiendo acudir a la vía de la disolución, en su caso, pero la condena por delito de apropiación indebida no puede derivarse en una declaración de la responsabilidad civil directa al socio, salvo que éste por vía civil ejercite la acción personal, pero no en vía penal directamente atribuirse la condición de perjudicado.

No puede predicarse “per saltum” la condición de tercero perjudicado en el socio cuando se trata de una distracción de dinero procedente de los fondos societarios, ni aun cuando conste acreditada, que lo está, la aportación dineraria del socio al patrimonio social, ya que esta aportación no conlleva un derecho de reintegro de la misma aportación dineraria al patrimonio social, en el caso de que un administrador societario se apropie de fondos de la sociedad. El concepto de perjudicado es societario, porque el administrador mancomunado que realizó aportaciones dinerarias no puede atribuirles a éstas el carácter de “aportaciones sustraídas” por el otro administrador cuando éstas se han distraído de la cuenta societaria, ya que no existe un delito de apropiación o distracción de las aportaciones dinerarias de un socio administrador societario, sino que la distracción lo es del patrimonio social.

En este sentido, el querellante no puede ejercitar una acción civil dimanante del delito de carácter personalísimo al margen de la sociedad, porque los fondos distraídos son de la sociedad. Incluso aunque lo que hubiera llevado a cabo el administrador condenado hubiera sido una unilateral restitución de aportaciones sociales con una aparente reducción del capital social, el perjudicado hubiera sido también la sociedad, no el administrador querellante que se queja de una restitución ilícita de aportaciones sociales, si la cuenta societaria común se ha dejado con “0” euros, o con una merma significativa.

La atribución de perjudicado directo en demérito de la sociedad mercantil en los casos de administradores societarios que alegan haber perdido su aportación dineraria por distracción de fondos de otro administrador no pueden ver resarcida esa pérdida de su aportación, porque el concepto de “pérdida de aportación dineraria” no puede asociarse con “importe sustraído por el administrador responsable penal”, ya que, en su caso, con posterioridad debería procederse en la disolución y liquidación societaria tomando en cuenta este derecho de crédito social frente al condenado en la ejecutoria penal y su plasmación en la distribución del haber entre los socios en base a su aportación, y ahí es donde emerge el concepto de “perjudicado” que ahora se reclama, pero dentro del proceso de disolución.

Por ello, el alegato que se refiere en torno al carácter de insolvente que refiere de los condenados no tiene cabida para pretender una “agilización” de su aportación dineraria a la sociedad, sino que la no aportación de la responsabilidad civil a la que ha sido condenado podría, en su caso, tenerse en cuenta en la ejecutoria penal por el Tribunal en un hipotético planteamiento de la suspensión de la ejecución de la pena, pudiendo el recurrente plantear su oposición, en su caso, ante el impago de las responsabilidades civiles a las que han sido condenados, pero no adelantarse a la devolución de la aportación dineraria llevada a cabo al confundirla con el importe distraído, que lo es del patrimonio social, no de la personal aportación dineraria.

Nótese, también, que es hecho probado que:

“En fecha 16 de julio de 2008 el hijo de AAA, siguiendo instrucciones de su padre y con fondos pertenecientes a éste, realizó dos transferencias bancarias en la cuenta bancaria antes de consignada, siendo beneficiaria de ambas XXX, S.L., por importes 63.000 euros; en concepto de préstamo y 37.000 euros; en concepto de aportación de capital. Así, el hecho en que se funda la condena consistió en distraer el acusado como administrador de la sociedad, con la colaboración del acusado coacusado, la cantidad de 82.002 euros titularidad de la sociedad, sin justificación alguna y sin contar con la firma del otro administrador mancomunado, el Sr. AAA. Por tanto, la perjudicada es la sociedad en su patrimonio y no la acusación particular, socio de la sociedad con un 49%”.

Es del patrimonio social de donde se ha producido la distracción, no de la cuenta individual de la acusación particular, aunque realmente el perjuicio se le haya causado al socio, pero en la responsabilidad civil dimanante del delito de apropiación indebida hemos visto que el socio o administrador no puede emerger como sujeto perjudicado al margen de la sociedad de la que se ha distraído el dinero.

DATOS SENTENCIA

Sentencia núm. 533/2019

Fecha de sentencia: 05/11/2019

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION

Número del procedimiento: 1764/2018

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

TEMA

Delito leve de lesiones: Tratamiento médico: concepto: distinción entre tratamiento y vigilancia o seguimiento médico.

ASPECTOS EXAMINADOS

- La vía de impugnación que el recurrente elige exige respetar el relato fáctico. Consecuentemente deben quedar al margen del recurso las alegaciones referidas al hecho de propinar una patada, que el tribunal, expresamente, ha declarado no probado. Tenemos en cuenta, únicamente, lo que el tribunal declara probado, esto es, que la reacción del funcionario policial fue “excesiva y desproporcionada, cayendo al suelo y causándole lesiones en el ojo izquierdo” y otras zonas del cuerpo que requirieron para su sanidad asistencia médica y “sin necesidad de tratamiento médico”. Esta última expresión es una valoración jurídica de un resultado que no es propia del relato fáctico sino la conclusión a la que se llega desde el hecho probado.

Desde el respeto al hecho probado abordamos la resolución del motivo. El delito de lesiones del art. 147.1 del Código Penal exige que la lesión sufrida requiera objetivamente para su sanidad, además de la primera asistencia facultativa, tratamiento médico o quirúrgico. No es el tratamiento efectivamente recibido lo que convierte la lesión en delito, sino la objetiva necesidad de recibirlo para la sanidad. En este sentido la jurisprudencia señala que la necesidad objetiva de tratamiento se impone como criterio definidor de la exigencia típica apreciada según la *lex artis*, lo que excluye la subjetividad de su dispensa por un facultativo o por la propia víctima (SS 20 de marzo de 2002, 27 de octubre de 2004; 23 de octubre de 2008; 17 de diciembre de 2008). Como señala la Sentencia de 27 de julio de 2002, el tratamiento ha de ser objetivamente necesario, y así, aunque éste no se aplique, podrá ser delito la causación de una lesión que necesite objetivamente de tratamiento, y no serlo una lesión a la que se aplicara tratamiento si éste no fuere objetivamente necesario en el caso, pues de otro modo quedaría a la discreción de la víctima la realización del tratamiento.

Por consiguiente, siendo elemento objetivo del delito de lesiones la “necesidad” del tratamiento, y no el hecho por sí mismo de haber sido dispensado, es preciso que exista prueba de cargo que apoye esa necesidad objetiva, y que se incorpore la prueba al razonamiento valorativo de la Sentencia.

Nuestra Jurisprudencia ha definido el tratamiento médico o quirúrgico, a los efectos penales, como “toda actividad posterior a la primera asistencia... tendente a la sanidad de las lesiones y prescrita por un médico”. De forma más descriptiva, “el procedimiento que se utiliza para curar una enfermedad o para reducir sus efectos, tanto si se realiza por el médico que presta la asistencia inicial como si se encomienda a auxiliares sanitarios, quedando al margen el simple diagnóstico y la pura vigilancia o prevención médica”. En el seguimiento o vigilancia deben incluirse los supuestos de comprobación del éxito de la medicación prescrita, de simple observación de la evolución de las lesiones o de señalamiento de medidas meramente precautorias, pero no aquellos que incluyan asistencias adicionales. En cualquier caso, en la distinción entre delito y falta no puede prescindirse del examen de fondo sobre la relevancia de la lesión, apreciada en su conjunto.

En las SSTs. 180/2014 de 6.3, 34/2014 de 6.2, dijimos que el tratamiento médico –por todas SSTs. 153/2013 de 6.3, 650/2008 de 23.10, es un concepto normativo que, en ausencia de una definición legal, debe ser alcanzado mediante las aportaciones doctrinales y jurisprudenciales que otorgan al mismo la necesaria seguridad jurídica que la interpretación del tipo requiere. La propia expresión típica del art. 147 del Código Penal nos permite delimitar su alcance. Así nos señala que el tratamiento médico debe ser requerido objetivamente para alcanzar la sanidad, lo que excluye la subjetividad de su dispensa por un facultativo o de la propia víctima. Además, debe trascender de la primera asistencia facultativa, como acto médico separado, y no se integra por la dispensada para efectuar simples vigilancias o seguimientos facultativos.

De ahí que jurisprudencialmente se haya señalado que por tal debe entenderse "toda actividad posterior a la primera asistencia... tendente a la sanidad de las lesiones y prescrita por un médico". "Aquel sistema que se utiliza para curar una enfermedad o para tratar de reducir sus consecuencias, si aquella no es curable, siendo indiferente que tal actividad posterior la realiza el propio médico o la ha encomendado a auxiliares sanitarios, también cuando se imponga la misma al paciente por la prescripción de fármacos o por la fijación de comportamientos a seguir, quedando al margen del tratamiento médico el simple diagnóstico o la pura prevención médica".

En efecto, prescindiendo de la primera asistencia, el tratamiento dispuesto por el legislador, es médico o quirúrgico. El primero es la planificación de un sistema de curación o de un esquema médico prescrito por un titulado en medicina con finalidad curativa, el tratamiento quirúrgico es aquel, que por medio de la cirugía, tiene la finalidad de curar una enfermedad a través de operaciones de esta naturaleza, cualquiera que sea la importancia de ésta: cirugía mayor o menor, bien entendido que la curación, si se realiza con *lex artis*, requiere distintas actuaciones (diagnóstico, asistencia preparatoria *ex ante*, exploración quirúrgica, recuperación *ex post*, etc.)

La distinción entre tratamiento y vigilancia o seguimiento médicos no es fácil de establecer. Sin embargo, existe un punto de partida claro: teniendo en cuenta el carácter facultativo de las circunstancias agravantes del art. 148 y la flexibilidad del marco penal previsto en el art. 147, cuyo mínimo puede ser reducido de una manera muy significativa, las exigencias de tratamiento médico no pueden ser excesivas, pues de lo contrario se produciría una seria desprotección del bien jurídico que tutela este tipo penal.

Una última consideración sobre el tratamiento médico y la prescripción de medicamentos. En la STS 19/2016, de 26 de enero, dijimos que "El Tribunal Supremo en jurisprudencia consolidada (SSTS 6-2-93, 2-6-94, 12-7-95, 9-2-96, 30-4-97, 26-2-98, 20-5-98, 26-5-98, 16-6-99, 5-11-99, 14-1-2000, 1-12-2000, 10-9-2001, 7-11-2001, 263-11-2001, 10-4-2002 y 34/13) entiende que es tratamiento médico aquel sistema que se utiliza para curar una enfermedad o para tratar de reducir sus consecuencias si aquella no es curable. Existe ese tratamiento, desde el punto de vista penal, en toda actividad posterior tendente a la sanidad de las personas, si está prescrita por médico. Es indiferente que tal actividad posterior la realice el propio médico o la encomiende a auxiliares sanitarios, también cuando se imponga la misma al paciente, por la prescripción de fármacos o por la fijación de comportamientos a seguir (dietas, rehabilitación, etc.), aunque deben quedar al margen de lo que es tratamiento médico, el simple diagnóstico o la pura prevención médica. En el mismo sentido los Magistrados de las Secciones Penales de la Audiencia Provincial de Madrid, en reunión tendente a la Unificación de Criterios, celebrada el 29-5-2004, decidieron por unanimidad, que la aplicación de antiinflamatorios, collarín cervical, y/o un período de rehabilitación, fueran consideradas como tratamiento médico".

En sentido estricto, el tratamiento médico consiste en la planificación de un sistema de curación o de un esquema médico prescrito por un titulado en medicina con finalidad curativa; el tratamiento quirúrgico es aquel que, por medio de la cirugía, tiene la finalidad de curar una enfermedad a través de operaciones de esta naturaleza, cualquiera que sea su importancia: cirugía mayor o menor, incluyendo distintas actuaciones (diagnóstico, asistencia preparatoria *ex ante*, exploración quirúrgica, recuperación *ex post*, etc.).

Desde la preceptiva expuesta, el motivo debe ser estimado. El relato fáctico refiere un hecho generador de las lesiones "el empleo de una fuerza excesiva y desproporcionada" que fue la causa de la caída al suelo y las lesiones en ojo, región auricular y extremidades y codo, de las que sanó a los 153 días y que requirieron para su sanidad además de una asistencia la prescripción de medicamentos, antiinflamatorios y corticoides, respecto de los cuales hemos dicho que integran el concepto de tratamiento médico, pues no son paliativos sino curativos, (SSTS 520/2013, de 19 de junio, 323/2015, de 27 de mayo). Consecuentemente, el motivo se estima al concurrir en el hecho el proceso tratamiento médico.

DATOS SENTENCIA

Sentencia núm. 543/2019

Fecha de sentencia: 06/11/2019

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION (P)

Número del procedimiento: 10413/2019 P

Ponente: Excmo. Sr. D. Francisco Monterde Ferrer.

TEMA

Derecho de Defensa: actuación del Abogado de oficio que asistió al acusado: inexistencia de indefensión.

ASPECTOS EXAMINADOS

- Derecho de Defensa: actuación del Abogado de oficio que asistió al acusado: inexistencia de indefensión: Sostiene el recurrente que ha habido vulneración del derecho a la defensa letrada del artículo 24.1 y 2 CE, en relación con los artículos 6.3 c) del Convenio de Roma y 14.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y artículo 545.1 LOPJ; aduciendo que el recurrente no ha tenido una defensa efectiva, dado que el letrado de oficio que le defendió durante todo el proceso, hasta el momento del recurso de casación, en que ha asumido la defensa el nuevo Letrado designado por aquél, que lo ha interpuesto, no ha ejercido una actuación profesional diligente. Alega que el acusado estuvo desde el principio en situación de prisión provisional, siendo nula la comunicación con el letrado de oficio, ejerciendo éste una actuación de pasividad incompatible con el ejercicio de una defensa eficaz, hasta el extremo de que, observando las diligencias practicadas, se aprecia que dejó de comparecer sin motivo justificado, hasta en dos ocasiones, para la práctica de la prueba preconstituida en instrucción, no habiendo realizado en toda la fase de instrucción un solo acto notorio de la presencia del letrado; el escrito de conclusiones provisionales es un escrito típico, sin proposición de prueba de descargo, en el que se limita a hacer suya la proposición de prueba del Ministerio Fiscal, con el riesgo de que sea renunciada; estando en juego una condena de más de treinta años de prisión; incluso en el acto de la vista ni siquiera le formuló pregunta alguna que sea beneficiosa para los intereses del enjuiciado; y dictada sentencia el letrado de oficio presentó un escrito considerando insostenible el recurso de casación, renunciando a interponerlo, cuando lo procedente era el recurso de apelación. Al comienzo del acto del juicio el recurrente manifestó que había nombrado y pagado a otro letrado de su confianza, y, no obstante, el Presidente decidió celebrar el juicio con la asistencia del abogado de oficio, sin que éste ejerciera la defensa de una manera eficaz; por ello, solicita la nulidad de la sentencia, retrotrayendo las actuaciones a la fase de instrucción, o bien al comienzo del juicio, para que se celebre con un Tribunal de distinta composición.

Como declara el Auto de esta sala de 7/7/2019 (recurso 10745/16) «el análisis del derecho de defensa, desde la perspectiva jurisdiccional, máxime desde la posición de este Tribunal Supremo al resolver un recurso de casación, debe situarse en un espacio de estricta neutralidad respecto a la labor desempeñada por el abogado defensor, cualquiera que sea su posición en el proceso, y de rigurosa independencia con relación al fondo de la cuestión que se plantea en el mismo. Quiere ello decir que, salvo flagrante infracción del principio de defensa, el Tribunal que juzga cualquier instancia en el proceso, no puede realizar interferencia alguna en la labor de defensa de una parte, ni lógicamente en su estrategia procesal. La mejor o peor calidad jurídica de los escritos forenses es algo extraño al juzgador, salvo que aprecie su inexistencia misma, es decir, ausencia absoluta de defensa. En tal caso, el Tribunal, apreciando que existe voluntad de impugnar la resolución judicial que le es desfavorable a la parte concernida, es consciente de que el escrito forense de defensa adolece de cualquier tipo de impugnación, limitándose a un mero ritual defensivo sin ninguna alegación de fondo, con lo que, ni puede suplir la actividad de parte, pues se lo impide el principio adversarial de contradicción, ni puede cerrar los ojos ante tal déficit impugnativo. En suma, el Tribunal es consciente de que no puede juzgar la mejor o peor calidad de la defensa, sino el mayor o menor acierto de los argumentos defensivos, que es en lo que consiste su función jurisdiccional. Es por ello, que la línea que determina en tales casos su actuación es muy difusa, puesto que ni puede involucrarse en el modo de defensa, ni puede tampoco desestimar sin más una pretensión que no se encuentra oportunamente defendida. Quiere ello decir que solamente en los casos, como el que es objeto de esta resolución judicial, en donde se aprecia una falta absoluta de defensa, puede el Tribunal dar traslado al correspondiente Colegio de Abogados para que designe un nuevo colegiado que instrumentalice en términos sustanciales el derecho de defensa que a toda parte corresponde.» (FJ 5º). Ello es consecuencia del compromiso de este Tribunal Supremo con la materialidad del derecho de defensa, y no solamente con un cumplimiento formal. Y a su vez, esta Sala quiere destacar la labor del turno de oficio, actividad desempeñada mediante la organización de los colegios de abogados, que sin duda contribuye, no solamente a realzar la calidad de la defensa, sino a proporcionar la universalidad de la misma.

Por otro lado, recuerda la STS 1007/2013, de 3 de enero de 2014, que: «El derecho a la libre designación de Letrado constituye uno de los signos que identifican a un sistema procesal respetuoso con los principios constitucionales que definen la noción de un proceso justo. Sin embargo, ese derecho no puede considerarse ilimitado. En el proceso penal convergen intereses jurídicos de muy distinto signo. La necesidad de lograr un equilibrio entre todos esos derechos exige del órgano jurisdiccional ponderar, en función de cada caso concreto, qué grado de sacrificio es aceptable imponer al resto de las partes cuando alguna de ellas introduce una incidencia sorpresiva que puede perturbar el desarrollo ordinario del proceso. Aceptar con naturalidad que toda petición de cambio de Letrado, sea cual sea el momento en el que aquélla se produce, forma parte del contenido material del derecho de defensa, supondría distanciarnos del verdadero significado constitucional de ese derecho. La capacidad del imputado de designar a un Abogado de su confianza no ampara estrategias dilatorias ni actuaciones que sean expresivas de una calculada desidia a la hora de hacer valer el propio derecho de defensa (STS 486/2008, de 11 de julio).

Estas ideas latén en la jurisprudencia de esta Sala en relación con el problema suscitado. En efecto, la STS 1989/2000, 3 de mayo, tuvo ocasión de pronunciarse sobre los efectos jurídicos del abandono por parte del Letrado de la defensa de su representado. Razona esta Sala -proclamando un criterio interpretativo que ya ha sido acogido con posterioridad, entre

otras, por las SSTs 173/2000, 10 de noviembre, 327/2005, 14 de marzo, 1840/2000, 1 de diciembre, 475/2000, 23 de marzo, 152/2002, 5 de febrero y por el auto 24 de abril de 2003- que la facultad de libre designación implica a su vez la de cambiar de Letrado cuando lo estime oportuno el interesado en defensa de sus intereses, si bien tal derecho -ha dicho esta Sala- no es ilimitado pues está modulado, entre otros supuestos, por la obligación legal del Tribunal a rechazar aquellas solicitudes que entrañen abuso de derecho, o fraude de ley procesal según el artículo 11.2 LOPJ (SSTs 23 de abril de 2000; 23 de diciembre de 1996; 20 de enero de 1995; entre otras). De ahí la improcedencia, por ejemplo, del cambio de letrado cuando suponga la necesidad de suspender la celebración de la Vista y no conste una mínima base razonable que explique los motivos por los que el interesado ha demorado hasta ese momento su decisión de cambio de Letrado. Fuera de estos supuestos de ejercicio abusivo del derecho en que se afectan otros valores y derechos como el de un proceso sin dilaciones indebidas, sin una justificación razonable basada en la proscripción de una efectiva y material indefensión, los cambios de Letrado están amparados por el ejercicio del derecho a la defensa que incluye el de libre designación del Abogado.»

Por su parte, el Tribunal Constitucional en sentencias como la 178/1991, de 19 de septiembre, resumiendo su propia doctrina sobre el derecho a la asistencia letrada, que consagra el art. 24.2 CE, con especial proyección hacia el proceso penal, recuerda que tiene por finalidad la objetiva protección de los principios de igualdad de las partes y de contradicción, evitando desequilibrios en las respectivas posiciones procesales o limitaciones del derecho a la defensa que puedan inferir como resultado indefensión. De suerte que, en el ámbito de la asistencia letrada de oficio, la ausencia de Abogado solo se valora como lesiva del derecho constitucional cuando la defensa ejercitada en concreto se revela determinante de la indefensión (STC 194/87; o dicho de otra manera: para que la no asistencia letrada provoque una indefensión material es preciso que haya podido razonablemente causar algún perjuicio al recurrente, pues de otra manera la estimación del amparo tendría una consecuencia puramente formal y no haría más que dilatar indebidamente el proceso (STC 161/1985, SSTC 30/81 y 42/1982).

La STS 774/2016, de 19 de octubre, como también la 213/2018, de 7 de mayo, recuerda la jurisprudencia del TEDH, que si bien reconoce a todo acusado, de conformidad con el artículo 6.3.c) del CEDH, el derecho a la asistencia de un defensor de su elección (asunto Pakelli c. Alemania, de 25 de abril de 1983) y pese a la importancia de las relaciones entre abogado y cliente, precisa que tal derecho no es absoluto y está forzosamente sujeto a ciertas limitaciones, pues corresponde a los tribunales decidir si los intereses de la justicia exigen dotar al acusado de un defensor de oficio (asunto Croissant c. Alemania de 25 de septiembre de 1992, § 29); criterio que reitera en Meftah y otros c. Francia [GC], § 45, de 26 de julio de 2002; Mayzit c. Rusia, § 66, de 20 de enero de 2005; Klimentiev c. Rusia, § 116, de 16 noviembre de 2006; Vitan c. Rumania, § 59, de 25 marzo de 2008; Pavlenko c. Rusia, § 98, de 1 de abril de 2010; Zagorodniy c. Ucrania, § 52, de 24 de noviembre de 2011; y Martin c. Estonia, § 90, de 30 de mayo de 2013). Y, asimismo, precisa el TEDEH que, al contrario del supuesto de la denegación del acceso al letrado, un criterio menos exigente se aplica cuando se alega el problema menos grave del rechazo de la elección de letrado (asunto Dvosrki c. Croacia, de 20 de octubre de 2015). Asimismo en Kamasinski c. Austria, de 19 de diciembre de 1989, el TEDH, entiende que no supone quebranto del artículo 6 CEDH, la denegación del cambio del abogado designado de oficio, si desarrollaba su labor de asistencia; si su defensa, con independencia del criterio con que la llevase, no suponía dejar sin ayuda letrada; en definitiva, si resultaba efectiva, criterio que obviamente corresponde determinarlo al Tribunal, como así sucede en autos y explícita en sentencia la concurrencia de esa efectividad. La defensa de oficio en autos, no manifestó ninguna carencia en su tarea ante el Tribunal, ni las manifestadas por el recurrente, se compadecían con su ejercicio, supuestos donde el cambio del abogado designado, debe ser atendido por el tribunal (cifr. Janyr c. Rpublica Checa, § 68, de 31 de octubre de 2013; Czekalla c. Portugal, § 66, de 10 de enero de 2003; o Pavlenko c. Rusia, § 99, 1 de abril de 2010).

El ATS 1185/2013, de 30 de mayo, reconoce que “quien pretende renunciar a su Abogado de oficio puede hacerlo, desde luego, manifestándolo así al órgano jurisdiccional llamado al enjuiciamiento. Pero no puede ocultar ese propósito durante toda la causa y hacer aflorar el desacuerdo en el momento mismo o pocos días antes del inicio de las sesiones del juicio oral. En definitiva, las alegaciones de la representación del recurrente no permiten ahora, en sede casacional, detectar la indefensión que se dice padecida. Esta misma Sala, en STS 749/2007, 19 de septiembre, recordaba cómo la jurisprudencia del Tribunal Supremo se ha hecho eco –cfr. por todas, STS 1217/1999, 20 de julio- de la doctrina constitucional con arreglo a la cual, como criterio general, no puede alegarse indefensión cuando ésta tiene su origen no en la decisión judicial sino en causas imputables a quien dice haber sufrido indefensión (SSTC 73/1985, 198/1987, 114/1988, 43/1989, y 52/199, entre otras).

En cuanto a la alegación de indefensión, al respecto esta Sala ha dicho (Cfr. SST 245/2012, de 27-3; nº 485/2012, de 13-6; 27-9-2011, nº 964/2011, que la tutela judicial exige que la totalidad de las fases del proceso se desarrollen sin mengua del derecho de defensa, y así la indefensión, para cuya prevención se configuran los demás derechos instrumentales contenidos en el párrafo 2 del art. 24 CE, se concibe con la negación de la expresada garantía SSTC 26/93 de 25.1 y 316/94 de 28.11).

Así, resulta conveniente analizar los rasgos de este concepto que la LOPJ convierte en eje nuclear de su normativa. La noción de indefensión, junto con la de finalidad de los actos procesales que se menciona también en el art. 240.1, se convierte en

elemento decisivo y trascendental, que cobra singular relieve por su naturaleza y alcance constitucional. Es indudable que el concepto de indefensión comprendido en los arts. 238.3 y 240 LOPJ ha de integrarse con el mandato del art. 24.1 CE. sobre la obligación de proporcionar la tutela judicial efectiva sin que en ningún caso pueda producirse indefensión, aunque ello no signifique en la doctrina constitucional que sean conceptos idénticos o coincidentes.

Se ha expuesto, como primero de los rasgos distintivos, la necesidad de que se trate de una efectiva y real privación del derecho de defensa; es obvio que no basta con la realidad de una infracción procesal para apreciar una situación de indefensión, ni es bastante tampoco con invocarla para que se dé la necesidad de reconocer su existencia: no existe indefensión con relevancia constitucional, ni tampoco con relevancia procesal, cuando aun concurriendo alguna irregularidad, no se llega a producir efectivo y real menoscabo del derecho de defensa con el consiguiente perjuicio real y efectivo para los intereses de la parte afectada, bien porque no existe relación sobre los hechos que se quieran probar y las pruebas rechazadas, o bien, porque resulte acreditado que el interesado, pese al rechazo, pudo proceder a la defensa de sus derechos e intereses legítimos. La indefensión consiste en un impedimento del derecho a alegar y demostrar en el proceso los propios derechos y, en su manifestación más trascendente, es la situación de que el órgano judicial impide a una parte en el proceso el ejercicio del derecho de defensa, privándola de su potestad de alegar y justificar sus derechos e intereses para que le sean reconocidos o para replicar dialécticamente las posiciones contrarias en el ejercicio del indispensable principio de contradicción (SSTC 106/83, 48/84, 48/86, 149/87, 35/89, 163/90, 8/91, 33/92, 63/93, 270/94, 15/95).

No basta, por tanto, con la realidad y presencia de un defecto procesal si no implica una limitación o menoscabo del derecho de defensa en relación con algún interés de quien lo invoca, sin que le sean equiparables las meras situaciones de expectativa del peligro o riesgo (SSTC 90/88, 181/94 y 316/94).

En definitiva, no son, por lo general, coincidentes de manera absoluta las vulneraciones de normas procesales y la producción de indefensión con relevancia constitucional en cuanto incidente en la vulneración del derecho fundamental a un proceso justo que establece el art. 24 CE. Así la STS 31.5.94, recuerda que el Tribunal Constitucional tiene declarado, de un lado, que no toda vulneración o infracción de normas procesales produce "indefensión" en sentido constitucional, pues ésta solo se produce cuando se priva al justiciable de alguno de los instrumentos que el ordenamiento pone a su alcance para la defensa de sus derechos con el consiguiente perjuicio (SSTC 145/90, 106/93, 366/93), y de otra, que para que pueda estimarse una indefensión con relevancia constitucional que sitúe al interesado al margen de alegar y defender en el proceso sus derechos, no basta con una vulneración puramente formal sino que es necesario que con esa infracción formal se produzca ese efecto material de indefensión, un menoscabo real y efectivo del derecho de defensa (SSTC 153/88, 290/93).

Por ello la exigencia de que la privación del derecho sea real impone e implica una carga para la parte que la alega, consistente en la necesidad de proporcionar un razonamiento adecuado sobre tal extremo, argumentando como se habría alterado el resultado del proceso de haberse evitado la infracción denunciada.

En el caso que nos ocupa, no puede decirse que haya una falta absoluta de defensa. En efecto, así resulta examinadas las actuaciones y las propias alegaciones del recurrente, que, reproduciendo sus manifestaciones en el acto del juicio oral de la primera instancia, reconoce que se avino a declarar, contestando: "yo declaro, sí" a las preguntas de quien presidía el acto, aclarándole su situación y el momento procesal en que se encontraba, venciendo, por tanto, la "perplejidad", en este trámite casacional invocada. Así, esta sala no puede realizar interferencias en la labor de defensa que ejerció el letrado de oficio; tanto más cuanto el proceso ha gozado de una doble instancia, en cuya segunda se formularon dos motivos de apelación, uno de ellos fundado en la "falta de capacidad psicofísica del acusado para comparecer en juicio", que fue rechazado -no apreciando tampoco ningún tipo de indefensión- por el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, que conoció de tal recurso.

DATOS SENTENCIA

Sentencia núm. 551/2019

Fecha de sentencia: 12/11/2019

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION

Número del procedimiento: 1909/2018

Ponente: Excmo. Sr. D. Francisco Monterde Ferrer.

TEMA

Delito continuado de apropiación indebida. Excusa absolutoria del art 268.1 CP. Yerno acusado y suegra víctima, que viven juntos en la época de los hechos, que son anteriores a la entrada en vigor de la reforma del CP. Parentesco por afinidad en primer grado. Se estima que el fallecimiento de la esposa del primero e hija de la segunda, no extingue la referida relación parental.

ASPECTOS EXAMINADOS

- El art. 268 CP, vigente en la época de los hechos (2011 a 2014), -por tanto antes de la entrada en vigor de la reforma producida por la LO.1/2015, que, junto a la violencia o intimidación añadió " el abuso o vulnerabilidad de la víctima, ya sea por razón de edad ,o por tratarse de una persona con discapacidad", dispone: "1 Están exentos de responsabilidad criminal y sujetos únicamente a la civil los cónyuges que no estuvieren separados legalmente o de hecho o en proceso judicial de separación, divorcio o nulidad de su matrimonio y los ascendientes, descendientes y hermanos por naturaleza o por adopción, así como los afines en primer grado si viviesen juntos, por los delitos patrimoniales que se causaren entre sí, siempre que no concurra violencia o intimidación. 2. Esta disposición no es aplicable a los extraños que participaren en el delito."

La jurisprudencia en SSTs 22-5-2013, nº 412/2013, 618/2010, 23 de junio, 91/2006 de 30 enero y 334/2003, 5 de marzo, ha recordado que "la razón de ser de la excusa absoluta de los delitos contra la propiedad que no impliquen violencia ni intimidación entre los parientes incluidos en la excusa absoluta del art. 268 del vigente CP, equivalente al art. 564 del anterior CP, se encuentra en una razón de política criminal que exige no criminalizar actos efectuados en el seno de grupos familiares unidos por fuertes lazos de sangre en los términos descritos en el art. 268 porque ello, suele provocar una irrupción del sistema per se dentro del grupo familiar poco recomendable que perjudicaría la posible reconciliación familiar, estaría en contra de la filosofía que debe inspirar la actuación penal de mínima intervención y última ratio, siendo preferible desviar el tema a la jurisdicción civil que supone una intervención menos traumática y más proporcionada a la exclusiva afectación de intereses económicos como los únicos cuestionados (...)"

Como señalan las sentencias indicadas, la jurisprudencia ha mantenido respecto a la interpretación de tal excusa absoluta una línea rígida, de modo que ésta, en cuanto norma de privilegio, no admite interpretaciones extensivas a hechos distintos, a situaciones diferentes o a otras personas que las expresamente recogidas en el texto legal.

La sentencia de instancia proclama como hecho probado, que Doña CCC...madre de III, vivía con su única hija y con el acusado, -con la cual éste había contraído matrimonio- en un chalet de 0000, desde el año 1999, habiendo fallecido III el 11 de enero de 2011. Y que entre esta fecha y marzo de 2014, en que CCC abandonó el chalet, el acusado procedió a realizar, con ánimo de ilícito beneficio propio, numerosos cargos contra las cuentas de las que CCC era titular, así como las retiradas de efectivo, transferencias, y trasposos de cuenta que se relacionan.

Consecuentemente, en el momento de realizarse los hechos por el acusado, éste como yerno se hallaba unido a su suegra por los lazos del parentesco por afinidad en el primer grado. Ciertamente el art. 85 del CC, establece que el matrimonio se disuelve, sea cual fuere la forma y el tiempo de su celebración por la muerte o la declaración de fallecimiento de uno de los cónyuges y por el divorcio, pero de ningún modo se dispone que la extinción del vínculo matrimonial, suponga que el pariente afín se convierta en un extraño, porque el vínculo afectivo se mantiene a pesar de tal extinción del vínculo.

Nuestro Código Civil no define el parentesco, pero contiene normas referentes al mismo en el Capítulo III "De la sucesión intestada, del L.III "De los diferentes modos de adquirir la propiedad, cuya Sección Segunda, tienen como rúbrica "Del parentesco". Y los arts. 915 a 923 regulan el sistema de cómputo del parentesco y sus grados; preceptos inmodificados desde la promulgación del Código en 1889. El único precepto de esta sección que ha sido modificado como consecuencia de la Ley 30/81, de 7 de julio, que modifica la regulación del matrimonio en el Código Civil y determina el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio, es el art. 919 del CC., señalando que: "El cómputo de que trata el artículo anterior rige en todas las materias ". Con ello desaparece la diferencia que existía en el cómputo de grados en el orden civil y canónico. Según asentada Doctrina el parentesco por afinidad se puede definir como "aquel que se establece entre un cónyuge y los parientes por consanguinidad del otro". Sin embargo, entre los cónyuges se suele entender mayoritariamente que no existe ningún parentesco, pues el matrimonio no genera relación parental alguna, aunque sí produce un nuevo estado civil para los cónyuges. Así el matrimonio que hace familiares a los cónyuges, no los convierte en parientes entre sí. La relación entre ellos queda reducida a un vínculo "suis generis" (Cfr STS 18-3-2003). Y la génesis y desenvolvimiento de la relación de afinidad permite afirmar que el concepto jurídico de la misma no debe definirse al margen o con abstracción completa de los deberes y usos que son práctica entre los afines en la convivencia social. Y justamente estos deberes y usos sociales se caracterizan por la bilateralidad o doble dirección, al menos en la inmensa mayoría de los aspectos de la relación.

Esta doctrina ha sido considerada por la Sala Tercera del Tribunal Supremo (SSTS 511/17, de 24 de marzo; y 1430/17, de 25 de septiembre) a los efectos de aplicación de las normas tributarias que gravan la sucesión; y tomada en cuenta por la Sala Cuarta (Cfr. STS 1071/98, de 18 de febrero) sobre el alcance de la relación de afinidad a efectos del permiso laboral por desgracia familiar.

Por ello resulta difícil de compartir, lo que dice la STS 1056/2005, de 27 de septiembre, de esta Sala en un caso de viudedad del querellante, respecto de que: "El parentesco por afinidad se genera y sostiene en el matrimonio, por lo que desaparecido el vínculo matrimonial se extingue éste, rompiéndose entre los cónyuges cualquier relación parental, y si se rompe entre los esposos, con más razón respecto de la familia de uno de ellos en relación al otro, esto es, el parentesco por afinidad, desaparece ...".

Habiéndose de entender, por el contrario, conforme al clásico brocardo "ad finitas in conyuge supérstite non deletur", que subsiste el parentesco por afinidad entre el yerno y su suegra, después del fallecimiento de la esposa del primero e hija de

la segunda, la razón ha de reconocerse en el recurrente, con las consecuencias absolutorias que se determinaran en segunda sentencia, aunque con el mantenimiento de las responsabilidades civiles establecidas en la sentencia de instancia.

Y ello porque este es el criterio asentado en la Jurisprudencia de esta Sala. Así, la STS 412/2013, de 22 de mayo, que a su vez cita la 361/2007, de 24 de abril; 198/2007, de 5 de marzo y la 618/2010, establece que la exigencia de responsabilidad en los casos de apreciación de la excusa absolutoria de referencia “se basa en la conveniencia de no repetir el proceso, que, en sus extremos más trascendentales, entre los que se encuentran los aspectos civiles, ya se había desarrollado en su integridad.”

La STS 851/16, de 11 de noviembre, dice que “resulta evidente que, para poder aplicar la excusa absolutoria de referencia, antes se precisa mediante el seguimiento del proceso debido en todas sus fases, el desarrollo de una prueba que justifique la existencia del delito imputado y, a pesar de ello, la extinción de la derivada y correspondiente responsabilidad penal, con declaración e inclusión en el fallo de la subsistente responsabilidad civil”.

La STS 63/18, de 12 de diciembre, precisa que “si concurriera la excusa absolutoria, podría llevarse a cabo pronunciamiento acerca de la responsabilidad civil. Otra cosa es que se hubiere dictado sentencia absolutoria, sin la aplicación de la excusa absolutoria”

La STS 436/18, de 28 de septiembre, indica que “entre los parámetros de actuación para la aplicación de la excusa absolutoria, está que no quede excluida la responsabilidad civil, la cual puede ser reconocida en la sentencia penal, que haya recogido la excusa, o bien si se acepta en la fase de instrucción, dejando abierta la vía civil para ello”

Y, por su parte, STS 669/14, de 15 de octubre, como también la 616/18, de 11 de abril, proclaman que “la excusa absolutoria del art 268 CP, no interfiere en lo relativo a la responsabilidad civil, porque que queden sin punición los hechos comprendidos, no los transmuta, entre los sujetos relacionados por alguna de las clases de parentesco descritas, en lícitos; las notas de antijuricidad, tipicidad y culpabilidad por esa mera circunstancia parental no desaparecen, aunque se exima de pena.”

DATOS SENTENCIA

Sentencia núm. 554/2019

Fecha de sentencia: 13/11/2019

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION (P)

Número del procedimiento: 10121/2019 P

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

TEMA

Delito de Trata de seres humanos: presupuestos de valoración de las declaraciones de las víctimas; presupuestos para la validez de declaraciones sumariales de testigos sin contradicción, doctrinas del TEAH. Delito contra el derecho de los trabajadores (art. 311 CP); valor de la declaración de los acusados en caso de silencio durante el juicio. Delito de trata de seres humanos: presupuestos típicos.

ASPECTOS EXAMINADOS

- Validez de las declaraciones testificales practicadas mediante Comisión Rogatoria y sin contradicción
En el motivo cuarto del recurso se cuestiona la validez probatoria de la declaración de la testigo protegida CCC, por cuanto fue prestado mientras la causa permanecía en secreto, ante la policía y sin intervención de la defensa. La falta de contradicción debió dar lugar a que su declaración no se introdujera en el plenario mediante lectura, por no cumplirse las exigencias que se derivan del artículo 730 de la LECrim, y a que no fuera valorado en la sentencia como prueba de cargo. Esta misma queja ha sido formulada por otros recurrentes respecto de las tres testigos que estuvieron en la misma situación por lo que la respuesta que ahora se dé servirá de fundamento para la contestación de los restantes recursos. Desde la temprana sentencia del Tribunal Constitucional 31/1981 de 28 de julio, se consolidó el criterio jurisprudencial de que únicamente pueden considerarse auténticas pruebas que vinculen a los órganos de la justicia penal en el momento de dictar sentencia las practicadas en el juicio oral, pues el procedimiento probatorio ha de tener lugar precisamente en el debate contradictorio que, de forma oral, se desarrolle ante el mismo Juez o Tribunal que ha de dictar sentencia, de suerte que la convicción de éste sobre los hechos enjuiciados se alcance en contacto directo con los medios de prueba aportados por las partes (por todas, SSTC 195/2002, de 28 de octubre, FJ 2, y 206/2003, de 1 de diciembre, FJ 2). Pero también se ha venido diciendo que esa regla o criterio de principio no es absoluto de modo que tampoco puede negarse con carácter general que carezcan de eficacia las diligencias judiciales y sumariales practicadas con las formalidades que la Constitución y el ordenamiento procesal establecen, siempre que puedan constatare en el acto de la vista y en condiciones que permitan a la defensa del acusado someterlas a contradicción (SSTC 187/2003, de 27 de octubre, FJ 3, y 345/2006, de 11 de diciembre, FJ 3 y 134/2010, de 2 de diciembre, entre otras muchas).

Esta posición de principio ha sido tomada en consideración para determinar la validez de determinadas pruebas testificales practicadas durante la instrucción. En la citada STC 134/2010, de 2 de diciembre, se afirmó que la validez de las pruebas de cargo preconstituídas durante la fase de instrucción quedaba condicionada a los siguientes requisitos: materiales (su imposibilidad de reproducción en el acto del juicio oral), subjetivos (la necesaria intervención del Juez de Instrucción), objetivos (que se garantice la posibilidad de contradicción y la asistencia letrada al imputado, a fin de que pueda interrogar al testigo) y formales (la introducción del contenido de la declaración sumarial a través de la lectura del acta en que se documenta, conforme al art. 730 LECrim, o a través de los interrogatorios), lo que posibilita que su contenido acceda al debate procesal público y se someta a contradicción en el juicio oral ante el Juez o Tribunal sentenciador [SSTC 80/2003, de 28 de abril, FJ 5; 187/2003, de 27 de octubre, FJ 3, y 344/2006, de 11 de diciembre, FJ 4 c)].

Para que operen esas excepciones se precisa una justificación razonable que impida la declaración en el juicio oral y también un esfuerzo razonable del tribunal para conseguir que el testigo declare en el juicio. El Tribunal Constitucional ha considerado como causas justificativas el fallecimiento del testigo (SSTC 10/1992, 10 de enero; 41/1991, 25 de febrero; 209/2001, 22 de octubre; 1/2006, 16 de enero), una grave lesión cerebral debidamente acreditada (134/2010, de 2 de diciembre) o encontrarse el testigo en ignorado paradero habiéndose realizado las gestiones oportunas para intentar su localización (STC 134/2010, 2 de diciembre).

Sin embargo, las exigencias de la prueba preconstituída también pueden ser excepcionadas, ya que hay supuestos en que se admiten como prueba de cargo declaraciones sumariales sin contradicción alguna. En efecto, el Tribunal Constitucional viene insistiendo en que “lo que nuestra doctrina garantiza no es la contradicción efectiva, sino la posibilidad de contradicción (SSTC 200/1996, de 3 de diciembre, FJ 3; y 142/2006, de 8 de mayo, FJ 3), resultando que dicho principio de contradicción se respeta, no sólo cuando el demandante goza de la posibilidad de intervenir en el interrogatorio de quien declara en su contra, sino también cuando tal efectiva intervención no llega a tener lugar por motivos o circunstancias que no se deben a una actuación judicial constitucionalmente censurable (SSTC 80/2003, de 28 de abril, FJ 6; 187/2003, de 27 de octubre, FJ 4; y 142/2006, de 8 de mayo, FJ 3)”.

Se ha considerado que esa situación se produce cuando la falta de contradicción se debe a la actuación del propio acusado o de su defensa. Así, el máximo intérprete constitucional ha considerado válida una declaración sumarial del acusado sin contradicción porque durante el juicio estaba en paradero desconocido o en situación de rebeldía (STC 115/1998, de 1 de junio). También se ha dado validez a declaraciones de testigos prestadas durante el sumario sin la intervención de la defensa porque el procesado no estaba personado, por estar huido (SSTC 57/2002, de 11 de marzo y 80/2003, de 28 de abril) y también cuando están presentes en la declaración los letrados de las partes y renuncian a formular preguntas (STC 2/2002, de 14 de enero). La citada STC 80/2003, de 28 de abril fue recurrida ante el TEDH, que inadmitió la queja afirmando que la falta de contradicción no fue imputable a la autoridad judicial sino al propio acusado que se sustrajo voluntariamente a la acción de la justicia (Decisión de inadmisión de 1.3.2005, Mínguez Villar c. España).

Se ha criticado la postura del Tribunal Constitucional afirmando que no respetaba los criterios del TEDH al permitir la falta de contradicción no sólo en los casos en que esta deficiencia es imputable al acusado sino también cuando no es imputable al órgano judicial, lo que permitiría ampliar los supuestos de validez de declaraciones sumariales sin contradicción como, por ejemplo, las declaraciones prestadas bajo secreto de sumario o cuando el acusado aun no es parte procesal y que, por causas sobrevenidas, su declaración no puede reproducirse en el juicio. Pero lo cierto es que la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos no es contradictoria con la postura del Tribunal Constitucional.

En efecto, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (STEDH de 19 de febrero de 2013, caso Gani contra España) también establece como punto de partida que “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 artículo 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 Unterperfinger 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 artículo 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). [...]”.

Sin embargo, este punto de partida fue matizado a partir de la sentencia del TEDH Al-Khawaja y Tahery c. Reino Unido (STEDH Gran Sala, de 15 de diciembre de 2011), en la que se sostuvo que la ausencia de contradicción no será contraria al derecho a un proceso equitativo si en el caso concreto existían medidas que permitieran una correcta evaluación de la fiabilidad de la declaración.

Para realizar semejante análisis y determinar si la ausencia de contradicción vulnera el derecho a un proceso equitativo se debe partir de una perspectiva global y ponderar los intereses concurrentes. Afirma la sentencia que “El Tribunal contemplará el procedimiento como un todo, tomando en consideración los derechos de la defensa, pero también los intereses de la sociedad y de las víctimas de que el delito es debidamente perseguido (...) así como, cuando sea necesario, los derechos de los testigos” (§ 118). También señala que se debe cumplir con dos exigencias cumulativas: que la ausencia del testigo esté justificada en buenas razones y que la limitación del derecho de defensa no sea incompatible con las garantías establecidas en el artículo 6 del Convenio, si bien es este último presupuesto, conocido como la regla “sole or decisive rule”, es el que se relativiza en la sentencia. Se afirma que la regla citada no puede ser aplicada de un modo inflexible y debe ser sometida a criterios de ponderación similares a los empleados para proteger intereses concretos de testigos o víctimas. Un entendimiento rígido “transformaría la regla en un instrumento tajante e indiscriminado, contrario al modo tradicional en que el Tribunal aborda la cuestión de la equidad global del procedimiento, en aras a ponderar los intereses enfrentados de la defensa, la víctima y los testigos, así como el interés público en una efectiva administración de justicia” (§ 146).

El TEDH, en fin, sienta el criterio de que cuando una condena está basada únicamente o de modo decisivo en pruebas ofrecidas por testigos ausentes, la imposibilidad de haber sometido a contradicción el testimonio no conllevará automáticamente una vulneración del derecho a un proceso equitativo. Dependerá de si en el caso concreto existen “suficientes factores de compensación, incluyendo medidas que permitan una correcta y adecuada evaluación de la fiabilidad de esa prueba. Esto permite que una condena se funde únicamente en dicha prueba solamente si es suficientemente fiable dada su relevancia en el caso” (§ 147).

Esta Sala ya ha realizado distintos pronunciamientos recogiendo la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. En la STS 182/2017, de 22 de marzo, por citar sólo un ejemplo, se recoge con todo detalle no sólo el contenido de la doctrina del alto tribunal sino una relación detallada de distintos pronunciamientos de aplicación de los criterios generales. A su lectura nos remitimos para evitar una cita innecesariamente extensa. Únicamente vamos a destacar de su contenido los criterios generales que se desprenden de la doctrina del TEDH.

Dice la sentencia que el examen de la compatibilidad del art. 6.1 y 3 d) del Convenio Europeo de Derechos Humanos, con un proceso donde las declaraciones de un testigo que no ha sido interrogado por la defensa durante el proceso, son utilizadas como prueba, exige una triple comprobación:

i) si había un motivo justificado, una razón seria, para la no comparecencia del testigo en la vista y, por tanto, para la admisión como prueba de su testimonio en fase sumarial;

En cuanto al primer parámetro de análisis, no cabe duda que la declaración de secreto de las actuaciones, cuya procedencia y legalidad no se ha cuestionado, era una razón suficientemente justificada para que la declaración de los testigos se realizara sin la intervención de las partes. La declaración de los testigos mediante Comisión Rogatoria se practicó de acuerdo con las formalidades del país requerido y ninguna deficiencia formal cabe objetar a su ejecución y práctica, cuestión sobre la que más adelante haremos una exposición más precisa.

El tribunal de instancia, con el fin de garantizar la contradicción y los derechos de la defensa y dado que los testigos residían fuera de España, admitió como prueba su declaración mediante video conferencia.

Debe recordarse que, como regla general, la comparecencia o declaración del testigo residente en el extranjero se debe procurar acudiendo a la asistencia judicial internacional si tal mecanismo está disponible (Gabrielyan, precitado, § 83, Fafrowicz, precitado, § 56, Lucic, precitado, § 80, y Nikolitsas, precitado, § 35). El TEDH también ha afirmado que una medida positiva para garantizar la contradicción cuando el testigo reside en el extranjero es acordar la práctica de la declaración por video conferencia, de conformidad con el Convenio europeo de asistencia judicial en materia penal de 20 de abril 1959 complementado por el Convenio relativo a la asistencia judicial en materia penal entre los Estados miembros de la Unión Europea de 29 de mayo de 2000 (Simon Price c. Reino Unido, de 15 de septiembre de 2016).

En el caso, se realizaron diligencias tendentes a la localización de los testigos acudiendo a instrumentos de cooperación internacional y se acordó su declaración en el juicio plenario por video conferencia, sin que fuera posible llevar a efecto su comparecencia por estar los testigos en paradero desconocido. El Tribunal de instancia no tenía medios para hacer comparecer a los testigos o para llevar a cabo diligencias adicionales para su localización.

ii). si el testimonio del testigo ausente fue el fundamento único o determinante para la condena;

En relación con el segundo de los criterios destacados por el TEDH resulta especialmente relevante que en este caso las declaraciones de los testigos no son la única prueba de cargo, ya que en el acto del juicio prestaron declaración cinco testigos ofreciendo una versión coincidente. Tan es así que podría prescindirse de la valoración probatoria de las testificales cuestionadas porque la restante prueba tiene la suficiente consistencia y peso inculpativo para un pronunciamiento de culpabilidad. Además, el tribunal de instancia en su ponderación de la

prueba ha reducido el valor probatorio de estos testimonios en tanto que no ha considerado que constituyen una prueba directa de los hechos sino un elemento más de corroboración de las restantes pruebas.

iii) si había elementos de compensación, principalmente sólidas garantías procesales suficientes, para contrarrestar las dificultades causadas a la defensa como resultado de la admisión de tales pruebas y asegurar así la equidad del procedimiento en su conjunto.

En relación con el último de los parámetros, el tribunal adoptó medidas para compensar el déficit de contradicción. En la casuística del TEDH se han considerado como factores de contrapeso el que la declaración no contradictoria tenga fuertes similitudes con la prestada por un testigo presente, sin que hubiera indicios de connivencia o concierto entre ambos. También se ha considerado relevante que la defensa conociera la identidad del testigo para cuestionar en el plenario su credibilidad, así como poner en evidencia sus contradicciones e incoherencias (Aigner, precitado, § 43, D.T. c. Países Bajos, decisión precitada, § 50, Garofolo, precitado, § 56, et Gani, precitado, § 48). También se ha considerado contrapeso la existencia de otras pruebas decisiva (Seton c. Reino Unido, de 31 de marzo, de 2016).

En este caso, según hemos señalado anteriormente, estos testimonios se suman a los de otras víctimas de contenido similar y las defensas conocían la identidad de los testigos lo que ha permitido que pudieran valorar y cuestionar en su integridad esos testimonios.

A la vista de todo lo anterior, la falta de contradicción no es una deficiencia atribuible a una actuación judicial censurable y, valorando en su conjunto el desarrollo del proceso, esa falta de contradicción no vulnera el derecho de defensa o el derecho a un juicio justo.

El análisis global del proceso permite afirmar la fiabilidad de las declaraciones en la medida en que confirman y corroboran las declaraciones prestadas por los testigos que comparecieron en el acto del juicio. Por último, resulta necesario insistir en que las declaraciones sobre las que pesa la censura del recurso no son determinantes de la culpabilidad o la inocencia. El pronunciamiento de culpabilidad se hubiera producido igualmente de no apreciarse relevancia probatoria a los testigos en tanto que las pruebas de cargo restantes son de suficiente relevancia para un pronunciamiento de condena, de ahí que la sentencia de instancia no haya valorado los testimonios cuestionados como prueba directa de los hechos, sino como elemento de corroboración de los testimonios directos recabados en el juicio.

Ya hemos dicho que para dar validez a una declaración sumarial se precisa, por regla general, que se haya respetado el principio de contradicción y que sea practicada ante un juez. El principio de contradicción puede ser excepcionado en limitados casos, según acabamos de exponer, y el principio de jurisdiccionalidad también, pero de forma muy limitada.

En efecto, en relación con diligencias probatorias realizadas en países de la Unión Europea en el marco de la Cooperación Jurídica Internacional resulta de aplicación, con matices, como después veremos, el llamado principio de “no indagación”, al que se refirió al STS 116/2017, de 23 de febrero (Caso Falciani). En esta sentencia se hace referencia a otras resoluciones de esta Sala que se han pronunciado sobre este principio. En la STS 456/2013, 9 de junio, se dijo que “la pretensión de que los Tribunales españoles se conviertan en custodios de la legalidad de actuaciones efectuadas en otro país la Unión Europea deviene inaceptable. Existe al respecto ya una consolidada doctrina de esta Sala que en general, y más en concreto, en relación a los países que integran la Unión Europea, tiene declarado que no procede tal facultad de <supervisión>”. En la STS 1521/2002 de 25 de septiembre, apuntábamos que “... en el marco de la Unión Europea, definido como un espacio de libertad, seguridad y justicia, en el que la acción común entre los Estados miembros en el ámbito de la cooperación policial y judicial en materia penal es pieza esencial (...), no cabe efectuar controles sobre el valor de los realizados ante las autoridades judiciales de los diversos países de la Unión, ni menos de su adecuación a la legislación española cuando aquellos se hayan efectuado en el marco de una Comisión Rogatoria y por tanto de acuerdo con el art. 3 del Convenio Europeo de Asistencia Judicial en materia Penal”. En la misma línea, la STS 340/2000, 3 de Marzo, precisaba que “...la incorporación a causa penal tramitada en España de pruebas practicadas en el extranjero en el marco del Convenio Europeo de Asistencia Judicial (...) no implica que dichas pruebas deban ser sometidas al tamiz de su conformidad con las normas españolas”; mientras que la STS 947/2001, 18 de Mayo, concluía que “...no le corresponde a la autoridad judicial española verificar la cadena de legalidad por los funcionarios de los países indicados, y en concreto el cumplimiento por las autoridades holandesas de la legalidad de aquel país ni menos sometidos al contraste de la legislación española...”. Esa no indagación por las autoridades jurisdiccionales españolas del grado de cumplimiento en otro Estado de las garantías propias de nuestro sistema, está también presente en la STS 556/2006, 31 de mayo. En el apartado 2º de su FJ 7º puede leerse lo siguiente: “...la posible existencia de irregularidades en la detención y ejecución de la misma en el extranjero no tendría consecuencias respecto de la validez de las actuaciones policiales y procesales desarrolladas en España, pues el control de legalidad constitucional y ordinaria que efectúa este Tribunal ha de referirse a la actuación de las autoridades españolas dentro del marco del proceso penal, en sentido amplio, seguido en nuestro país. Y ello no supone la aplicación del principio “male captus bene detentus”, según el cual, cuando la detención está acordada en legal forma, las irregularidades en la ejecución de la misma no constituyen una excepción procesal que pueda afectar a la validez del proceso en su conjunto.

Pues, aunque de alguna forma se alegue, no se ha acreditado ninguna infracción cometida en el apresamiento del recurrente. Y, por otra parte, como se ha dicho, esta regla no exige una excepción cuando la infracción no ha sido cometida por las autoridades españolas”.

La sentencia 116/2017, añade unas interesantes conclusiones finales:

“(…) Es lógico que la validez en el proceso penal español de actos procesales practicados en el extranjero no se condicione al grado de similitud entre las reglas formales que, en uno y otro Estado, singularizan la práctica de esa prueba. Al juez español no le incumbe verificar un previo proceso de validación de la prueba practicada conforme a normas procesales extranjeras. Pero la histórica vigencia del principio *locus regit actum*, de dimensión conceptual renovada a raíz de la consolidación de un patrimonio jurídico europeo, no puede convertirse en un trasnochado adagio al servicio de la indiferencia de los órganos judiciales españoles frente a flagrantes vulneraciones de derechos fundamentales. Incluso en el plano semántico la expresión principio de no indagación, si se interpreta desbordando el ámbito exclusivamente formal que le es propio, resulta incompatible con algunos de los valores constitucionales comprometidos en el ejercicio de la función jurisdiccional.

Esta idea tampoco es ajena a la jurisprudencia de esta Sala. De hecho, en la STS 829/2006, 20 de julio, en una causa incoada por delito de terrorismo, negábamos validez a la valoración de una “entrevista policial” de dos agentes españoles a un preso interno en la base militar de Guantánamo, cuyo testimonio fue recuperado como indicio probatorio de refuerzo de la declaración prestada por el acusado. Decíamos entonces que “...la detención de cientos de personas, entre ellas el recurrente, sin cargos, sin garantías y por tanto sin control y sin límites, en la base de Guantánamo, custodiados por el ejército de los Estados Unidos, constituye una situación de imposible explicación y menos justificación desde la realidad jurídica y política en la que se encuentra enclavada. Bien pudiera decirse que Guantánamo es un verdadero «limbo» en la Comunidad Jurídica”. La cita de este fragmento sugiere una doble reflexión. De una parte, se opone de manera frontal a la proclamación del principio de no indagación como una regla de valor apodíctico en nuestra jurisprudencia. La Sala indagó y lo hizo para concluir la falta de virtualidad probatoria de un testimonio de referencia, por más que procedía de agentes de la autoridad españoles expresamente desplazados a territorio estadounidense para la práctica de un interrogatorio que fue ajeno a los principios estructurales de contradicción y defensa y que, por si fuera poco, se practicó en el entorno de coacción moral que es imaginable en un centro de reclusión concebido en los términos en los que aquél fue diseñado. De otra parte, la lectura de ese razonamiento es bien expresiva de la necesidad de no fijar reglas generales que en su inflexibilidad no tomen en consideración la rica variedad de supuestos que nos ofrece la práctica. La intensidad de la vulneración de derechos denunciada admite matices de los que no puede prescindirse en el momento de fijar el alcance de la regla de exclusión.

En definitiva, el principio de no indagación no puede interpretarse más allá de sus justos términos. Su invocación debería operar en el marco exclusivamente formal que afecta a la práctica de los actos de investigación en uno u otro espacio jurisdiccional. De tal forma que la flexibilidad admisible en los principios del procedimiento –adecuados por su propia naturaleza a cada sistema procesal– no se extienda a la obligada indagación de la vigencia de los principios estructurales del proceso, sin cuya realidad y constatación la tarea jurisdiccional se aparta de sus principios legitimadores (...).”.

Esta larga cita jurisprudencial nos pone en el camino de resolver la queja que ahora nos ocupa. La declaración de los testigos que depusieron en Rumanía ante la policía se produjo en el marco de una petición de cooperación jurídica internacional y dentro del territorio de la Unión Europea. La diligencia no fue llevada a cabo por funcionarios españoles, sino rumanos, y la ausencia de contradicción tuvo su justificación en la previa declaración de secreto. No se ha formulado queja alguna sobre la existencia de algún tipo de irregularidad o deficiencia en las declaraciones que pueda justificar una duda razonable sobre el contenido de lo declarado por los testigos.

Por lo tanto, valorando estas circunstancias y de acuerdo con el principio de no indagación no hay razones para negar validez a las declaraciones de los testigos, en los limitados términos en que la sentencia las ha apreciado.

- Delito contra los derechos de los trabajadores

En el décimo motivo del recurso y también por la vía de la infracción de ley se censura la sentencia de instancia por aplicación indebida del delito tipificado en el artículo 311.1º y 3º del Código Penal.

En el desarrollo argumental del alegato se afirma que el delito del artículo 311 CP precisa de una actividad laboral por cuenta ajena y en el caso ni el recurrente puede ser calificado de empresario a estos efectos ni se puede considerar que las víctimas ejercieran una actividad laboral libre y remunerada. Ni el recurrente ni su hermano ejercieron funciones de encargados de los locales en que las víctimas ejercieron la prostitución y tampoco fijaron las condiciones en que éstas desarrollaron su actividad.

En la reciente STS 162/2019, de 26 de marzo, siguiendo una pauta interpretativa consolidada, hemos abordado la cuestión que nos plantea el recurrente, si la actividad de prostitución es o no susceptible de encajar en el tipo penal del artículo 311 del Código Penal, si se trata de una actividad laboral o, por el contrario, de una actividad que por sus especiales connotaciones está absolutamente al margen de una relación laboral.

En la citada sentencia indicábamos que ha habido una tendencia jurisprudencial a ampliar el marco de la protección penal a las relaciones concernientes a personas que estén en situación de desprotección por más que no tuvieran las condiciones exigibles legalmente para intervenir en un contrato de trabajo. Es el caso de los inmigrantes clandestinos o el caso de determinadas actividades cuya licitud puede ser cuestionada, como las que se desarrollan en los locales de alterne. En muchos casos estas personas son sometidas a condiciones de trabajo contrarias a la dignidad humana y manifiestamente abusivas, y no es razonable excluirlas de la protección penal.

Por esa razón y en relación con el artículo 312.2 del Código Penal hay abundantes precedentes en que al empresario que en su establecimiento desarrolla actividades de prostitución en condiciones de trabajo contrarias a la dignidad humana, desconociendo los derechos laborales de las personas explotadas, comete no sólo el delito que corresponda por la explotación de la prostitución sino también un delito contra los derechos de los trabajadores, por más que éstos no tengan las condiciones necesarias para ser sujetos de una relación laboral.

Citaremos por su expresividad la STS 208/2010, de 18 de marzo en la que se recuerda (con cita de la STS 372/2005, de 17 de marzo) que "[...] la conducta que describe el art. 312.2, sanciona la explotación laboral, en cualquier actividad al contratar a trabajadores extranjeros, que no cuentan con permiso de trabajo, y además, para ser distinguido este comportamiento de la sanción administrativa, la ley penal anuda un desvalor especial que se traduce en que las condiciones impuestas deben ser notoriamente perjudiciales para el trabajador, de modo que se originen situaciones de explotación en el trabajo. No importa que la clase de trabajo llevado a cabo haya sido la prostitución [...]"

En la sentencia de esta Sala núm. 995/2000, de 30 de junio vino a señalar en relación a la contratación de los inmigrantes ilegales, que su interpretación debe efectuarse desde una perspectiva constitucional (no olvidando la afirmación con que se inicia la Constitución, que en su art. 1 califica el Estado de "social"), en la medida que el llamado derecho penal laboral, del que el tipo que se comenta es elemento central, sanciona fundamentalmente situaciones de explotación, que integran ilícitos laborales criminalizados, de suerte que el bien jurídico protegido está constituido por un conjunto de intereses concretos y generales que protegen la indemnidad de la propia relación laboral, mediante la sanción de aquellas conductas que atenten contra los derechos y condiciones laborales de los trabajadores.

Las menciones que hacíamos al artículo 312 CP son también aplicables al artículo 311 CP y, partiendo de estos precedentes, la conducta de quien determina a otro al ejercicio del prostitución y, además, le obliga a una prestación continuada por cuenta ajena, en el contexto de una relación de subordinación o dependencia y, además, le obliga unas condiciones de prestación contrarias a la dignidad humana, que en este caso, eran cercanas a la esclavitud, incurre también en el delito tipificado en el artículo 311 del Código Penal.

El citado artículo 311 en la redacción vigente al tiempo de los hechos castiga "los que, mediante engaño o abuso de situación de necesidad impongan a los trabajadores a su servicio condiciones laborales o de Seguridad Social que perjudiquen, supriman o restrinjan los derechos que tengan reconocidos por disposiciones legales, convenios colectivos o contrato individual", imponiendo la pena superior en grado si "se llevaren a cabo con violencia o intimidación".

En nuestro caso el relato fáctico de la sentencia describe que "Una vez en XXX, les retiraban la documentación así como sus teléfonos móviles y, tras advertirles que les debían el importe del precio del viaje, cuya cuantía exacta nunca les facilitaban, las obligaban con violencia física y psíquica a ejercer la prostitución, y para mantenerlas atemorizadas con el fin impedir que se marcharan, las amenazaban personalmente de muerte incluso con objetos cortantes como espadas o katanas, anunciándoles igualmente la causación de distintos males a su propia persona o a sus familiares en Rumania si no saldaban la deuda, estando obligadas a entregar los beneficios obtenidos por tales actividades a los acusados CCC y SSS. Por imposición de ambos hermanos, las mujeres iniciaban la jornada laboral en los prostíbulos a las 17 horas en donde permanecían hasta el cierre del local de trabajo, normalmente en torno a las 4 o 5 de la madrugada o hasta que no quedaba ningún cliente en los establecimientos, exigiendo a cada una, al menos, la cantidad de 200 euros diarios. Las mujeres debían trabajar todos los días sin ninguno de descanso, y si por cualquier circunstancia no iban a trabajar debían pagar esos 200 euros".

No cabe duda que el recurrente utilizó violencia para la consecución de sus fines e impuso a las víctimas unas condiciones de trabajo contrarias a la dignidad humana y ajenas a cualquier condición laboral lícita y admisible. Al margen de las responsabilidades que pudieran exigirse a los dueños de los establecimientos, los servicios de las víctimas lo fueron por cuenta ajena y en el contexto de una relación de subordinación y violencia. Las mujeres debían trabajar todos los días de la semana sin descanso, debían entregar 200 euros fuera cual fuera el rendimiento de su actividad y, además, en caso de no ir a trabajar por cualquier circunstancia, debían abonar la cantidad de 200 euros, todo ello en un contexto de abuso y violencia. Ante tales hechos ninguna censura puede hacerse a la sentencia porque los haya sancionado aplicando el artículo 311 del Código Penal (en igual sentido, SSTs 208/2010, de 18 de marzo, 270/2016, de 5 de abril y ATS 13 de octubre de 2005).

- Valor de la declaración de coacusados en caso de silencio durante el juicio

En segundo término, se desaprueba de la sentencia el haber admitido como prueba de cargo las declaraciones de MMM y NNN, ya que sus manifestaciones no pudieron ser objeto de contradicción plena, en tanto que comparecieron a juicio como acusadas y se negaron a contestar a las preguntas de las defensas.

El propio recurrente justifica su queja apoyándose en un voto particular que se formuló a la sentencia de esta Sala /2014, de 23 de diciembre. Así planteada la controversia debe recordarse que la doctrina que sigue esta Sala es la de la sentencia y no la del voto particular, por más que sus razones estén fuertemente fundadas. Y ello porque la sentencia no hace sino asumir la doctrina del Tribunal Constitucional que viene proclamando que no infringe abiertamente el principio de contradicción el testimonio heteroincriminatorio del coacusado, aunque se niegue a responder a las preguntas de su letrado. Se trata de una contradicción atenuada que no impide la valoración de las manifestaciones del coimputado (SSTC 142/2006, de 8 de mayo, 219/20009 de 21 de diciembre y 129/2014 de 26 de febrero).

En efecto, en la citada STS 878/2014, se argumenta que “el artículo 6.3 d) del Convenio Europeo debe interpretarse en el sentido de que el derecho a interrogar supone la existencia de una oportunidad apropiada para combatir los testimonios vertidos en su contra e interrogar al autor cuando declare o en momento posterior, pero cuando el silencio de éste supone una circunstancia ajena a la voluntad del Tribunal, o dicho de otro modo, cuando la -misma no tiene por causa una actuación judicial reprochable- no debiera resentirse el derecho de contradicción. Lo que realmente protege la Constitución no es propiamente la contradicción efectiva, sino la posibilidad de contradicción, que conlleva la exigencia de que sean citados al interrogatorio todas las partes que puedan verse afectadas por las declaraciones del coacusado, si ante su negativa a declarar o contestar a todas o algunas preguntas o de responder a una parte sí y a otra no, éstas hicieron constar sus preguntas en el acta del juicio oral. Ante tal negativa, basta con la posibilidad de interrogar a quien declara en su contra, al objeto de contradecir su credibilidad y el contenido de su testimonio incriminatorio, pero ello no conlleva necesariamente el derecho a obtener una respuesta, ya que el declarante está ejerciendo un derecho constitucionalmente reconocido”.

Esta Sala admite, como se desprende de la doctrina del Tribunal Constitucional, que puede valorarse como prueba de cargo la declaración de un coacusado cuando en el juicio haga uso de su derecho a no declarar, impidiendo con ello la contradicción y la posibilidad de que la defensa le someta a interrogatorio. La sentencia 878/2014, de 23 de diciembre, razona su pronunciamiento en los siguientes términos:

“(…) en los casos como el presente en que el coacusado se acoge a su derecho a no autoincriminarse y, en consecuencia, la contradicción no se muestra con la plenitud abstractamente pretendida, ha de tenerse presente que, con la exposición de las preguntas, aun sin obtener respuesta (que, por lo demás, tampoco ofrecería una completa garantía de autenticidad, dada la posibilidad del acusado de no contestar conforme a la verdad), pueden introducirse, ante la intermediación judicial, las oportunas dudas sobre la veracidad del declarante y refutar su versión de los hechos, pudiendo asimismo el juzgador ponderar la decisión de guardar silencio (vid. la STC 2/2002, de 14 de enero, FJ 7), de tal modo que, en definitiva, siempre que la defensa, siquiera sea de un modo atenuado, pueda objetar el contenido de la declaración del coacusado realizando cuantas alegaciones estime convenientes, queda salvaguardado el principio de contradicción, siendo en última instancia el órgano judicial quien, apreciando libremente la prueba en el ejercicio exclusivo de la potestad jurisdiccional que le atribuye el art. 117.3 CE, ha de resolver finalmente acerca de la eficacia probatoria de aquel testimonio para enervar la presunción de inocencia, lo que enmarca la cuestión justamente, no en el ámbito de este derecho, sino en el de la valoración de la prueba.

Junto a las líneas generales apuntadas, y sin excluir la eventualidad de atender al caso concreto en orden a determinar si la declaración del coacusado emitida con la contradicción atenuada derivada del ejercicio de su derecho a guardar silencio ha de perder o no su validez probatoria, deben tenerse en cuenta, en todo caso, dos elementos básicos. En primer lugar, como se acaba de señalar, que el órgano judicial, precisamente por su misión, asentada en el principio de libre apreciación de la prueba, de valorar su significado y trascendencia para fundamentar los fallos contenidos en sus Sentencias, podrá extremar las precauciones en el tratamiento del resultado de esta clase de pruebas provenientes del coacusado. Y, en segundo término, que la doctrina constitucional, consciente ya desde la STC 153/1997, de 29 de septiembre, FJ 6, de que el testimonio del coacusado sólo de forma limitada puede someterse a contradicción -justamente por la condición procesal de aquél y los derechos que le son inherentes, ya que a diferencia del testigo, no sólo no tiene la obligación de decir la verdad, sino que puede callar parcial o totalmente en virtud del derecho a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable que le reconoce el art. 24.2 CE como garantía instrumental del más amplio derecho de defensa que reconoce a todo ciudadano el derecho a no colaborar en su propia incriminación (SSTC 57/2002, de 11 de marzo, FJ 4; 155/2002, de 22 de julio, FJ 11 y 152/2004, de 20 de septiembre, FJ 2)-, ha venido disponiendo una serie de cautelas para que la declaración del coacusado alcance virtualidad probatoria y, así, se ha exigido un plus probatorio consistente, como enseguida se verá, en la necesidad de un corroboración mínima de la misma (...).”

- Delito de trata de seres humanos: presupuestos típicos:

El relato de hechos probados de la sentencia impugnada contiene tres apartados (A1, A2 y A3) en los que se describe de forma pormenorizada la captación, traslado y las condiciones a que se sometió a las tres mujeres. La forma en que se produjeron los acontecimientos permite su subsunción en el delito de trata de seres humanos, siendo improcedente desagregar las acciones de cada uno de los partícipes. El recurrente actuó de forma coordinada, dirigiendo la acción

desarrollada contra cada una de las mujeres, y el relato de la sentencia precisa y concreta su contribución específica, razón por la que esta queja tampoco puede ser apreciada.

3. Esta Sala ha tenido ocasión de pronunciarse en distintas sentencias sobre los elementos típicos de la conducta criminal de trata de seres humanos (SSTS 214/2017, de 29 de marzo y 396/2019, de 24 de julio), que también han sido destacados por la UNODC (Oficina de la Naciones Unidas contra la droga y el delito). Este delito se desarrolla en distintas fases:

- i) Fase de captación. La primera fase del delito de trata de seres humanos consiste en una inicial conducta de captación, que se realiza mediante la atracción de una persona para controlar su voluntad con fines de explotación. En esta fase se utiliza habitualmente el engaño. El tratante, sus colaboradores o su organización articulan mecanismos de acercamiento directo o indirecto a la víctima para lograr su "enganche" o aceptación de la propuesta. También se combina con frecuencia el engaño con la coacción. El engaño consiste en utilizar datos total o parcialmente falsos para hacer creer a la víctima algo que no es cierto y que generalmente se traduce en ofertas de trabajo legítimo, bien en el servicio doméstico, bien en establecimientos fabriles o comerciales, o incluso como modelos, y en general en ofrecer a personas desvalidas unas mejores condiciones de vida. Normalmente el engaño es utilizado para mantener a la víctima bajo control durante la fase de traslado y en los momentos iniciales en que se lleva a cabo la explotación, aunque pronto se suele sustituir o combinar con coacciones.

La coacción implica fuerza, violencia o intimidación para que las víctimas acepten las condiciones impuestas. Los tratantes utilizan este medio sobre las víctimas mediante diferentes elementos generadores: la amenaza de ejercer un daño directo y personal a la víctima o la de afectar a sus familiares o allegados que se quedan en el país de origen es una de las más frecuentes. La aportación de documentación, y su sustracción, tienen un papel determinante en la trata: los documentos de identidad y viaje (pasaporte, etc.) son falsificados con frecuencia, y, en cualquier caso, retenidos por los tratantes o sus colaboradores para dificultar la fuga de las víctimas.

- ii) Fase de traslado. Ocupa el segundo eslabón de la actividad delictiva en la trata de seres humanos. El traslado consiste en mover a una persona de un lugar a otro utilizando cualquier medio disponible (incluso a pie). La utilización de la expresión traslado enfatiza el cambio que realiza una persona de comunidad o país y está relacionado con la técnica del "desarraigo", que es esencial para el éxito de la actividad delictiva de trata. El traslado puede realizarse dentro del país, aunque es más habitual con cruce de fronteras.

El desarraigo consiste en que la víctima es separada del lugar o medio donde se ha criado o habita, cortando así los vínculos afectivos que tiene con ellos mediante el uso de fuerza, la coacción y el engaño. El objetivo del desarraigo es evitar el contacto de la víctima con sus redes sociales de apoyo: familia, amistades, vecinos, a fin de provocar unas condiciones de aislamiento que permiten al tratante mantener control y explotarla. El desarraigo se materializa en el traslado de la víctima al lugar de explotación. Cuando se llega al destino final la víctima es despojada, con mucha frecuencia, de sus documentos de identidad y viaje, así como de otras pertenencias que la relacionen con su identidad y con sus lazos familiares y afectivos.

- iii) Fase de explotación. Consiste en la obtención de beneficios financieros, comerciales o de otro tipo a través de la participación forzada de otra persona en actos de prostitución, incluidos actos de pornografía o producción de materiales pornográficos. El Protocolo de Palermo de 15 de diciembre de 2015 se refiere como finalidad de la trata de seres humanos a la explotación de la prostitución ajena, a otras formas de explotación sexual, a los trabajos o servicios forzados, a la esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud, a la servidumbre o a la extracción de órganos.

De otra parte, en cuanto a la tipificación del delito de trata de seres humanos en el art. 177 bis del Código Penal, tanto en su actual redacción (LO 1/2015, de 30 de marzo), como en la precedente, que es la aplicada en este caso, comprende las acciones de captar, transportar, trasladar, acoger, recibir o alojar. Y como medios de ejecución el referido precepto describe la violencia, intimidación, engaño, abuso de situación de superioridad o de necesidad o de vulnerabilidad de la víctima, y la entrega o recepción de pagos o beneficios. La descripción típica se complementa con las finalidades que deben perseguir los responsables y que son la imposición de trabajos o servicios forzados, la explotación sexual, y la extracción órganos corporales, habiéndose incorporado nuevas finalidades en la última reforma del tipo como la celebración de matrimonios forzados, la realización de actividades delictivas o la pornografía.

En cuanto a los bienes jurídicos que tutela la norma penal es indiscutible que se centran en la libertad y la dignidad de las personas. Y hay acuerdo también en la jurisprudencia y en la doctrina en considerar como conceptos estrechamente vinculados a la interpretación del tipo penal el traslado, el desarraigo, la indefensión, la cosificación y la comercialización de las víctimas.

Pues bien, las conductas descritas en el juicio histórico de la sentencia se ajustan de forma impecable en el tipo penal de trata de personas que, en este caso, fue realizada de forma dilatada en el tiempo y con la actuación coordinada de los distintos acusados, según el grado y con las singularidades que se describen pormenorizadamente en la sentencia.

DATOS SENTENCIA

Sentencia núm. 578/2019

Fecha de sentencia: 26/11/2019

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION

Número del procedimiento: 1894/2018

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

TEMA

Atenuante ordinaria de confesión: elemento cronológico. Atenuante analógica de confesión tardía.

ASPECTOS EXAMINADOS

- Atenuante de confesión del artículo 21.4 del Código Penal.

El artículo 21.4 del Código Penal prevé como causa de atenuación de la pena “el haber procedido el culpable, antes de conocer que el procedimiento judicial se dirige contra él, a confesar la infracción a las autoridades”.

Tal y como señaló la STS 1177/2003, de 12 de septiembre, la atenuante de confesión se justifica por la utilidad que efectivamente reporte a la Justicia, ahorrando esfuerzos de investigación y facilitando la instrucción y enjuiciamiento y no en razones subjetivas de premio a una conducta moral de arrepentimiento del sujeto, perspectiva que estaba presente en el Código Penal de 1973 y que fue criticada por la doctrina y abandonada por la jurisprudencia de esta Sala.

La descripción normativa coincide en lo sustancial con la atenuante contenida en el artículo 9. 9ª del derogado Código Penal de 1973 y la antigüedad de la previsión legal explica que haya pronunciamientos muy antiguos de este tribunal en los que se ha interpretado el precepto.

La jurisprudencia exige que se trate de una verdadera confesión y que sea veraz en lo sustancial, lo que ha dado lugar a su no apreciación cuando recae sobre aspectos intrascendentes, y cuando se trate de confesiones parciales o inexactas y que hayan sido realizadas de modo interesado por el acusado buscando un mejor tratamiento penal (STS 251/2004, de 26 de febrero). También ha insistido en el requisito cronológico de que se produzca antes del inicio del procedimiento judicial.

Sobre este último presupuesto ya en la lejana sentencia 91/1994, de 31 de enero, con cita de otras sentencias anteriores (SSTS de 15 de marzo de 1.989; 10 de abril de 1.991, entre otras), se venía declarando que el atestado debe incluirse en el concepto de “procedimiento judicial”, doctrina que se precisó aún más en la STS 366/1997, de 21 de marzo, en la que se dijo que “el procedimiento judicial supone no sólo las diligencias propiamente dichas del Juzgado, sea sumario, sea diligencia previa o indeterminada, sino también las que a la Policía correspondan, concretamente el atestado, cuya iniciación supone ya la apertura de dicho procedimiento judicial”.

Este criterio se ha mantenido en el tiempo y, así, en más reciente STS 505/2016 de 9 de junio, hemos precisado que “[...] En el concepto de procedimiento judicial se incluye la actuación policial (SSTS. 21.3.97 y 22.6.2001), que no basta con que se haya abierto, como se decía en la regulación anterior, para impedir el efecto atenuatorio a la confesión, sino que la misma tendrá la virtualidad si aún no se había dirigido el procedimiento contra el culpable, lo que ha de entenderse en el sentido de que su identidad aún no se conociera. La razón de ser del requisito es que la confesión prestada, cuando ya la Autoridad conoce el delito y la intervención en el mismo del inculcado, carece de valor auxiliar a la investigación [...]”.

Atendiendo a la finalidad utilitarista de la atenuante, esta Sala ha declarado su improcedencia ante “ante la evidencia ya descubierta o que está a punto de descubrirse”. En la STS 251/2004, de 26 de febrero argumentamos que “[...] solamente se ha reconocido valor atenuatorio a la confesión o al reconocimiento de los hechos cuando viene acompañado de una aportación relevante que contribuye de modo decisivo a la restauración del orden jurídico alterado por el delito, entendiendo por tal aquella que permita un esclarecimiento de lo sucedido mediante la comunicación a la autoridad de aspectos de importancia aún no conocidos y que no resultaran de descubrimiento inevitable y que, además, se ajuste a la realidad de los hechos según resulte de la valoración de la prueba realizada por el Tribunal [...]”.

Esta última cita jurisprudencial nos pone en el camino de abordar el caso sometido a nuestro examen. El recurrente reconoció el delito y facilitó el acceso al local en el que se guardaba la mercancía ilícita cuando los agentes registraron su vehículo y ocuparon 10 cajetillas de tabaco sin los precintos fiscales correspondientes y procede determinar si esa actuación policial constituye por sí el inicio de una investigación judicial, según el concepto amplio que viene admitiendo la doctrina de esta Sala, o si el culpable reconoció los hechos ante la evidencia de lo inevitable. En ambos casos no procedería la apreciación de la atenuante, según acabamos de exponer.

Pues bien, la identificación del recurrente y el registro su vehículo, que eran las diligencias policiales que se estaban realizando antes de la confesión, no pueden ser calificadas de investigación judicial, entendida en el sentido amplio utilizado por la jurisprudencia para la exégesis de la atenuante de confesión.

En la sentencia consta, según declaración testifical de los agentes policiales, que siguieron al vehículo porque les infundió sospechas debido a que observaron al conductor muy nervioso, oyendo una conversación entre éste y su acompañante en la que se dijo “llévate esto y ten cuidado”. Cuando los agentes intervinieron el vehículo y lo registraron nada sabían del delito y encontraron únicamente 10 cajetillas de tabaco, lo cual podría ser, a lo sumo, una infracción administrativa. El hecho delictivo era desconocido por los agentes y fue la confesión del culpable y la identificación del lugar donde se guardaba la mercancía ilícita lo que sirvió de noticia inicial del hecho delictivo.

No podemos compartir la apreciación de la sentencia impugnada de que la confesión del acusado se produjo después del inicio de la investigación. Cuando el recurrente confesó no había investigación del hecho y la actuación policial era ajena al delito de contrabando, del que tuvieron noticia los agentes precisamente por la confesión. Además, ésta no se realizó como reconocimiento de lo inevitable y frente a la evidencia del delito cometido, supuesto en que la confesión sería de escasa utilidad. La confesión fue en extremo útil y eficaz para la investigación del hecho ya que el recurrente no se limitó a confesar el hecho, lo que reiteró durante la instrucción y en el juicio, sino que facilitó la localización y el acceso al inmueble en el que estaban almacenadas las labores de tabaco objeto del contrabando.

Con ello se favoreció de forma singularmente eficiente la comprobación del delito y la posterior condena del responsable, hasta el punto que la sentencia de apelación, y por extensión la sentencia de primera instancia, han tenido como soporte probatorio fundamental la confesión del recurrente y la incautación de la mercancía de ilícito comercio por consecuencia de su declaración.

Por lo tanto y como conclusión de todo lo que se acaba de exponer, la atenuante de confesión ha de apreciarse cuando el hecho delictivo sea conocido por consecuencia de la misma, cuando la primera noticia del hecho tenga como fuente de conocimiento el testimonio del culpable. En tal hipótesis no puede afirmarse que exista procedimiento judicial alguno dirigido contra el culpable, tal y como exige el artículo 21.4 del Código Penal.

- Atenuante analógica de confesión tardía.

De forma alternativa se alega que, aun en el caso de que se considerara que la investigación judicial se había iniciado, también debería apreciarse una atenuación, la analógica de confesión tardía, reconocida jurisprudencialmente al amparo del artículo 21.7 del Código Penal.

El recurrente también tiene razón en este punto, al que se le va a dar una somera contestación únicamente porque ha sido planteado y con la prevención de que resulta innecesario en la medida en que la primera de las razones impugnativas ha sido plenamente estimada.

El Código Penal en su artículo 21.7^a reconoce la posibilidad de apreciar circunstancias atenuantes por analogía cuando el hecho a tomar en consideración guarde semejanza con la estructura y características con cualquiera de las cinco circunstancias atenuantes reconocidas en el artículo 21 del Código Penal, si bien también ha precisado esta Sala, de un lado, que la atenuante de análoga significación no puede ser aplicada cuando falten los requisitos básicos de la atenuante-tipo, porque en tal caso se establecería un criterio contrario al mandato legal, y, de otro, que tampoco puede exigirse una similitud y una correspondencia absoluta entre la atenuante analógica y la que sirve de tipo, pues ello equivaldría a hacer inoperante el humanitario y plausible propósito de que hablaba la sentencia 28.1.80, (SSTS. 27.3.83, 11.5.92, 159/95 de 3.2, lo mismo en SSTS. 5.1.99, 7.1.99, 27.1.2003, 2.4.2004).

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

Citaremos como exponente de esta doctrina la STS 695/2016, de 28 de juicio, en la que se dijo que la atenuante analógica “[...] es aplicable en todos aquellos supuestos en los que no concurra el elemento cronológico exigido en la expresa previsión atenuatoria, pero aparezca una actuación colaboradora del investigado que sea reflejo de la asunción de su responsabilidad y que facilite la depuración del reproche que legalmente merecen los hechos en los que participó; exigiéndose por ello, así como por razones pragmáticas de política criminal, que el comportamiento del encausado en el seno de la investigación -si bien de manera tardía- favorezca de forma eficaz el esclarecimiento de los hechos y de los responsables, denegándose cuando los datos aportados sean conocidos o evidentes para la investigación [...]”.

En esa misma dirección hemos dicho que cuando la confesión se produce una vez que la investigación ya ha principiado, será necesario que suponga un acto de colaboración de gran relevancia (STS 1044/2002, de 7 de junio).

En este caso se cumplirían las exigencias para la apreciación de la atenuante en cuestión. El recurrente identificó y facilitó el acceso al lugar en que se ocultaba la mercancía de ilícito comercio lo que, además de ser una confesión expresa de su responsabilidad, fue una aportación decisiva, no ya para el esclarecimiento del delito, sino para la posterior condena, en tanto que la sentencia de instancia tuvo como soporte fundamental estas dos pruebas.

DATOS SENTENCIA

Sentencia núm. 596/2019

Fecha de sentencia: 03/12/2019

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION

Número del procedimiento: 2266/2018

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

TEMA

Banda "Latin King". Organización criminal dedicada a cometer delitos frente a bandas rivales.

ASPECTOS EXAMINADOS

- Organización criminal: Bande Latin King. El recurrente, dicen los hechos probados, es miembro activo de la banda "Latin King".

Y a continuación la sentencia recurrida declara que «La banda latina "Latin King" es una organización criminal de origen estadounidense, cuando grupos de hispanos y afroamericanos protagonizan violentos incidentes en las ciudades de Chicago y Nueva York por el control de las calles, y en los años 60 se extiende a un centro penitenciario neoyorkino, agrupándose sus componentes en cuadrillas carcelarias, y poco a poco el grupo se va extendiendo al resto de ciudades americanas captando jóvenes de las comunidades hispanas, pasando a autodenominarse coloquialmente como "La Nación", estableciéndose una entidad para cada país donde van extendiéndose, estableciéndose un conjunto de "reglas" y "leyes" conocido como "La Constitución" o "La Literatura".

La estructura de la banda latina es rígida y piramidal, donde la palabra dictada por un dirigente se obedece sin cuestionario, bajo amenaza de castigo, incluso Físico y cada integrante tiene roles perfectamente definidos dentro de su categoría.

Sus emblemas o insignias se centran en una corona con cinco puntas y la cabeza de un rey con corona. Utilizan la mano derecha (considerada como sagrada) abierta con los dedos medio y anular plegados hacia la palma de la mano como signo de identificación entre sus miembros».

En este mismo sentido, nuestra STS 852/2016, del 11 de noviembre, declara que la estructura de los Latin Kings es de carácter piramidal, jerárquica y bajo una severa disciplina basada en un férreo código de silencio respecto de las posiciones de los responsables con la finalidad de salvaguardar la identidad de los rangos superiores. Inculcan el conocimiento y el acatamiento de las normas internas, partiendo de la superación de ritos iniciáticos como soportar golpes, y someten a los sujetos afiliados a un control de su cumplimiento sancionado con castigos físicos y amenazas, incluso a familiares; asimismo, fomentan el uso generalizado de la violencia frente a quienes determinan como sus enemigos e inculcan el aprendizaje de técnicas de combate.

También suele afirmarse que la disidencia, la desobediencia, el desconocimiento de las reglas, el impago de cuotas, la falta de arrojo en los ataques a grupos rivales ("caídas") o la desertión, eran objeto de represalia en forma de castigos físicos o amenazas al miembro o a su entorno familiar, y podían culminar en agresiones lesivas o mortales.

Las actividades ilícitas más frecuentes, además de las ejercitadas internamente para con los integrantes, eran los ataques a grupos rivales ("caídas"), en los que un grupo numeroso de miembros de la banda, pertrechado con bates, cuchillos, machetes, navajas, armas de fuego –cuya posesión siempre deviene ilícita– y demás objetos contundentes, habiéndose previamente concertado para ello y distribuido las tareas a desempeñar, fijan con antelación el lugar, fecha, hora y objetivos concretos, y ataca sorpresivamente con la intención de causar la muerte o de herir gravemente a los integrantes de otros grupos considerados como enemigos –habitualmente contra miembros de los "Ñetas", "Vatos Locos", "Trinitarios", "Dominican Don't Play", "Mara Salvatrucha", "Black Panthers", "901 Black Etnia" o "Forty Twoo"–; bien como represalia por ataques precedentes o bien con el fin de lograr un dominio territorial, al perseguir como meta establecerse en distintos espacios públicos (plazas, parques o instalaciones deportivas), controlar su acceso y las actividades a desarrollar en ellos, y con ello, acrecer el poder del "Capítulo" y, por ende, de los Latin Kings.

Declara esta Sentencia que es claro que no puede cuestionarse la naturaleza ilícita de la asociación de los Latin Kings.

Y lo propio en la STS 708/2010, de 14 de julio.

DATOS SENTENCIA

Sentencia núm. 600/2019

Fecha de sentencia: 04/12/2019

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION

Número del procedimiento: 2145/2018

Voto Particular

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

TEMA

Delito de apropiación indebida. Sorteo lotería. Cuotas de participación.

ASPECTOS EXAMINADOS

- Delito de Apropiación indebida:

En síntesis, el relato fáctico refiere que siete personas, entre ellas la condenada y recurrente, venían jugando desde hacía más de 15 años a los sorteos de la lotería nacional de los jueves y sábados. Inicialmente jugaban números fijos, y luego un número fijo y otro que terminara en seis. La acusada era la encargada de comprar los décimos y después de repartirlos entre los participantes con un recargo del 10% “sin que ninguno tuviera reservada en exclusiva una determinada fracción”. Con fecha 23 octubre 2014 se realizó un sorteo de lotería nacional que correspondió al número que jugaba el 44.386, respecto al que habían comprado un número entero, dividido en 10 décimos. La noche anterior al sorteo la acusada entregó a dos de las personas con las que jugaba, sendos décimos del número posteriormente premiado, identificados con las fracciones 1 y 6.

El número fue premiado con la cantidad de 30.000 € a cada décimo y, además, en un posterior sorteo correspondió a la fracción quinta del número premiado además un premio de 1.170.000 €. El mismo día del sorteo, cuando ya era consciente del premio al número que jugaban y el premio a la fracción quinta, la acusada entrega otros dos décimos del premio a otros dos compañeros de juego y al día siguiente entrega otros décimos a otras dos personas convenidas en el premio de la lotería. La sentencia de instancia condena a la acusada por un delito de apropiación indebida.

- Sostiene la recurrente que ha sido condenada por quedarse el premio especial del sorteo de la lotería cuando el hecho probado no declara probado cuál era el título de los querellantes que confería el derecho sobre dicha fracción. Por lo tanto, si no había derecho, si no había cuota de pertenencia o de expectativa de cobro, si no había una especial asignación respecto de ese premio, no hay título en virtud del cual se genera la obligación de entregar el importe del premio.

El motivo será estimado. El delito de apropiación indebida es un delito contra el patrimonio que se comete, perfecciona y consuma cuando aparece el ánimo de apropiación y se ejecuta la acción proyectada. Aparece caracterizado por la posesión o tenencia de un objeto, ya sea dinero, efectos, o cualquier cosa mueble, que haya sido recibida por un título que produce la obligación de entregarlo o del de devolverlo. Exige, de una parte, el cambio del ánimo sustentador de la posesión, que ha de ser el concepto distinto al del dueño, reconociendo que otra persona es propietaria del bien, en todo o en parte, pasa a otra intención de haberlo como propio, lo que supone una infracción por la que se niega el propietario o a quien tiene la legítima expectativa de serlo, la titularidad del bien.

En nuestra jurisprudencia hemos abordado, en muchas ocasiones, los premios de lotería como objeto del delito de apropiación indebida. Basta la referencia las sentencias 501/2013 de 11 de junio, 382/2010, de 28 abril, 988/2007, de 20 noviembre, 219/2007, de 9 marzo, y otras muchas. En la sentencia 988/2007 dijimos “el acusado era el depositario de un título al portador con expectativas de ser agraciado con una cantidad de dinero lo que le obliga el cumplimiento de su condición, a custodiar el décimo y hacerlo efectivo. Tratándose de un título compartido proindiviso, una vez cobrado, su condición de depositario se convertía también en el de gestor de cobro y responsable del reparto. Nos encontramos ante una operación de apoderamiento, en beneficio propio y perjuicio ajeno, la que integra elementos objetivos del ánimo de lucro”. En la sentencia 219/2007, en otro supuesto similar, dijimos que “en un supuesto de juego compartido mediante una peña en el que se estableció un pacto de reparto del premio especial, el acusado como depositario de un título, convertido en valor en virtud del premio con el que fue agraciado, lejos de compartirlo, es decir, entregar la parte alícuota correspondiente al pacto convenido, se hizo con él, ingresando en su cuenta personal con fines de hacerlo efectivo, consiguiendo con ello el agotamiento del apropiación propuesta por el mismo”. La sentencia 712/2006 del 3 julio, señala que “los hechos declarados probados describen una conducta constitutiva de un delito de apropiación indebida a hacer propio para el recurrente un premio que era consciente de su pertenencia a los dos que jugaban los cupones de forma indistinta. Estaba en posesión del cupón con obligación de ponerlo en posesión del otro (coposesión), para hacerlo efectivo por mitad como también debió hacerse con el otro cupo. Se puede hablar de una posesión del cupón con obligación de dar un destino que no se dio desde el momento que recurrente realizó todos los actos necesarios para que quedara a su exclusiva

y excluyente disponibilidad con el objeto de enriquecerse a costa del participio. En la sentencia 119/2016 de 22 febrero, en un sentido similar, dijimos “nos encontramos claramente ante un delito de apropiación indebida, pues el recurrente se apropió para sí del dinero del premio que recibió con la obligación de entregarlo a la cotitular del cupón premiado. El título inicial del que surge la obligación de entregar la parte proporcional del premio correspondiente a la denunciante es la copropiedad del cupón premiado, que atribuye a los copropietarios del derecho al reparto del premio a partes iguales, si no se hubiese pactado otra cosa. El título final, una vez cobrado el premio por el recurrente, es la comisión o mandato tácito, pues ha de entenderse que el recurrente cobró el billete en representación de los cotitulares como costos del cobro mandatario de los mismos, recibiendo la totalidad del premio con la obligación de entregar su pata cada uno de los copropietarios del billete”.

De la anterior transcripción de las resoluciones de esta Sala nos interesa destacar que, aunque el hecho guarda similitud con el que otros que han sido objeto de casación, en todos se refiere una determinación de las cuotas de pertenencia respecto al premio, extremo que en este caso y de forma expresa el hecho probado en dos ocasiones refiere que no se había determinado esta asignación de cuotas. En efecto, el hecho probado, refiere que cada uno de quienes jugaban a los dos números lo hacían por su correspondiente título, un décimo, pero no había asignación de cuotas respecto del premio especial y así lo dice hecho probado en dos ocasiones. La recurrente cumplió con la obligación asumida, repartir los décimos de los números de la lotería adquiridos, transmitiendo a cada uno de los jugadores la parte que había comprado, y lo hace incluso cuando sabe que está premiado. Consecuentemente, la acusada repartió los billetes premiados en la cuantía que cada uno jugaba, el contrato vigente entre quienes jugaban se cumplió. Respecto al premio especial, no existía un pacto que determinara una asignación de cuotas sobre las que cada uno de los jugadores podía tener una expectativa de cobro. Por lo tanto, no hubo apropiación puesto que no había asignación de cuotas. Desde la perspectiva expuesta no concurre tipicidad de la apropiación indebida puesto que no había atribución de cuotas, ni siquiera ideal, sobre importe del premio especial.

Los hechos podrían tener un encaje una reclamación de cantidad o, incluso, en un delito de estafa, que fue objeto de acusación por el Ministerio fiscal, pues podríamos argumentar que sobre este premio especial existirían las expectativas de premio que han sido puestas en peligro por la acción de la acusada al sustraerlas de un reparto potencial y, en definitiva, del patrimonio de los perjudicados, pero en este caso sólo se referiría a los tres que recibieron su título después de premiado. Ahora bien, en esta alzada, en casación, también tiene vigencia las exigencias del principio acusatorio. El delito de estafa y el delito de apropiación indebida son delitos heterogéneos.

Las expectativas defraudadas pueden tener encaje en una reclamación ante la jurisdicción civil pero no en el delito de apropiación indebida.

DATOS SENTENCIA

Sentencia núm. 608/2019

Fecha de sentencia: 11/12/2019

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION

Número del procedimiento: 1107/2018

Voto Particular

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

TEMA

Eximente completa e incompleta de actuación en el cumplimiento de un deber de los artículos 20.7 y 21.1 del Código Penal. Posibilidad de aplicar la atenuante analógica del artículo 21.7 del Código Penal en relación con la eximente incompleta de obrar en cumplimiento de un deber en aquellos supuestos en los que, no existiendo una necesidad abstracta de actuar, concurren circunstancias que dificultan percibir la procedencia de la contención.

ASPECTOS EXAMINADOS

- Eximente completa e incompleta de actuación en el cumplimiento de un deber de los artículos 20.7 y 21.1 del Código Penal. Se denuncia como infringido el artículo 21.1 del Código Penal, en relación con el artículo 20.7 del mismo texto legal. El motivo sostiene que el acusado y su unidad estaban desarrollando su función como agentes policiales antidisturbios, habiendo sido increpados por los manifestantes congregados, que les agredieron arrojando diversos objetos contra ellos. Destaca que no solo el acusado describió esa realidad, sino que objetivamente puede apreciarse en los vídeos que grabaron los servicios policiales y que se aportaron como prueba documental al acto del plenario. Por ello, considera que la reacción del agente fue acorde con el riesgo que creyó advertir en el contexto en el que se encontraba, habiendo intervenido con la intención de disuadir de su actuación agresiva y desobediente a los concentrados.

El cauce procesal empleado sujeta la resolución de este Tribunal al intangible relato histórico proclamado en la sentencia de instancia, pudiéndose considerar asimismo las manifestaciones con contenido fáctico que la Sala de enjuiciamiento introdujo en su fundamentación jurídica, en la medida en que operen en beneficio del recurrente y justifiquen la concurrencia de las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal que defiende el recurso.

La antijuricidad de cualquier comportamiento típico se manifiesta por la introducción de un riesgo para el bien jurídico objeto de protección, siempre acompañada de la intencionalidad o de la representación mental del daño por parte el sujeto (desvalor de la acción), a lo cual se añade una efectiva lesión o real puesta en peligro del derecho amparado por la norma (desvalor del resultado).

Existen sin embargo circunstancias que, proyectadas sobre una conducta típica, justifican la actuación del autor y le eximen de todo tipo de responsabilidad. Son supuestos en los que, como destaca la doctrina, concurren condiciones en el hecho típico e indiciariamente antijurídico, que convierten el comportamiento en justificado y neutralizan su antijuricidad, de ahí que no quepa imponer ninguna pena o medida de seguridad, ni siquiera una responsabilidad civil si no es en los limitados supuestos que para el estado de necesidad se fijan en el artículo 118.3.º Código Penal.

El artículo 104 de la CE dispone que “Las Fuerzas y Cuerpos de seguridad, bajo la dependencia del Gobierno, tendrán como misión proteger el libre ejercicio de los derechos y libertades y garantizar la seguridad ciudadana”. El cumplimiento de la encomienda constitucional comporta que, en ocasiones, y siempre con sujeción a sus normas legales de funcionamiento y desempeño (art. 104.2 CE), sea obligada la utilización de la coacción y la fuerza en la actuación policial, lo que puede conducir a consecuencias abarcadas en determinados tipos penales. La preservación de la función constitucional que se atribuye a los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad lleva al legislador a contemplar, entre las circunstancias eximentes de la responsabilidad criminal, concretamente en el número 7.º del artículo 20 del Código Penal, que estará exento de responsabilidad “El que obre en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo”; habiéndose entendido jurisprudencialmente que, en supuestos de intervención policial, la eximente afectada es la del cumplimiento de un deber, pues esta previsión se ajusta a la norma jurídica que le sirve de base y sitúa sus límites en el respeto que el propio ordenamiento jurídico impone a otros bienes jurídicos que pueden entrar en colisión en algunas ocasiones con las exigencias profesionales. De ahí que hayan de ponderarse en cada caso las circunstancias que concurren a fin de determinar si se han producido excesos que no ampararía la eximente.

Destacábamos en nuestra sentencia de 14 de mayo de 1998 la facilidad de señalar los requisitos de legalidad necesarios para la viabilidad de la eximente de obrar en el cumplimiento de un deber, frente a lo complejo que resulta desarrollar el contenido específico de tales exigencias en el caso concreto.

Como requisitos esenciales para la vigencia de la eximente, en lo que hace referencia a la actuación profesional de los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad, nuestra Jurisprudencia ha venido exigiendo, además de que los agentes se encuentren en el desempeño de las funciones propias de su cargo, los siguientes presupuestos: que la fuerza o violencia empleada en la causación del daño sea proporcional a la función a realizar, esto es, que la actuación del agente se muestre racionalmente imprescindible, dado que se compromete el prestigio de la autoridad tanto por dejación como por abuso; que desempeñen su cometido sin ex limitación; y que concorra con un determinado grado de resistencia o de actitud peligrosa procedente de la víctima.

En el análisis de la necesidad de intervención que hemos expresado, la jurisprudencia de esta Sala ha contemplado la transcendencia de concurrir una necesidad en abstracto y otra en concreto.

La primera deriva de una consideración ex ante del riesgo que es objeto de prevención. Un análisis de lo que acontece antes de la decisión del agente, a fin de evaluar la congruencia entre el modo concreto de intervención que se analiza y el riesgo que objetivamente se cierne sobre el bien jurídico cuya protección activa la reacción del actor.

Junto a ella, la necesidad concreta se proyecta sobre la materialización ex post, esto es, si persiste la necesidad una vez tomada la decisión de intervenir y durante la ejecución de la reacción defensiva del agente. Supone evaluar que la posible mitigación o desaparición del riesgo que desencadenó la utilización de la fuerza policial no diluya su coherencia frente al riesgo subsistente.

Este juicio de ponderación de intereses en conflicto o, como hemos dicho en alguna ocasión, de ponderación de males inherentes a la reacción o a la inactuación policial, se recoge en la propia definición del contenido del ejercicio del cargo, al establecer el artículo 5.2.c de la Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, que es principio básico de actuación de sus miembros, que lo hagan “...con la decisión necesaria, y sin demora cuando de ello dependa evitar un daño grave, inmediato e irreparable; rigiéndose al hacerlo por los principios de congruencia, oportunidad y proporcionalidad en la utilización de los medios a su alcance”.

Reiterada y pacífica jurisprudencia de esta Sala ha expresado que cuando no concurre una necesidad en abstracto de actuar, esto es, cuando antes del desarrollo del comportamiento policial no aparecía ninguna razón que justificara un empleo de la fuerza por su parte y, consecuentemente, no concurría causa que neutralizara la antijuricidad de su comportamiento, no

cabe hablar ni de eximente completa del artículo 20.7 del Código Penal, ni de eximente incompleta del artículo 21.1 en relación con el artículo ya indicado.

Por el contrario, cuando la causa de justificación concurría, de modo que la acción arrancó sin un contenido antijurídico, y lo que acontece es que durante el despliegue de la acción desaparecen las condiciones que prestaban cobertura a la intervención policial, sobreviene una desvalorización de la justificación inicial que conduce a redefinir la responsabilidad del agente, entrándose por ello en el ámbito de operatividad de la eximente incompleta (SSTS 29 de febrero de 1992; 14 de mayo de 1998 o 153/13, de 6 de marzo, entre otras).

La experiencia forense aporta coyunturas claras o de fácil definición. Supuestos en los que la posibilidad de la eximente completa o incompleta es evidente, como puede serlo también que no se aprecien circunstancias que justificaran intervenir en la forma que se debate. No obstante, no faltan casos en los que resulta confuso, en una valoración ex ante, evaluar si hay una necesidad de intervenir con contundencia por parte de los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad. Casos en los que el agente que realiza la ponderación se enfrenta a condiciones que dificultan un análisis de las circunstancias presentes y que puede conducir a una desajustada conclusión. Se trata de coyunturas en las que el correcto análisis de las circunstancias que confluyen, o incluso la alteración instantánea de alguna de ellas, evidencian que no concurrían los factores que eliminarían la antijuricidad de la reacción profesional, pero en los que convergen una serie de elementos o de circunstancias que dificultaban la decisión y que, por ello, repercuten en la culpabilidad del agente que indebidamente desdeñó su propia contención.

El supuesto más característico sería el error.

El error de tipo viene referido al hecho, de manera que su presencia excluye el dolo o la voluntad del agente. Lo que no acontece con el error de prohibición que, al proyectarse sobre la valoración de ilicitud, considerándose que se actúa en un modo que la ley permite, sitúa al error en el ámbito de la culpabilidad.

Nuestra sentencia 17/2003, de 15 de enero, recalca que en el error sobre la significación antijurídica de la conducta puede identificarse una distinción dogmática entre aquellos supuestos en los que el autor ignora el desvalor que el derecho atribuye a su comportamiento (error directo), y el que acontece cuando se conoce la desvalorización del derecho, pero cree erróneamente que el reproche está desvirtuado por la concurrencia de una causa de justificación (error indirecto).

Pese a la discrepancia doctrinal que existe sobre la regla penológica aplicable a aquellos supuestos en los que el error sobreviene sobre el presupuesto objetivo de la justificación, nuestra jurisprudencia ha aplicado la solución que para el error de prohibición refleja el artículo 14 del Código Penal, con independencia de que el error fuera vencible o invencible. Es indiscutible que el error de prohibición invencible excluye la responsabilidad criminal, pero aunque algunos sectores doctrinales sostienen que cuando el error es vencible y recae sobre los presupuestos determinantes de la justificación nos encontramos ante un error de tipo que conduce a que los hechos se sancionen a título de imprudencia, nuestra jurisprudencia ha destacado la plena aplicación de la regla penológica que para el error vencible de prohibición establece el artículo 14.3 del Código Penal; no solo respecto de la legítima defensa putativa y el error sobre sus presupuestos objetivos (SSTS 4 de junio de 1992; 17 de mayo de 1999; 22 de julio de 2002; 10 de diciembre de 2004 o 22 de septiembre de 2016), sino también cuando la creencia equivocada se proyecta sobre los presupuestos que impulsan la actuación profesional defensiva en el cumplimiento de un deber (SSTS 1526/1999, de 2 de noviembre o 17/2003, de 15 de enero).

En todo caso, la culpabilidad del agente respecto de su cumplimiento profesional no solo resulta afectada cuando se tiene una convicción errónea de la realidad.

En determinadas ocasiones concurren elementos objetivos que previenen al agente sobre la perentoria necesidad de tener que proteger un bien jurídico, pero en los que la situación de riesgo no termina de materializarse. Son supuestos de correcta percepción de la realidad y finalmente carentes de la necesidad en abstracto que prestaría soporte a la exención, completa o incompleta, de responsabilidad, pero que pueden coexistir con circunstancias que dificultan el juicio sereno, reflexivo, cuidadoso y legal que debe presidir la evaluación sobre la oportunidad de intervenir, así como sobre la proporcionalidad y lesividad del comportamiento. Circunstancias que objetivamente dificultan una evaluación correcta de la contención, modulando el reproche culpabilístico del agente desde una similitud intrínseca a la que se aprecia en la eximente incompleta, esto es, a aquellos otros supuestos en los que la causa de justificación desaparece o se modifica durante la actuación defensiva, justificándose con ello la apreciación de la atenuante analógica del artículo 21.7 del Código Penal, en relación con la eximente incompleta de los artículos 21.1 y 20.7 del mismo texto punitivo.

Cuando objetivamente se percibe el riesgo de que un determinado bien jurídico pueda resultar atacado, el tiempo racionalmente requerido para poder abordar una defensa que aspire a prevenirlo de manera eficaz, es una referencia esencial para medir el reproche personal del agente. La rapidez decisional perjudica la profundidad de un juicio, pero el reproche a la premura se desdibuja en la medida en que se perciba la necesidad de una reacción inmediata para esquivar eficazmente un grave y concreto proceso lesivo que se ha detectado.

Son también referencias principales, en orden a evaluar el reproche culpabilístico del agente: el número y la importancia de los indicadores de riesgo que confluyen; la intensidad con la que se muestre el riesgo que trata de evitarse; o la gravedad del

ataque. También lo es si ha existido una previa supervisión o validación de la peligrosidad de los medios defensivos que van a emplearse o, por el contrario, si nunca se ha evaluado u homologado el riesgo que introducen. Y son circunstancias también determinantes de la culpabilidad de una decisión desacertada: el contexto analítico del agente; las dificultades de evaluación de los riesgos en conflicto; la influencia que en esa dificultad tenga el comportamiento del sujeto que amenaza al bien jurídico y que motiva la intervención policial; o, entre muchos otros, la divergente magnitud entre el riesgo que trata de prevenirse y el que se introduce.

Cuando todas o algunas de estas circunstancias perturban de manera objetiva y profunda la evaluación correcta de la necesidad de la intervención, así como las reglas de su contención, modulan en realidad el reproche de culpabilidad del agente y deben tener un reflejo punitivo de la mano de la atenuante analógica del artículo 21.7 del Código Penal, en relación con la eximente incompleta de los artículos 21.1 y 20.7 del mismo texto legal.

Lo expuesto expresa la razón por la que debe denegarse la eximente incompleta que se postula. El numeral segundo del relato fáctico proclamado en la instancia describe que: “Alrededor de las 22:50 horas, agentes de la Guardia Civil salieron del local registrado, llevando consigo personas detenidas, que dirigieron hacia vehículos de dicho Cuerpo que se encontraban en la Plaza. Personas concentradas proferieron gritos de protesta contra dicha actuación policial.

En la zona de la calle Mayor se produjeron incidentes y carga de los agentes de la Ertzaintza contra personas allí concentradas, incluyendo el disparo de salvas sin munición.

En la zona de la calle Juan de Urbieta la situación era más tranquila. El acusado se incorporó a la primera línea de agentes. Frente al mismo se encontraba la víctima.

En un momento determinado, el acusado elevó su bastón policial por encima de su cabeza y lo descargó en vertical, hacia abajo, golpeando con él en la cabeza de la víctima, provocando su caída al suelo”.

De este modo, no solo la sentencia de instancia no aprecia el sustrato fáctico que preste soporte a la necesidad ex ante que la eximente incompleta precisa, sino que expresamente analiza: “No hemos declarado probado que las personas concentradas propinasen ningún empujón a los agentes, ni que los agredieran de ningún otro modo, ni que golpearan a los escudos que portaban los agentes, ni que intentaran rebasar el cordón policial, ni que lanzaran objetos contra los agentes, o que cayeran objetos donde éstos se encontraban”. Y añade después que: “No concurría, por tanto, ningún motivo que justificara la actuación violenta del agente acusado. Ni de ningún otro de los agentes que se encontraban con él en el lugar, ninguno de los cuales actuó de manera violenta, ya que sólo lo hizo el acusado. No concurre el elemento de la necesidad abstracta de dicha actuación, requisito esencial de la circunstancia que nos ocupa. No se trata (no se trata solamente) de que la actuación del agente no fuera proporcional, porque debiera haber utilizado la porra de otro modo, debiera haber golpeado en otro lugar menos vulnerable del cuerpo, o debiera haberlo hecho no elevando la porra por encima de la cabeza de la persona que tenía enfrente de él y descargándola hacia abajo con fuerza sobre su cabeza, del peligroso modo en que lo hizo. Se trata de que no estaba justificado que utilizara su porra de ningún modo. No hubo ningún exceso en una actuación justificada del agente, sino una actuación injustificada, contraria a derecho, de éste”.

- Posibilidad de aplicar la atenuante analógica del artículo 21.7 del Código Penal en relación con la eximente incompleta de obrar en cumplimiento de un deber en aquellos supuestos en los que, no existiendo una necesidad abstracta de actuar, concurren circunstancias que dificultan percibir la procedencia de la contención.

No obstante, la propia Sala identifica una serie de circunstancias que, desde el plano de la culpabilidad, debilitan la responsabilidad del agente. La sentencia refleja que la concentración ciudadana estaba carente de autorización, siendo además reactiva al cumplimiento policial de las órdenes dadas por la autoridad judicial. Describe su contenido generalizadamente violento, haciéndose eco de que la concentración empezó varias horas antes de que acaecieran los hechos enjuiciados y que se perpetuó a lo largo de toda la jornada, motivando el despliegue de importantes efectivos policiales y antidisturbios, no solo en la confluencia de la calle Mayor con la Plaza de Berri de la localidad de Hernani, sino también en la de la calle Juan de Urbieta con esa misma plaza. En ambas vías existió la necesidad de contener la movilización con dos líneas de agentes, la primera compuesta por agentes destinados en la Ertzaintza de Hernani, y la segunda por agentes de la Brigada Móvil, unidad especializada en intervenciones antidisturbios. Describe además cómo el desorden ciudadano se incrementó en el momento en el que los agentes de la Guardia Civil terminaron el registro de la sede de la organización Herrera y abandonaban la Plaza Mayor de Hernani con varias personas detenidas. En dicho momento, la contención y los enfrentamientos del resto del día se desbordaron respecto de los agentes del orden actuantes en la calle Mayor, destacando la sentencia que los incidentes protagonizados por los manifestantes obligaron a las fuerzas policiales a cargar contra los concentrados, disparando incluso salvas sin munición. Al tiempo, en la colindante calle Juan de Urbieta la situación no era carente de riesgo para el orden público y los agentes actuantes. El Tribunal admite una mayor tranquilidad, en una indicación de contraste que, en todo caso, asume la ruptura del orden público, así como la situación de tensión y riesgo que describe el recurso. Con todo ello: la larga continuidad de los altercados; la circunstancia de que vinieran propiciados por una actuación policial que tocaba a su fin y que, al detener a las personas a cuyo favor actuaban los manifestantes, impulsó la manifestación a momentos de extremo desorden; el hecho de que la coyuntura estuviera

obligando a una actuación policial contundente en la calle colindante, cuya tensión debió trasladarse a todos los agentes por los gritos que refleja el vídeo y los disparos de salvas que la sentencia describe; así como la propia tensión existente en la calle en la que el acusado actuaba; definen un contexto que explica la precipitada fuerza policial desplegada, más aún cuando el acusado conoce estar pertrechado de instrumentos de contención que están inicialmente diseñados para no introducir riesgos lesivos inasumibles en el empleo de la fuerza. Concorre así la atenuante analógica del artículo 21.7 del Código Penal, en relación con la eximente incompleta del artículo 21.1 en relación con el artículo 20.7 del Código Penal.

DATOS SENTENCIA

Sentencia núm. 611/2019

Fecha de sentencia: 11/12/2019

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION

Número del procedimiento: 2382/2018

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

TEMA

Recurso de Casación: recurribilidad del Auto de la Audiencia Provincial atribuyendo la competencia al Juzgado de lo Penal: es recurrible en casación. Cuando se admite la casación contra decisiones sobre competencia: el recurso puede basarse en normas no sustantivas, sino de competencia. Competencia Objetiva: Para fijar la competencia objetiva hay que estar a las pretensiones de condena que han traspasado el control que representa el juicio de acusación y respecto de las que se ha abierto el juicio oral. No es factible, sin celebrar el juicio, evaluar a esos efectos competenciales la fundabilidad de alguna o algunas de las pretensiones. Ha de decidirse sobre ellas tras la celebración del juicio y práctica de la prueba.

ASPECTOS EXAMINADOS

- Recurso de Casación: recurribilidad del Auto de la Audiencia Provincial atribuyendo la competencia al Juzgado de lo Penal. Es paso preliminar obligado examinar la impugnabilidad en casación de la resolución de la Audiencia Provincial aquí cuestionada. Estamos ante una decisión de la Audiencia rechazando su competencia respecto de una causa pendiente de enjuiciamiento, y asignándola al Juzgado de lo Penal. Se adopta no a instancia de parte sino por iniciativa del Tribunal, aunque previa audiencia de acusaciones y defensa. Es viable esa forma de actuar (arts. 25 y 759 LECrim). El art. 52 LOPJ parecería vedar el su control casacional de ese auto.

La literalidad del citado art. 52 LOPJ, en efecto, empuja de forma vehemente a la respuesta negativa frente al interrogante de si tal decisión es revisable en casación. Fijará su competencia sin ulterior recurso dice rotundamente la norma. A continuación, se disipa cualquier duda sobre las resoluciones en que está pensando leyendo su inciso final: tanto las que fijan su propia competencia como las que la reenvían a un órgano inferior.

Pese a esa dicción, la jurisprudencia ha proclamado la accesibilidad a la casación de esas resoluciones en una doctrina no pétrea -cuenta con fisuras-, pero sí abrumadoramente mayoritaria (entre las últimas STS 282/2016, de 6 de abril de la que se toman buena parte de las consideraciones que ahora siguen; cuenta tal sentencia con un voto particular que constituye también un buen botón de muestra de las aludidas vacilaciones jurisprudenciales).

Poniendo el acento en unas u otras cuestiones y aun sin faltar resoluciones menos abundantes pero igualmente bien razonadas (vid. AATS de 20 de diciembre de 2006, 15 de diciembre de 2010, 27 de marzo de 2003, 14 de febrero de 2013, 3 de diciembre de 2015), una muy mayoritaria línea jurisprudencial minimizando, si se quiere de forma discutible, el alcance del art. 52 LOPJ, admite la recurribilidad en casación de las decisiones de las Audiencias Provinciales sobre los linderos de su competencia objetiva frente a los Juzgados de lo Penal. Tal jurisprudencia arranca de un Pleno no jurisdiccional fechado el 2 de octubre de 1992. Es el germen de un nutrido abanico de resoluciones que sostienen la impugnabilidad en casación de este tipo de resoluciones.

La STS de 12 de junio de 1993 inauguró un largo listado que llega hasta la STS 282/2016, de 6 de abril.

Algunas arguyen que la mención del art. 52 LOPJ afecta en exclusiva a los recursos ordinarios y no a uno de carácter extraordinario como es la casación (v. gr., STS 938/2012, de 22 de noviembre); otras argumentan enfatizando la necesidad de homogeneizar la doctrina de los Tribunales provinciales; o se acogen a la interpretación restrictiva que debe presidir la lectura de las disposiciones que limitan la capacidad de recurrir; en ocasiones se acude a las disposiciones generales de la LECrim; o, por fin, en argumento no despreciable, se parifica tal decisión de la Audiencia a un sobreseimiento en la medida en que supondría rechazar, sin previo debate, la procedencia de la más grave de las acusaciones, atrayéndose así a esta incidencia el régimen de recurribilidad de los autos de sobreseimiento. El juicio sobre la razonabilidad de la acusación ya lo

efectuó el Juzgado de Instrucción al abrir el juicio oral por esa pretensión, soslayando la posibilidad de decretar un sobreseimiento parcial que marginase la calificación más grave. Filtrada así la pretensión es ya el órgano de enjuiciamiento quien debe ventilarla. No cabe fiscalizar la corrección de la valoración del Instructor para reconducir la competencia.

Sean cuales sean los argumentos a los que se dé prevalencia, los repertorios jurisprudenciales evidencian que estamos ante una doctrina bien asentada a la que hemos de ajustarnos dando trámite a este recurso formulado por el Ministerio Público. Y es que, en efecto, ese precepto –art. 52 LOPJ– desde principios de los años noventa ha merecido en la jurisprudencia una lectura muy restrictiva negándole virtualidad para cerrar la posibilidad de que esta Sala Segunda tenga la última palabra en el reparto de competencias entre la Audiencia Provincial y el Juzgado de lo Penal, para no privar a las partes de la posibilidad de cuestionar la dejación por parte de la Audiencia de su propia competencia objetiva.

Dice la STS 286/2013, de 27 de marzo:

“...hay que declarar la admisibilidad del recurso de casación contra el auto de la Audiencia Provincial que rechaza el conocimiento de la causa para su enjuiciamiento, acordado por el Sr. Juez de Instrucción en base a estimar la Audiencia que la competencia sería del Juez de lo Penal.

El art. 52 LOPJ, establece que “...no podrán suscitarse cuestiones de competencia entre Jueces y Tribunales subordinados entre sí. El Juez o Tribunal superior fijará, en todo caso, y sin ulterior recurso su propia competencia, oídas las partes y el Ministerio Fiscal por plazo común de diez días...”. Una interpretación literal del precepto parece excluir la posibilidad de recurso de casación.

No obstante, la Jurisprudencia, consolidada y uniforme, ha interpretado que la exclusión de recurso que prevé el art. 52 LOPJ se refiere a los recursos ordinarios. Y con base en una interpretación sistemática del art. 25 in fine, de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que autoriza el recurso de casación contra los autos de las Audiencias resolutorias de cuestiones de competencia, ha admitido el recurso de casación de los autos de las Audiencias en que declinan la competencia para enjuiciamiento en favor de los Juzgados de lo Penal. Manifestación de este criterio son las SSTs de 12 de Junio y 3 de Julio de 1993; 10 de Julio, 23 de Octubre y 24 de Noviembre de 1997; 8 de Septiembre de 1998; 21 de Febrero de 2007 y 28 de Enero de 2008.

A mayor abundamiento, la admisibilidad del recurso de casación está justificada por la naturaleza del derecho cuestionado. Este derecho es el de ser juzgado por el Juez predeterminado por la Ley de acuerdo con el art. 24 de la Constitución, sobre cuya naturaleza constitucional no es preciso insistir, siendo materia no susceptible de elección o transacción sino claro ius cogens obligatorio en primer lugar para los propios operadores judiciales.

Por ello, esta Sala Casacional, como último intérprete de la legalidad penal ordinaria está especialmente legitimada para garantizar la interdicción de toda resolución arbitraria a que se refiere el art. 8-3º de la Constitución, que, por ello, debe velar especialmente por el respeto de los principios y garantías constitucionales, con independencia de las competencias del Tribunal Constitucional”.

El Auto de 15 de diciembre de 2010, por su parte, afirmaba:

“... pese al tenor del citado art. 52 LOPJ y de que el art. 759 LECrim., además de prohibir que los Jueces de lo Penal promuevan cuestiones de competencia a las Audiencias, nada prevé respecto a la recurribilidad de las decisiones de éstas, “esta Sala se ha inclinado en algunos precedentes por reconocer la posibilidad de que sean recurribles en casación las decisiones de las Audiencias Provinciales negando su competencia para el enjuiciamiento y remitido la causa al Juzgado de lo Penal sin previa cuestión de competencia”. (STS nº 2016/1993, de 22 de noviembre; STS nº 2892/1993, de 11 de diciembre; STS nº 493/1994, de 2 de febrero; STS nº 975/1994, de 2 de marzo y auto de 30.06.08, cuestión de competencia 2066/07, entre otras)”.

El Auto de 8 de mayo de 2012 representa otra muestra de esa exégesis mayoritaria:

“A pesar de que el artículo 52 de la LOPJ no permite suscitar competencias a los Jueces y Tribunales subordinados entre sí, disponiendo a continuación que el Juez o Tribunal Superior fijará, sin ulterior recurso, su propia competencia, y de que el actual artículo 759, luego de prohibir asimismo que los Jueces de lo Penal promuevan cuestiones de competencia a las Audiencias, nada prevé respecto a la recurribilidad de las decisiones de éstas, esta Sala se ha inclinado en algunos precedentes por reconocer la posibilidad de que sean recurribles en casación las decisiones de las Audiencias Provinciales negando su competencia para el enjuiciamiento y remitiendo la causa al Juzgado de lo Penal sin previa cuestión de competencia. Así la STS nº 2016/1993, de 22 de noviembre; STS nº 2892/1993, de 11 de diciembre; STS nº 493/1994, de 2 de febrero; STS nº 975/1994, de 2 de marzo y auto de 30.06.08, Queja 20667/07; auto de 11.03.10, Queja 20074/10.

En este último, recogiendo los pronunciamientos de las anteriores, se argumentaba que la interpretación de la normativa vigente “debe conjugar los términos literales del artículo 52 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, de los artículos 25 y 782 de la Ley Procesal Penal y, finalmente, los principios y derechos atinentes al enjuiciamiento penal, entre los que destaca el principio general en favor de la impugnabilidad de las resoluciones judiciales, por el que las afirmaciones de irrecurribilidad que pudieran expresarse en la Ley han de ser interpretadas con carácter restrictivo, tesis que tiene también su apoyo en el Convenio de Roma sobre Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Humanos, Civiles y Políticos de Nueva York. La resolución que es objeto de impugnación ha sido dictada por el Tribunal que ha fijado la competencia para el enjuiciamiento de un hecho”, (...), “sin que esa resolución obedeciera al planteamiento de una cuestión de competencia

previa que obliga a una decisión resolutoria del conflicto planteado, sino que se trata de una resolución sobre la competencia objetiva de los Juzgados y Tribunales cuyo contenido debe acomodarse a criterios generales que otorguen seguridad jurídica sobre la cuestión debatida, tanto en el marco territorial al que se refieren las impugnaciones, como en todo el territorio nacional, y clarifiquen el contenido del derecho al Juez predeterminado por la Ley con criterios generales para toda la Nación. De lo anterior se deriva que el artículo 52 de la Ley Orgánica del Poder Judicial debe ser entendido como una consecuencia del mandato legal que prohíbe el planteamiento de cuestiones de competencia entre órganos jurisdiccionalmente subordinados entre sí, sin que sea de aplicación a los supuestos en los que, como los de las impugnaciones, la resolución dictada confiere la competencia para el enjuiciamiento sin conflicto de competencia previo".

En fechas más cercanas la STS 235/2016, de 17 de marzo reitera esa doctrina jurisprudencial. Tras citar en apoyo de su posición las SSTs 975/1994; 21 de Febrero de 2007; 28 de Enero de 2008; 484/2010; 254/2011; 264/2011; 964/2011; 272/2013; 286/2013; 697/2013 o 473/2014, razona así:

"Ciertamente, el art. 52 de la LOPJ establece que no podrán suscitarse cuestiones de competencia entre Jueces y Tribunales subordinados entre sí, de suerte que el Tribunal Superior fijará su competencia sin ulterior recurso, pero esta Sala tiene una consolidada jurisprudencia --ya citada--, en la que se afirma que la exclusión del recurso a que se refiere el art. 52 LOPJ, se refiere a los recursos ordinarios en tanto que el recurso de casación es por su propia naturaleza, un recurso extraordinario que el propio art. 25 in fine de la LECriminal lo autoriza expresamente contra los autos de las Audiencias Provinciales en materia de inhibición o rechazo de su competencia"...

"Es doctrina reiterada por esta Sala, que la competencia objetiva para conocer de un determinado proceso, se concreta en el acta de acusación o escrito de conclusiones provisionales de las partes acusadoras, ya sean el Ministerio Fiscal, la Acusación Particular o la Acusación Popular. Los tres actúan en igualdad de condiciones, pues como se sabe, y es una de las características más significativas de nuestro sistema de enjuiciamiento penal es que el Ministerio Fiscal no tiene, el monopolio del ejercicio de la acción penal. Antes bien, este ejercicio está compartido con las acusaciones particular y popular, y en tal caso, a la hora de determinar la competencia objetiva del caso concernido, ha de estarse a la más grave de las acusaciones para determinar la competencia del órgano de enjuiciamiento, es decir, hay que atender a la pena imponible en abstracto, y por lo tanto teniendo en cuenta los subtipos agravados incluidos en la más grave de las acusaciones.

Ello impide que la Audiencia Provincial, en un juicio que solo es propio en el Plenario, pueda adelantar unas consideraciones a priori para rechazar su competencia, y, por tanto, con independencia de que con posterioridad al Plenario y en el momento de elevar a definitivas las conclusiones se mantengan o no por las acusaciones tales subtipos agravados, y con independencia de que los mismos sean o no aceptados en la sentencia, tras la valoración de todas las pruebas practicadas en el Plenario.

Nada afectaría a la competencia objetiva de la Audiencia que no se solicitara en conclusiones definitivas o no se aceptara por el Tribunal el cuestionado subtipo agravado que tuvo por consecuencia determinar --en abstracto-- la competencia de la Audiencia, sin embargo, a la inversa, si la competencia objetiva del Juez de lo Penal quedase desbordada por alguna de las acusaciones, se debería proceder de la forma prevista en el art. 788-5º de la LECriminal que prevé en tal caso que se debe declarar incompetente, dar por terminado el juicio y remitir la causa a la Audiencia correspondiente.

Junto con el anterior argumento, se puede añadir, también, la doctrina de esta Sala que tiene invariablemente declarado que cuando se ha procedido a la apertura del juicio oral --recuérdese que su dictado corresponde en el Procedimiento Abreviado al Juez de Instrucción--, no cabe modificación de la competencia objetiva declarada y hay que estar necesariamente a la doctrina de la perpetuatio iurisdictionis, en cuanto ello supone el mantenimiento de una competencia declarada una vez abierto el juicio oral, incluso en los casos en los que la acusación desistiera de la calificación más grave que dio lugar a la atribución de la competencia.

Dicho de otro modo, abierto el juicio oral ante un órgano judicial --en el presente caso ante la Audiencia Provincial de Tarragona--, el proceso solo puede terminar por sentencia o por similar resolución.

En tal sentido, se pueden citar sin ánimo exhaustivo, SSTs 700/2001; 1019/2004; 413/2008; 1351/2011; 8/2012; 1476/2012; 272/2013; 286/2013; 673/2013 o 697/2013.

En la STS 938/2012, de 22 de noviembre leemos:

"Es claro que no es el caso, y que lo que aquí se suscita no es, en puridad, un supuesto de esa misma naturaleza, en el sentido de que la competencia no había llegado a ser asumida por el tribunal provincial; y también porque la decisión impugnada es ajena a la emergencia de una nueva norma legal.

Pero, esto, no obstante, debe resolverse en el mismo sentido.

Primero, declarando la pertinencia del recurso, a tenor también de jurisprudencia de esta sala, que ha consagrado el criterio de que la previsión del art. 52 LOPJ se refiere a los recursos ordinarios, y en aplicación del art. 25 in fine Lecrim (por todas, STS 1192/2011, de 19 de diciembre).

En segundo término, porque, ciertamente, el auto de la Audiencia trasciende el ámbito de la determinación de la competencia, para entrar a decidir de manera anticipada sobre un aspecto del fondo del asunto, con el resultado de disponer

una suerte de sobreseimiento parcial, en cuanto relativo a un segmento de la imputación; eliminando, con ello, el derecho del acusador público a someterla a examen contradictorio en el juicio en su integridad".

En igual sentido, SSTs 272/2013, de 15 de marzo, 473/2014, de 9 de junio o 502/2015, de 28 de julio.

Ha de considerarse recurrible el auto.

- Cuando se admite la casación contra decisiones sobre competencia: el recurso puede basarse en normas no sustantivas, sino de competencia. Ciertamente cuando el art. 849.1º habla de norma jurídica del mismo carácter hay que entender norma sustantiva. Pero eso, que puede considerarse afirmación pacífica, exige una modulación cuando pensamos en recursos de casación contra autos (art. 666.1º LECrim, v.gr.) que, por su especificidad, solo son aptos para ventilar cuestiones procesales y no de derecho material. En esos casos una exégesis lógica impone entender que el recurso puede basarse en la vulneración de una norma procesal. Otro entendimiento más estricto supondría contradecir abiertamente la ley (que de forma expresa admite la casación contra decisiones sobre competencia en muchos pasajes). No cabría nunca casación contra una decisión de competencia pues solo estará comprometida la interpretación de una norma de índole procesal como es el art. 14 LECrim (o en su caso los arts. 15, o 18 del mismo cuerpo legal).

Cuando la ley abre la casación al debate de temas de competencia, de forma implícita está estirando el ámbito del art. 849.1º LECrim, permitiendo a través de ese cauce discutir un punto de derecho no sustantivo, sino procesal como es la competencia. Solo así cobran coherencia las previsiones de un recurso de casación contra decisiones sobre competencia (arts. 25, 23, 25, 27, 31, 35, 43, 676, 759 LECrim)-.

- Competencia Objetiva: En el momento de dilucidar qué órgano ha de reputarse competente –Juzgado de lo Penal o Audiencia Provincial-, hemos de estar al contenido de las pretensiones que han traspasado el filtro del juicio de acusación que realiza en el procedimiento abreviado el Juez de Instrucción (sin perjuicio de la posibilidad de impugnación del auto de transformación). No es posible volver a sopesar la razonabilidad de esas pretensiones a los únicos efectos de afirmar la competencia de uno u otro órgano. Si la acusación no está bien fundada procederá en su momento la absolución (que en principio –y sin perjuicio de algún matiz- ha de decretar el órgano con competencia objetiva para conocer de la acusación así perfilada). No cabe examinar anticipadamente el fondo de la pretensión que ha merecido homologación del Instructor, a los únicos efectos de ventilar la competencia objetiva descartando su viabilidad mediante una especie de absolución sin juicio. En ese punto hay que discrepar de la resolución de instancia. La Audiencia se siente autorizada a efectuar cierto control no solo sobre los aspectos externos de la pretensión (delito por el que se acusa, pena señalada en abstracto y pena solicitada) sino también sobre su fundabilidad. Este aspecto queda reservado en esta fase al Instructor (sin perjuicio del eventual recurso) a través de los autos de transformación y de apertura del juicio oral (momentos en que puede expulsar razonadamente las valoraciones infundadas); y, en alguna medida (muy mitigada tras la reforma de 2002), a través de la decisión fijando el órgano competente para el enjuiciamiento (que también se atribuye al Instructor).

Residualmente el Juzgado de lo Penal en determinadas condiciones retiene al respecto alguna facultad como se deriva de lo establecido en los arts. 788.5 y 786.2 LECrim, pero siempre sin capacidad para apartarse de las coordenadas básicas de las pretensiones acusatorias: sólo si, al menos, una de ellas se mueve en su ámbito competencial podrá retener la competencia. Es esa una herramienta que se pone en manos del juez para eludir extemporáneas pretensiones acusatorias, novedosas o agravadas, patentemente improcedentes y articuladas en los momentos finales del juicio con fines que pueden ser nuevamente estratégicos o pura y simplemente espurios.

Aquí, a la vista de que la acusación del Ministerio Fiscal no rebasaba la competencia del Juzgado de lo Penal, el Juzgado de Instrucción podría haber remitido al mismo el asunto (art. 783.2 en relación con el art. 788.5 LECrim, sin perjuicio de las matizaciones que exigiría esta afirmación). Pero estaba indudablemente habilitado para fijar como órgano competente a la Audiencia Provincial (lo que no obsta a la posibilidad de la Audiencia de examinar de oficio su propia competencia, como ha hecho aquí, aunque seguramente en un momento tardío) al constatar la naturaleza de una de las pretensiones acusatorias (hay que atender a la pena asignada al delito por el que se acusa, y no a la pena efectivamente solicitada). Optó por esta segunda vía el juzgado de instrucción, acomodada por lo demás a la petición concorde de acusaciones y Ministerio Fiscal (éste seguramente por haber tenido ocasión al evacuar el trámite después de conocer la pretensión de la acusación particular; aunque no es descartable que pudiese estar fundada en problemas de derecho transitorio en los que ahora no es preciso adentrarse -repercusiones procesales de las reformas de derecho penal sustitutivo-).

Una acusación invoca el art. 250; está abierto el juicio oral respecto de los hechos que fundan tal subtipo agravado (no se ha producido un sobreseimiento o una exclusión de tal calificación); se solicita una pena de seis años. Existía base para la decisión del Instructor sobre competencia a la que ahora se quiere privar de eficacia.

La Audiencia, constatada la presencia de una pretensión acusatoria que objetivamente le está atribuida, carece de capacidad para realizar un juicio de fondo sobre su procedencia. Es ella la competente para conocer de la misma y en su caso absolver de ese delito. No cabe una prematura absolución “por falta de competencia objetiva” mediante un auto. Eso es lo que viene a representar la resolución impugnada. Ahora no es debatible si la calificación es correcta o no, o si el Instructor debió haber rechazado esa acusación o si existe base para invocar uno de los subtipos agravados del art. 250. Lo relevante es que se acusa

por un delito cuyo conocimiento está atribuido a la Audiencia; que esa acusación ha superado los filtros previos para llegar a juicio oral; y que, pese a estar acompañada de otra acusación menos grave, movió al Juzgado de Instrucción a confiar el conocimiento a la Audiencia. No puede controlarse la corrección de la acusación. Ni tampoco aplicar anticipadamente una solución jurídica (concurso de normas en la que el principio de especialidad prevalecería sobre el de alternatividad) que ha de adoptarse una vez realizadas las pruebas y escuchados los argumentos de las partes.

Esa pretensión acusatoria, al haber superado ya los controles jurisdiccionales previos, exige una decisión de fondo que corresponde a la Audiencia Provincial quien deberá asumir la competencia para resolver tras el correspondiente juicio.

La STS 995/2013, de 2 de diciembre, en sintonía con otras muchas, abona esa conclusión:

"El escrito de acusación particular –única acusación formulada, ya que el Ministerio Fiscal había pedido el sobreseimiento– imputaba al acusado que "aprovechándose de la confianza" en él depositada, se apoderó de una libreta de ahorro bancaria y posteriormente logró engañar a la perjudicada para que hiciera disposiciones de dinero a su favor. Calificó el hecho de estafa prevista y penada entre nosotros en el artículo 250.1.1 º y 6º del Código Penal.

El Juzgado de Instrucción decidió la apertura del juicio oral, recogiendo esa calificación como antecedente, y señaló como órgano competente para el enjuiciamiento la Audiencia Provincial.

La Audiencia, so pretexto de que le competía examinar la "razonabilidad de esa decisión" por la que se decide por el Instructor la competencia, incluso si las partes se aquietan con la misma, rechaza en el caso que sea estimable la agravación del nº 6 del apartado 1 del artículo 250 del Código Penal. Por valorar que no si deba especial gravedad por la cuantía ni por el perjuicio causado a víctima y familia.

Una vez auto atribuida competencia para tal examen antes del enjuiciamiento, ya sigue la Sala de instancia excluyendo también la estimabilidad e la agravación por abuso de las relaciones personales existentes. Y, en fin, concluye que, desprovista de tales agravaciones la estafa objeto de acusación, pese a la decisión del Instructor, compete al Juzgado de lo Penal y no a la Audiencia.

En nuestra Sentencia nº 673/2013 de 17 de septiembre, hemos declarado la improcedencia de esas extralimitaciones en las decisiones de la Audiencia rechazando su competencia. Al efecto comenzamos recordando cual es el verdadero sentido de la decisión de apertura del juicio oral dictada por el Juzgado de Instrucción en el procedimiento abreviado.

Dijimos allí que la decisión del Juez instructor tiene dos contenidos:

Así, en primer lugar, se decide sobre la pretensión de todas o alguna de las acusaciones acerca del objeto el proceso, en lo que concierne al hecho imputado y al sujeto acusado, que han quedado determinados en la previa resolución sobre preparación del juicio oral. Esa decisión, en la medida que estima dicha pretensión, no es susceptible de reconsideración por otro órgano jurisdiccional. Ni por el cauce de un recurso devolutivo. Expresamente vetado en el artículo 783 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Ni en el trámite de cuestiones previas reguladas en el artículo 786 de la misma, que no incluye tal posibilidad entre las cuestiones que enuncia como suscitables.

La segunda decisión, tributaria de la anterior, en la medida que depende del ámbito de aceptación de la pretensión acusadora, establecerá el órgano competente para el enjuiciamiento. Este aspecto es de posible reconsideración en el citado trámite de cuestiones previas, concepto que incluye, tal como dice el citado artículo 786, los que dan lugar a los artículos de previo pronunciamiento, por más que tales artículos no se regulen en el ámbito del procedimiento abreviado.

Como consecuencia de lo anterior también añadíamos:

Es constante la Jurisprudencia, de este Tribunal y del Constitucional que advierte que no toda cuestión que concierne a la determinación de la competencia de los Tribunales puede reconducirse a cuestión de contenido constitucional, que afecte a ese derecho invocado por el Ministerio Fiscal. Tal contenido constitucional cabe predicarlo solamente cuando la atribución de competencia es nítidamente arbitraria. Así lo recordábamos en nuestra reciente STS 413/2013 de 10 de mayo, recogiendo doctrina establecida, entre otras en la STC 134/2010 de 2 de diciembre en la que se decía: que las cuestiones relativas a la interpretación de las normas sobre atribución de competencias a los órganos jurisdiccionales son, en principio, cuestiones de legalidad ordinaria y ajenas, por tanto, al derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley, salvo que esa interpretación suponga una manipulación manifiestamente arbitraria de las reglas legales sobre atribución de competencias (por todas, STC 115/2006, de 24 de abril, FJ 9). De forma que no puede confundirse el contenido de este derecho fundamental con el derecho a que las normas sobre distribución de competencias entre los órganos jurisdiccionales se interpreten en un determinado sentido (entre otras, SSTC 164/2008, de 15 de diciembre, FJ 4, y 220/2009, de 21 de diciembre, FJ 3).

Aunque no cabe excluir otra vulneración de precepto constitucional, tal como hemos dejado inicialmente advertido, la decisión sobre admisibilidad de la pretensión de enjuiciamiento, incluida en el auto de apertura de juicio oral por el Juzgado de Instrucción, no es susceptible de reconsideración, ni por vía de recurso ni como cuestión previa por el órgano de enjuiciamiento. No cabe dudar que, admitida la acusación con calificación del tipo agravado, la decisión sobre competencia no puede ser otra que la de atribuir la a la Audiencia y no al Juzgado de lo Penal, ya que el subtipo agravado prevé pena posible que excede de la competencia objetiva de éste.

Por ello tampoco podemos compartir la decisión ante nosotros recurrida, en la medida que su fundamento parte precisamente de una reconsideración de la admisibilidad del juicio sobre el tipo imputado por la acusación".

Consideraciones similares inspiran la STS 235/2016, de 17 de marzo:

"En este caso la acusación particular acusó por delito de estafa del art. 250.1. 5º y 6º Cpenal, y en la petición de indemnización solicita 80.000 euros. Al tratarse de un Procedimiento Abreviado, en que puede plantearse el comienzo del juicio oral la práctica de nuevos medios de prueba, y modificarse los hechos en conclusiones definitivas, no puede concederse valor absoluto e inamovible a los hechos que se relatan en las conclusiones provisionales. Para determinar el órgano de enjuiciamiento y fallo debe estarse a las calificaciones de las partes acusadoras, y en este caso la acusación particular acusa por delito (estafa de los arts. 248 y 250.1. 5º y 6º Cpenal) que tiene señalada en el Código una pena que excede de 5 años. En consecuencia, no es aplicable el art. 14.3 sino el 14.4 LECriminal y debe conocer del asunto la Audiencia Provincial"(Vid. también SSTs 473/2014, de 9 de junio, 484/2010, de 26 de mayo, 1051/2012, de 21 de diciembre).

En consecuencia, procede estimar el recurso de casación interpuesto por el Ministerio Fiscal y, dejando sin efecto el auto impugnado, atribuir la competencia a la Audiencia Provincial.

DATOS SENTENCIA

Sentencia núm. 615/2019

Fecha de sentencia: 11/12/2019

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION

Número del procedimiento: 1827/2018

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

TEMA

Delito continuado de robo con violencia: Intoxicación por benzodiacepinas como violencia. Delito de lesiones: el reposo como tratamiento. Unidad natural de acción. Robo con violencia como continuado. Peculiaridad que lo posibilita y no quiebra la doctrina unánime sobre su inviabilidad.

ASPECTOS EXAMINADOS

- Delito continuado de robo con violencia: Intoxicación por benzodiacepinas como violencia.
Aunque no argumentado por el recurrente, la calificación de hurto de la narración probada subsistiría si la denominada comúnmente "sumisión química" no se acomodara, como defiende un sector de la doctrina, al concepto de violencia típica, al considerar que ese tipo de violencia no se adecúa a las exigencias del tipo penal, entendiendo que la referencia que se hace a la violencia sobre las personas del art. 237 implica la necesidad de una violencia directa sobre las mismas.
Pero esa posición no parece pacífica ni asentada; tanto en la doctrina clásica, como en las nuevas aportaciones que las reformas de estas figuras típicas han suscitado. Así, es cierto que violencia en la segunda acepción del DLE, se contempla como "acción y efecto de violentar o violentarse"; y violentar, como "aplicar medios violentos a cosas o personas para vencer su resistencia", que parece remitir a fuerza física; pero a continuación se afirma que desde 2014 (vigesimaltercera edición), el Diccionario entiende por violento en su cuarta acepción "que implica uso de la fuerza física o moral"; y a su vez, aunque la quinta acepción de fuerza, en el sentido de forzar, se describe como "acto de obligar a alguien a que asiente a algo, o a que lo haga", en la segunda se define como "aplicación del poder físico o moral" y se alude a la definición de 'físico' como "perteneciente o relativo a la constitución y naturaleza corpórea, en contraposición a moral"; integración que posibilita, se concluye en este sector doctrinal, afirmar la existencia de un uso semántico de violencia como forzamiento de la voluntad de un tercero a partir de la afectación física de su sustrato corporal; donde consecuentemente la connotación física viene dada por el carácter físico del resultado, la afectación física de la víctima y no por la existencia de un acometimiento o ímpetu físico en la acción.
Por tanto, predicable a los supuestos donde a través de una sustancia tóxica (sumisión química), se elimina o reduce la consciencia del sujeto siendo privado de su capacidad de reacción. Como pacíficamente mantiene la jurisprudencia.
En la sentencia recurrida, no se discute y evidencia el relato que el despojo que conlleva la apropiación de dinero y joyas por parte de la acusada, se realiza contra la voluntad de la víctima propietaria de esos bienes, pero sucede además aquí, que el medio por el que se logra contrariar esa voluntad es la administración de un psicotrópico, donde no solo ocasionalmente se priva de consciencia a la víctima, sino que le ocasiona un grave menoscabo corporal tributario de tratamiento médico. La violencia afirmada concorde con las conclusiones acusatorias, es la derivada de la intoxicación, en el mismo sentido que la describe la STS núm. 1332/2004 de 11 de noviembre (reiterado en la núm. 577/2005, de 4 de mayo), cuando entiende que

añadir sustancia estupefaciente al whisky constituye la violencia o intimidación exigida por el art. 242 para penar esta clase de robo, que implica una sumisión química equivalente a la sujeción física.

Mediaba con anterioridad a esa resolución y en el mismo sentido, la STS 2217/1989, de 8 de septiembre de 1989, que califica el apoderamiento tras la narcotización como robo con violencia del art. 501.5º CP/73; así como la STS 2442/1992, de 16 de noviembre, recurso núm. 1016/1991, que indicaba que “propinar un narcótico que la inmoviliza (tanto o más que si se le atara) y ejercer efectos en todo su organismo, más o menos graves según, dosis, edad, contraindicaciones etc. es una agresión lesiva no inferior al forcejeo, ligaduras, empujones, etc.”; y de igual modo la STS 2395/1993, de 30 de octubre, recurso 2373/1992 equipara los resultados de la violencia propia con la administración de un fármaco hipnótico.

Actividad lesiva, que resalta evidenciada en el caso de autos y de la que igualmente es exponente la STS núm. 627/2011, de 21 de junio, donde se recoge que los hechos probados refieren una misma dinámica comisiva: la acusada acudía a ciertos locales de ocio y se presentaba a varones “maduros” con los que entablaba relación y proponía ir a sus viviendas para mantener relaciones sexuales. En su casa se ofrecía para preparar una copa a la que incluía una mezcla de clonazepam y de doxilamina en una dosis que “en cualquier persona sana provocaría una intoxicación aguda y previsiblemente la muerte en personas con antecedentes cardiacos y/o insuficiencia respiratoria”. Se añade que las dosis de la sustancia introducida en los vasos eran muy superiores a las terapéuticas que, además, se potenciaban en combinación con el alcohol y que las dos sustancias eran contraindicadas en su utilización conjunta. El sueño que provocaba propiciaba la realización de actos de desapoderamiento. Resalta el hecho probado, que una de sus víctimas falleció y que otra pudo salvarse gracias a la intervención inmediata de un hijo suyo que lo llevó a un centro médico. Y donde resulta condenada la acusada, como autora de un delito de asesinato, otro de homicidio intentado y dos de robo con violencia; donde el medio comisivo violento pues, lo integra la disolución en la bebida de la mezcla de esas sustancias que dejaban a los sujetos pasivos en un estado de inconsciencia que aprovechaba para sustraer el dinero y objetos de valor que pudiera haber en las viviendas.

- Delito de lesiones: el reposo como tratamiento.

Establece una reiterada jurisprudencia de esta Sala que el tratamiento médico es un concepto normativo que, en ausencia de una definición legal, debe ser alcanzado mediante las aportaciones doctrinales y jurisprudenciales que otorgan al mismo la necesaria seguridad jurídica que la interpretación del tipo requiere; y así hemos referido que por tratamiento médico que por tal debe entenderse “toda actividad posterior a la primera asistencia... tendente a la sanidad de las lesiones y prescrita por un médico”, o “aquel sistema que se utiliza para curar una enfermedad o para tratar de reducir sus consecuencias, si aquella no es curable, siendo indiferente que tal actividad posterior la realice el propio médico o la encomiende a auxiliares sanitarios, también cuando se imponga la misma al paciente por la prescripción de fármacos o por la fijación de comportamientos a seguir, quedando al margen del tratamiento médico el simple diagnóstico o la pura prevención médica”. En un inicio, desde ese presupuesto, se entendió que el reposo, aun aconsejado por médico, no determina por parte de éste la aplicación activa de su conocimiento en la realización de un sistema de actuaciones de finalidad curativa, sino que, por el contrario, deja la obtención de la curación a la propia evolución de la naturaleza facilitada por una conducta de descanso que solo al propio lesionado o enfermo está encomendada su aplicación (STS núm. 1406/2002, de 27 de julio); y de igual modo la STS 451/2003, de 28 de marzo indicaba con relación al citado reposo, simplemente éste, no seguido de técnicas de rehabilitación o del suministro de fármacos, no puede constituir tratamiento médico o quirúrgico.

Sin embargo, la casuística, proporcionó situaciones donde, el descanso o reposo, no restaba al cuidado exclusivo del paciente, sino que precisaba de indicación y cuidado médico en aras de un adecuado restablecimiento de las lesiones padecidas. El supuesto más paradigmático viene referido a determinadas fracturas o fisuras óseas o algunas lesiones ligamentosas o musculares. Así, existe una numerosa jurisprudencia donde se destaca que concorde al enunciado jurisprudencial pacíficamente admitido antes transcrito, existe tratamiento desde el punto de vista penal, en toda actividad posterior tendente a la sanidad de las personas, si está prescrita por el médico, incluida la administración de fármacos o la fijación de comportamientos a seguir, donde el reposo como concreción de esos comportamientos, puede conformar por sí mismo el único tratamiento admisible para algunas lesiones (STS núm. 1895/2000 de 11 de diciembre).

Consideración del reposo, como tratamiento, reiterado en numerosas resoluciones, generalmente en relación con lesiones que originan fracturas óseas (vd. STS núm. STS 353/2014, de 8 de mayo y las resoluciones que allí cita).

En la sentencia núm. 169/2008, de 8 de abril, se indica que la jurisprudencia ha relacionado el concepto de tratamiento médico especialmente con su finalidad curativa; pero sin embargo, el elemento del tratamiento médico se debe entender de una manera normativa, en tanto su significado es el de caracterizar una forma de lesión cuya gravedad no es irrelevante; y en este sentido el tratamiento del dolor y la necesidad de reposo para permitir la curación también configuran una gravedad de la lesión que no justifica la atenuación de la pena que, en definitiva, antes el art. 617 CP y ahora el 147.2, prevén para simples malestares corporales que carecen de relevancia patológica.

En autos, el menoscabo corporal sufrido, descrito como probado, era de especial gravedad: somnolencia, sedación, ataxia, deterioro cognitivo, incoordinación motora y amnesia; donde el reposo dada la edad del paciente y el deterioro cognitivo y motor descrito, posibilita inferir al juzgador que el reposo resultaba necesario para su restablecimiento.

Y dado que así lo afirma como probado, tanto el menoscabo derivado de la lesión como la necesidad médicamente establecida del reposo para el restablecimiento de la víctima, y nos encontramos en sede de infracción de ley, donde el relato probado debe ser mantenido, el motivo no puede prosperar.

Pero incluso en sede de presunción de inocencia, donde encaja mejor el argumentario del recurrente, tampoco podría prosperar.

Si examinamos los diversos informes médicos obrantes en autos, el pericial forense, indica que la intoxicación por benzodiacepinas es tributaria de tratamiento médico y que la víctima estuvo dos días hospitalizada ante la imposibilidad de caminar de forma autónoma. Antes y después a ser atendida por el servicio de Urgencias del Hospital Universitario Clinic de Barcelona, fue tratada por doctores de Hospital Plató (fueron quienes la derivaron a urgencias), donde conforme al historial aportado, y debido a la disfagia, ésta derivada de la referida intoxicación por benzodiacepinas, tienen que alimentarla con dieta específica y líquidos con espesante, han de tratarla de una posible broncoaspiración, secundaria también a la disfagia, le suministran Anaxate (cuyo principio activo es el flumazenilo, que neutraliza los efectos centrales de las benzodiacepinas a dosis demasados altas, como recuperación de la consciencia y posibilitar una respiración autónoma) y también le indican fisioterapia para su recuperación funcional durante su ingreso con continuación en la Residencia.

De ahí, que el informe emitido el día 26 de marzo, después de la segunda remisión a urgencias desde el Hospital Plató, indique que el flumazenilo (antídoto de las benzodiacepinas) no requiere ser administrado, pues ya había sido suministrado, además de otros tratamientos alimentarios y rehabilitadores han desplegado sus efectos, pues la víctima ha recobrado la consciencia y fuerza muscular en las extremidades y eso determina que tratamiento posterior no precise ya, aunque permanezca aún en silla de ruedas, carece de relevancia alguna.

Además de ello, en la fundamentación de la sentencia, se pone de relieve la concreción del reposo en la “monitorización y observación hospitalaria”, con precisión además de ser necesaria e imprescindible para su curación, a lo que debemos anotar, que no fue meramente pasiva o de mera observación y vigilancia dadas las atenciones sanitarias que el estado de semi y/o total inconsciencia en que quedó aquella, como describe la resolución recurrida, privada incluso de su capacidad ambulatoria o de subvenir por sí misma a sus más elementales necesidades fisiológicas de alimentarse, precisada además para la indispensable ingesta de líquidos que fueran suministrados con espesante “consistencia néctar”.

- Delito de lesiones: Unidad natural de acción.

Si bien en el delito de lesiones, se atiende a su configuración a través de la denominada unidad natural de acción, donde varias acciones y omisiones que están en una estrecha conexión espacial y temporal que puede reconocerse objetivamente y con una vinculación de significado que permite una unidad de valoración jurídica y ser juzgadas como una sola acción; donde incluso el ejemplo más habitual empleado es que varios puñetazos seguidos configuran un único delito de lesiones; y así, en autos, la conducta de la acusada, ha sido calificada como un solo delito, a pesar de que las acciones empleadas para la causación del menoscabo cognitivo y motor, son muy prolongadas en el tiempo, durante más de un mes; acaece aquí con la particularidad de que el menoscabo se produce, no por el suministro en cada ocasión de las benzodiacepinas, aisladamente muy probablemente sin capacidad lesiva, sino por acumulación de las sucesivas ingestas en ese dilatado plazo temporal, que singularmente permiten en este singular supuesto fáctico, apreciar desde una perspectiva normativa, un único delito.

- Robo con violencia: delito continuado:

Ciertamente, la jurisprudencia siempre se ha manifestado contraria a admitir la continuidad en el robo con violencia (entre otras varias, SSTs 17 mayo 1989 y 18 setiembre 1993, 1677/1999, de 24 de noviembre; 904/2002, de 16 de mayo, 898/2012, de 15 de noviembre u 898/2012, de 15 de noviembre).

En esta última resolución, con cita de la STS núm. 1143/2011 de 28 de octubre, se señala que la excepcionalidad de aplicación del delito continuado forma parte del enunciado mismo del art. 74 del CP, en cuyo apartado 3 se precisa que “... quedan exceptuadas de lo establecido en los apartados anteriores las ofensas a bienes eminentemente personales, salvo las constitutivas de infracciones contra el honor y la libertad e indemnidad sexuales que afecten al mismo sujeto pasivo. En estos casos, se atenderá a la naturaleza del hecho y del precepto infringido para aplicar o no la continuidad delictiva”.

También cita la 898/2012, el ATS 2331/2011, 22 diciembre, donde esta cuestión se plantea y resuelve del mismo modo: “...la parte recurrente solicita se aprecie la continuidad delictiva respecto de los delitos de robo con violencia o intimidación. Alega que todos los hechos delictivos contra el patrimonio se cometieron en apenas veinticuatro horas en una zona céntrica de Barcelona con una técnica comisiva idéntica y que la pena sin apreciar la continuidad delictiva resulta exacerbada. [...] La doctrina de esta Sala ha excluido de manera reiterada de la figura de la continuidad delictiva los casos de pluralidad de robos con violencia, -pese a su cercanía en el tiempo- con base en el artículo 74. 3.º del Código Penal. Conforme a este precepto, quedan exceptuadas de las reglas generales de la continuidad delictiva, las ofensas a bienes eminentemente personales, salvo las constitutivas de infracciones contra el honor y la libertad e indemnidad sexuales que afecten al mismo sujeto pasivo. En tal sentido, y respecto del delito de robo con violencia e intimidación, ha dicho esta Sala que “los delitos de robo con violencia o intimidación contienen en su estructura típica una pluralidad de bienes jurídicos atacados que se encarnan en el derecho a la propiedad y en el derecho a la vida y a la integridad física y moral, bienes éstos, eminentemente personales que

vetan la aplicación del delito continuado aunque ello suponga una agravación de la entidad punitiva que corresponde a cada uno de los delitos penados separadamente". (Así por todas, STS 78/2000, de 21 de enero). Es evidente que es esa la consideración que merece el delito de robo con violencia e intimidación, en cuanto que, aunque la finalidad sea eminentemente patrimonial (apoderarse mediante medio o violencia de una cosa ajena), la utilización de esos medios afecta a bienes de naturaleza obviamente personal como lo son la integridad física y psíquica de las personas".

Para concluir que este entendimiento jurisprudencial está generalizado en otros muchos precedentes. Así hemos dicho que "... el delito de robo con violencia o intimidación en cuanto atenta a la vez al patrimonio y a la libertad de las personas, daño típico de ofensa a bienes evidentemente personales que adquiere una significación especial y que impide apreciar la continuidad delictiva, tanto entre distintos robos con violencia o intimidación, como entre robo con violencia y robo con fuerza en las cosas o hurto" (STS 97/2010, 10 de febrero, confirmando la tesis proclamada, entre otras muchas, en las SSTs 782/1998, 5 de junio; 1677/1999, 24 de noviembre; 78/2000, 31 de enero; 1564/2002, 7 de octubre y 1572/2003, 25 de noviembre).

Esa doctrina es mantenida unánimemente, en relación al delito de robo con violencia e intimidación, quizás por la configuración unitaria de las tipologías complejas que contemplaba el artículo 501 del anterior Código Penal, robo con homicidio, robo con violación o las diversas modalidades de robo con lesiones; pues sin embargo admitimos la continuidad en el delito de amenazas graves (vd. STS 49/2019, de 4 de febrero, con cita de las precedentes, 234/2004 de 17 de marzo, 832/1998 de 17 de junio y 1537/1997 de 12 de diciembre). En todo caso, la casuística viene determinada fundamentalmente por la subsunción de la expresión "eminentemente personal".

En la sentencia recurrida, la violencia afirmada y admitida por el recurrente, es la derivada de la intoxicación propiciada y mantenida por administración de benzodiacepinas; lo que determina que, en la calificación continuada del robo con violencia, pese a su aparente contradicción, no se contenga una quiebra del pacífico criterio de la inviabilidad del delito continuado cuando medie una reiteración de lesiones a un bien jurídico eminentemente personal. Vimos en el fundamento anterior la justificación de la calificación de la causación lesiva como un solo delito; los actos aislados del suministro de la benzodiacepina carecen en principio de actitud lesiva y solo un proceso acumulativo, genera el menoscabo corporal que padeció y mantuvo la víctima en ese dilatado tiempo, en un proceso cuyo inicio, suministros ulteriores y final, no resultan concretizados. Y ese suministro, considerado en su conjunto, en ese dilatado período de tiempo, es el acto violento que determina la calificación de los diversos apoderamientos, como delitos de robo con violencia.

Si las sustracciones bajo un acto violento o intimidatorio, se condensaran en un mismo momento, aunque afectasen a diversos sujetos, integrarían un solo delito de robo con violencia; pero escindidas temporalmente, en el decurso de al menos un mes y responder a un mismo plan preconcebido y aprovechamiento de la misma ocasión, aunque el ataque lesivo se considere unitario, determina su continuidad.

Desde esta perspectiva, el acto violento es uno y sólo los apoderamientos son plurales. De modo que nada impide la calificación de dichos apoderamientos como continuados, cuando el ataque al bien personal es considerado unitario y es el ataque a la propiedad, el reiterado.

Intoxicación mantenida, que operaba como vis physica compulsiva, en cuanto propiciaba los apoderamientos, la nula reacción al despojo sufrido y consiguiente facilitación de los sucesivos, incluidas las extracciones (y las dos transferencias) bancarias por medio de la tarjeta o libreta a través de cajero.

Cuestión que también admite el recurrente, pero entiende que, en estas últimas operaciones, la calificación de robo dejaría sin sancionar la apariencia de veracidad simulada, con el fin de lograr un enriquecimiento ilícito (ajena al robo), en la utilización de la tarjeta, sancionada en el art. 248.2.c) CP.

Pero en la jurisprudencia que invoca el recurrente, cuando se produce el apoderamiento de metálico en el cajero con la tarjeta ajena, generalmente la intimidación o la violencia ya han cesado. Lo que no acontece en autos, donde la situación de inconsciencia, entre otras consecuencias, generada por la intoxicación dolosamente generada persiste, situación de violencia que se proyecta sobre todas estas sustracciones y determina su calificación por el tipo más grave, el robo violento. Piénsese en la situación en que los autores, se hacen acompañar de la víctima al cajero, hasta ver si el pin que les facilitó de la tarjeta violentamente sustraída, al utilizarla ellos, es el correcto.

Es decir, lo fundamental, es determinar si cuando se extrae el dinero del cajero, persiste la violencia o intimidación, pues entonces, no cabe calificar como estafa asimilada. Pues en una situación de violencia, cabe que concurra también engaño, así la STS 98/2012, de 15 de noviembre, donde quienes sustraían la droga a punta de pistola, se hacían pasar por una identidad y cualidad que no les correspondía, la de policías.

Por otra parte, la específica tipificación de la utilización de tarjetas de crédito, o sus datos, en operaciones en perjuicio de su titular o de un tercero, en el art. 248.2.c), es reciente, proviene de la reforma operada por LO 5/2010; lo que no ha impedido que con anterioridad, esa conducta haya sido sancionada como manipulación informática con ánimo de lucro, tras la reforma debida a la LO 15/2003; y con anterioridad a la vigencia de esa norma, como delito de robo con fuerza en las cosas (criterio a luz de derecho vigente de la fecha defendido tanto por la FGE -consulta 2/88- como por la jurisprudencia de esta Sala).

No postulamos la ultraactividad de la norma derogada; pero sirven esos antecedentes para justificar que, aunque no primase como abrazadera la calificación tributaria a la violencia, la morfología del tipo que contemplamos es similar al robo con fuerza en las cosas, lo que permitiría, en cualquier caso, su contemplación e incorporación dentro del delito continuado objeto de condena en la instancia. El delito continuado previsto en el art. 74 CP, no exige que se integre por conductas que infrinjan el mismo precepto penal, también cuando se trata de preceptos de similar naturaleza; así no es infrecuente entre los delitos de apropiación indebida y estafa cometidos indistintamente en ejecución de un plan preconcebido (STS 611/2017, de 13 de septiembre de 2017, con cita de la 1298/2009 de 10 de Diciembre y 292/2013 de 21 de Marzo) y el Acuerdo no jurisdiccional de la Sala Segunda de 6 de octubre de 2000, estableció (aunque fuera a efectos de aplicar la agravante de reincidencia) que los delitos de robo con violencia o intimidación y los delitos con robo con fuerza en las cosas, tenían la misma naturaleza delictiva.

Tanto más, cuando el delito continuado por robo con violencia objeto de condena se estima con la agravante de abuso de confianza, derivada de que la acusada había sido contratada como cuidadora de la víctima, residía en su domicilio, incluso cuando aquella se ausentaba; especial relación de confianza, en la cual el sujeto pasivo ha otorgado al activo acceso a los bienes jurídicos lesionados por éste, en virtud de esa confianza de la que se abusa con quiebra de los deberes de lealtad y fidelidad derivados de aquella; y el abuso de confianza ya es uno de los elementos inherentes a la estafa; agravante también proyectada con la sentencia de instancia sobre las apropiaciones en los cajeros.

DATOS SENTENCIA

Sentencia núm. 625/2019

Fecha de sentencia: 17/12/2019

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION

Número del procedimiento: 2129/2018

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

TEMA

Delito de estafa del art. 251.2 CP. Elementos típicos del delito de estafa impropia. Error: doctrina: error de tipo y error de prohibición directo e indirecto.

ASPECTOS EXAMINADOS

- Antecedentes: La Audiencia ha absuelto a la acusada del delito imputado por estimar la concurrencia de un error sobre un elemento del tipo, conforme a los parámetros del art. 14.1 del Código Penal, y la ha condenado a indemnizar a los perjudicados, en base al art. 118.2 del propio Cuerpo legal. La Audiencia declara que concurren los elementos típicos objetivos del delito de estafa del art. 251.2 del Código Penal, pero estima un error de tipo en la actuación de la acusada, lo que produce que deba ser ésta absuelta y aplicados los resortes legales del art. 118.2 del propio Cuerpo legal, a cuyo tenor "en el caso del artículo 14, serán responsables civiles los autores del hecho".
- Delito de estafa: Elementos: La STS 810/2016, de 28 de octubre, con remisión a la STS 218/2016, de 15 de marzo, explica que «una jurisprudencia constante recuerda que son elementos de este delito de estafa impropia: a) la existencia de un negocio de disposición sobre una cosa, mueble o inmueble; b) que haya sido transferida como libre cuando sobre ella pesaba un gravamen; c) la existencia de ánimo de lucro; d) el conocimiento del autor sobre aquella circunstancia; e) la producción de un perjuicio al adquirente (SSTS 90/2014, 4 de febrero y 333/2012, 26 de abril). También hemos dicho –STS 133/2010, 24 de febrero–, que "... en esta modalidad de estafa, como en la estafa tipo, la concurrencia del engaño es inexcusable, y se materializa con el vocablo "ocultando" la existencia del gravamen, que, a su vez implica el carácter doloso de la acción al tratarse de silenciar consciente y voluntariamente la existencia de la carga que soporta el bien objeto del contrato. Porque en el ámbito de la compraventa, el legislador ha querido constituir al vendedor en garante del no surgimiento de una falsa representación en el comprador, relativa a la ausencia de gravámenes sobre la cosa, estando obligado el vendedor a informar al comprador sobre tales gravámenes en el momento mismo del acuerdo de voluntades generador de la obligación, porque lo expresamente reputado como constitutivo del engaño en esta modalidad de estafa no se puede hacer depender de que el perjudicado no haya empleado toda la diligencia necesaria para descubrir la situación real (STS de 25 de septiembre de 1992); porque toda oferta de venta o aceptación de una oferta de compra, así como la conclusión de otros negocios jurídicos que implican disposición de un bien, constituye una afirmación tácita de que sobre éste no pesan gravámenes (véanse, entre otras, STS de 29 de febrero de 1.996 y 22 de septiembre de 1.997)».

Quiere con ello decirse que la conducta típica consiste en vender como libre un bien que está gravado, sin dar cuenta de esta circunstancia al adquirente que ve frustradas así sus legítimas esperanzas de que el contrato traslade aquello que dice el

acuerdo que lo es, es decir, que el bien transmitido está libre, y no tenga que afrontar ninguna carga real, consecuencia de una anotación preventiva de embargo, como ocurrió en el caso de autos.

Por ello, desde el plano de su objetividad típica, se cumplen todos los requisitos acuñados por nuestra jurisprudencia.

Ahora bien, la Audiencia también consideró que la acusada no tuvo conocimiento de que transmitía un bien gravado con una carga real, en la suposición, fundada, de que dicha carga había sido cancelada por medio del pago de su importe, conforme al escrito cuyo tenor literal figura en los hechos probados, y que, si bien se refiere a un préstamo, no a los dos que había convenido la acusada con el Banco Pastor, aparentemente parecía decir lo contrario.

Es por ello, que la Audiencia absuelve a la acusada, y activa los resortes del art. 118.2 del Código Penal, que no distingue entre el error vencible e invencible, ni tal circunstancia se lleva al fallo recurrido, sino simplemente declara, sin limitación alguna y con todos los pronunciamientos favorables, la absolución de la ahora recurrente, imponiendo la responsabilidad citada en tal parte dispositiva, en tanto el perjuicio causado a la parte querellante es evidente.

- Error: doctrina:

La doctrina sobre el error como causa de exclusión del dolo –error de tipo– o como presupuesto excluyente de la culpabilidad –error de prohibición–, ha sido ampliamente abordada por esta Sala (cfr. SSTS 737/2007, 13 de septiembre; 411/2006, 18 de abril; 721/2005, 19 de mayo; 709/1994, 28 de marzo; 873/1994, 22 de abril, entre otras muchas).

Con la STS 181/2019, de 2 de abril, hemos de destacar que el dolo es un elemento intelectual, supone, por tanto, la representación o conocimiento del hecho, que comprende también la significación antijurídica de la acción y el alcance de su resultado.

En consecuencia, el conocimiento equivocado o juicio falso, concepto positivo, que designamos como error y la falta de conocimiento, concepto negativo, que denominamos ignorancia y que a aquél conduce, incidirán sobre la culpabilidad, habiéndose en la doctrina mayoritaria distinguido tradicionalmente entre error de hecho (error facti) que podría coincidir con el error, y error de Derecho (error iuris) que se correspondería a la ignorancia (SSTS 753/2007, de 2 de octubre, 1238/2009, de 11 de diciembre).

Se trata, como decimos, del error como causa de exclusión del dolo –error de tipo– o como presupuesto excluyente de la culpabilidad –error de prohibición–.

Se distingue por tanto entre error de tipo y error de prohibición. Aquel se halla imbricado con la tipicidad, aunque hay que reconocer que un tanto cernida por el tamiz del elemento cognoscitivo del dolo, mientras que el error de prohibición afecta a la culpabilidad (SSTS 258/2006, de 8 de marzo y 1145/2996, de 23 de noviembre). La jurisprudencia ha declarado que: “la clásica distinción entre error de hecho y de derecho y más actualmente de tipo y de prohibición, aunque no aparecen recogidas en esta denominación en el art. 14 CP. se corresponde con el error que afecta a la tipicidad y a la culpabilidad”.

Por ello, en el art. 14 del Código Penal, se describe, en los dos primeros números, el error del tipo que supone el conocimiento equivocado o juicio falso sobre alguno o todos los elementos descritos por el tipo delictivo (núm. 1), y a su vez, puede ser vencible o invencible, o sobre circunstancias del tipo, que lo cualifiquen o agraven (núm. 2); por tanto, el error sobre cualquier elemento del tipo, es decir, el desconocimiento de la concurrencia de un elemento definitorio de la prohibición legal de esa conducta, excluye en todo caso el dolo, ya que ésta requiere conocimiento de todos los elementos del tipo de injusto, elementos descriptivos, valorativos y normativos. De manera que el dolo se excluye por un error que impide al autor conocer el peligro concreto de realización del resultado típico o de los hechos constitutivos de la infracción (STS 1254/2005, de 18 de octubre), y en el nº 3, el error de prohibición, que la jurisprudencia (SSTS 336/2009, de 2 de abril y 266/2012, de 3 de abril), ha señalado que éste se constituye, como reverso de la conciencia de la antijuridicidad, como un elemento constitutivo de la culpabilidad y exige que el autor de la infracción penal concreta ignore que su conducta es contraria a derecho, o, expresado de otro modo, que actúe en la creencia de estar obrando lícitamente. No cabe extenderlo a los supuestos en los que el autor cree que la sanción penal era de menor gravedad, y tampoco a los supuestos de desconocimiento de la norma concreta infringida, y únicamente se excluye, o atenúa, la responsabilidad cuando se cree obra conforme a derecho.

Además, el error de prohibición no puede confundirse con la situación de duda, puesto que ésta no es compatible con la esencia del error que es la creencia errónea, de manera que no habrá situación de error de prohibición cuando existe duda sobre la licitud del hecho y decide actuar de forma delictiva, existiendo en estos supuestos culpabilidad de la misma manera que el dolo eventual supone el propio desvalor que la acción dolosa.

Del mismo modo, hemos dicho (STS 411/2006, de 18 de abril, 1287/2003, de 10 de octubre), que, para sancionar un acto delictivo, el conocimiento de la ilicitud del hecho no tiene por qué ser preciso en el sentido de conocer concretamente la gravedad con el que el comportamiento realizado es sancionado por la Ley. Los ciudadanos no son ordinariamente expertos en las normas jurídicas sino legos en esta materia por lo que se requiere para la punición de una conducta antijurídica, lo que se ha denominado doctrinalmente el conocimiento paralelo en la esfera del profano sobre la ilicitud de la conducta que se realiza.

Ello determina que sea penalmente irrelevante el error de subsunción, es decir el error sobre la concreta calificación o valoración jurídica de la conducta realizada, y únicamente concurre error de prohibición en el sentido del art. 14.3 del Código

Penal cuando el agente crea que la conducta que subsume erróneamente es lícita, al no estar sancionada por norma alguna. Si conoce su sanción penal no existe error jurídicamente relevante aun cuando concurra error sobre la subsunción técnico-jurídica correcta.

La doctrina suele distinguir entre los errores directos de prohibición, es decir, los que recaen sobre la existencia de la norma prohibitiva o imperativa, y los errores indirectos de prohibición que se refieren a la existencia en la ley de la autorización para la ejecución de una acción típica (causa de justificación) o a los presupuestos de hecho o normativos de una causa de justificación. En este sentido, la STS 457/2003, de 14 de noviembre, declara que el error de prohibición consiste en la creencia de obrar lícitamente. Esta creencia en la licitud de la actuación del agente puede venir determinada por el error de la norma prohibitiva, denominado error de prohibición directo, como sobre el error acerca de una causa de justificación, llamado error de prohibición indirecto, produciendo ambos la exención o exclusión de la responsabilidad criminal, cuando sea invencible. En los casos de error vencible se impone la pena inferior en uno o dos grados, según el art. 14.3 del Código Penal.

También la jurisprudencia, después de destacar la dificultad de determinar la existencia de error, por pertenecer al arcano íntimo de la conciencia de cada individuo, sin que baste su mera alegación, sino que deberá probarse, tanto en su existencia como en su carácter invencible, afirmando reiteradamente que "no cabe invocar el error cuando se utilizan vías de hecho desautorizadas por el ordenamiento jurídico, que todo el mundo sabe y a todos consta que están prohibidas" (STS 11 de marzo de 1996), añadiendo que, en el caso de error iuris o error de prohibición, impera el principio ignorantia iuris non excusat, y cuando el error se proclama respecto de normas fundamentales en el Derecho Penal, no resulta verosímil y por tanto admisible, la invocación de dicho error, no siendo posible conjeturar la concurrencia de errores de prohibición en infracciones de carácter material o elemental, cuya ilicitud es "notoriamente evidente y de comprensión y constancia generalizada" (SSTS 12 de noviembre de 1986, 26 de mayo de 1987).

El señalado distinto tratamiento del error, según se trate de infracciones de carácter natural o formal, se analiza en la STS 7 de julio de 1987, recordando que si tradicionalmente se ha venido afirmando que el Derecho vale y se impone por sí mismo y no por la circunstancia de ser o no conocido por sus destinatarios, esta construcción, que hipervalora el principio de defensa social, perdió fuerza al hacerse la distinción entre aquellas conductas definidas en el Código, que agravan o lesionan normas éticas con sede en la conciencia de todo sujeto, necesarias para la convivencia y pertenecientes al vigente contexto socio-cultural (las acciones que la doctrina de los canonistas denominaba mala in se) y los delitos formales, cuya razón de ser está muchas veces en criterios de oportunidad (los actos mala quia prohibita).

Por otra parte, para excluir el error no se requiere que el agente tenga seguridad respecto a su proceder antijurídico, bastando que tenga conciencia de la antijuridicidad, o al menos sospecha de lo que es un proceder contrario a Derecho (STS 29 de noviembre de 1994), de la misma manera y en otras palabras (SSTS 12.12.1991, 16.3.1994, y 17.4.1995) que basta con que se tenga conciencia de una alta probabilidad de antijuridicidad, no la seguridad absoluta del incorrecto proceder.

En definitiva, la apreciación del error de prohibición no puede basarse solamente en las declaraciones del propio sujeto, sino que precisa de otros elementos que les sirvan de apoyo y permitan sostener desde un punto de vista objetivo, la existencia del error. El análisis debe efectuarse sobre el caso concreto, tomando en consideración las condiciones del sujeto en relación con las del que podría considerarse hombre medio, combinando así los criterios subjetivo y objetivo, y ha de partir necesariamente de la naturaleza del delito que se afirma cometido, pues no cabe invocar el error cuando el delito se comete mediante la ejecución de una conducta cuya ilicitud es de común conocimiento.

Por último, debe señalarse con la STS 1070/2009, de 2 de noviembre, que en caso de colisión de normas ha de considerarse de aplicación preferente el art. 14.1 del Código Penal: el error de prohibición tiene carácter subsidiario respecto del error de tipo. Así ha de entenderse como consecuencia del lugar lógicamente prioritario que ocupa este elemento del delito, la tipicidad (en la llamada teoría del delito de la parte general del Derecho penal) respecto del otro elemento, la culpabilidad, donde se inserta el tema del error de prohibición.

En el caso enjuiciado, la acusada creyó de buena fe que vendía el piso libre de cargas, a pesar de que constaban tales cargas en el Registro de la Propiedad, y de que en el Juzgado de Primera Instancia no se había archivado la ejecución de una de las dos pólizas de préstamo que había contraído con el Banco Pastor, razón por la cual, tal proceder, como reverso del dolo, hace caer a la acusada en error de tipo, lo que supone la absolución, sin perjuicio de la condena a indemnizar a la parte querellante, a quien le causó indudablemente un perjuicio, al tener que levantar la carga que pesaba sobre el piso, y de la que ninguna responsabilidad tenía.

Este recurso en esencia versa sobre la responsabilidad civil derivada del art. 118.2 del Código Penal.

Y desde este plano, no se ha producido infracción de ley, en tanto que el citado precepto establece que "en el caso del artículo 14, serán responsables civiles los autores del hecho". Es claro que se ha aplicado el art. 14 del Código Penal para absolver a la acusada, y lo es que se ha producido un perjuicio. La existencia del perjuicio resulta exigida por la STS 778/2013, de 22 de octubre. En consecuencia, será la acusada responsable civil como autora del hecho.

DATOS SENTENCIA

Sentencia núm. 634/2019

Fecha de sentencia: 19/12/2019

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION

Número del procedimiento: 1412/2018

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

TEMA

Intervención telefónica: Afectación a terceros de las intervenciones telefónicas acordadas judicialmente. Datos reservados de carácter personal Doctrina por la que se establece que el número de teléfono es un dato reservado a los efectos del artículo 197 CP Principio de proporcionalidad de las penas: no se lesiona cuando se impone la pena mínima. Delitos de revelación de secretos y cohecho: vulneración del principio non bis in idem; concurso de normas, concurso real de delitos. Delito de cohecho: inexistencia de cuantía mínima; principio de insignificancia. Delito de revelación de secretos: análisis del concepto de perjuicio.

ASPECTOS EXAMINADOS

- Antecedentes: El caso se refiere a la cesión de datos (números de teléfono incorporados en una base de datos de la Generalitat de Cataluña) mediante precio por parte de funcionarios a una empresa de informes comerciales.
- Intervención telefónica: Afectación a terceros de las intervenciones telefónicas acordadas judicialmente.: este motivo plantea un primer interrogante: si es necesaria autorización judicial para continuar con una intervención telefónica cuando de su resultado se obtienen evidencias de la participación en el hecho investigado de un tercero que mantiene conversaciones telefónicas con el titular o usuario del teléfono intervenido.

El propio art 18.3 de la Constitución prevé la limitación del derecho al secreto de las comunicaciones mediante resolución judicial, por lo que la intervención del juez instructor, constituye la principal garantía que arbitra nuestro sistema jurídico, pero no la única, dado que la intervención judicial está sujeta a una serie de exigencias de inexcusable cumplimiento, que son las siguientes: a) motivación; b) competencia del juez; c) resolución judicial dictada en un proceso jurisdiccional, e) resolución adoptada para la averiguación de un delito con sujeción a los principios de excepcionalidad, temporalidad y proporcionalidad y f) sujeción de la medida a un estricto control judicial en su ejecución.

Al tiempo en que se dictó el auto judicial aquí cuestionado la regulación de nuestra ley procesal se limitaba a una parca previsión normativa contenida en el artículo 579, que fue objeto de aceras críticas hasta el punto que fue cuestionada su constitucionalidad. Sin embargo, la jurisprudencia de esta Sala completó con su doctrina las deficiencias normativas, situación que ya se ha corregido como consecuencia de la reforma legal introducida por la Ley Orgánica 13/2015, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica, en la que se ha establecido un marco normativo completo de esta materia, recogiendo en buena medida los principios y soluciones que por la doctrina del Tribunal Constitucional y de esta Sala ya se habían consolidado.

Una de estas reglas generales es que toda intervención debe ser útil para la comprobación de un delito concreto, por lo que el juez a la hora de autorizar la injerencia debe determinar su ámbito objetivo y subjetivo. La idoneidad significa que la medida ha de acordarse cuando quepa esperar resultados útiles para la investigación (STS 641/2014). Actualmente el vigente artículo 588 bis a) apartado 3 dispone que “el principio de idoneidad servirá para definir el ámbito objetivo y subjetivo y la duración de la medida en virtud de su utilidad”.

Y es obvio afirmar que toda intervención telefónica por su propia naturaleza no sólo afecta al titular o usuario del terminal intervenido sino a las personas con quien se comunica. Así lo ha venido afirmando esta Sala en multitud de resoluciones entre las que podemos citar las SSTS 419/2013, de 14 de mayo, 1005/2005 y 1717/1999. Tan es así que la doctrina de esta Sala ha reconocido el principio denominado “recogida en arrastre”, que legitima el acceso de todas las conversaciones mantenidas a través del teléfono intervenido, sea o no interlocutor el sujeto investigado.

La afectación de las comunicaciones de terceros es inevitable y precisamente lo que se pretende con la intervención es que el investigado revele datos de interés en el curso de sus conversaciones, lo que no excluye que éstas evidencien también la implicación en los hechos de las personas que se relacionan con el investigado. Incluso la autorización habilita incluso para conocer las conversaciones de terceros que de forma imprevista sean usuarios de la terminal (STS 1041/2012, de 27 de diciembre).

El Tribunal Constitucional en su sentencia del Pleno, número 184/2003, de 23 de octubre, con motivo del análisis de la constitucionalidad del ya derogado artículo 579 de la LECrim afirmó que “ el art. 579 LECrim sólo habilita específicamente para afectar el derecho al secreto de las comunicaciones de las personas sobre las que existan indicios de responsabilidad criminal en el momento de acordar la intervención de las comunicaciones telefónicas de las que sean titulares o de las que

se sirvan para realizar sus fines delictivos, pero no habilita expresamente la afectación del derecho al secreto de las comunicaciones de los terceros con quienes aquéllos se comunican. A estos efectos resulta conveniente señalar que al legislador corresponde ponderar la proporcionalidad de la exclusión, o inclusión, y en su caso bajo qué requisitos, de círculos determinados de personas en atención a la eventual afectación de otros derechos fundamentales o bienes constitucionales concurrentes al intervenir sus comunicaciones, o las de otros con quienes se comunican, como en el caso de abogados o profesionales de la información el derecho al secreto profesional (arts. 24.2 párr. 2º y 20.1.d) CE), o en el caso de diputados o senadores el derecho al ejercicio de su cargo de representación política (art. 23.2 CE), su inmunidad parlamentaria y la prohibición de ser inculcados o procesados sin previa autorización de la Cámara respectiva (art. 71.2 CE).”.

Esta argumentación se hizo en el contexto de determinar cuál debiera ser el contenido de la ley habilitante en relación con determinadas categorías de personas merecedoras de una especial protección por la afectación de otros derechos fundamentales, pero de esa doctrina no puede desprenderse la exigencia de que si con la intervención aparecen indicios contra uno de los interlocutores deba pedirse nueva autorización judicial para utilizar en su contra el resultado de esa diligencia. El Tribunal Constitucional nunca ha proclamado tal cosa. Por el contrario, en la STC 150/2006, de 22 de mayo, se afirma que “no puede considerarse constitucionalmente ilegítima la intervención de las conversaciones de las personas que comunican o con las que se comunican aquellas sobre las que recaen inicialmente los indicios, en la medida en que tales conversaciones estén relacionadas con el delito investigado”. Será necesaria nueva autorización cuando se pretenda extender la intervención al teléfono del nuevo sospechoso, pero no para continuar con la autorización ya concedida, caso de que de las conversaciones se desprenda la implicación en esos mismos hechos de un tercero.

En esa misma dirección el actual artículo 588 ter b) de la LECrim dispone que “la intervención judicialmente acordada podrá autorizar el acceso al contenido de las comunicaciones y datos electrónicos de tráfico o asociados al proceso de comunicación...en los que participe el sujeto investigado, ya sea como emisor o como receptor”. En igual sentido se han pronunciado otras sentencias de esta Sala como la número 518/2010, de 17 de mayo y 433/2012, de 1 de junio.

Por tanto y como primera conclusión de lo que se acaba de razonar es que el auto que autorizó las intervenciones telefónicas no es nulo, ni en relación con el contenido de las manifestaciones de la persona para cuya investigación se acordó la injerencia, ni en relación con los terceros que comunicaron con él, razón por la que no es admisible la pretensión de excluir del acervo probatorio las pruebas derivadas de la intervención.

- Principio de proporcionalidad de las penas:

No ofrece duda que la imposición de una pena debe ajustarse a criterios de proporcionalidad.

El juicio de proporcionalidad de la pena, en principio, es competencia del Legislador, en función de los objetivos de política criminal que adopte dentro del respeto a los derechos fundamentales de la persona en un Estado social y democrático de Derecho, como el que la Constitución consagra en su art. 1.1.

Así lo ha establecido de forma clara el Tribunal Constitucional, entre otras, en la sentencia 150/1991, de 4 de julio. En ella se declara que el juicio sobre la proporcionalidad de la pena, tanto en lo que se refiere a la previsión general en relación con los hechos punibles como a su determinación en concreto, en atención a los criterios y reglas que se estimen pertinentes, es competencia del legislador en el ámbito de su política criminal, cuya decisión no puede ser objeto de control de constitucionalidad salvo cuando exista una desproporción de tal entidad que vulnere el principio del Estado de Derecho, el valor de la justicia, la dignidad de la persona humana y el principio de culpabilidad penal.

Pero la proporcionalidad también es un principio que vincula al juez cuando ha de decidir una sanción y cuando aborda la tarea de individualización de la pena.

Como recuerda la STS 172/2018, de 11 de abril, para la individualización judicial de las penas, una vez aplicadas las reglas generales sobre participación, ejecución, concursos y circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, deben ponderarse las circunstancias personales del delincuente y la mayor o menor gravedad del hecho conforme a lo que preceptúa el artículo 66 del Código Penal. Estas reglas no tienen otra finalidad que ofrecer una respuesta punitiva proporcionada.

Si como consecuencia de la aplicación de los criterios expuestos resulta una pena desproporcionada, a pesar de la imposición de la cuantía mínima prevista en la ley, al juez o tribunal no le cabe otra posibilidad que acudir al remedio previsto en el artículo 4.3 del Código Penal en el que se dispone que “Del mismo modo acudirá al Gobierno exponiendo lo conveniente sobre la derogación o modificación del precepto o la concesión de indulto, sin perjuicio de ejecutar desde luego la sentencia, cuando de la rigurosa aplicación de las disposiciones de la Ley resulte penada una acción u omisión que, a juicio del Juez o Tribunal, no debiera serlo, o cuando la pena sea notablemente excesiva, atendidos el mal causado por la infracción y las circunstancias personales del reo”.

Así ha procedido el tribunal sentenciador en este caso anunciando en el fundamento jurídico décimo su posición favorable a un indulto parcial por considerar desproporcionadas las penas impuestas a los distintos acusados, atendida la culpabilidad de cada uno de ellos.

Sin embargo, lo que no es posible es imponer penas inferiores a las legalmente previstas porque la gravedad de los hechos de algunos acusados sea inferior a la de otros o porque en otras piezas de la misma causa se hayan impuesto penas notablemente inferiores a las establecidas en la sentencia impugnada debido a la aplicación de criterios legales incorrectos. En efecto, el Tribunal Constitucional tiene establecido desde los albores de su creación (STC 17/1984, de 7 de febrero) que “(...) la posible impunidad de algunos culpables no supone que en virtud del principio de igualdad deba declararse la impunidad de otros que hayan participado en los mismos hechos. Cada cual responde de su propia conducta penalmente ilícita con independencia de lo que ocurra con otros (...)” y también ha declarado en la STC 27/2001, de 29 de enero, que “(...) la equiparación en la igualdad ha de ser dentro de la legalidad y sólo entre actuaciones idénticas que sean conformes al ordenamiento jurídico, pero nunca fuera de la legalidad. En definitiva (SSTC 17/1984, de 7 de febrero, FJ 2; 1/1990, de 15 de enero, FJ 2, y 157/1996, de 15 de octubre, FJ 4), no existe un derecho a que se dispense un trato igualitario en la ilegalidad, pues el carácter individual e intransferible de la responsabilidad exige que cada cual responda por su propia conducta, con independencia de lo que haya de suceder con otros (...)”.

Por tanto, la desproporción de la pena sólo puede ser apreciada como un criterio de corrección casacional cuando la pena impuesta en el caso concreto no se ajuste a los criterios legales de modo que ante situaciones idénticas se imponga una pena diferente y no podrá ser apreciada como criterio para reducir una pena al margen de los criterios legalmente establecidos cuando la ley establezca un trato similar a conductas que aparentemente puedan aparecer como más graves unas de otras o cuando por la diferente aplicación de la ley unos tribunales impongan ante unos mismos hechos penas diferentes.

En este caso es cierto que en condenas anteriores recaídas en otras piezas separadas de esta misma causa se han impuesto penas inferiores a las establecidas en la sentencia ahora impugnada porque en las otras sentencias se apreció erróneamente la existencia de delito continuado (STS 638/2017, de 27 de septiembre). En la sentencia que ahora se recurre, por el contrario, se ha apreciado la existencia de concurso real entre las distintas infracciones, dando lugar a la imposición de penas, en su conjunto, mucho más elevadas. Pero el cambio de criterio judicial entre ambos pronunciamientos no conlleva vulneración de la regla de la proporcionalidad porque, según hemos dicho, no existe el derecho a un trato igual en la ilegalidad.

Y también es cierto que en este caso a unos acusados se les ha impuesto una pena muy elevada por su participación en muchos delitos singulares y que otros, como la ahora recurrente, han sido condenados por un menor número de delitos, dándose la paradoja de que todos ellos tendrán un igual límite de cumplimiento, como consecuencia de la regla penológica prevista en el artículo 76.1 CP, pero se trata de una consecuencia expresamente prevista en la ley que no genera desproporción, ni vulneración del principio de igualdad.

- Delitos de revelación de secretos y de cohecho. Vulneración del principio non bis in idem:

Análisis acerca de si hay violación del principio non bis in idem. Salvo XXX condenado por un delito de cohecho, a los demás acusados se les ha condenado por tantos delitos de revelación de secretos como personas afectadas (en concurso real), conforme al artículo 197, apartados 2º, 4º y 7º. En el caso de los acusados que ostentaban la condición de funcionarios se les ha condenado con la agravación prevista en el artículo 198 del Código Penal. A todos ellos también se les ha condenado por la comisión de un delito continuado de cohecho.

El artículo 197 aplicado contiene en su párrafo 7º una agravación específica cuando los hechos se realicen “con fines lucrativos” y no cabe duda que en este caso esa finalidad estuvo presente ya que unos condenados ofrecían dinero por los datos, otro también por dinero actuó de intermediario y los funcionarios que accedieron y cedieron los datos ilegalmente obtenidos lo hicieron para obtener un dinero.

Por otra parte, el artículo 198 del Código Penal sanciona con una pena más grave y con la pena de inhabilitación absoluta la realización de la conducta típica del artículo 197 cuando el responsable sea “funcionario”, circunstancia que concurre en la recurrente y en todos los condenados que accedieron a las bases de datos oficiales.

Esos dos elementos de agravación configuran también la conducta típica del delito de cohecho por el que también han sido acusados, ya que el artículo 419 del Código Penal sanciona a “la autoridad o funcionario público que, en provecho propio o de un tercero, recibiere o solicitare, por sí o por persona interpuesta, dádiva, favor o retribución de cualquier clase o aceptare ofrecimiento o promesa para realizar en el ejercicio de su cargo un acto contrario a los deberes inherentes al mismo o para no realizar o retrasar injustificadamente el que debiera practicar”.

Como recuerda la STC 48/2007, de 12 de marzo, entre otras muchas, “la garantía de no ser sometido a bis in idem se configura, por tanto, como un derecho fundamental que, en su vertiente material, impide sancionar en más de una ocasión el mismo hecho con el mismo fundamento, de modo que la reiteración sancionadora constitucionalmente prosrita puede producirse mediante la sustanciación de una dualidad de procedimientos sancionadores, abstracción hecha de su naturaleza penal o administrativa, o en el seno de un único procedimiento (por todas, 154/1990, de 15 de octubre, FJ 3 ; 204/1996, de 16 de diciembre, FJ 2; 2/2003, de 16 de enero, FJ 3). Esta garantía material, vinculada a los principios de tipicidad y legalidad, tiene como finalidad evitar una reacción punitiva desproporcionada, en cuanto que un exceso punitivo hace quebrar la garantía del ciudadano de previsibilidad de las sanciones, creando una sanción ajena al juicio de proporcionalidad realizado

por el legislador y materializándola imposición de una sanción no prevista legalmente (por todas, SSTC 2/2003, de 16 de enero, FJ 3; 180/2004, de 2 de noviembre, FJ 4; 188/2005, de 4 de julio, FJ 1; 334/2005, de 20 de diciembre, FJ 2)".

En este caso la condena por delito de cohecho y la aplicación del apartado 7º del artículo 197 CP incurre en doble incriminación porque se sanciona dos veces la actuación con ánimo de lucro. En la misma dirección, la aplicación también concurrente del delito de cohecho con la modalidad agravada del artículo 198 CP incurre en el mismo vicio porque la simple solicitud de la dádiva dirigida a la comisión de un hecho delictivo se sancionaría doblemente de aplicarse de forma simultánea los artículos 198 y 419 CP. Por tal motivo deben excluirse los elementos de agravación concurrentes en el delito de revelación de secretos y sancionar ese delito en concurso con el de cohecho. Esa fue la solución adoptada por esta Sala en casos semejantes (STS 376/2010, de 27 de abril y 399/2018, de 12 de septiembre).

- Concurso de normas, concurso real de delitos.

El motivo plantea la tesis de existencia de concurso aparente de normas entre el delito de revelación de secretos y el delito de cohecho, tesis que no puede tener favorable acogida.

Tal y como recuerda la STS 807/2017, de 11 de diciembre, con cita de otras anteriores (97/2015 de 24 febrero, 413/2015 de 30 junio, 454/2015 de 10 julio, 535/2015 de 1 de octubre, 544/2016 de 21 junio) ese tipo de concurso se produce cuando un mismo supuesto de hecho o conducta unitaria pueden ser subsumido en dos o más distintos tipos o preceptos penales de los cuales sólo uno resulta aplicable so pena de quebrantar el tradicional principio del "non bis in idem". En esa misma sentencia y a modo de síntesis se establecen las siguientes categorías:

a) Cuando se realiza una sola acción que vulnera un mismo bien jurídico puede suceder que tal acción sea subsumible en varios tipos penales. En este caso se habla de concurso de normas, ya que se debe determinar qué norma (tipo penal) es aplicable con preferencia sobre el resto de normas aplicables. Con mayor precisión debe hablarse de concurso «aparente» de normas, porque finalmente sólo cabrá aplicar una de ellas; concurren varias ab initio y de manera aparente, pero su relación no es de concurso sino de exclusión: la aplicación de una de las normas excluirá al resto.

b) Cuando se realiza una sola acción que vulnera varios bienes jurídicos o varias acciones que son contempladas como distintos delitos también puede suceder que sean de aplicación varios tipos penales. En este caso se habla del concurso de delitos: son aplicables varios tipos penales porque hay acciones distintas que constituyen distintos delitos (concurso real de delitos) o porque una acción única supone la comisión de varios delitos por afectar a bienes jurídicos diversos (concurso ideal de delitos). En tal hipótesis no hay relación de exclusión entre los tipos penales: la aplicación de un tipo penal no supone la exclusión del resto, sino que todos los tipos penales deben aplicarse conjuntamente.

En el caso examinado hubo dos acciones distintas que ofendieron a bienes jurídicos también diversos. De un lado, la captación y utilización de datos reservados, que lesiona el bien jurídico de la intimidad de las personas cuyos datos fueron utilizados (STS 397/2018) y, de otro, la entrega por particulares de dinero a funcionarios públicos para realizar actos contrarios a los deberes del cargo y la efectiva realización de tales actos por parte de los funcionarios, conducta que constituye un delito de cohecho y que atenta a un bien jurídico diferente, la probidad del funcionario público (SSTS 990/2013, de 30 de diciembre; 2025/2001, de 29 de octubre) o el prestigio, y recto funcionamiento de la Administración Pública, garantizando la probidad e imparcialidad de sus funcionarios y la eficacia del servicio público encomendado a éstos (STS 186/2012, de 14 de marzo).

Al existir dos acciones distintas que lesionan bienes jurídicos también diferentes no cabe apreciar la existencia de concurso aparente de normas, al que se refiere el artículo 8 del Código Penal. Pero la exclusión de este concurso no soluciona la controversia porque se hace necesario precisar qué tipo de concurso de delitos resulta aplicable en este concreto supuesto. Se presentan distintas alternativas. Esta Sala viene sosteniendo como criterio mayoritario que la relación de ambos delitos es la propia de un concurso real. Y así, en la STS 1080/2010 de 20 de octubre, se mantiene esta posición a partir de la interpretación del inciso final del artículo 419 CP que, tras establecer la sanción del cohecho, añade "sin perjuicio de la pena correspondiente al delito cometido en razón de la dádiva o promesa". En la misma dirección la STS 504/2003 de 2 de abril, tras exponer la doctrina sobre concurso, en referencia concreta al cohecho, se destaca que el delito de cohecho no exige para su consumación que se cometa otro delito por parte del funcionario siendo suficiente su proyección en la intención del sujeto, por lo que si finalmente el delito se comete la relación entre ambos delitos no será medial sino real en la medida en que el tipo penal del cohecho no presente en su estructura típica la exigencia de realización efectiva de ese segundo delito. En consonancia con lo que se acaba de razonar todos los acusados deben ser condenados, en relación de concurso real, por tantos delitos de revelación de secretos como personas afectadas hubiere, tal y como se ha procedido en la sentencia de instancia. Sin embargo, la condena debe realizarse aplicando el artículo 197.2 y 4 del Código Penal vigente al tiempo de los hechos, excluyendo la agravación del apartado 7º (ánimo de lucro) así como la aplicación del subtipo agravado del artículo 198 CP. En todos los casos concurre además la atenuante cualificada de confesión, con rebaja de la pena en un grado, según lo establecido en la sentencia de instancia.

Por lo tanto, todos los acusados deben ser condenados por el delito de revelación de secretos, tipificado en el artículo 197.2 y 4 CP a la pena de prisión de un año, sin que proceda la imposición de pena de multa, ya que el tipo agravado aplicado no incorpora tal sanción.

- Delito de cohecho: inexigencia de cuantía mínima:

El artículo 419 CP exige como elemento típico la recepción o solicitud de una dádiva, favor o retribución de cualquier clase, sin que se exija una cuantía mínima. El artículo 419 CP exige que la retribución se entregue o solicite con la finalidad de hacer el acto injusto y la jurisprudencia de esta Sala también viene afirmando que la razón de la solicitud o entrega sea la condición de funcionario de la persona cohechada, esto es, que sólo por la especial posición y poder que el cargo público desempeñado le otorga le ha sido ofrecido la dádiva objeto del delito, de tal forma que si de algún modo dicha función no fuese desempeñada por el sujeto activo el particular no se hubiere dirigido a él ofertando o entregando aquélla (SSTS 362/2008, de 13 de junio y 30/1994, de 21 de enero). Añade la primera de las sentencias citadas que "(...)No es tarea fácil la delimitación del alcance de este precepto a la hora de decidir la relevancia típica de determinadas acciones. La existencia de módulos sociales generalmente admitidos en los que la aceptación de regalos o actos de cortesía forma parte de la normalidad de las relaciones personales, obliga a un esfuerzo para discernir cuándo determinados obsequios adquieren carácter típico y cuando, por el contrario, pueden inscribirse en el marco de la adecuación social. Está fuera de dudas que este análisis sugiere el empleo de fórmulas concretas, adaptadas a cada supuesto de hecho, huyendo de la rigidez de fórmulas generales (...)”

En este caso es cierto que la retribución fue muy escasa, pero hay un dato muy revelador que permite inferir la intención de la recurrente, al margen de su particular versión de los hechos, y es la fijación de un precio por consulta realizada. El establecimiento de una tarifa revela no sólo la intención de lucro en la conducta desplegada sino un acuerdo tendente a la realización de la acción de modo continuado con el consiguiente enriquecimiento.

- Datos reservados de carácter personal Doctrina por la que se establece que el número de teléfono es un dato reservado a los efectos del artículo 197 CP.

Se reprocha que la sentencia aplique el tipo penal de revelación de secretos sin determinar previamente si el número de teléfono constituye un dato reservado a los efectos de la protección penal que brinda el precepto antes citado.

La recurrente ha sido condenada a una pena muy elevada por la cesión de 7 números de teléfonos y, con cita de la sentencia de esta Sala número 358/2007, de 30 de abril, se sostiene que el número de teléfono no es un dato que afecte a la intimidad, destacándose que la recurrente prestaba servicio en la Oficina del Servicio de Ocupación (SOC) de la Generalitat de Cataluña y que su función era registrar a las personas sin empleo e intermediar en el mercado de trabajo para buscarles ocupación. A tal fin los afectados daban su número de teléfono para que fuera comunicado a terceros. A diario daban esa información, por lo que no es razonable sostener que el número de teléfono pueda ser considerado dato reservado a los efectos de sanción penal y buena prueba de ello es que ninguno de los afectados siquiera compareció a juicio.

Tal y como se expone de forma extensa en la sentencia de esta Sala 1328/2009, de 30 de diciembre, el art. 197.2 se encuentra ubicado en el capítulo primero "Del descubrimiento y revelación de secretos, del Título X del Libro II del Código Penal que se rotula como "Delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio". En este sentido los derechos a la intimidad personal y a la propia imagen garantizados por el art. 18.1 CE, forman parte de los bienes de la personalidad que pertenecen al ámbito de la vida privada.

Estos derechos salvaguardan un espacio de intimidad personal y familiar que queda sustraído a intromisiones extrañas, destacando la necesaria protección frente al creciente desarrollo de los medios y procedimientos de captación, divulgación y difusión de la misma y de datos y circunstancias que pertenecen a la intimidad.

Por intimidad, por tanto, se pueden entender diversos conceptos, siendo significativo a estos efectos que la terminología usada para referirse a dicho concepto varía en los distintos países, así en Italia se habla de "riservatezza", en Francia de "vie privé", en los países anglosajones de "privacy", y en Alemania de "privatsphäre", pero los ordenamientos de los distintos países vienen a coincidir en el reconocimiento de la existencia de una esfera de privacidad que cabe considerar secreta, en el sentido de que se reconoce a la persona la facultad de la exclusión del conocimiento de terceros.

El Código actual ha hecho además especial referencia a la llamada "libertad informática", ante la necesidad de conceder a la persona facultades de control sobre sus datos en una sociedad informatizada, siguiendo las pautas de la Ley Orgánica de Regulación del tratamiento Automatizado de Datos personas (LORTAD) 5/92 de 29.10, relacionada con el Convenio del Consejo de Europa de 28.1.81, y la Directiva 95/46 del Parlamento de la Unión Europea relativos a la protección de tales datos y a su libre circulación. Esta segunda dimensión de la intimidad conocida como libertad informática o "habeas data", encuentra su apoyo en el art. 18.4 CE, en donde taxativamente se dispone que "la Ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos". De esta proclamación se deriva el poder de acción del titular para exigir que determinados datos personales no sean conocidos, lo que supone reconocer un derecho a la autodeterminación informativa, entendido como libertad de decidir qué datos personales pueden ser obtenidos y tratados por otros.

La llamada libertad informática significa, pues, el derecho a controlar el uso de los datos de carácter personal y familiar que pueden recogerse y tratarse informáticamente (habeas data); en particular -como señala la doctrina- entre otros aspectos, la capacidad del ciudadano para oponerse a que determinados datos personales sean utilizados para fines distintos de aquél legítimo que justificó su obtención (SSTC. 11/98 de 13.1, 45/99 de 22.3).

Partiendo de estas consideraciones generales, la acción típica del artículo 197 del Código Penal consiste en apoderarse, utilizar, modificar, acceder o alterar los datos reservados. Este conjunto de vocablos podría haber sido reducidos a uno, la utilización. En cualquier caso, lo relevante a efectos de la resolución de este motivo es dejar constancia de que el Legislador no ha fijado el alcance de uno de los elementos objetivos que integra el tipo, la determinación de lo que ha de entenderse por "dato reservado de carácter personal o familiar".

Tratándose de un concepto normativo, la deficiencia de la norma debe ser superada acudiendo a los preceptos reguladores del tratamiento automatizado de datos personales. Tanto el artículo 3 a) la Ley Orgánica 5/1992, de 29 de octubre, de regulación del tratamiento automatizado de los datos de carácter personal, como al artículo con igual ordinal de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, definen como "dato de carácter personal" cualquier información concerniente a personas físicas identificadas o identificables".

Pero la protección penal exige que este dato sea, además, reservado. La doctrina de esta Sala se ha inclinado por una concepción amplia de este concepto. Así en la ya lejana sentencia número 1461/2001 de 11 de julio se precisaron las siguientes cuestiones:

- a) En principio, todos los datos personales automatizados, son "sensibles" porque la Ley Orgánica de Regulación del Tratamiento de Datos Personales (LORTAD) 5/92 de 29.10, no distingue a la hora de ofrecerles protección (véase art. 2. 1º y 3º de dicha Ley). Datos en principio, inocuos al informatizarlos, pueden ser objeto de manipulación, permitiendo la obtención de información. No existen, por consiguiente, datos personales automatizados reservados y no reservados, por lo que debe interpretarse que todos los datos personales automatizados quedan protegidos por la comunicación punitiva del art. 197.2 CP.
- b) Tampoco hacen distinción alguna, ni la Ley vigente de Protección de Datos Personales, LO. 15/99 de 13.12, que ha sustituido a la LORTAD, ni la Directiva 95/46 de la Unión Europea, ni el Convenio del Consejo de Europa, en la propia LORTAD.
- c) No es posible, a su vez, interpretar que "los datos reservados" son únicamente lo más sensibles, comprendidos en el "núcleo duro de la privacidad", (v.g. ideología, creencias, etc.) para quedar los no reservados en el grupo de los sancionables administrativamente, por cuanto dicho enfoque hermenéutico chocaría con una interpretación sistemática del art. 197 CP, ya que si en él se prevé un tipo agravado para esta clase de datos (numero 5) "a sensu contrario" los datos tutelados en el tipo básico, serían los no especialmente protegidos (o "no reservados") en la terminología de la Ley.

En consecuencia y en línea de principio, no importa la trascendencia e importancia objetiva de los datos personales y familiares. No cabe, pues, diferenciar a efectos de protección entre datos o elementos "objetivamente" relevantes para la intimidad que serían los únicos susceptibles de protección penal y datos "inocuos" cuya escasa significación los situaría directamente fuera de la intimidad penalmente protegida. En esta dirección la STS 725/2004 de 11 de junio, nos dice que el art. 197. 2 CP no hace distinciones respecto del objeto de la acción que tengan fundamento en normas no penales y se refiere a "datos reservados de carácter personal o familiar" registrados en soportes informáticos, electrónicos o telemáticos de archivos o registros públicos o privados. Es decir, que el legislador ha querido alcanzar todos los datos de estas características porque, indudablemente, todos son merecedores de protección penal.

Así las cosas, no ofrece duda que los números de teléfono incorporados en ficheros automatizados para fines administrativos, con la correlativa identificación personal de los titulares de dichos números, son datos reservados de carácter personal a los efectos previstos en el artículo 197.2 del Código Penal. La obtención de este dato sin autorización o con fines distintos a los autorizados conlleva para su titular una identificación personal no deseada o no autorizada y puede dar lugar, no sólo a molestias sino a problemas de seguridad personal, de ahí que no ofrezca duda su naturaleza de carácter reservado. Esa circunstancia permite explicar la ilicitud de la conducta enjuiciada, ya que, para obtener esa información, que no era de acceso público, hubo de contactarse con funcionarios, entregarles dinero para captar su voluntad y realizar accesos no autorizados en la base de datos de la Administración correspondiente

- Delito de cohecho: Principio de insignificancia en el delito de cohecho

Se alude a la escasa lesividad de la conducta para considerar atípica la conducta. El principio de insignificancia, entendido como ausencia de antijuridicidad material del hecho, ha sido aplicado por esta Sala en algunos delitos como el de tráfico de drogas, cuando la sustancia objeto de tráfico no tenía capacidad de afectar a la salud pública (SSTS 1023/2002, de 19 de enero y 1982/2002, de 28 de enero, entre otras muchas), o como el delito de blanqueo de capitales, cuando el objeto material del delito fuera de cuantía irrelevante y careciera de incidencia alguna en el orden socioeconómico (STS 642/2018, de 13 de diciembre).

Sin embargo, en este caso no podemos compartir el argumento que sustenta la queja. La conducta enjuiciada lesionó gravemente el deber de probidad exigible a todo funcionario público al pretenderse lucro mediante la cesión onerosa de unos datos personales, que fueron confiados a la Administración para una actividad muy precisa, como era la de intermediación en el mercado de trabajo, poniendo en contacto a empresas o empresarios con las personas demandantes de empleo, dadas de alta en el servicio.

Este deber fue claramente incumplido en tanto que la recurrente puso los datos cedidos a su servicio, localizando los números de teléfono mediante el sistema de "búsqueda inversa" para cederlos mediante precio. La conducta no es penalmente irrelevante, razón por la que el motivo no puede estimarse.

- Delito de revelación de secretos: perjuicio: Se afirma que en relación con los recurrentes lo único que resulta del relato fáctico es la cesión de los datos, y no su utilización. Por otra parte, también se alega que el precepto aplicado precisa de perjuicio a tercero que en este caso no consta se haya producido, por lo que los hechos probados deben subsumirse, a lo sumo, en el artículo 197.3 del Código Penal.

El delito del art. 197.2 del Código penal, delito contra la libertad informática o "habeas data" es un delito que atenta a la intimidad de las personas mediante una conducta típica que va referida a la realización de un uso ilegítimo de los datos personales insertos en programas informáticos, electrónicos o telemáticos. Se trata de datos reservados que pertenecen al titular pero que no se encuentran en su ámbito de protección directo, directamente custodiados por el titular, sino inmersos en bases de datos, en archivos cuya custodia aparece especialmente protegida en orden a la autorización de su inclusión, supresión, fijación de plazos, cesión de información, etc., de acuerdo a la legislación de protección de datos, delimitando claramente la titularidad y manejo y cesión de la información contenida en los mismos.

Caracteriza, por lo tanto, esta figura típica tratarse de datos propios de la intimidad de una persona guardadas en bases de datos no controladas por el titular del derecho, y, por ende, sujeta a especiales normas de protección y de acceso que el autor quiebra para acceder. El carácter sensible de los datos a los que se accede incorpora el perjuicio típico.

Como dice la STS 532/2015, de 23 de septiembre, en principio todos los datos personales analizados son "sensibles" porque la ley no distingue a la hora de darles protección y el tipo penal prevé una agravación (art. 197.6 CP) para los supuestos en los que el objeto sea especialmente sensible, afectando a ideología, religión, creencias, origen racial o vida sexual.

Las distintas modalidades de acción implican una agresión a la custodia de los datos que aparece expresada con el término "sin estar autorizado" lo que implica no sólo un acceso no permitido a la información reservada, como el que pudiera realizar una persona ajena a la base de datos o al archivo que incluye los datos especialmente protegidos, sino también un acceso realizado por un autorizado fuera del ámbito de la autorización y de ahí que, como dijimos en la STS 1328/2009, de 30 de diciembre, los verbos nucleares del tipo penal han de ser interpretados en el sentido amplio comprendiendo los supuestos en los que se copian datos dejando intactos los originales, bastando con captar, aprehender, el contenido de la información, sin ser precisa un apoderamiento material del dato.

Partiendo de estas consideraciones generales sobre el tipo penal cuestionado, vamos a abordar las dos concretas quejas que se reseñan en este motivo del recurso.

De un lado, los acusados no se limitaron a acceder a la base de datos, sino que utilizaron los datos personales en beneficio propio. No otra cosa puede afirmarse de la conducta que consiste en el acceso a las bases de datos y en la búsqueda inversa de los datos de interés por parte de los funcionarios y en su posterior cesión a terceros mediante precio para el uso que éstos libremente quisieran hacer.

Por tanto, la conducta enjuiciada no se limitó al simple acceso a los datos, que es lo que se castiga en el artículo 197.3 CP y que, además, no fue una conducta que pueda imputarse materialmente a uno de los recurrentes, el Sr. Ferrer, sino que consistió en la utilización de esos datos, conducta sancionada en el artículo 197.2 del Código Penal. Los funcionarios, sin estar autorizados, accedieron a los datos y los utilizaron mediante cesión al Sr. MMM y este último utilizó los datos mediante su cesión onerosa al matrimonio que hizo el encargo.

De otro lado se cuestiona la existencia de perjuicio para los titulares de los datos y se alega que incluso éstos no llegaron a conocer la utilización indebida de sus datos. Pues bien, el artículo 197.2 CP exige que la utilización del dato personal debe realizarse "en perjuicio" de su titular. El término "en perjuicio", según se refiere en la STS 40/2016, de 3 de febrero, informa la conducta de quien accede y de quien altera o utiliza, los datos protegidos; La expresión del perjuicio no supone que el delito incorpore una finalidad económica, que, en este caso, además, concurre. El perjuicio se refiere al peligro de que los datos albergados en las bases de datos protegidas puedan llegar a ser conocidos por personas no autorizadas. El perjuicio se realiza cuando se apodera, utiliza, modifica o accede a un dato protegido con la intención de que su contenido salga del ámbito de privacidad en el que se incluyó en una base de datos. Así lo expusimos en la STS de 11 de julio de 2001, al reseñar que el perjuicio exigido va referida a la invasión de la intimidad y no a la producción de un quebranto económico patrimonial concreto, por lo que no ofrece duda que la acción desplegada por los acusados se hizo en perjuicio de los titulares de los datos cuyo derecho a la intimidad resultó claramente lesionado.

DATOS SENTENCIA

Sentencia núm. 641/2019

Fecha de sentencia: 20/12/2019

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION

Número del procedimiento: 1316/2018

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

TEMA

Delito contra el patrimonio histórico, cultural y artístico. Elemento típico: que el daño recaiga sobre bienes de valor histórico, artístico, científico, cultural o monumental, doctrina.

ASPECTOS EXAMINADOS

- El interés casacional suscitado se centra fundamentalmente en la determinación de si la calificación de los bienes que resultan dañados como de valor histórico, artístico, científico, cultural o monumental, remite a una calificación administrativa previa, o, por el contrario, se trata de un elemento normativo, a valorar judicialmente.
- Aunque existe jurisprudencia asentada al respecto, es cierto que se produce en aplicación del anterior Código Penal; así las SSTS 482/1986 de 8 de abril, 1403/1988 de 6 de junio, 3564/1991 de 12 de noviembre, 1591/1995 de 3 de junio, 86/1997 de 29 de enero e incluso la 189/2003, de 12 de febrero, se refieren todas ellas a hechos anteriores a la entrada en vigor del código de 1995, bajo cuya observancia, sólo encontramos, las SSTS núm. 654/2004, de 25 de mayo y la 932/2016 de 15 noviembre, con enunciado contradictorio, al menos en su estricta literalidad sobre la adecuada consideración de un bien, como de interés cultural, histórico o artístico, aunque carezca del reconocimiento formal de orden administrativo sobre dicha naturaleza, como haber sido declarado, registrado y/o inventariado por alguno de los procedimientos establecidos en la Ley sobre el Patrimonio Histórico de 1985, o por el contrario, entender únicamente cumplimentada esa calificación si cuentan con ese formal reconocimiento administrativo.

No obstante, fuera de sede casacional, esta Sala, en resolución que deniega autorización para interponer recurso de revisión, en relación a una condena previa por el art. 323 CP por hechos acaecidos en 2007, el ATS de 4 de octubre de 2012, Recurso 20460/2012, decía:

A mayor abundamiento como decíamos en la sentencia de 3.6.95 "no hace falta la declaración previa por parte del organismo correspondiente del Patrimonio Histórico, sino que es suficiente la existencia del conocimiento por parte del acusado del relevante valor arqueológico de los restos y de la intencionada destrucción de los mismos para culminar la construcción". Lo mismo ocurre con los edificios de valor histórico, bastando con el conocimiento de ese valor, aunque no exista específica catalogación. El precepto aplicado solo exige que se trate de bienes de valor histórico, pero no exige su previa catalogación. Pese a la aseveración conclusiva del cumplimiento del requisito de revestir interés casacional la cuestión suscitada, previamente a entrar en su análisis, conviene precisar alguna de las peculiaridades sobre el párrafo, que a continuación transcribimos, de la sentencia núm. 932/2016, que ocasiona la contradicción:

El delito se caracteriza y diferencia de los daños contemplados en el artículo 263 del Código Penal, en la especial naturaleza de los bienes sobre los que se materializa la acción dañosa del sujeto activo. El tipo penal requiere que la acción destructiva o perjudicial afecte a bienes de valor histórico, artístico, científico, cultural, monumental o a yacimientos arqueológicos, tratándose de una norma en blanco (STS 654/2004, de 25-5), que encuentra el fundamento constitucional de la protección que el tipo penal dispensa en los artículos 44 y 46 de la CE. La doctrina ha entendido que el precepto administrativo de referencia es el art. 9.1 de la Ley 16/1985, de 25 de junio, sobre patrimonio histórico, que indica: "Gozarán de singular protección y tutela los bienes integrantes del patrimonio histórico español declarados de interés cultural por ministerio de esta Ley 16/1985 o mediante Real Decreto de forma individualizada". En todo caso, esa singular protección no sólo ha de venir determinada por alguno de esos cuatro intereses que han de constituir el fundamento o razón de ser de esa protección y que viene precisado en los adjetivos: "histórico, artístico, cultural o monumental", sino que tiene que tener reflejo en una disposición que integre este elemento normativo del tipo.

Por cuanto sucede;

- a) La cita que se realiza de la STS 654/2004, que exige la integración del tipo penal con el art. 9.1 de la Ley 16/1985, viene referida al art. 321: Este art. 321, al recoger en su texto la expresión referida (edificio "singualmente protegido"), está definiendo un elemento normativo del tipo que, como acabamos de decir, confiere a este artículo el carácter de norma penal en blanco, para cuya integración hemos de acudir al ya citado art. 9.1 de la Ley 16/1985 sobre patrimonio histórico español.
- b) Cuando la STS 654/2004, se refiere al art. 323, indica que es norma que, por su objeto es de mayor ámbito que la del art. 321, pues no se exige el requisito de la singular protección.

- c) La cita transcrita de la sentencia núm. 932/2016, se contiene en sede de presunción de inocencia (no de subsunción jurídica) y su funcionalidad estribaba en explicar la falta de acreditación de que el bien dañado fuere "de valor histórico, artístico, científico, cultural o monumental"; y dado que en aquel supuesto se trataba de un artefacto que explotó en el interior de la Basílica del Pilar que sí se encuentra inventariada, precisaba la resolución, que no por ello alcanzaba a todo el contenido interior de la misma, como eran en este caso los elementos dañados: órgano musical, la bancada de acomodación de los fieles y pequeños desperfectos en unas decoraciones de escayola de la parte superior del arco existente frente al altar mayor.
- d) Es decir, la afirmación y conclusión de ese párrafo, es la exclusión del tipo del 321, de los daños a bienes muebles no pertenecientes al patrimonio histórico que se encuentren dentro de un edificio que sí forme parte de él administrativamente; y también del 323, si carecen materialmente de valor histórico, artístico, científico, cultural o monumental.

De modo que la contradicción afirmada resta muy relativizada, básicamente en su estricta literalidad, más que en su efectivo antagonismo material.

De lo expuesto resulta, que salvo una interpretación excesivamente literalista de un párrafo de la sentencia núm. 932/2016, descontextualizada del motivo casacional que analizaba, todas las resoluciones de esta Sala Segunda, ciertamente casi todas en aplicación del código del 73, siguen el criterio de entender la expresión bienes de valor histórico, artístico, científico, cultural o monumental, como un elemento normativo, que no exige una previa declaración administrativa en ese sentido; criterio que debemos seguir manteniendo como igualmente hace la doctrina mayoritaria; y ello, por múltiples razones:

- i) La dicción legal de precepto, al contrario de lo que sucede con el art. 323, no exige una previa calificación administrativa.
- ii) Ello resulta acorde con la propia sistemática que relaciona ambas normas, donde una vez paliada alguna incoherencia de la redacción anterior, tras la reforma operada por la LO 1/2015, el art. 323 como tipo de tutela residual o de recogida de los delitos que sancionan daños contra el patrimonio histórico, frente al art. 321 que sólo ampara los edificios singularmente protegidos por su interés histórico, artístico, cultural o monumental, en directa referencia a la normativa administrativa (art. 9.1 Ley sobre Patrimonio Histórico), conlleva una menor punición que la conducta del art. 321. En este 321 se tutelan los edificios singularmente protegidos y en el 324 el resto de bienes, muebles o inmuebles (incluidos edificios no reconocidos administrativamente como integrantes del patrimonio histórico) que gocen intrínsecamente de esa valoración histórica, artística, científica, cultural o monumental.
- iii) La propia Constitución Española, en su art. 46 indica que en su inciso final que la ley penal sancionará los atentados contra este patrimonio: histórico, cultural y artístico de los pueblos de España y de los bienes que lo integran, cualquiera que sea su régimen jurídico y su titularidad. De modo que una interpretación formal de patrimonio, que no amparase a los no declarados formalmente como "bienes de interés cultural", pero que materialmente lo fueren, no satisface el este mandato de la norma constitucional.
- iv) El Tribunal Constitucional, en su sentencia 181/1998, de 17 de septiembre, ha entendido adecuada esta interpretación material de patrimonio histórico, cultural y artístico, como objeto de tutela penal, donde no integra requisito del tipo que haya precedido a la actuación delictiva, una formal declaración de que los bienes dañados, ostentan la condición de bienes de interés cultural o han sido incluidos en el inventario correspondiente; bastando el valor intrínseco de los bienes.

El criterio resultante de tal argumentario, es además pacífico, absolutamente mayoritario entre la doctrina científica, al igual que acaece en la jurisprudencia (salvo la resolución invocada de contraste en su interpretación meramente literal), incluida la denominada menor, proveniente de las Audiencias Provinciales. La referida STS 181/1998, ya se hace eco de ello:

No constituye, pues, según la interpretación respaldada por esta línea jurisprudencial (la emanada de la Sala Segunda del TS), requisito integrante del tipo penal el de que preceda la declaración del interés cultural de los bienes dañados, pues la protección penal se dispensa respecto de los que, con calificación formal o sin ella, integran el ámbito objetivo del Patrimonio Histórico Español, conforme éste es configurado por la citada Ley 16/1985.

El ATC 406/2007, de 10 de diciembre, que inadmite recurso de amparo contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Huelva de 18 de febrero de 2005, que definía como bienes de valor histórico, aquellos que no están incorporados al patrimonio histórico de manera expresa por una declaración administrativa, lo cual no empece ni desmerece su valor respecto de aquellos otros que sí lo están, únicamente indica que aún no se han incorporado de manera formal o explícita, a través de la declaración correspondiente, al catálogo, sin que esto excluya su incorporación futura, o que en todo caso por su valor intrínseco formen de hecho parte del '...patrimonio histórico, artístico y cultural de los pueblos de España...', como lo define el art. 46 de la Constitución".

Esta consideración sobre el objeto material del delito previsto en el art. 323, permite una tutela penal más conforme al mandato constitucional que restaría sin amparar, tanto por el art. 321, como por el art. 319, como por resto de la normativa tutiva del patrimonio histórico dispersa en otros tipos contra el patrimonio, como agravaciones específicas, en los delitos

de hurto (art. 235.1.1º), robo con fuerza (art. 241.1), estafa (art. 250.1.3º), apropiación indebida (art.254), o receptación [(art. 298.1.a)]. De modo que así, también proyecta su ámbito el tipo del art. 323 CP, a:

- Los bienes de valor histórico ocultos o no descubiertos.
- Los que por la dejadez del titular no han sido declarados.
- Los que por la falta de agilización de los procesos o expedientes administrativos no hayan sido catalogados, inventariados o declarados de interés cultural.
- Los que por la deliberada descripción espuria de sus características no alcanzan reconocimiento administrativo.
- Los excluidos de la consideración por una errónea decisión administrativa.

Una efectiva protección del patrimonio cultural exige que esta protección se produzca con independencia de la declaración formal del mismo realizada por los órganos administrativos o por la Ley. Consecuentemente y, en definitiva, el elemento típico bienes de valor histórico, artístico, científico, cultural o monumental, o en yacimientos arqueológicos, terrestres o subacuáticos integra un elemento normativo de naturaleza cultural a valorar judicialmente.

A la hora de integrar dicho elemento normativo, la STS 1403/1988 de 6 de junio, ya advertía que los Tribunales habrán de atenerse con la mayor prudencia y cautela a aquellos criterios que aparezcan como más objetivos, según el común sentir de la colectividad y, a ser posible, como manifiestamente notorios e indiscutibles y siempre inspirándose en el espíritu del conjunto normativo regulador de la materia de que se trate.

Es decir, que corresponde otorgar la máxima protección al patrimonio histórico, cultural y artístico, pero para determinar su contenido, deben evitarse particulares consideraciones, y acudir a elementos o valores que configuran la normativa administrativa en esta materia. La propia STC 181/1998, resume la doctrina jurisprudencial de esta Sala Segunda sobre el art. 323, en este particular, de este modo: la protección penal se dispensa respecto de los que, con calificación formal o sin ella, integran el ámbito objetivo del Patrimonio Histórico Español, conforme éste es configurado por la citada Ley 16/1985. En modo alguno, sin embargo, que los bienes dañados hayan sido declarados como bienes de interés cultural, pues tal pretensión supone la incorporación al tipo penal de un requisito adicional, no previsto en la norma que lo configura.

Este prudente criterio permitió denegar valor artístico a una bancada, un órgano, y un adorno de escayola, sin mayor especificación y sin excesivo valor material en la STS 932/2016; así como a edificio descrito meramente como "casa montañesa de construcción antigua compuesto de planta baja, primer piso, solana en la fachada principal y cobertizo añadido" en la STS 654/2004, resolución que indica que tales datos, a pesar de hallarse la casa dentro del perímetro de conjunto histórico artístico de Alceda, son insuficientes para poder afirmar que nos encontramos ante un bien "de valor histórico, artístico, científico, cultural o monumental" conforme lo exige este art. 323; cuando ni siquiera se precisa la fecha de la antigüedad ni se concreta ninguna fotografía de la construcción derribada, ni aparece informe pericial que aporten datos complementarios que ilustraran sobre el valor cultural de estas casas montañesas.

Mientras que la sentencia 3564/1991, de 12 de noviembre, fundamenta este valor en que se trata, de tallas únicas que datan del siglo XVIII, incorporadas al retablo mayor de la iglesia de Santiago Apóstol de Trespuentes (Álava), descritas en el "Catálogo Monumental de la Diócesis de Vitoria"; y su existencia secular, formando parte del conjunto mencionado, trasciende a la memoria colectiva, constituyendo parte del patrimonio global, histórico, cultural y artístico de la nación.

Y la sentencia 1403/1988 de 6 de junio, lo predicaba de bienes que se hallaban colocados en las vitrinas de un museo en el que habían sido ubicados porque sus especiales peculiaridades les hacía dignos de ser objeto de conservación y exposición pública por tener un especial interés para los estudiosos en la materia, por lo que es indudable, que con independencia del valor crematístico que los mismos pudieran tener, no llegaron al lugar en el que se encontraba por azar o mero capricho, sino que acontece con todos los objetos que se exhiben en los museos, después de haber sido examinados y clasificados por los expertos o peritos en la materia y reputados dignos de ser conservados y expuestos al público por su valor histórico y cultural.

- ... el recurso debe ser desestimado, tanto el primer motivo por indebida aplicación del artículo 323 CP, como el segundo, referido exclusivamente a la inexistencia de declaración administrativa del edificio demolido como de valor histórico, artístico, monumental o cultural, por cuanto:

El artículo 323 del Código Penal, cuando establece como elemento típico que el daño recaiga sobre bienes de valor histórico, artístico, científico, cultural o monumental (o en yacimientos arqueológicos, terrestres o subacuáticos), remite a un elemento normativo cultural, para cuya valoración el juzgador debe atender a elementos o valores que configuran la normativa administrativa en esta materia; sin necesidad de que ese bien previamente haya sido administrativamente declarado, registrado y/o inventariado formalmente con ese carácter, pues no es exigencia prevista en la norma y no satisfaría adecuadamente el mandato del artículo 46 CE.

DATOS SENTENCIA

Sentencia núm. 646/2019

Fecha de sentencia: 20/12/2019

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION (P)

Número del procedimiento: 10439/2019 P

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

TEMA

Secreto de las actuaciones: no constituye una medida limitativa de un derecho fundamental, aunque puede incidir en el derecho de defensa. No produce indefensión si levantado el secreto la parte ha podido preparar su defensa. Únicamente podrá tener relevancia constitucional si se introducen en el proceso las declaraciones testificales practicadas ante el Juez Instructor como pruebas preconstituidas. Delito de Abuso sexuales. Prevalimiento.

ASPECTOS EXAMINADOS

- Secreto de las actuaciones: naturaleza.

Conforme señala el Tribunal Constitucional (sentencia núm. 176/1988, de 4 de octubre), el proceso penal es público. La publicidad del proceso protege a los justiciables contra una justicia secreta que escape de la fiscalización de lo público, y a su vez constituye también un medio para preservar la confianza de los ciudadanos en los Tribunales, de forma que, al dotar a la Administración de Justicia de transparencia, contribuye a realizar los fines del derecho al proceso justo.

De esta forma, el artículo 24 de la Constitución Española establece:

"Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela judicial efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión".

"Asimismo, todos tienen derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley, a la defensa y a la asistencia de letrado, a ser informados de la acusación formulada contra ellos, a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, a no declarar contra sí mismos, a no confesarse culpables y a la presunción de inocencia."

También el artículo 120.1 de la Constitución establece:

"Las actuaciones judiciales serán públicas, con las excepciones que prevean las leyes de procedimiento."

La regla que dispone el secreto de las actuaciones sumariales es, ante todo, una excepción a la garantía constitucional. Pero debe recordarse que la publicidad de un proceso o el derecho a un proceso público se refiere a la fase del Plenario o de juicio oral, no a la fase de investigación que es esencialmente escrita y de reservado conocimiento para las partes personadas.

Conforme a ello, el artículo 301 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal dispone:

"Las diligencias del sumario serán reservadas y no tendrán carácter público hasta que se abra el juicio oral, con las excepciones determinadas en la presente Ley".

En consonancia, el artículo 302 establece:

"Las partes personadas podrán tomar conocimiento de las actuaciones e intervenir en todas las diligencias del procedimiento.

No obstante, si el delito fuere público, podrá el Juez de Instrucción, a propuesta del Ministerio Fiscal, de cualquiera de las partes personadas o de oficio, declararlo, mediante auto, total o parcialmente secreto para todas las partes personadas, por tiempo no superior a un mes cuando resulte necesario para:

a) evitar un riesgo grave para la vida, libertad o integridad física de otra persona; o

b) prevenir una situación que pueda comprometer de forma grave el resultado de la investigación o del proceso.

El secreto del sumario deberá alzarse necesariamente con al menos diez días de antelación a la conclusión del sumario.

Lo dispuesto en este artículo se entenderá sin perjuicio de lo previsto en el párrafo segundo del apartado 3 del artículo 505."

En la sentencia de esta Sala núm. 613/2018, de 29 de noviembre, interpretando los preceptos transcritos, recordábamos que el secreto supone una excepción al principio general de defensa e intervención en el sumario de toda persona desde el traslado de la imputación cuando dicho conocimiento pueda perjudicar la investigación. Para acordar el secreto de las actuaciones debe por tanto llevarse a cabo un juicio de ponderación que justifique el sacrificio del derecho de defensa ante su colisión con otros intereses igualmente dignos de protección, incluso más dignos de protección, como son los de la realización de la justicia e investigación de los delitos, finalidad de primer orden, en una sociedad democrática. En atención a ello, la declaración del secreto, al igual que la restricción de otros derechos fundamentales, debe atender a los principios de necesidad, proporcionalidad y excepcionalidad. Igualmente hemos señalado (sentencia núm. 291/2010, de 24 de marzo) que el instructor tiene un arma en sus manos para poder investigar a espaldas de las partes, que es la declaración del sumario

como secreto conforme al artículo 302 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, y entendemos que tal secreto puede existir desde el inicio del procedimiento, pudiendo incluso abarcar el acto de notificación al imputado impuesto en el artículo 118 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Es precisamente en tales momentos iniciales cuando quizá sea más necesaria una investigación sin conocimiento de las personas investigadas y para ello es necesario que la declaración de secreto permita comprender en la misma también este acto de comunicación al imputado ordenado por el artículo 118 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Además, la determinación de si existe o no base para la imputación de una persona puede venir determinada en gran medida por el resultado de las primeras investigaciones, por lo que el secreto inicial de las actuaciones no supone necesariamente una violación del artículo 118 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

La doctrina del Tribunal Constitucional sobre esta cuestión (sentencia núm. 176/1988, de 4 de octubre) puede resumirse en los siguientes puntos:

- La publicidad de las actuaciones judiciales constituye un principio constitucional (art. 120.1 CE) con un claro reconocimiento de la posibilidad de que la legislación procesal establezca excepciones.
- El secreto no constituye una medida en sí misma limitativa de un derecho fundamental, del derecho al proceso público. Únicamente se pospone el momento en el que las partes pueden tomar conocimiento de las actuaciones y por tanto conocer los cargos que se les atribuyen y se impide que puedan intervenir en las diligencias practicadas durante el secreto.
- Puede, no obstante, incidir en el derecho de defensa del sujeto pasivo del proceso penal.

Si el secreto implica imposibilidad absoluta de conocimiento de lo actuado hasta el juicio oral, se ocasiona una lesión del derecho de defensa pues el acusado no habría estado en disposición de preparar su defensa de manera adecuada.

- La materialidad de esa indefensión exige una relevante y definitiva privación de las facultades de alegación, prueba y contradicción que desequilibre la posición del imputado.

No se producirá indefensión si levantado el secreto la parte ha podido preparar su defensa y ejercerla sin ninguna limitación contestando el escrito de acusación, proponiendo las pruebas que estimó pertinentes y sometiendo a contradicción las pruebas de la acusación en el juicio oral.

- Sólo podría tener relevancia constitucional la imposibilidad de contradecir las declaraciones testimoniales prestadas ante el Juez de Instrucción durante la fase secreta del sumario si se hubieran introducido en el proceso como pruebas preconstituidas.

Tales declaraciones son acordes con la doctrina sentada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en su sentencia de 2 de noviembre de 2010 (Asunto Vaquero Hernández y otros ctra. España) que puede sintetizarse en los siguientes términos:

- Las pruebas deben en principio ser practicadas ante el acusado en audiencia pública para permitir un debate contradictorio.
- El procedimiento considerado en su conjunto, incluido el modo de practicarse la prueba, debe revestir un carácter equitativo.
- Es necesaria la concesión de una ocasión adecuada y suficiente para discutir un testimonio de cargo y para interrogar al autor, ya sea en el momento de la declaración o más tarde.
- El procedimiento ante las autoridades judiciales debe compensar suficientemente los obstáculos con los cuales la defensa se había topado anteriormente.

En el caso de autos la queja del recurrente fue articulada en el previo recurso de apelación interpuesto contra la sentencia de la Audiencia Provincial y fue desestimada por la sentencia del Tribunal Superior Justicia con los argumentos que se recogen en su fundamento segundo, sin que en el presente recurso el recurrente contradiga tales argumentos o ponga de manifiesto la incorrección de los mismos.

Señala el recurrente que se produjeron dos irregularidades en la forma en que fue prorrogado el secreto de las actuaciones mediante auto de fecha 12 de enero de 2017. Así, los autos de fechas 10 de febrero de 2017 y 16 de mayo de 2017 acordaron la prórroga del secreto por dos meses. Y el auto de fecha 17 de abril de 2017 se dictó fuera del plazo de dos meses fijado en el auto que le precedía de fecha 10 de febrero de 2017. Ello no obstante ninguna indefensión ocasionó al recurrente, quien no exteriorizó desacuerdo alguno hasta el trámite de cuestiones previas, una vez iniciado el acto del juicio oral. La queja del recurrente se refiere a que no pudo intervenir en la valoración psicológica de la víctima PPP, que se llevó a cabo el día 8 de febrero de 2017, cuestión que trataremos a continuación. Sin embargo, ello no deriva de las irregularidades denunciadas, sino del propio secreto de las actuaciones, de ahí que no pueda estimarse la pretensión de nulidad de las citadas resoluciones deducidas por el recurrente. Pero, es más, la nulidad pretendida debería haberse hecho valer por el recurrente a través del correspondiente recurso contra aquellas resoluciones una vez levantado el secreto de las actuaciones, conforme a lo dispuesto en el artículo 240.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, es decir interponiendo el oportuno recurso por causa de nulidad contra la resolución de que se trate o que contenga la infracción.

Examinadas las actuaciones puede comprobarse que la causa se inició el día 23 de junio de 2016 ante el Juzgado de Instrucción núm. 2 de 0000. Con fecha 12 de diciembre de 2016 se practicó entrada y registro en el domicilio del acusado, quien fue detenido y puesto a disposición del Juzgado de Instrucción núm. 3 de 0000, siéndole recibida declaración como investigado con asistencia de su Letrado, previa lectura de sus derechos y tras haber sido informado debidamente de los hechos que se le imputaban. Tras la citada declaración fue puesto en libertad.

Nuevamente, el día 9 de enero de 2017, el recurrente prestó una segunda declaración como investigado ante el Juzgado de Instrucción núm. 3 de 000, asistido de su Letrado. Previamente le fueron leídos sus derechos y fue informado debidamente y por segunda vez de la imputación formulada contra él.

Es evidente pues que el recurrente y su Letrado pudieron tener acceso a las actuaciones, que habían sido iniciadas mediante auto de fecha 23 de junio de 2016, hasta el día 12 de enero de 2017, cuando fue declarado el secreto.

El secreto se mantuvo hasta el día 12 de julio de 2017 en que se dejó sin efecto la medida. El primer auto de conclusión del sumario se dictó con fecha 27 de febrero de 2018 y, revocado éste por la Audiencia Provincial mediante auto de fecha 9 de abril de 2018, se reanudó la instrucción hasta el día 25 de septiembre de 2018, fecha en la que se dictó nuevo auto de conclusión. Sumando ambos periodos de instrucción resulta que ésta continuó durante un año tras el levantamiento del secreto de sumario, el cual se mantuvo durante seis meses.

De todo ello se infiere que el tiempo del secreto de las actuaciones fue moderado, necesario y conforme a los fines establecidos en el artículo 302 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. La práctica de la diligencia sobre la que el recurrente sustenta la indefensión alegada se llevó a cabo durante la vigencia del plazo inicial por el que se decretó el secreto. Y el recurrente no efectuó queja alguna, ni solicitó la práctica de diligencias complementarias o la reproducción o ampliación de las practicadas bajo el secreto del sumario durante el año de instrucción que transcurrió desde el levantamiento del secreto y su pleno acceso a las actuaciones hasta la conclusión del sumario. Tampoco impugnó el auto declarando el secreto de las actuaciones, ni los autos en los que se acordaron su prórroga.

Además, el resultado de la exploración del menor y las manifestaciones que éste realizó ante los peritos fue recogido en el informe por ellos elaborado y al que el recurrente y su defensa tuvieron posteriormente acceso. Y ni la pericial practicada, ni la exploración del menor se practicaron con el carácter de pruebas preconstituidas. Lejos de ello, tanto la víctima como los peritos comparecieron en el acto del juicio oral donde pudieron ser debidamente preguntados por todas las partes sometiéndose de esta manera tales testimonios y pericial a la contradicción de las partes.

Asimismo, la resolución inicial a través de la cual se acordó el secreto de las actuaciones se encuentra debidamente motivada conforme a las exigencias establecidas en el artículo 302 del Código Penal.

El derecho a la tutela judicial efectiva incluye como contenido básico el derecho a obtener de los órganos jurisdiccionales una respuesta a las pretensiones planteadas que sea motivada y razonada en derecho y no manifiestamente arbitraria o irrazonable, aunque la fundamentación jurídica pueda estimarse discutible o respecto de ella puedan formularse reparos (SSTC 23 de abril de 1990 y 14 de enero de 1991), matizando la misma doctrina que la exigencia de motivación no autoriza a exigir un razonamiento judicial exhaustivo y pormenorizado de todos los aspectos y perspectivas que las partes puedan tener sobre la cuestión que se decide, sino que deben considerarse suficientemente motivadas aquellas resoluciones judiciales que vengan apoyadas en razones que permitan conocer cuáles han sido los criterios jurídicos esenciales fundadores de la decisión; basta que la motivación cumpla la doble finalidad de exteriorizar el fundamento de la decisión adoptada y permita su eventual control jurisdiccional (STC 5 de abril de 1990); que lo reconocido en el art. 24.1 de la Constitución es el derecho de todas las personas a ser acogidas y oídas en el proceso, pero no a obtener una sentencia de conformidad, que la tutela judicial efectiva se obtiene, incluso, cuando se deniega o rechaza lo interesado por las partes en el proceso, siempre que concurra la causa legal correspondiente; y que la indefensión con relevancia constitucional es tan sólo aquella en la que la parte se ve privada injustificadamente de la oportunidad de defender su respectiva posición procesal, acarreándole tal irregularidad un efectivo menoscabo de sus derechos o intereses (STC 44/1998, de 24 de febrero, que cita las SSTC 290/1993, 185/1994, 1/1996 y 89/1997).

En el supuesto examinado, los autos acordando el secreto de las actuaciones y sus prórrogas ofrecen al recurrente explicación suficiente sobre los motivos que llevaron a la Instructora a acordar el secreto de las actuaciones. De esta forma, el auto inicial por el que se decretó el secreto de las actuaciones se refiere a las especiales circunstancias que concurrían en el procedimiento, teniendo en cuenta que la investigación se refería a determinados actos de abuso sexual sobre menores de edad que se imputaban al acusado realizados aprovechando su condición de entrenador de los menores. Igualmente hace referencia a la repercusión mediática que se había producido y a la existencia de un menor que podía verse afectado en su intimidad como consecuencia de ello, así como a la necesidad de dar protección a las víctimas y de asegurar que la investigación no se viera perjudicada. Estos motivos se mantienen en las resoluciones posteriores por las que se prorrogó el secreto de las actuaciones. No estamos, por tanto, ante argumentos inconcretos o estereotipados.

Ello ha permitido a la parte conocer puntualmente y combatir los razonamientos expuestos por la Instructora para acordar primero y mantener después el secreto de las actuaciones, por lo que tampoco existe indefensión alguna derivada de un defecto de motivación.

Por ello debe concluirse estimando que ninguna limitación se ha ocasionado del derecho de defensa, no existiendo tampoco déficit de contradicción, imputable al órgano judicial o a otros motivos ajenos al recurrente.

- Delito de Abuso sexual: prevalimiento:

Considera el recurrente que no existe el prevalimiento que sirve al órgano de instancia para condenarle por un delito de abuso sexual del artículo 181.1, 3 y 4 del Código Penal.

Sobre ello argumenta que los dos denunciantes eran personas con capacidad de consentimiento sexual. Añade que eran plenamente conscientes de las intenciones del acusado y que cuando rehusaron la realización de actos de naturaleza sexual no pasó nada. Por ello entiende que no existe esa supuesta superioridad manifiesta que habría coartado la libertad de los denunciantes.

Aduce que el prevalimiento tampoco puede derivarse sin más de una notable diferencia de edad, de la diferencia física o de ser entrenador de atletismo, sino que es necesario analizar el caso concreto. Y analizando el supuesto de autos defiende que existió un consentimiento válido como se desprende del hecho de que ambos eran conscientes de las supuestas intenciones del acusado, pese a lo cual accedían a acudir a los entrenamientos y campeonatos con él; nunca hubo amenaza alguna con causarles daño físico o con expulsarlos del grupo de entrenamiento si no accedían a sus pretensiones; nunca existió oferta condicionada merecedora de reproche penal; la asistencia a los entrenamientos y a los campeonatos era libre y voluntaria, pudiendo los denunciantes cambiar de entrenador y abandonar cuando quisieran dicha actividad; y cuando querían, no tenían mermada o coartada su libertad de decisión, ya que en multitud de ocasiones mostraron su expresa negativa a realizar actos de naturaleza sexual y nada ocurrió.

Conforme reiterada Jurisprudencia de esta Sala, el tipo penal por el que ha resultado condenado el acusado resulta de aplicación en los casos en que el sujeto activo se aprovecha dolosamente en una situación de superioridad con respecto a la víctima. No se integra por la ausencia de consentimiento sino por el hecho de obtenerlo prevaleándose de una situación de superioridad. Dicha superioridad ha de ser notoria y eficaz, esto es objetivamente apreciable y no solo subjetivamente percibida por una de las partes, así como suficiente para restringir de modo relevante la capacidad de la víctima para decidir libremente. Basta con la existencia de una situación de superioridad o ventaja del sujeto activo de la que se aprovecha. La Jurisprudencia ha considerado la existencia de esa superioridad en casos de escaso coeficiente intelectual de la víctima (STS núm. 456/2000, de 21 de marzo). Asimismo, cuando el profesor se aprovecha de su situación sobre el alumno, tratándose el acusado de un profesor maduro que se aprovechaba de su condición docente y de la temprana edad de su discípulo, de quince años, para abusar sexualmente del mismo, coartando con su autoridad la libertad del menor, con lo que se produjo un consentimiento viciado por el abuso de superioridad (STS núm. 223/2000, de 21 de febrero); o cuando existe una situación equiparable a la familiar. También la jurisprudencia incluye en el tipo penal casos de desproporción entre la edad del sujeto activo y la víctima, aunque el dato cronológico no puede operar de forma automática sino solo en la medida en que contribuya efectivamente a colocar a una persona en una de situación de desequilibrio respecto de otra, en lo que se refiere a la capacidad de autodeterminarse sobre el uso del propio cuerpo en relaciones de contenido sexual (STS núm. 379/2002, de 6 de marzo). Se aprecia prevalimiento cuando, además de la diferencia de edad, la víctima presenta un defecto de madurez o de la capacidad para determinar con plena libertad el uso del propio cuerpo en la concreta relación sexual y dicha circunstancia es conocida y aprovechada por el mayor de edad para obtener el consentimiento del menor a la relación sexual. Señalábamos en las sentencias de esta Sala 512/2013, de 13 de junio, con referencia a la sentencia 1287/2003, de 10 de octubre, que "El abuso sexual con prevalimiento no exige la exteriorización de un comportamiento coactivo, pues es la propia situación de superioridad manifiesta por parte del agente y de inferioridad notoria de la víctima, la desproporción o asimetría entre las posiciones de ambos, la que determina por sí misma la presión coactiva que condiciona la libertad para decidir de la víctima, y es el conocimiento y aprovechamiento consciente por el agente de la situación de inferioridad de la víctima que restringe de modo relevante su capacidad de decidir libremente, lo que convierte su comportamiento en abusivo." (STS de 10 de octubre de 2003) (ATS 14-5-10)".

En el marco de este delito, coartar equivale a obstaculizar o limitar de manera relevante el uso por un sujeto de su capacidad para autodeterminarse, en un marco de relaciones que tienen por objeto alguna forma de ejercicio de la sexualidad (STS núm. 781/2004, de 23 de junio).

En el supuesto de autos, conforme a al relato de hechos que se recogen como probados en la sentencia de instancia, el Tribunal ha calificado adecuadamente los hechos como constitutivos de un delito continuado de abuso sexual del artículo 181.1, 3 y 4 del Código Penal. Nos encontramos ante supuestos en los que se produjeron tocamientos, masturbaciones y felaciones hacia los menores, llegando incluso el acusado en una ocasión a introducir un semillero de forma tubular en el ano de una de las víctimas. Tales actos fueron realizados sin violencia o intimidación, pero valiéndose el acusado de un

consentimiento viciado, que se derivaba de su situación de superioridad y ascendencia manifiesta que coartaba la libertad de los menores.

Efectivamente, conforme se expresa en la sentencia, se aprecia en la actuación del acusado una situación de superioridad manifiesta de la que abusó o se aprovechó frente a sus víctimas, derivada no solo de su diferencia de edad, sino de su ascendencia personal que como entrenador tenía sobre ellos, habiéndose granjeado su confianza y cariño y creado una relación de dependencia en el ámbito deportivo y en el personal.

Frente a las consideraciones que efectúa el recurrente, aun cuando los menores podían en teoría negarse a los requerimientos del acusado, en la práctica, tal y como también se expresa en la resultancia fáctica de la sentencia, AAAA no se atrevía a hacerlo: "... por las recurrentes reacciones de éste de decepción y malestar en el ámbito deportivo cuando el menor se atrevía a contrariarle sexualmente, dependiendo Eduardo absolutamente del procesado tanto en el ámbito deportivo como en el personal...". En el caso de ZZZ, "... en las ocasiones en que el menor se negaba a acceder a los ilícitos requerimientos sexuales del procesado, éste se enfadaba con él, le retiraba la palabra, descuidaba su atención como atleta en los entrenamientos o lo desplazaba en el equipo, actuación que desplegaba absolutamente consciente de que con ello influía tanto en el rendimiento deportivo de ZZZ como en su estado anímico y de que con ello lograba doblegar su renuencia a sus ilícitos requerimientos sexuales."

DATOS SENTENCIA

Sentencia núm. 650/2019

Fecha de sentencia: 20/12/2019

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION

Número del procedimiento: 1369/2018

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

TEMA

Quebrantamiento de condena. Prohibición de comunicación. Elementos. Llamada realizada por el acusado no atendida por la persona protegida por la medida o la pena. Delito consumado o en grado de tentativa: que el mero hecho de llamar, cuando es posible identificar la procedencia, ya supone en esos casos un acto consumado de comunicación.

ASPECTOS EXAMINADOS

- Se alega que, en estos supuestos, (llamadas telefónicas "perdidas", no atendidas por el destinatario) el delito de quebrantamiento se consuma con el establecimiento de la comunicación, no con el intento de llamada, el cual estaría exento de responsabilidad criminal (sic). Argumenta que si se forzara la interpretación de los tipos penales estaríamos ante un supuesto de tentativa cuando el sujeto favorecido por la protección no descuelga el teléfono y evita atender la llamada emitida por quien se encuentra obligado a cumplir la prohibición.
- El delito de quebrantamiento de condena o medida cautelar del artículo 468 CP, se encuentra dentro del Título XX del Libro II del CP, bajo la rúbrica "Delitos contra la Administración de Justicia y supone la concreción de la sanción penal para conductas de incumplimiento de determinadas resoluciones recaídas en el ámbito de la jurisdicción penal. Requiere, como tipo objetivo, la existencia de una resolución que acuerde una condena, medida de seguridad, prisión, medida cautelar, conducción o custodia. Y que se ejecute una conducta que implique el incumplimiento de la misma. Como tipo subjetivo, el conocimiento de estos elementos, es decir, que el sujeto sepa que existía tal resolución, así como su contenido, y que sepa, igualmente, que con su forma de actuar está incumpliendo lo que la resolución le impone.

Por lo tanto, el elemento subjetivo no consiste en la intención de incumplir la resolución, sino que basta con conocer que, con la conducta que se ejecuta, se incumple. (STS nº 619/2018, de 21 de diciembre).

La jurisprudencia ha admitido la posibilidad de la tentativa (STS 294/2012, de 26 de abril), con carácter general y sin perjuicio del examen de los distintos supuestos posibles, especialmente en consideración a la clase de pena o medida que se incumple o se quebranta.

A pesar de su ubicación sistemática, la jurisprudencia y la doctrina han reconocido un doble bien jurídico protegido, en consideración a las penas o medidas cautelares impuestas en relación con determinados delitos (artículos 57.2 y 173.2 CP), de forma que no solo se entiende que estas conductas afectan a la Administración de Justicia, sino que también lo hacen a la seguridad y tranquilidad de las víctimas, para cuya protección se imponen las medidas o las penas previstas en el artículo 48 CP. Así, en la STS nº 846/2017, de 21 de diciembre, en la que se examinaba la posibilidad de delito continuado, se decía que con respecto a las medidas previstas en el artículo 48 se ha destacado una doble consideración. Y se hacía referencia,

en primer lugar, a un contenido claro de pena de carácter aflictivo que dispone una restricción de derechos a la persona a la que se impone. Y, en segundo lugar, a su condición como una medida especialmente dispuesta para la protección de la víctima en atención a los hechos atribuidos a quien ha sido condenado o, en su caso, imputado, por el peligro que puede suponer. Se justifica en el aseguramiento de la concordia social y la evitación de futuros males adicionales (SSTS 369/2004, de 11 de marzo, 803/2011 de 15 de julio, 110/2010, de 12 de junio, 48/2007 de 25 de enero). “Por lo tanto, es una consecuencia jurídica del delito, objeto de la condena o de la imputación, con una doble dimensión, como pena y como medida de aseguramiento para prevenir el peligro a la víctima. Así considerando, la situación jurídica creada por la prohibición de acercamiento y comunicación dispuesta, prohíbe al condenado el acercamiento a la víctima, pena aflictiva, y protege a la víctima evitando situaciones de peligro. Esta doble dimensión de la medida permite individualizar cada acto de aproximación a la víctima como acto típico del delito de quebrantamiento pues en cada acto se reproduce el ataque a la seguridad dispuesta por la prohibición de acercamiento”. En sentido similar, se recordaba en la STS nº 664/2018, de 17 de diciembre, dictada por el Pleno de esta Sala, que la evolución normativa a la que se hace referencia, (LO 19/1999 de 9 de junio, de modificación del Código Penal, en materia de protección a las víctimas de malos tratos, y de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y Ley 27/2003, de 31 de julio, reguladora de la Orden de Protección de las víctimas de violencia doméstica), “revela un marcado espíritu tendente a procurar la máxima protección de las víctimas ampliamente reconocido, por otro lado, por diversos pronunciamientos de esta Sala (STS 886/2010, de 20 de octubre; STS 511/2012, de 13 de junio; o STS 799/2013, de 5 de noviembre), y que, en lo que ahora nos afecta, incide en una especial configuración de la modalidad que analizamos, la del artículo 468.2 CP, que además de compartir con los quebrantamientos incluidos en el número 1 del artículo 468 CP como bien jurídico objeto de protección la efectividad de determinadas resoluciones de la Autoridad Judicial en materia de ejecución de penas, medidas de seguridad y medidas cautelares acordadas durante el proceso, persigue como finalidad última la de prevenir situaciones de peligro para las víctimas. En palabras de la STS 846/2017 de 21 de diciembre «se justifica en el aseguramiento de la concordia social y la evitación de futuros males adicionales (SSTS 369/2004, de 11 de marzo, 803/2011 de 15 de julio, 110/2010, de 12 de junio, 48/2007 de 25 de enero)”.

De modo que, a los efectos del examen del precepto, ha de tenerse en cuenta que no solo es relevante el incumplimiento de la orden emanada de un órgano jurisdiccional, contenida en una sentencia o en otra resolución firme, como una conducta seriamente atentatoria al correcto funcionamiento de la Administración de Justicia, específicamente en relación con la obligación de cumplir las sentencias y demás resoluciones de Jueces y Tribunales prevista en el artículo 118 de la Constitución, referida ahora al ámbito penal, sino que también ha de valorarse que el quebrantamiento de la medida o de la pena supone un ataque a la seguridad y a la tranquilidad de la persona a la que se pretende proteger con la resolución en la que se acuerda la medida o se impone la pena.

Cuando la pena consiste en prohibición de comunicación, ha de tenerse en cuenta que el propio Código dispone en su artículo 48.3 que impide al penado establecer, por cualquier medio de comunicación o medio informático o telemático, contacto escrito, verbal o visual con la víctima o con aquellos de sus familiares u otras personas que determine el Juez o Tribunal.

En el caso, no se discuten los hechos en el recurso, dado que está legalmente limitado a cuestiones relativas a la infracción de ley del artículo 849.1º de la LECrim. Tampoco se discute la posibilidad del delito continuado. El recurrente plantea dos cuestiones.

De un lado, la relevancia penal de la conducta, pues sostiene que carece de la misma. Sin embargo, como se razona en la sentencia impugnada, el acusado practicó todos los actos que objetivamente debían permitir la comunicación con la denunciante. Pues efectivamente realizó la llamada con una evidente intención de establecer comunicación, y si no fue respondida no fue por su desistimiento, que ya no era posible, sino porque la parte receptora no la atendió, por la razón que fuere. Por lo tanto, superando los actos preparatorios llevó a cabo actos “directamente encaminados a la ejecución”, desconoció el mandato derivado de la pena impuesta y llegó a poner en peligro los bienes jurídicos protegidos. La jurisprudencia ha señalado como requisitos para afirmar que la ejecución del delito se ha iniciado los siguientes: a) que haya univocidad, es decir, que tales actos exteriores, sean reveladores, de modo claro, de esa voluntad de delinquir; b) que exista ya una proximidad espacio-temporal respecto de lo que, en el plan del autor, habría de suponer la consumación del delito; c) y éste es el criterio que ha de marcar la última diferencia entre los actos preparatorios y los de ejecución: que esa actuación unívoca y próxima en el tiempo y en el espacio sea tal que en su progresión natural conduzca ya a la consumación, es decir, que si esa acción continúa (no se interrumpe) el delito va a ser consumado. Es entonces cuando puede decirse que ya hay un peligro para el bien jurídico protegido en la norma penal. (SSTS 1479/2002, 16 de septiembre, y 227/2001, 29 de noviembre y STS 92/2019, de 20 de febrero). No es, pues, una conducta irrelevante penalmente.

La segunda cuestión que se plantea en el motivo es si se trata en estos casos de un delito consumado o en grado de tentativa. Desde el punto de vista del recurso interpuesto, que finalmente pretende una pena inferior, la cuestión es irrelevante, pues en todo caso se trataría de un delito continuado integrado por dos delitos consumados de quebrantamiento de condena o por un delito consumado y otro intentado.

De todos modos, si se entiende, como se hace en general, que es un delito de resultado, la consumación exige que la conducta provoque una alteración en el mundo exterior, que, en el caso, sería la comunicación entre la persona obligada a cumplir la prohibición y la persona a la que se pretende proteger con la misma.

En ese sentido, comunicar con otra persona significa poner algo en su conocimiento. Según el diccionario de la RAE, entre otras acepciones, “descubrir, manifestar o hacer saber a alguien algo”. En relación con el artículo 48.3 CP, establecer contacto escrito, verbal o visual. En este artículo no se exige un contacto, escrito o verbal, de doble dirección; por lo tanto, no es preciso que encuentre respuesta. Tampoco se establecen límites mínimos al contacto, siendo suficiente con su existencia. Lo que importa es que alguien haga saber algo a otro.

En el caso, la conducta que se declara probada consistió en realizar una llamada al teléfono de la persona con la que estaba prohibido comunicar, llamada que esa persona no atendió. Pero la llamada quedó registrada y fue posible saber quién la efectuó.

En primer lugar, en relación con la cuestión examinada, resulta insatisfactorio poner en manos de la víctima, dejándolo a su voluntad cuando no existe coacción alguna, la consumación del delito. Si la persona protegida observa una llamada en su terminal proveniente de la persona afectada por la prohibición de comunicación, la reducción de la pena, al menos en un grado, quedaría a su libre decisión, dependiendo solo de que aceptara o no la llamada.

En segundo lugar, en la interpretación del precepto no puede prescindirse de la finalidad del mismo ni del actual estado de la técnica. En cuanto a lo primero, hemos admitido que se pretende proteger a las víctimas de determinados delitos, garantizando su seguridad y tranquilidad frente a la acción de determinadas personas, lo cual se vería comprometido mediante la mera realización de llamadas telefónicas, aunque la persona destinataria de las mismas no las atendiera. La perturbación de su tranquilidad y la amenaza a su seguridad es apreciable desde el momento en que es consciente de la existencia de la llamada efectuada por aquella otra persona a la que, en función de los hechos que se le atribuyen, se le ha impuesto una prohibición de comunicación.

Respecto del segundo aspecto, como el propio artículo ya prevé, la prohibición de establecer contacto se refiere a cualquier medio de comunicación o medio informático o telemático. Cualquier terminal móvil, e incluso la mayoría de los de línea fija, refleja en su pantalla el número desde el que se hace la llamada, y, en caso de que no sea atendida, aparece en el registro del teléfono como llamada perdida, constando la hora y el número de procedencia. En realidad, esta es una forma de contacto escrito equivalente a un mensaje que se hubiera remitido a la persona destinataria de la llamada haciendo constar que ésta se ha efectuado; incluso aunque tenga lugar de forma automática, ejecutada por el propio sistema, se trata de un mensaje en el que se pone en conocimiento del destinatario que se le ha efectuado una llamada desde un determinado terminal. El sistema de los terminales telefónicos, que cualquiera conoce, funciona así de forma automática proporcionando esa información. De manera que el mero hecho de llamar, cuando es posible identificar la procedencia, ya supone en esos casos un acto consumado de comunicación.

No puede descartarse que se presenten supuestos en los que, bien por cancelación de la línea, o por otras razones, resultaría imposible que la persona protegida pudiera conocer la existencia de la llamada efectuada por quien tiene prohibida la comunicación. La cuestión se podría trasladar entonces al examen de la tentativa, y en algunos casos imaginables a la tentativa relativamente inidónea, cuya relevancia penal ha admitido esta Sala. Pero es una cuestión que no es necesario abordar aquí en detalle, dados los hechos que se han declarado probados.

Ha de concluirse por lo dicho que, en los casos en los que se efectúe una llamada al teléfono de la persona protegida por la medida o la pena, y esta no la atiende, el delito quedará consumado si ha sido efectiva la comunicación de la existencia de esa misma llamada efectuada por quien tiene prohibida la comunicación. En esos casos habrá existido un acto de comunicación consumado.

DATOS SENTENCIA

Sentencia núm. 652/2019

Fecha de sentencia: 08/01/2020

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION

Número del procedimiento: 399/2018

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

TEMA

Delito contra la seguridad vial por conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas, y delito contra la seguridad vial en la modalidad de desobediencia. Atenuante de embriaguez: aplicabilidad respecto del delito contra la seguridad vial en la modalidad de desobediencia.

ASPECTOS EXAMINADOS

- Delito contra la seguridad vial: conducción bajo la influencia de drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas, o de bebidas alcohólicas y delito de negativa a someterse a pruebas legalmente establecidas para la comprobación de las tasas de alcoholemia y de la presencia de las drogas. Se aduce que la condena por ambos tipos penales –art. 379 y 383– infringe el principio non bis in ídem.

La cuestión planteada carece de interés casacional, ya que no se encuentra en oposición a la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo, sino todo lo contrario, es conforme a la misma, cuestión que fue resuelta en la sentencia de Pleno 419/2017, de 8 de junio, en la que se razona que “la jurisprudencia del Tribunal Constitucional requiere para que concurra un supuesto de bis in ídem en el plano sustantivo que sea castigado un sujeto dos veces por unos mismos hechos. Y a la hora de interpretar la expresión “unos mismos hechos”, considera que se da este supuesto en los casos que concurra la identidad de sujeto, hecho y fundamento (SSTC 2/1981, 154/1990, 204/1996, 177/1999, 2/2003, 180/2004, 1/2009 y 77/2010).

En el caso que se juzga es claro que el sujeto activo del delito es el mismo para ambas infracciones penales, concurriendo así la identidad de sujeto activo.

En cambio, no puede decirse lo mismo en lo concerniente a la identidad de hecho, toda vez que en el delito del art. 379.2 del C. Penal la conducta punible consiste en conducir el vehículo de motor bajo la influencia de bebidas drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas, o de bebidas alcohólicas, o con el índice de alcoholemia que se establece en el segundo inciso del apartado 2 del precepto. En cambio, la conducta prevista en el art. 383 del C. Penal consiste en conducir un vehículo de motor y negarse, una vez requerido por un agente de la autoridad, a someterse a las pruebas legalmente establecidas para la comprobación de las tasas de alcoholemia y de la presencia de las drogas previstas en los preceptos precedentes.

A este respecto, en la sentencia del Tribunal Constitucional 1/2009, de 12 de enero, se argumenta que la identidad de autor, hecho y fundamento jurídico de las dos infracciones (ya sean penales o administrativas) que la vulneración del indicado principio exige, no concurre en el presente supuesto, desde el momento en que el hecho sancionado en el art. 379 CP consiste en conducir un vehículo a motor o un ciclomotor bajo la influencia de, entre otras, bebidas alcohólicas, mientras que el delito tipificado en el art. 380 CP sanciona la negativa a someterse a pruebas legalmente establecidas para la comprobación de que se conduce bajo la influencia de bebidas alcohólicas. La disimilitud de conductas típicas excluye pues la vulneración del principio non bis in ídem.

Por lo cual, el supuesto de un bis in ídem quedaría ya descartado al no concurrir una de las tres identidades que exige reiterada jurisprudencia de la jurisdicción constitucional.”.

Además, la citada sentencia 419/2017 analiza al concurso real de delitos, descarta la infracción del principio de proporcionalidad, y afirma que el bien jurídico tutelado por ambos preceptos penales no es el mismo, con cita de la STC 161/1997, de 2 de octubre.

Por último, desde otra perspectiva, y dejando al margen el bien jurídico que tutela los tipos penales de desobediencia, afirma la citada sentencia que “ha de entenderse que, aunque se considerara como único bien jurídico protegido la seguridad vial y, de forma indirecta, la vida y la integridad física o la salud de las personas, lo cierto es que tampoco tendría por qué hablarse necesariamente de un bis in ídem. Pues puede considerarse que se está atacando un mismo bien jurídico de dos modos y con hechos diferentes: una de forma más directa mediante la conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas, y la otra impidiendo que se haga una investigación policial con unas garantías de eficacia para que se acabe protegiendo mediante una pena el menoscabo de la seguridad vial. A fin y al cabo, ello es lo que se hace normativamente cuando se establecen subtipos agravados que protegen el mismo bien jurídico.”.

- Atenuante de embriaguez: aplicabilidad respecto del delito contra la seguridad vial en la modalidad de desobediencia. Atenuante de embriaguez.

Al respecto dijimos en nuestra sentencia 325/2019, de 20 de junio que “No obstante, debe observarse una doble realidad: En primer término, que los únicos presupuestos de configuración legal que condicionan la admisibilidad del recurso de casación en estos casos son la naturaleza sustantiva de la cuestión que se suscita, y la conveniencia de que este Tribunal, en su función nomofiláctica, defina el alcance y aplicación de la norma afectada (art. 847,1. b LECRIM). En segundo lugar, que el acuerdo de esta Sala al que se ha hecho referencia, remarcando tres coyunturas en las que la función interpretativa se percibe con claridad, no niega que pueda apreciarse un interés casacional en supuestos distintos de los que se han descrito”. En el caso planteado no existe pronunciamiento expreso de la Sala, en cambio, sí lo ha hecho con respecto al delito del art. 379.2 del C. Penal, afirmando que en el que la conducta punible consiste en conducir el vehículo de motor bajo la influencia

de, entre otras, bebidas alcohólicas, la embriaguez es inherente al citado delito, y en base a ello no resulta de aplicación la atenuación pretendida, de conformidad con lo dispuesto en el art. 67 del Código Penal (STS 481/2001, de 26 de marzo, entre otras).

En cuanto al delito de desobediencia del art. 383 del CP, ha afirmado esta Sala que resulta innegable su vinculación con la seguridad vial, pero si descendemos al terreno del derecho positivo y al plano de la estricta dogmática penal, esa conclusión tiene que ser modulada, siendo el bien jurídico directamente tutelado es el principio de autoridad, como en el resto de los delitos de desobediencia, aunque de forma indirecta se protege la seguridad vial. Como decíamos en nuestra sentencia 210/2017, de 28 de marzo “Mediante el delito del art. 383 el legislador ha creado un delito de desobediencia especial con unos requisitos específicos y objetivados. Se tutela básicamente el principio de autoridad, reforzando con esa protección penal la efectividad de los requerimientos legítimos de los agentes de la Autoridad para efectuar esas pruebas. Solo indirectamente (y no siempre que se da el delito) se protege además la seguridad vial. Desde un punto de vista institucional por el efecto general de prevención positiva: conseguir el acatamiento de tales pruebas repercute en conjunto en una mayor seguridad en el tráfico viario. En concreto, también habrá ocasiones en que la realización de la prueba será el medio de conseguir atajar un peligro próximo para la seguridad vial. Pero el contenido sustancial de esta infracción no está principalmente en la tutela del tráfico viario, sino en el principio de autoridad. Eso explica que también nazca la infracción cuando el bien jurídico "seguridad vial" está ausente: negativa por contumacia, o por simple enfado generado por la contrariedad de ser requerido para ello por parte de quien se encuentra en óptimas condiciones para conducir por no haber ingerido ni una sola gota de alcohol.”.

Como consecuencia de lo anterior, dada la naturaleza y bien jurídico protegido en el delito del art. 383, nada impide que sea de aplicación la eximente incompleta o atenuante de embriaguez, ya que la misma no es inherente al delito ni la ley la tiene en cuenta al describir o sancionar la infracción, pues el precepto sanciona al “conductor que, requerido por un agente de la autoridad, se negare a someterse a las pruebas legalmente establecidas para la comprobación de las tasas de alcoholemia”.

DATOS SENTENCIA

Sentencia núm. 654/2019

Fecha de sentencia: 08/01/2020

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION

Número del procedimiento: 879/2018

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

TEMA

Delito de lesiones en el ámbito familiar: Derecho de corrección. Proporcionalidad, razonabilidad y moderación. Principio de Intervención mínima.

ASPECTOS EXAMINADOS

- Delito de lesiones en el ámbito familiar: Derecho de corrección. Proporcionalidad, razonabilidad y moderación.: la cuestión nuclear se centra en si existe un derecho de corrección de los padres a los hijos que legitime el uso de la violencia física y si el acusado se extralimitó en el ejercicio de ese derecho-deber de educación del menor al dar a su hijo una bofetada en el curso de una discusión verbal.

El legislador ha tipificado en el art. 153 CP el delito de violencia doméstica de forma que en el mismo se castiga con las penas que contiene en los distintos apartados al que “por cualquier medio o procedimiento causare a otro menoscabo psíquico o una lesión de menor gravedad de las previstas en el apartado 2 del art. 147 (esto es, lesiones que no requieran objetivamente para su sanidad, además de una primera asistencia facultativa, tratamiento médico o quirúrgico) o golpear o maltratar de obra a otro sin causarle lesión”, redacción dada por LO 1/2015, de 30-3-2015, en vigencia desde el 1-7-2015.

Por tanto, debemos indicar que de entrada y desde una perspectiva general el simple hecho de golpear a un menor ya incardina la conducta del acusado en el tipo penal contenido en el apartado segundo del precepto en el que se contempla el supuesto en el que el agredido fuera alguna de las personas a que se refiere el art. 173.2 CP, entre las que se encuentran los descendientes del agresor. Sin que desde luego deba aquí cuestionarse la existencia de dolo, al ser evidente que el acto del acusado fue intencionado y no imprudente o falto de cuidado por más que su objetivo fuera el de reprender o corregir al menor en conducta, constituyendo un acto de agresión física al darle una bofetada en la cara.

El problema que se plantea en la presente resolución, ya de forma concreta y específica es si las acciones realizadas por el acusado entran dentro de ese derecho de corrección indeterminado, y si en el supuesto concreto que ahora se plantea, la conducta del mismo, merece o no reproche penal.

Es cierto que en algunos supuestos como una simple e inocua bofetada, un cachete, un azote, un estirón de pelo, realizados en un determinado contexto, en una situación aislada y puntual, un sector de Audiencias Provinciales considera que no debieran tener relevancia penal. Ya se llegue a tal conclusión por la vía del concepto dogmático de "insignificancia" de la acción (por virtud del cual quedaría excluida la tipicidad de la misma de la conducta) ya por la vía de la causa de justificación del art. 20.7 CP (por virtud de la cual se consideraría bien atípica, al compartir la conceptualización de las causas de justificación como elemento o parte negativa del tipo, ya por la vía del concepto de "adecuación social" (concepto a medio camino entre las categorías de la atipicidad y de la antijuridicidad del concepto dogmático de delito).

Postura ésta que debe ser matizada.

En primer lugar, sobre la pervivencia del derecho de corrección después de la reforma por Ley 15/2007, de 28 de diciembre, del art. 154 C. Civil, se pronuncian algunos autores en el sentido de que, desaparecida la mención expresa, se incardina en otros preceptos del Código Civil que continúan vigentes. Así se considera que encuentra su fundamento en el art. 155 C. Civil. Si los hijos deben obedecer a sus padres, estos necesitarán en caso de desobediencia disponer de algún medio disuasorio de las conductas inapropiadas de sus hijos. Parece obvio que el instrumento que actualmente nos brinda el C. Civil en el art. 154 -"recabar el auxilio de la autoridad"- es inoperante en los casos habituales de aquellos comportamientos tales como llegar tarde a casa, no hacer los deberes y tantas otras conductas que requieran corrección, entendida ésta, claro está, como moderada y razonable, tal y como se preveía en el inciso ahora derogado. Otros autores derivan el derecho de corrección como consecuencia del deber de educación reconocido por el art. 39.2 CE y que persiste en el art. 154.1 del C. Civil tras la reforma.

Partiendo de la legitimidad en la actualidad del derecho de corrección, en cuanto a su naturaleza, algunos autores lo consideran como una facultad que los padres pueden o no ejercitar a tenor del derogado inciso del art. 154 en el sentido de los "padres podrán", por lo tanto, facultativamente, "corregir razonable y moderadamente a los hijos". Otros autores dan un paso más y lo conciben no solo como un derecho, sino como un deber tendente a la consecución del derecho del hijo a la educación.

En segundo lugar hemos de partir de la premisa, destacada por la doctrina científica de que la historia de la patria potestad constituye, en conjunto, un proceso de debilitación de la autoridad paternal, puesto que, concebida ésta antiguamente como un poder sobre los hijos ejercido por los padres, ha pasado a ser contemplada como un servicio, una función de los padres en beneficio de los hijos, cuyos actos deben estar dominados y encaminados siempre al interés del menor que, como consecuencia de la ratificación por España de la Convención sobre los Derechos del Niño de 20-11-1989, eleva la legislación en la materia, a interés preferente.

El interés prevalente del menor debe presidir el análisis y oportunidad de la medida, de acuerdo con el fin perseguido por ésta, y así se recoge expresamente en la actual redacción del art. 154 ("la patria potestad, como responsabilidad parental, se ejercerá siempre en interés de los hijos, de acuerdo con su personalidad y con respeto a sus derechos, su integridad física y mental", "los progenitores podrán, en el ejercicio de su función, recabar el auxilio de la autoridad"). Y en la legislación civil de Cataluña, que sería la directamente aplicable, en concreto la Ley 25/2010, de 29 de julio del Código Civil, Libro Segundo, relativo a la persona y a la familia, su artículo 236.17.4º permite que: "los progenitores con finalidad educativa, pueden corregir a los hijos en potestad de forma proporcionada, razonable y moderada, con pleno respeto a su dignidad e integridad física y psíquica", y en el apartado 6º: "los progenitores excepcionalmente pueden solicitar la asistencia e intervención de los poderes públicos a los efectos de lo establecido por los apartados 3, 4 y 5".

En consecuencia, siempre esa posibilidad de corregir está supeditada a la proporcionalidad, razonabilidad y moderación. Por tanto, debe descartarse como línea de principio que ese mencionado derecho a corregir a los hijos implique siempre que pueda golpeárseles y aplicarles castigos físicos. Corregir significa, en la acepción que aquí nos interesa y según el Diccionario de la Lengua, advertir, amonestar, reprender, conceptos que suponen que el fin de la actuación es conseguir del menor que se porte bien, apartarse de una conducta incorrecta, educarle, en definitiva. Y si en tiempos pasados se pensó que un castigo físico podía quedar incluido en este concepto, hoy en día las cosas han cambiado, y los profesionales de la educación están de acuerdo en que los castigos físicos no son pedagógicos y solo sirven para extender y perpetuar conductas violentas.

Precisamente para erradicar las consecuencias de estos antecedentes nos hemos visto obligados en nuestra sociedad actual a legislar introduciendo en la LO 1/2004 de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género (EDI 2004/184152) disposiciones como el art. 4.2 que establece que la educación tanto infantil como primaria contribuirá al aprendizaje y desarrollo de la resolución pacífica de los conflictos, lo que se contradice abiertamente con el derecho que invoca el apelante, y en el modo en que trata de ejercitarlo. En todo caso, la circunstancia del artículo 20.7ª CP, a la que podría reconducirse esa alegación de que se actuó por el progenitor en el ejercicio del tan aludido derecho de corrección, requiere (como señala el Tribunal Supremo, Sala Segunda, en sentencia de 15 de junio de 1992) que: a) la conducta enjuiciada sea la necesaria para cumplir ese derecho; b) que no existan abusos o extralimitaciones en su ejercicio; y c) que también concorra una adecuada proporcionalidad entre el derecho ejercido y el resultado lesivo originado en el bien jurídico protegido.

Además, y según se ha apuntado ya antes, la finalidad del ejercicio del derecho de corrección deberá estar siempre orientada al propio interés del menor desde el punto de vista de su educación o formación personal. De manera que el término de corrección ha de ser asumido como sinónimo de educación, con referencia a las connotaciones que conforman de forma intrínseca cada proceso educativo, no pudiéndose considerar como tal el uso de la violencia para fines educativos, por un lado, por la primacía que el ordenamiento jurídico atribuye a la dignidad de la persona, incluido el menor, que es sujeto y titular de derechos. Por otro porque no se puede perseguir como meta educativa un resultado de desarrollo armónico de la personalidad, sensible a los valores de paz, tolerancia y convivencia utilizando un medio violento que contradice dichos principios.

Por ello, y como norma de principio, estimamos que las violencias físicas constitutivas de infracción penal no pueden ser admitidas como algo digno de ser incluido en la circunstancia eximente invocada.

En conclusión, debe considerarse que el derecho de corrección, tras la reforma del art. 154.2 in fine C.Civil, sigue existiendo como necesario para la condición de la función de educar inherente a la patria potestad, contemplada en el art. 39 CE y como contrapartida al deber de obediencia de los hijos hacia sus padres, previsto en el art. 155 C.Civil, únicamente de este modo, los padres pueden, dentro de unos límites, actuar para corregir las conductas inadecuadas de sus hijos. Si consideráramos suprimido el derecho de corrección y bajo su amparo determinadas actuaciones de los padres tales como dar un leve cachete o castigar a los hijos sin salir un fin de semana, estos actos podrían integrar tipos penales tales como el maltrato o la detención ilegal.

Por lo tanto, tras la reforma del art. 154.2 C. Civil, el derecho de corrección es una facultad inherente a la patria potestad y no depende su existencia del reconocimiento legal expreso, sino de su carácter de derecho autónomo, por lo que sigue teniendo plena vigencia. Cosa distinta es la determinación de su contenido y de sus límites tras la supresión formal del mismo. Es por ello y por la progresiva dulcificación de la patria potestad que viene siendo una constante en los últimos tiempos que cada caso concreto debe ponerse en consonancia con la evolución y la interpretación de las leyes con atención a la realidad social del tiempo en que apliquen a tenor de lo establecido por el art. 3.1 del C. Civil.

En este sentido los comportamientos violentos que ocasionen lesiones -entendidas en el sentido jurídico-penal como aquellas que requieren una primera asistencia facultativa y que constituyan delito- no pueden encontrar amparo en el derecho de corrección. En cuanto al resto de las conductas, deberán ser analizadas según las circunstancias de cada caso y si resulta que no exceden los límites del derecho de corrección, la actuación no tendrá consecuencias penales ni civiles.

Esta Sala Segunda por su parte se ha pronunciado en STS 578/2014, de 10 de julio, y estableció que en los supuestos de delito leve de lesiones causadas por un padre a una hija: "el Código Civil desde la reforma que operó en el mismo por Ley 54/2007 no se refiere expresamente al derecho de corrección. Ello se debe a las posturas doctrinales que el reconocimiento del mismo, tal y como estaba planteado, suscitaba la duda respecto a su colisión con el art. 19 de la Convención de Derechos del Niño. En su redacción anterior el art. 154 Código Civil especificaba que la facultad de corrección de los padres respecto de los hijos sometidos a su patria potestad debía ser ejercida de forma moderada y razonable. La facultad que a los padres asiste para poder corregir a sus hijos, en cualquier caso, queda integrada dentro del conjunto de derechos y obligaciones que surgen de la patria potestad y solo puede concebirse orientada al beneficio de los hijos y encaminada a lograr su formación integral, tiene como límite infranqueable la integridad física y moral de éstos. La reprensión ante una eventual desobediencia del menor nunca puede justificar el uso de la violencia que el acusado ejerció, ni admite, bajo ninguna óptica, considerar esa actuación orientada a su beneficio".

Por su parte, la STS 666/2015, de 8 de noviembre, en un caso de padrastro que convivía en su domicilio con una hija de su esposa y que se encontraba bajo su protección, analiza la acción de propinar una bofetada a esa menor, y considera que "integra un comportamiento de maltrato doméstico que consolida un patrón de dominación violenta y de afectación a la integridad y dignidad de la menor que excede de la conducta que en la época actual, podemos considerar socialmente adecuada".

Aplicando la doctrina jurisprudencial al presente caso, en los hechos declarados probados se constata que el acusado propinó a su hijo una bofetada en la cabeza de entidad suficiente para causarle lesiones en oreja derecha y labio inferior, lo que determina la relevancia penal de dicha conducta de golpear por razón de su tipicidad ex art. 153 CP, infiriéndose el dolo en la propia actuación desarrollada por el acusado consistente en el golpe propinado, no amparado por dicho derecho de corrección, y no teniendo amparo en el ejercicio de la patria potestad, por tratarse de actos violentos que menoscaban la integridad física.

- Por último, no resulta de aplicación el alegado principio de intervención mínima del derecho penal. Ciertamente el derecho penal constituye la última ratio aplicable a los hechos más graves para la convivencia social, y en este sentido al derecho penal se rige por unos principios esenciales, entre ellos, el de legalidad y el de intervención mínima. El primero se dirige especial a los Jueces y Tribunales. Solo los comportamientos que son susceptibles de integrarse en un precepto penal concreto pueden considerarse infracción de esta naturaleza sin que sea dable incorporar a la tarea exegética ni la interpretación extensiva ni menos aún la analogía en la búsqueda del sentido y alcance de una norma penal. Ello significa

que la limitación que la aplicación de este principio supone imponer la exclusión de aquellas conductas que no se encuentran plenamente enmarcadas dentro de un tipo penal o lo que es igual, pretendiendo criminalizar conductas previamente o en su definición dentro del orden jurisdiccional competente, para delimitar dentro de él las conductas incardinadas dentro de esta jurisdicción y establecer la naturaleza de la responsabilidad para, llegado el caso, trasladarlas a este orden jurisdiccional limitativo y restrictivo por la propia naturaleza punitiva y coercitiva que lo preside.

El segundo supone que la sanción penal no debe actuar cuando existe la posibilidad de utilizar otros medios o instrumentos jurídicos no penales para restablecer el orden jurídico. En este sentido se manifiesta por la STS. 13.10.98, que se ha dicho reiteradamente por la jurisprudencia y la doctrina, hasta el punto de convertir en dogma que la apelación al derecho penal como instrumento para resolver los conflictos, es la última razón a la que debe acudir el legislador que tiene que actuar, en todo momento, inspirado en el principio de intervención mínima de los instrumentos punitivos. Principio de intervención mínima que forma parte del principio de proporcionalidad o de prohibición del exceso, cuya exigencia descansa en el doble carácter que ofrece el derecho penal:

- a) Al ser un derecho fragmentario en cuanto no se protege todos los bienes jurídicos, sino solo aquellos que son más importantes para la convivencia social, limitándose, además, esta tutela a aquellas conductas que atacan de manera más intensa a aquellos bienes.
- b) Al ser un derecho subsidiario que como ultima ratio, la de operar únicamente cuando el orden jurídico no puede ser preservado y restaurado eficazmente mediante otras soluciones menos drásticas que la sanción penal.

Ahora bien, reducir la intervención del derecho penal, como ultima "ratio", al mínimo indispensable para el control social, es un postulado razonable de política criminal que debe ser tenido en cuenta primordialmente por el legislador, pero que en la praxis judicial, aun pudiendo servir de orientación, tropieza sin remedio con las exigencias del principio de legalidad por cuanto no es al juez sino al legislador a quien incumbe decidir, mediante la fijación de los tipos y las penas, cuáles deben ser los límites de la intervención del derecho penal.

Por otra parte, el principio de intervención mínima sólo se entiende cabalmente si se le integra en un contexto de cambio social en el que se produce una tendencia a la descriminalización de ciertos actos -los llamados "delitos bagatelos" o las conductas que han dejado de recibir un significativo reproche social- pero también una tendencia de sentido contrario que criminaliza atentados contra bienes jurídicos que la mutación acaecida en el plano axiológico convierte en especialmente valiosos. Esto último nos debe poner en guardia frente a determinadas demandas que se formulan en nombre del mencionado "principio".

La STS 1484/2004, de 28-2-2005, en relación al principio de intervención mínima recuerda:

"En todo caso, se debe señalar que el principio de mínima intervención no es un principio de la interpretación del derecho penal, sino de la política criminal y que se dirige fundamentalmente al legislador. Se trata de un principio que en el momento de la aplicación del derecho penal se refleja en la posibilidad de una interpretación estricta de la ley penal, que, en el momento actual, significa que el principio de legalidad excluye la generalización del contenido del texto legal basado en la extensión analógica del mismo. El derecho penal vigente no contiene la posibilidad de excluir por razones de oportunidad los hechos de poca significación, lo que, en este caso, ni siquiera se podría plantear."

DATOS SENTENCIA

Sentencia núm. 655/2019

Fecha de sentencia: 08/01/2020

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION

Número del procedimiento: 702/2018

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

TEMA

Delito de descubrimiento y revelación de secretos: determinación del momento en que se produce la consumación del subtipo agravado consistente en la <<divulgación, revelación o cesión a terceros de los datos o hechos descubiertos o las imágenes captadas a que se refieren los números anteriores>> cuando esta conducta se ha producido bajo la vigencia del vigente Código Penal y el descubrimiento o captación previo se ha producido bajo la vigencia del Código Penal precedente.

ASPECTOS EXAMINADOS

- Antecedentes: El hecho probado de la sentencia dictada por el Juzgado de lo Penal y asumido por la Audiencia Provincial expresa que “el acusado mantuvo una relación sentimental con MMM, entre los meses de enero a julio de 2015, cesando la misma y entablando posteriormente la mujer una nueva relación con RRR.

Resulta acreditado que en fecha indeterminada de los meses que mantuvo el acusado relación sentimental con MMM, y sin su consentimiento la realizó una fotografía de carácter íntimo mientras dormía con un pañuelo en el cuello, mostrando un pecho desnudo y era tocado con la mano, guardando consigo tal fotografía grabada, la cual el día 3 de Enero de 2016, ya rota la relación y entablada por la denunciante una nueva, con RRR, previamente a contactar con éste a través de redes sociales e intercambiarse sus móviles, el acusado le remitió desde su terminal 615 85 48 94 la misma a RRR, el cual se la mostró a MMM la cual formuló denuncia.”

La acción así descrita se ejecutó temporalmente en dos momentos, esto es, entre los meses de enero a julio de 2015 en que fue tomada la fotografía, y el día 3 de enero de 2016 en que fue enviada por WhatsApp a RRR.

- Delito de descubrimiento y revelación de secretos: La Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, reformó el artículo 197 del Código Penal en el que se integra la conducta enjuiciada. Su entrada en vigor tuvo lugar a partir del día 1 de julio de 2015, y, por tanto, entre esos dos momentos contemplados en los hechos probados de la sentencia. Se trataría por ello de determinar qué precepto penal debe ser aplicado.

El artículo 7 del Código Penal, único precepto que nuestro ordenamiento dedica a esta cuestión, señala expresamente que “A los efectos de determinar la ley penal aplicable en el tiempo, los delitos se consideran cometidos en el momento en que el sujeto ejecuta la acción u omite el acto que estaba obligado a realizar.” Acoge, en consecuencia, la teoría de la acción.

En el caso analizado, el sujeto llevó a cabo dos acciones diferenciadas y distanciadas en el tiempo. La primera consistió en la toma de una fotografía de la denunciante, sin su consentimiento, donde se mostraba dormida y semidesnuda. Tal hecho constituía por sí mismo un delito contemplado en el apartado 1 del artículo 197 del Código Penal cuya redacción ha permanecido prácticamente inalterada tras la reforma operada mediante la citada Ley Orgánica 1/2015. La segunda constituye una agravación específica de la primera y tuvo lugar, ya con la entrada en vigor la reforma, cuando el acusado remitió la fotografía a Yasin, conducta prevista en el párrafo 1º del apartado 4 del artículo 197 del Código Penal anterior a la reforma, párrafo que con idéntica redacción ha pasado a integrar el párrafo 1º del apartado 3 del citado precepto.

No cabe duda de que la segunda acción se consumó cuando el acusado emitió desde su terminal telefónico a RRR la fotografía que había tomado a MMM.

Conforme ha declarado este Tribunal (sentencia núm. STS1045/2011, de 14 de octubre, con referencia expresa a la sentencia núm. 1219/2004, de 10 de diciembre) el tipo básico comprendido en el artículo 197.1 del Código Penal “se consuma por el sólo hecho de la captación de las imágenes del denunciante con la finalidad de vulnerar su intimidad. Por ello se le ha calificado como delito intencional de resultado cortado cuyo agotamiento tendría lugar, lo que da lugar a un tipo compuesto, si dichas imágenes se difunden, revelan o ceden a terceros, supuesto agravado previsto en el apartado 3º.1 del mismo precepto (hoy artículo 197.3), lo que conlleva la realización previa del tipo básico.”

Nos encontramos pues ante un hecho posterior copenado. Se trata de un hecho independiente que se integra en un nuevo tipo penal a través del cual el autor intenta aprovechar la posición alcanzada con la realización del tipo inicial. Además, el segundo precepto penal incluye por sí solo todo el desvalor que supone el primero, siendo suficiente para valorar completamente el hecho. Expresado en otros términos, el desvalor captado por la primera figura delictiva está incluido en el desvalor tenido en cuenta por la segunda. Además, el autor o partícipe del hecho posterior ha intervenido también en el hecho anterior, el bien jurídico lesionado por las dos acciones es el mismo y no se ha producido un daño que vaya más allá del daño causado por la segunda acción.

Podemos concluir por tanto estimando que nos hallamos ante un concurso de leyes a resolver por el principio de consunción (artículo 8. 3ª del Código Penal), a favor del precepto que sanciona la segunda acción llevada a cabo por el acusado. Por ello, habiéndose cometido éste bajo la vigencia de la Ley Orgánica 1/2015, debe ser ésta la Ley aplicable.

Tal conclusión carece en todo caso de efecto práctico, ya que, como antes se anticipaba, la conducta prevista en el párrafo 1º del apartado 4 del artículo 197 del Código Penal, anterior a la reforma por la Ley Orgánica 1/2015, ha pasado a integrar, con idéntica redacción, el párrafo 1º del apartado 3 del citado precepto. Se trata de una agravación aplicable a los tipos básicos recogidos en los apartados 1 y 2 del artículo 197 que tiene su fundamento en que las conductas de difusión, revelación y cesión a una o más personas de datos o hechos descubiertos o imágenes captadas, supone un incremento de la vulneración de la intimidad del sujeto pasivo. La pena en este caso, es de dos a cinco años de prisión, tanto antes como después de la reforma.

DATOS SENTENCIA

Sentencia núm. 671/2019

Fecha de sentencia: 15/01/2020

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION

Número del procedimiento: 2027/2018

Fecha de Votación y Fallo: 04/12/2019

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

TEMA

Delito de Child Grooming: El delito requiere que sean los medios tecnológicos las vías de contacto inicial con el menor.

ASPECTOS EXAMINADOS

- Delito de acoso sexual a menores por internet o Child Grooming: Los hechos sucedieron en 2012/2013, lo que hace inaplicable tal reforma: es ley posterior desfavorable. El contacto a través de medios tecnológicos se produjo a finales de 2012 o comienzos de 2013.

Lo que se quiere a través del art. 183 bis CP con una protección penal reforzada es levantar una primera barrera de protección de los menores: su vulnerabilidad ante las nuevas tecnologías se incrementa. Pero una vez establecido el contacto personal y superada la distancia al haberse dado el salto desde lo virtual a lo real, que a partir de entonces se contacte por un medio u otro resulta irrelevante. Solo encajan con la filosofía de esta tipicidad los casos en que, el medio tecnológico de comunicación se erige en la vía mediante la que se accede al menor y se capta su interés; no aquellos otros en que, existiendo ya conocimiento directo, el medio (teléfono, mensajería móvil, redes sociales...) solo es la herramienta para concertar citas entre quienes ya han entablado y mantienen una relación personal tradicional.

DATOS SENTENCIA

Recurso de Casación Ordinario núm. 3182/18
 Sentencia núm. 1584/2019
 Fecha Sentencia: 13 de noviembre de 2019
 Ponente: Excmo. Sr. D. Pablo Lucas Murillo de la Cueva.

TEMA

Derechos fundamentales: aplicación del art. 155 C.E.: cese del Vicepresidente de la Generalitat de Cataluña y de los Consejeros integrantes del Consejo de Gobierno de la Generalitat de Cataluña.

ASPECTOS EXAMINADOS

- Tema: Recurso contencioso administrativo núm. 318/2018, sobre derechos fundamentales, interpuesto contra el 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 Generalitat de Cataluña, en aplicación del artículo 155 de la Constitución, el cese del Vicepresidente de la Generalitat de Cataluña y de los Consejeros integrantes del Consejo de Gobierno de la Generalitat de Cataluña.

- ASPECTOS EXAMINADOS

- Juicio de la Sala. La desestimación del recurso contencioso-administrativo.

A) No procede la inadmisión del recurso. Es verdad que el escrito de demanda carece de sistema, es reiterativo, presenta como hechos argumentos jurídicos y mezcla alegaciones referidas a derechos fundamentales con otras relativas a principios y a derechos que no tienen esa condición. Además, pretende la anulación de un acto del Presidente del Gobierno cuando lo impugnado ha sido un Real Decreto aprobado en Consejo de Ministros. Tienen razón las críticas que en ese sentido le dirigen el Abogado del Estado y el Ministerio Fiscal.

No obstante, considera la Sala que, a pesar de esas claras deficiencias, sin embargo, pone suficientemente de manifiesto que para la recurrente su cese infringió el derecho fundamental reconocido por el artículo 23.2 de la Constitución a la permanencia en las funciones públicas. Y también ofrece --aunque en desorden-- los argumentos en que sostiene su posición y a partir de los cuales formula sus pretensiones. Si tenemos en cuenta, además, que el artículo 121.2 de la Ley de la Jurisdicción impone la estimación del recurso si, como consecuencia de la vulneración de la legalidad se produjera la infracción de un derecho fundamental, consideramos que no procede la inadmisión reclamada por el Abogado del Estado y por el Ministerio Fiscal.

Dicho esto, a fin de cumplir con el deber de congruencia, nos referiremos a los extremos planteados por la demanda, en el orden en que los va exponiendo, para no añadir más confusión.

B) Esta Sala es el juez ordinario predeterminado por la Ley. Con independencia de que nuestra competencia haya sido establecida ya en este asunto y en los otros idénticos en que se ha planteado la cuestión, consideramos importante reiterarla a la vista de las afirmaciones de la demanda que antes hemos recogido.

Sabe la recurrente que su cese fue acordado en virtud del Real Decreto 943/2017. Por eso lo impugnó y por eso estamos resolviendo su recurso. Y no desconoce que la competencia para enjuiciar los actos del Consejo de Ministros nos corresponde porque así lo establece la Ley [artículo 12.1 a) de la Ley de la Jurisdicción y 58. Primero de la Ley Orgánica del Poder Judicial]. Como es manifiesto, acude al artificio que hemos resumido y a la descalificación del Presidente de esta Sala y de la Sala misma. Tal actitud es señal manifiesta de la absoluta falta de fundamento de su posición pues, ante la carencia de argumentos, se acude al despropósito. La Sra. C V, fue cesada en virtud del Real Decreto 943/2017, que no es un acto de la Administración de la Generalidad de Cataluña sustituida por el Gobierno, sino de éste en aplicación del artículo 155 de la Constitución, tal como se explica en el preámbulo de aquél.

C) No procede la ampliación objetiva del recurso al Real Decreto 942/2017. Basta con decir que, pudiendo haberlo impugnado en su momento, la Sra. C V, no lo recurrió en plazo y que no ha explicado qué relación directa guarda con su cese. Además, es significativo que sus extensas conclusiones nada digan ya al respecto.

D) Las quejas sobre los documentos contenidos en el expediente no son relevantes. Tiene razón el Ministerio Fiscal en cuanto dice al respecto. Esta Sala no está vinculada por lo que digan los informes elaborados por la Administración, ya sea en el curso del expediente administrativo, ya sea al dar cumplimiento al artículo 116.2 de la Ley de la Jurisdicción. Por tanto, la queja no tiene ninguna relevancia a los efectos de juzgar sobre la conformidad a Derecho del cese de la Sra. C V.

E) Existe un claro título habilitante del cese de la recurrente. En contra de lo que dice la demanda, su cese cuenta con la habilitación que le concede la autorización del Senado de 27 de octubre de 2019 (Boletín Oficial del Estado del mismo día) a la solicitud del Consejo de Ministros de 21 de octubre de 2017 publicada por Orden PRA/1034/2017, de 27 de octubre (Boletín Oficial del Estado del mismo día), para entre otras medidas, cesar al Presidente, al Vicepresidente y al Consejo de Gobierno de la Generalidad de Cataluña. Y, sin perjuicio de que esa autorización también facultara a las autoridades que creara o designara el Gobierno para cesar a todo tipo de personal (apartado B. Medidas dirigidas a la Administración de la Generalitat, del acuerdo del Consejo de Ministros), es lo cierto que esta última previsión se refiere a actuaciones a llevar a cabo con posterioridad al cese de los miembros del Consejo de Gobierno. Ahora, no estamos ante una actividad llevada a cabo en sustitución del Presidente, Vicepresidente y Consejeros sino frente a la consecuencia, inmediata y automática, del cese de estos últimos que dispone el propio Consejo de Ministros conforme a la legislación catalana --artículos 5 del Decreto 2/2005 y 123.4 del Decreto Legislativo 1/1997--, con la única salvedad de que, en vez de publicarse en el Diario Oficial de la Generalidad de Cataluña, se publicó en el Boletín Oficial del Estado ya que se estaba aplicando el remedio extraordinario previsto por el artículo 155 de la Constitución.

Llegados a este punto, convendrá explicar que, si el artículo 5 del Decreto 2/2005 y el artículo 123.4 del Decreto Legislativo 1/1997, en consonancia con lo establecido en el Estatuto Básico del Empleado Público (artículo 12.2), prevén el cese automático del personal eventual cuando cesa la autoridad o cargo que les nombró o al que asiste, es porque se trata de personal de asesoramiento y confianza de esa autoridad o cargo y sólo a esa circunstancia debe su nombramiento. Por otro lado, siendo el cese automático no hay procedimiento ni más actuación que su aplicación inmediata, no susceptible de graduación ni de proporción ninguna. Y no implica ningún tipo de coacción administrativa directa o de ejecución forzosa, ni mucho menos vía de hecho. Es un simple cese operado ope-legis, como se acaba de ver, en estricto cumplimiento de las disposiciones que rigen el estatuto del personal eventual, que, según comprobaremos, la Sra. C V, conoce perfectamente. Ciertamente, quiere presentar su cese como si hubiera ocurrido en circunstancias de normal desenvolvimiento de la relación de empleo. Incluso, algunas de sus alegaciones dan la impresión de estar construidas a partir de la idea de que ocupaba su puesto, en vez de por un nombramiento libre, en razón de un procedimiento selectivo fundado en criterios de mérito y capacidad y no de confianza. Y, obviamente, ni era funcionaria de carrera, ni interina, ni obtuvo su puesto en concurrencia competitiva. Por eso, su cese se produjo como consecuencia del de los miembros del Consejo de Gobierno de la Generalidad dispuesta por el Consejo de Ministros con la autorización del Senado y con los efectos propios del que prevén los citados artículos 5.2 del Decreto 2/2005 y 123.4 del Decreto-Legislativo 1/1997 y sin merma de ningún derecho funcional porque la Sra. C. V. no los tenía.

F) Los artículos 5.2 del Decreto 2/2005 y 123.4 del Decreto Legislativo 1/1997 se aplicaron correctamente. No hay ninguna confusión sobre la condición de la Sra. CV. Nadie la ha tenido por titular de un cargo público o por autoridad sino por una persona con un nombramiento eventual fundado en la confianza de quien lo hizo y le mantuvo en el puesto del que fue cesada. Y, si los preceptos reglamentario y legal establecen el cese automático de quien se encuentra en la situación en la que ella estaba, de personal eventual adscrita a autoridades o cargos que son cesados, la consecuencia no puede ser otra que la que se produjo. No hay matices posibles ni posibilidad de seguir pautas que puedan darse en supuestos de continuación en funciones. Es obvio que no se perseguía con el Real Decreto 943/2017 ni con las demás medidas tomadas con la autorización del Senado, ni desde luego los ceses dispuestos lo produjeron, en particular, los del personal eventual, el vacío de poder en Cataluña, ni la desigualdad de los ciudadanos, ni el desorden de los que habla la demanda. Se trataba de poner fin al grave incumplimiento de la Constitución y del Estatuto de Autonomía causado, entre otros, por los miembros del Consejo de Gobierno de la Generalidad de Cataluña que fueron destituidos, lo cual supuso el cese del personal eventual a su servicio. Y se adoptaron, a la vez, las prevenciones necesarias para la continuidad de la Administración de la Generalidad sin que conste que no se lograra.

G) No estamos ante un supuesto análogo al previsto en el artículo 101.2 de la Constitución. Nada tiene que ver, por otra parte, la situación producida como consecuencia de la aplicación del artículo 155 de la Constitución con la que surge cuando el Gobierno queda en funciones. El Consejo de Gobierno de la Generalidad de Cataluña no quedó en funciones. Fue inmediata y directamente destituido y sus integrantes apartados de los cargos que desempeñaban asumiendo sus funciones otros órganos. Por tanto, no se dan las identidades imprescindibles para traer a colación la figura del Gobierno en funciones ya que no lo hubo.

H) No se advierte infracción de la legalidad, de la seguridad jurídica ni arbitrariedad. No hay como tal el derecho fundamental a la legalidad, seguridad jurídica y prohibición de la arbitrariedad del que habla la Sra. C. V. No obstante, ni ha habido apartamiento de la legalidad, ni se ha quebrado la seguridad jurídica, ni incurrido en arbitrariedad. Entiende la recurrente que esa infracción se produjo al hilo de la que tiene por interrupción flagrante de la continuidad de los servicios públicos originada por el cese generalizado e inmediato de los trabajadores eventuales de la Administración de la Generalidad de Cataluña. Pues bien, no consta en absoluto la interrupción de ningún servicio público, de manera que el argumento cae por sí mismo y no se alcanza a entender que la demanda vea en ese cese una actuación rayana en el delito tipificado por el

artículo 409 del Código Penal pues nada tiene que ver la que se ha impugnado con la promoción, dirección u organización del abandono colectivo y manifiestamente ilegal de un servicio público. De nuevo, hemos de recordar que no ha sucedido otra cosa que la aplicación del artículo 155 de la Constitución por las causas conocidas y que, en ese contexto, se ha cesado a los miembros del Consejo de Gobierno de la Generalidad, lo cual comportaba el cese de su personal eventual en los términos previstos por la legislación catalana, tal como precisa el apartado segundo del Real Decreto 943/2017. Aplicación que ha sido considerada en todo lo sustancial conforme con la Constitución por las sentencias del Tribunal Constitucional 89/2019 y 90/2019. Dicho cese no es, pues, sorpresivo ni infundado. Responde a una causa legal expresa e inequívoca, conocida por la recurrente desde el mismo momento en que adquirió la condición de personal eventual. No supone desproporción alguna sino efecto lógico del cese de la autoridad en cuya confianza descansaba el nombramiento eventual, ni implica arbitrariedad, ya que el legislador, al tratar de ese modo la finalización del servicio de este tipo de personal estableció una solución absolutamente razonable: anudar su cese al de la autoridad o cargo con el que le unían vínculos de confianza.

I) No hay infracción de derechos fundamentales. Según hemos recogido en el resumen de su demanda, la Sra. CV, sostiene que han sido vulnerados los derechos fundamentales que le reconocen los artículos 23.2, 16, 24, 25 y que ha sido discriminada ideológicamente y privada de su derecho al trabajo. Además, reitera reproches ya vistos, como los relativos a las infracciones del procedimiento, y aduce la falta de motivación de su cese. En su escrito de conclusiones se extiende, a propósito del documento por ella aportado. Cuanto llevamos dicho hasta aquí sirve para rechazar estas alegaciones. El derecho fundamental reconocido por el artículo 23.2 a permanecer en las funciones públicas es de configuración legal y, según venimos diciendo, el cese se dispuso de acuerdo con dicha configuración sin que obedeciera a ninguna razón ideológica pues lo desencadenó la destitución de los miembros del Consejo de Gobierno de la Generalidad de Cataluña del que la recurrente era personal eventual y, por tanto, de confianza. Ni en el cese de aquellos ni en el de la Sra. CV, hay ningún elemento ideológico si por tal se quiere aludir a algún tipo de persecución por las ideas. No es el pensamiento el que está detrás de la aplicación del artículo 155 de la Constitución sino conductas consistentes en el incumplimiento de la Constitución en grave daño al interés general de España en que incurrieron, según constató el Tribunal Constitucional en las sentencias citadas, entre otros, esos miembros del Consejo de Gobierno destituidos. Y en el cese de la recurrente, el factor determinante ha sido su condición de personal eventual a su servicio. No hay, pues, ideología sino hechos concretos y previsiones constitucionales y legales. La Sra. CV ha podido, está pudiendo, defenderse sin restricciones de modo que no se aprecia infracción del artículo 24 de la Constitución y, no ha sido objeto de ninguna sanción así que tampoco ha sido infringido su artículo 25. El fin de su relación de servicio eventual no es una sanción sino la mera consecuencia legalmente prevista de su condición y tampoco es sanción el cese de las autoridades de las que dependía. Por eso, no ha sido privada indebidamente de su trabajo --lo que se dice, sin perjuicio de que el derecho al trabajo no sea un derecho fundamental-- ya que no tenía derecho a permanecer en el puesto que ocupaba, con aplicación del artículo 155 de la Constitución o sin ella, tras el cese de la autoridad a la que servía en virtud de vínculos de confianza. No existe la discriminación de que se queja la recurrente en comparación con el resto del personal eventual porque, según pone de manifiesto el documento que ella aportó, los únicos eventuales que no fueron cesados en virtud de los Reales Decretos dictados en aplicación del artículo 155 de la Constitución fueron la secretaria de la Oficina del ex Presidente de la Generalidad y los tres responsables de esa Oficina. Como bien dice el Ministerio Fiscal en sus conclusiones, es evidente que el ex Presidente ni fue ni podía ser cesado y, por tanto, tampoco había causa legal para cesar a estos cuatro empleados públicos eventuales.

Por último, no puede haber duda de que están claras las razones del cese y de que la recurrente las ha conocido desde el primer momento pues en el mismo apartado Segundo del Real Decreto 943/2017, se exponen de manera suficiente. Por todo lo expuesto, la Sala, decide: Desestimar el recurso contencioso-administrativo núm. 318/2018, interpuesto por el procedimiento de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales contra el 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 Generalitat de Cataluña en aplicación del artículo 155 de la Constitución, el cese del Vicepresidente de la Generalitat de Cataluña y de los Consejeros integrantes del Consejo de Gobierno de la Generalitat de Cataluña.

DATOS SENTENCIA

Recurso de Revisión núm. 5/2019

Sentencia núm. 1650/2019

Fecha Sentencia: 28 de noviembre de 2019

Ponente: Excmo. Sr. D. Rafael Toledano Cantero.

TEMA

Recurso de revisión: caracteres: documentos recobrados post sentencia.

ASPECTOS EXAMINADOS

- Afirma la parte recurrente que concurre el motivo de revisión del apartado primero del art. 102 de la LJCA, en tanto que después de pronunciada la sentencia se han podido recobrar y obtener documentos decisivos que no se pudo disponer por la parte afectada, aunque sí la Administración demanda que tenía pleno conocimiento de los hechos, y aun así los ocultó.
- Sobre la naturaleza y caracteres del recurso de revisión el deficiente e insuficiente planteamiento de la parte recurrente, la Sala dice: Como tantas veces ha dicho este Tribunal recordando las características y funciones del recurso de revisión, este es un remedio de carácter excepcional y extraordinario en cuanto constituye una verdadera desviación de las normas procesales generales al estar dirigido a rescindir sentencias firmes, en cuya permanencia habían podido confiar los ciudadanos y poner en cuestión la intangibilidad del instituto de la cosa juzgada y los efectos naturales de la misma, afectando a la seguridad jurídica de los litigantes, por lo que el recurso sólo será admisible, en su caso, cuando se den los presupuestos que la LJCA señala en orden a su interposición y formalización. Estamos ante una pretensión rescisoria, que, atendiendo a su especial naturaleza, debe ser objeto de una aplicación o interpretación rigurosa y restrictiva, al permitírsele, de modo excepcional, reabrir un proceso decidido por sentencia firme, ciñéndose, en cuanto a su fundamentación, a los casos o motivos habilitantes de su apertura, que la jurisprudencia ha manejado en el sentido de no admitir otros que aquellos taxativamente señalados en la Ley, amén de exigirse el escrupuloso cumplimiento de los requisitos establecidos, cuya inobservancia debe llevar aparejada su desestimación. De ese carácter excepcional de la revisión deriva una necesaria interpretación estricta de sus requisitos y también, desde luego, una atribución de la carga de la prueba de su concurrencia al demandante de la revisión. Le corresponde, pues, a la parte recurrente justificar la concurrencia de los requisitos exigidos para su viabilidad. Lo que en modo alguno cabe es utilizar instrumentalmente este remedio extraordinario para reiniciar un debate cuyo cauce natural y legal no era otro que el procedimiento contencioso administrativo seguido para controlar la conformidad jurídica de la sanción impuesta. Así es, frente a la declaración judicial vista por la que considera acertado imputar las obras a la recurrente, su pretensión rescisoria aspira a convertir el recurso en una nueva instancia, en la que se invita a este Tribunal a entrar a valorar las pruebas que debieron acompañarse en el momento procesal oportuno y cuya valoración dio lugar a la decisión judicial ahora cuestionada.
- Sobre la no aportación de los documentos existentes al tiempo en que se produjeron los hechos sancionados, ninguna explicación seria y justificada se ofrece por la parte recurrente, en tanto que no puede admitirse sin más que su conocimiento se adquiere por causalidad hablando con un técnico del Ayuntamiento de Algete, sin otras explicaciones, lo que desde luego resulta de todo punto insuficiente para justificar su no aportación en el momento procesal adecuado; así es, la parte recurrente venía obligado a justificar que no se aportaron dichos documentos "por causa de fuerza mayor o por obra de la parte en cuyo favor se hubiere dictado", se habla por parte de la recurrente de mala fe y dolo por parte de la Confederación Hidrográfica, de falsedades en los testimonios de los intervinientes, pero obvia ofrecer algún principio de prueba que evidencie o acredite objetivamente las graves imputaciones que realiza.
- En definitiva, ni da explicación alguna de qué causa de fuerza mayor concurría que le impidió aportar los documentos de los que en este pretende valerse, y hace supuesto de la cuestión respecto de que los documentos fueron retenidos por la Confederación Hidrográfica a la que acusa de acción dolosa e intencionada, pero omite un principio de prueba siquiera del que derivar que efectivamente dichos documentos no fueron aportados por obra de la misma, cuando además la mayoría de los aportados son de distinta titularidad, algunos de los cuales dirigidos a la propia parte recurrente que omite siquiera dar alguna explicación de porqué habiendo sido dirigidos al mismo no fueron aportados a los autos en la instancia. La nota de 20 de noviembre de 2018 carece de relevancia alguna, no sólo por no poder ser considerada documento a los efectos del referido art.102, sino porque su conformación es de fecha posterior a la sentencia.
- Cabe significar que lo que ha de recobrase no son datos o informaciones que puedan constituir el contenido de los documentos, sino los documentos mismos, es decir, el soporte material de aquellos datos e informaciones. Como una jurisprudencia constante señala no puede tenerse como documento, a los efectos de que pueda prosperar el motivo de revisión con base en el recobro de documentos decisivos, el que, aportado por el recurrente, es comprensivo de un informe de fecha posterior a la sentencia, tampoco de certificados emitidos a instancia de la parte recurrente puesto que es evidente que certificados e informe no han podido ser "recobrados", pues no cabe recobrar lo que no tuvo existencia hasta después de que se dictara las sentencias. A efectos de la interposición del recurso extraordinario de revisión, el "documento decisivo" ha de ser anterior a la fecha de la sentencia impugnada. Tal y como se formula este recurso de revisión y a la vista de las alegaciones y documental presentada, lo que realmente pretende la parte recurrente es un nuevo enjuiciamiento de la causa, y como se ha dicho el recurso de revisión no es una tercera instancia que permita un nuevo replanteamiento de la cuestión discutida en las instancias ordinarias anteriores, al margen de la propia perspectiva del

recurso extraordinario de revisión pretendiendo que este Tribunal entre a valorar de nuevo determinadas pruebas que a entender de la parte excluyen su autoría de los hechos, lo cual tampoco resulta tan diáfano como pretende la recurrente, olvidando su naturaleza extraordinaria que veda la posibilidad de interpretaciones extensivas que desnaturalicen o desvirtúen la esencia del motivo invocado. En el escrito de interposición del recurso de revisión deben invocarse los motivos en que se fundamenta, circunscribiéndose a los casos o motivos taxativamente señalados en la Ley y razonarse en su fundamentación jurídica para que la parte demandante tenga ocasión a la rescisión de la sentencia impugnada. Eso no lo ha hecho el recurrente en este caso tal y como ha quedado expuesto y resulta de una obviedad irrefutable de la lectura de su demanda.

En la formulación del recurso de revisión se limita a invocar el art. 102, primero, pero obvia justificación alguna de la concurrencia de los requisitos exigidos, simplemente, como se ha dicho, afirma haber descubierto los documentos aportados por casualidad, sin más, y a dar por supuesto que las obras constitutivas de la infracción sancionada fueron realizadas por otras entidades, y que además dichas obras estaban autorizadas, sin reparar siquiera en el necesario nexo entre unas y otras; lo cual resulta a todas luces insuficiente, pues de no exigir el rigor y la seriedad que la propia naturaleza y características del recurso de revisión exige, si bastara para la viabilidad del mismo alegar sin más justificación que se han recobrado documentos por casualidad y denunciar sin concreción ni prueba alguna conductas dolosas o falsedades, se convertiría este medio extraordinario en una instancia más en la que cabe enjuiciar de nuevo una cuestión protegida por el principio de cosa juzgada. En consecuencia, procede desestimar el recurso de revisión.

DATOS SENTENCIA

Error Judicial núm. 3/2019

Sentencia núm. 1629/2019

Fecha Sentencia: 25 de noviembre de 2019

Ponente: Excmo. Sr. D. José Díaz Delgado.

TEMA

Error judicial: agotamiento de los recursos previstos en el ordenamiento: incidente de nulidad de actuaciones.

ASPECTOS EXAMINADOS

- Antes de analizar el fondo de las pretensiones deducidas en la demanda, la Sala examina si la misma resulta o no admisible dado que la parte actora -según el abogado del Estado y el Ministerio Fiscal- no habría agotado los recursos pertinentes contra la sentencia a la que se imputa el error; concretamente, no habría deducido el incidente de nulidad de actuaciones, que se configura como presupuesto procesal -según jurisprudencia constante- a tenor de lo previsto en el artículo 293.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.
- Es doctrina reiterada de esta Sala la que señala, en relación con la exigencia procesal de agotar los recursos pertinentes contra la sentencia supuestamente errónea, lo siguiente: 1. Que la necesidad del " agotamiento de los recursos previstos en el ordenamiento " a que se refiere el artículo 293 LOPJ solo va referida " a los que resulten procedentes " o, al menos, " a los que le hayan sido ofrecidos al litigante, aunque fueran incorrectos ". 2. Que tal exigencia no se refiere, por tanto, " a cualquier recurso improcedente ", sino solo a aquellos previstos en el ordenamiento para combatir el fallo. 3. Que cuando se achaca a una resolución judicial un error de esta naturaleza se le imputa, realmente, la vulneración de un derecho fundamental, de manera que aquel requisito procesal (el agotamiento de los recursos) incluye también el incidente de nulidad de actuaciones, que ha de reputarse " remedio procesal idóneo para obtener la reparación de la conculcación de derechos fundamentales " y, por tanto, una " exigencia previa inexcusable antes de la reparación excepcional del derecho que supone la declaración de error judicial " (sentencia de esta Sala, Sección Primera, de 18 de abril de 2016, que contiene abundante cita de pronunciamientos anteriores).
- A tenor de la doctrina expuesta, la demanda resulta inadmisibile al no haber acudido la interesada -antes de deducirla- al incidente de nulidad de actuaciones frente a la sentencia recurrida. Conforme al Art. 293 .1. f) LOPJ, en el proceso de declaración de error judicial no procede la misma en tanto no se hayan agotado previamente los recursos previstos en el ordenamiento contra la resolución judicial a la que se imputa el error en cuestión; siendo criterio claro y constante de la Sala que, el requisito de haber agotado tales recursos incluye el incidente de nulidad de actuaciones, dado que iniciar un procedimiento específicamente destinado a declarar el error judicial no tiene sentido cuando la equivocada apreciación de los hechos o aplicación del derecho puede aún ser remediada dentro del proceso -ATS, Sala especial, de 26 de septiembre de 2017 (Error judicial 7 / 2017, F. D.2º) Y ATS, Sala especial, de 3 de noviembre de 2015 (Error judicial

7/20~5 F. D. 4°)-; La parte demandante en este procedimiento, insta declaración de error judicial, pretendidamente cometido por la citada Sentencia de 26 de octubre de 2018 del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 7 de Valencia, sucediendo que la parte actora no ha promovido incidente de nulidad de actuaciones. La STS de 6 de febrero de 2018 (Error Judicial 24/2017, F. D: 39), sostiene que la materia exclusiva y excluyente del incidente de nulidad de actuaciones, en su configuración normativa actual, ha de ser la vulneración de un derecho fundamental. No, por tanto, cualquier infracción legal. Por ello, se ha de partir de que el incidente es sólo idóneo para remediar violaciones de derechos fundamentales -salvo que el propio objeto del procedimiento hubiera sido la lesión de un derecho fundamental-. Y es que cuando se achaca a una resolución judicial un error de la naturaleza del previsto en el art. 293 LOPI se le imputa, realmente, la vulneración de un derecho fundamental, de manera que el requisito procesal de agotamiento de los recursos incluye también el incidente de nulidad de actuaciones, que ha de reputarse remedio procesal idóneo para obtener la reparación de la conculcación de derechos fundamentales y, por tanto, una exigencia previa inexcusable antes de la reparación excepcional del derecho que supone la declaración de error judicial -STS de 31 de enero de 2019 (Error judicial núm. 53 / 2017, F. D. 2°) Y STS, de 20 de noviembre de 2017 (Error judicial núm. 51 /2016, F. D. 2°). Lo que motiva jurídicamente la posibilidad de acudir a un procedimiento como el presente es la denuncia de un error de hecho jurídico que, para que prosperase la acción, habría de ser necesariamente claro, manifiesto y grosero y que; de ser ello así, se seguiría, como consecuencia necesaria, que el fundamento de Ya pretensión, por tal error de la sentencia, comportaría la lesión del derecho fundamental de la tutela judicial efectiva; consagrado en el artículo 24 CE -STS de 20 de marzo de 2018 (Error judicial N°. 57/2016, F.D. 2°) y, STS de 6 de febrero de 2018 (Error judicial N°. 24 /2017, F. D: 3°). En el presente el error radicaría en que la Sentencia de 26 de octubre de 2018, al desestimar el recurso contencioso-administrativo interpuesto contra el decreto núm. 3730 que desestima la reposición respecto del Decreto núm. 3133, estaría dando por buena la reclamación, formulada por el Ayuntamiento de Paterna a la ahora demandante de la cantidad de 6.904'31 euros en concepto de coste de cuotas de la Seguridad Social; reclamación que se haría con olvido de la normativa aplicable, a la cual resulta completamente contraria y extemporánea tal reclamación, quedando sujeta la demandante, como consecuencia de tal error, a la satisfacción de la indicada cantidad; es claro entonces que resultaría lesionada la tutela judicial efectiva de la meritada demandante en cuanto a sus derechos e intereses legítimos, llegándose incluso a entender así por la propia demanda por error judicial en el ordinal VI -párrafo in fine- de sus Fundamentos de Derecho. En definitiva, pues, lo que se viene a exigir, -a los efectos de tener por cumplido el trámite del art. 293.1.f) LOPJ- es que, previamente a la interposición de la demanda para el reconocimiento de error judicial, se promueva incidente de nulidad de actuaciones frente a la resolución judicial a la que se imputa el error -STS de 12 de diciembre de 2016 (Error judicial 34 / 2015, F.D. 4°) Y STS de 13 de julio de 2016 (Error judicial 22/2015; F. D. 2°). Conforme a la jurisprudencia expuesta, el acudir a la vía -no intentada- del incidente de nulidad de actuaciones -con la finalidad de reparar la pretendida equivocación padecida en el propio proceso en que se produce- resultaría insoslayable.

- En consecuencia, no instando la representación procesal de la recurrente el incidente de nulidad de actuaciones respecto de la Sentencia de 26 de octubre de 2018 y del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 7 de Valencia, la demanda resulta inadmisibile al no haber acudido la mencionada -antes de deducir tal demanda- al indicado incidente de nulidad de actuaciones -previsto en el art. 241 LOPJ, con lo que falta el agotamiento de los recursos previstos en el ordenamiento -art. 293. 1. f) LOPJ-; siendo por ella pertinente ahora declarar la inadmisión de este procedimiento para la declaración de error judicial-STS de 6 de febrero de 2018 (Error judicial núm. 24/2017. FD. 3°) y STS 16 de enero de 2018 (Error Judicial núm. 35 /2016, F.D: 3°)-, en el que por lo demás el plazo para la interposición de la demanda debería computarse a partir de la resolución denegatoria del incidente de nulidad de actuaciones -STS de 12 de diciembre de 2016 (Error judicial N°. 34/2015, F. D. 4°) y STS de 13 de julio de 2016 (Error judicial N°. 22 /2015, F.-D. 2°)-

DATOS AUTO

Cuestión de Competencia 19/2019

Auto de 4 de diciembre de 2019

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

TEMA

Cuestión de competencia: actos y disposiciones del Consejo de Ministros.

ASPECTOS EXAMINADOS

- La Comunidad de Madrid interpuso recurso contencioso-administrativo ante la Sala de dicho orden jurisdiccional de la Audiencia Nacional, contra el Real Decreto 1340/2018, de 29 de octubre, por el que se aprueban normas especiales reguladoras de las subvenciones que se otorgan en régimen de concesión directa a las comunidades autónomas y Ciudades de Ceuta y Melilla para la atención a los menores extranjeros no acompañados acogidos en el año 2018. La Sección Octava de la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional, a la que correspondió el conocimiento del recurso, acordó, por auto de 8 de febrero de 2019, declarar su falta de competencia para conocer del recurso interpuesto, y ello en virtud de lo dispuesto en los artículos 58 LOPJ y 12.1.a) LJCA
- La presente exposición tiene su origen en la impugnación por parte de la Comunidad de Madrid del Real Decreto 1340/2018, de 29 de octubre, por el que se aprueban normas especiales reguladoras de las subvenciones que se otorgan en régimen de concesión directa a las comunidades autónomas y Ciudades de Ceuta y Melilla para la atención a los menores extranjeros no acompañados acogidos en el año 2018.
- A la vista de lo anterior, la competencia para su conocimiento y resolución corresponde a esta Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, y ello de conformidad con el artículo 12.1.a) de la Ley de esta Jurisdicción, que atribuye a esta Sala el conocimiento en única instancia de los recursos interpuestos contra los actos y disposiciones del Consejo de Ministros.

DATOS AUTO

Cuestión de Competencia núm. 343/2019

Auto de 11 de diciembre de 2019

Ponente: Excmo. Sr. D. Rafael Fernández Valverde.

TEMA

Desestimación de la solicitud de indemnización al amparo de la Ley 5/2018, de 17 de octubre de Protección, Reconocimiento y Memoria de las Víctimas del Terrorismo. Resolución dictada por Vicepresidente C.A. Madrid.

ASPECTOS EXAMINADOS

- Tema: Recurso contencioso administrativo contra la Orden 1973/2019, de seis de junio, dictada por el Vicepresidente, Consejero de Presidencia y Portavoz del Gobierno de la Comunidad de Madrid, por la que fue desestimada la solicitud de la recurrente de indemnización al amparo de la Ley 5/2018, de 17 de octubre de Protección, Reconocimiento y Memoria de las Víctimas del Terrorismo.
- ASPECTOS EXAMINADOS
- A la vista de que en el presente recurso se impugna la Orden 1973/2019, de seis de junio, dictada por el Vicepresidente, Consejero de Presidencia y Portavoz del Gobierno de la Comunidad de Madrid es claro que la competencia para el conocimiento del presente asunto corresponde a la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, conforme a lo dispuesto en los artículos 10, 12, 13 y 14 de la Ley de la Jurisdicción, como así, por otro lado, han reiterado el Abogado del Estado y el Ministerio Fiscal.

DATOS AUTO

Artículo 61 de la LOPJ núm.3/2019

Auto núm. 6/2019

Fecha Auto: 13 de diciembre de 2019

Ponente: Excmo. Sr. D. Ricardo Bodas Martín.

TEMA

Error Judicial: caracteres y requisitos. Incidente de nulidad de actuaciones: exigencias y requisitos.

ASPECTOS EXAMINADOS

- Es reiterada la doctrina constitucional que se refiere al derecho a la tutela judicial efectiva, reconocido en el artículo 24.1 CE, primordialmente como el derecho de acceso a la jurisdicción, es decir, el derecho a provocar la actividad jurisdiccional que lleve a una decisión judicial. De ahí que el derecho a obtener de los jueces y tribunales una resolución razonada y fundada en Derecho sobre el fondo de las pretensiones oportunamente deducidas por las partes, sea un elemento esencial del contenido del derecho a la tutela judicial efectiva. Ahora bien, este derecho, como también ha reiterado el Tribunal Constitucional, tiene carácter prestacional, en cuanto su ejercicio se encuentra condicionado a la concurrencia de los presupuestos y requisitos que, en cada caso, haya establecido el legislador, quien no puede, sin embargo, fijar obstáculos o trabas arbitrarios o caprichosos que impidan el acceso al proceso, vulnerando la tutela judicial garantizada constitucionalmente (STC 185/1987, de 18 de noviembre).

Por esta razón, también se satisface el derecho a la tutela judicial con la obtención de una resolución de inadmisión, que impide entrar en el fondo de la cuestión planteada, si esta decisión se funda en la existencia de una causa legal que así lo justifique, aplicada razonablemente por el órgano judicial (entre otras, las SSTC 108/2000, de 5 de mayo y 201/2001, de 15 de octubre). De ahí que la inadmisión de una demanda o, en general, de cualquier acto de parte iniciador de un procedimiento, deba contener una motivación específica al caso, ya que supone, en principio, una negación del ius ut proceda tur. Y una resolución de inadmisión "arbitraria, manifiestamente irrazonable o irrazonada" vulnera el mencionado derecho fundamental (ATC 175/1997).

Por otra parte, el principio pro actione "no opera con igual intensidad en la fase inicial del proceso para acceder al sistema judicial que en las sucesivas instancias" (STC 9/1997), lo que obliga a "la forzosa selección de la interpretación más favorable a la admisión de entre todas las posibles normas" que regulan el acceso a la jurisdicción. De ello resulta que están prohibidas "aquellas decisiones de inadmisión que, por su rigorismo, por su formalismo excesivo o por cualquier otra razón revelen una clara desproporción entre los fines que aquellas causas preservan y los intereses que sacrifican [...] por lo que las decisiones de inadmisión solo serán conformes con el art. 24.1 CE cuando no eliminen u obstaculicen injustificadamente el derecho a que un órgano judicial conozca y resuelva la pretensión formulada (STC 19/2002). Sobre las características del error judicial de la LOPJ.

Cualquier decisión respecto a la iniciación de un proceso encaminado a la declaración de un error judicial ha de partir de lo que deba considerarse como tal. En orden al concepto de error judicial, como también viene reiterando esta Sala especial, en sentencia de 5 de febrero 2013, asunto 8/2012, ha mantenido lo siguiente: a) El error judicial no puede confundirse con cualquier equivocación o discrepancia en el establecimiento de los hechos y de la interpretación del Derecho. Por consiguiente, no toda posible equivocación en el establecimiento de los hechos o en la aplicación del Derecho es susceptible de calificarse como error judicial, sino que esta calificación ha de reservarse a supuestos especialmente cualificados. b) Es necesario establecer la frontera entre una interpretación posible, pero errónea, de la ley y un error judicial. Por ello, las meras interpretaciones erróneas son susceptibles de corregirse exclusivamente mediante los recursos ordinarios y extraordinarios. c) El concepto de error judicial, contemplado en el art. 121 de la Constitución y desarrollado en los arts. 292 y ss. de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ) ha de dimanar de una resolución judicial firme, injusta o equivocada, viciada de un error patente, indubitado e incontestable, o que incluso, haya provocado conclusiones fácticas o jurídicas ilógicas e irracionales. d) En todo caso, es preciso que tales errores hayan sido relevantes para la solución final dada a la contienda. e) Este proceso especial no es una nueva instancia en la que el recurrente insista en su criterio y petición que ya le fueron rechazados judicialmente con anterioridad. f) El error judicial sólo cabe en el supuesto de que se advierta una desatención del Juzgador a datos de carácter indiscutible por contradecir lo evidente o por incurrir en una aplicación del Derecho fundada en normas inexistentes o entendidas, de modo palmario, fuera de su sentido o alcance.

Asimismo, la STS 27 marzo 2015 (rec. 3/2014) subraya que el concepto de error judicial contemplado en el art. 121 de la Constitución y desarrollado en los arts. 292 y siguientes de la LOPJ ha de dimanar de una resolución judicial firme, injusta o equivocada, viciada de un error patente, indubitado e incontestable, o que incluso, haya provocado conclusiones fácticas o jurídicas ilógicas e irracionales"; y que "de este modo sólo un error craso, evidente e injustificado puede dar lugar a la declaración de error judicial, no siendo este proceso especial una nueva instancia en la que el recurrente insista en su criterio y petición que ya le fueron rechazados judicialmente con anterioridad, pues esta figura no se establece como un claudicante recurso de casación en el que vuelvan a cuestionarse la valoración de la prueba y la interpretación realizada por el juzgador de una norma jurídica, siempre que ésta, acertada o equivocada, obedezca a un proceso lógico".

Criterio restrictivo expresivo de que el error judicial sólo se configura en el supuesto de que "se advierte una desatención del Juzgador a datos de carácter indiscutible por contradecir lo evidente o por incurrir en una aplicación del Derecho fundada en normas inexistentes o entendidas, de modo palmario, fuera de su sentido o alcance".

- Sobre las causas de inadmisión a trámite de la demanda de error judicial. El primer presupuesto procesal para la revisión por error judicial es que la acción correspondiente se inste en el plazo de tres meses a partir del día en que pudo ejercitarse (artículo 293.1a LOPJ) que en este caso se cumple. Por su parte, el artículo 293.1.f LOPJ, exige que resulten agotados todos

los recursos posibles en el propio orden jurisdiccional. Sobre este punto existe cierta divergencia en torno a si se debe considerar como tal el incidente de nulidad y, en consecuencia, si es preceptiva su previa interposición. Es doctrina reiterada del Tribunal Constitucional que el incidente excepcional de nulidad de actuaciones constituye "el remedio procesal idóneo" para obtener la reparación de la vulneración de derechos fundamentales. En tales casos, antes de acudir en amparo, debe solicitarse en la vía ordinaria el referido incidente de nulidad "sin cuyo requisito la demanda de amparo devendrá inadmisibile, conforme a los artículos 44.1 a) y 50.1 a) LOTC , por falta de agotamiento de todos los recursos utilizables dentro de la vía judicial" (SSTC 228/2001 de 26 de noviembre ; 74/2003 de 23 de abril ; 237/2006 de 17 de julio , 32/2010 de 8 de julio y 126/2011 de 18 de julio).

- También ha destacado el Tribunal Constitucional el protagonismo otorgado por la Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo, a los Tribunales ordinarios acentuando su función como guardianes naturales y primeros garantes de los derechos fundamentales en el ordenamiento jurídico, con el fin de lograr que la tutela y defensa de esos derechos por parte del Tribunal Constitucional sea realmente subsidiaria (STC 120/2011 de 20 de junio). Tal como recuerda el supremo intérprete de la norma constitucional (STC 43/2010 de 23 de julio), el mayor protagonismo que han de asumir los jueces y tribunales ordinarios en la protección de los derechos y libertades fundamentales se refuerza mediante una nueva regulación ampliada del incidente de nulidad de actuaciones. En virtud de la disposición final primera de Ley Orgánica 6/2007 de 24 de mayo, se modifica el párrafo primero del artículo 241.1 de la Ley Orgánica 6/1985 de 1 de julio, del Poder Judicial, que queda redactado en los siguientes términos: <<No se admitirán con carácter general incidentes de nulidad de actuaciones. Sin embargo, excepcionalmente, quienes sean parte legítima o hubieran debido serlo podrán pedir por escrito que se declare la nulidad de actuaciones fundada en cualquier vulneración de un derecho fundamental de los referidos en el artículo 53.2 de la Constitución, siempre que no haya podido denunciarse antes de recaer resolución que ponga fin al proceso y siempre que dicha resolución no sea susceptible de recurso ordinario ni extraordinario>>. Los argumentos del Tribunal Constitucional ya se vieron reflejados en su momento en la exposición de motivos de la LO 6/2007 de 24 de mayo, al afirmar que la protección y garantía de los derechos fundamentales no es una tarea única del Tribunal Constitucional, sino que los tribunales ordinarios desempeñan un papel esencial y crucial en ella. Por ello, y con la intención de aumentar las facultades de la jurisdicción ordinaria para la tutela de los derechos fundamentales, se modifica el incidente de nulidad de actuaciones del artículo 241.1 de la Ley Orgánica 6/1985 de 1 de julio. Se introduce así una configuración del incidente de nulidad de actuaciones mucho más amplia, porque se permite su solicitud con base en cualquier vulneración de alguno de los derechos fundamentales referidos en el artículo 53. 2 de la Constitución en lugar de la alegación de indefensión o incongruencia previstas anteriormente como causas del mismo.
- Ahora bien, la referida reforma no debe derivar en una instrumentalización perversa del incidente de nulidad de actuaciones utilizándolo como un nuevo recurso para replantear las cuestiones ya dirimidas en la sentencia con el pretexto de que hay en juego derechos fundamentales. Lo que se trata es de resolver la vulneración de derechos fundamentales que no hayan podido denunciarse antes de dictarse la resolución que pone fin al proceso, quedando así excluidas las cuestiones de legalidad ordinaria y aquellas otras de entidad constitucional que pudieron ser suscitadas en su momento y no lo fueron. En definitiva, se configura como un remedio adecuado antes de acudir a otras vías de reparación excepcional de derechos.
- Sobre la necesidad de acudir con carácter previo al incidente de nulidad. La postura mantenida por las distintas Salas de este Tribunal Supremo en relación a los incidentes de error judicial no ha sido siempre coincidente, cuestión que ha sido abordada en la reciente sentencia de esta Sala especial de 23 de abril de 2015. La Sala Primera se ha mostrado partidaria de exigir el previo incidente de nulidad de actuaciones en particular cuando se denuncian defectos procesales calificados como graves y están relacionados con la incongruencia extra petita o la motivación arbitraria, supuestos en los que puede verse afectado el derecho fundamental de la tutela judicial efectiva (SSTS, Sala 1ª de 27 de octubre de 2010, de 24 de abril, 16 de mayo y 30 de mayo de 2013 y 9 de julio de 2013). La Sala Tercera venía manteniendo que el planteamiento del incidente de nulidad de actuaciones no suspende el plazo para instar la declaración de error judicial, por lo que mal podía erigirse en un presupuesto de la demanda del mismo (entre otras, STS, Sala Tercera, de 30 de marzo de 2006). No obstante, la sentencia de la misma Sala Tercera de 27 de noviembre de 2010, aun situándose en la misma perspectiva de que el artículo 293.1.f) LOPJ no se refiere a los cauces impugnatorios extraordinarios contra sentencias firmes, apunta un relevante matiz, al excepcionar los casos en los que el incidente de nulidad tenga por objeto la subsanación del error que pudiera haberse padecido, doctrina reiterada en posteriores sentencias como las de 22 de marzo y 10 de mayo de 2012. Por su parte, la doctrina de esta Sala del artículo 61 LOPJ ha evolucionado desde la negativa a exigir el incidente de nulidad de actuaciones como presupuesto de la demanda de error judicial hasta posiciones contrarias, aunque matizadas. Así, la sentencia de 23 de febrero de 2011, valoró la necesidad de instar la nulidad ante el órgano judicial al que se imputa el error para darle la posibilidad de reparar la lesión denunciada. La sentencia de 9 de marzo de 2012 , centrada en el problema interruptivo del plazo de caducidad de la acción de error judicial, señaló que para exigir como presupuesto del error judicial la previa solicitud de nulidad de actuaciones es significativamente relevante que tras la reforma del artículo 241 de la LOPJ llevada a cabo por la Disposición Final 1ª de la LO 6/2007, de 24 de mayo, el incidente de nulidad de actuaciones quedó configurado como cauce

natural de sanación y principal forma de satisfacción última de los derechos fundamentales cuando concurre un vicio grave generador de indefensión. Y concluyó que, en tales casos, si se promueve el incidente no puede correr el plazo de caducidad, salvo que la Sala, al resolver el incidente, entienda que su planteamiento fue manifiestamente abusivo, fraudulento o que se hizo con ánimo dilatorio. La sentencia de 23 de septiembre de 2013 también de esta sala especial, consideró que la exigencia del artículo 293.1.f LOPJ relativa al previo agotamiento de los recursos previstos en el ordenamiento, incluye también el incidente de nulidad de actuaciones, como forma de agotar dentro de la propia esfera jurisdiccional las posibilidades de subsanación y corrección de los errores que hubieran podido producirse, apurando las posibilidades de dar a la parte una respuesta judicial a su pretensión, dado que la eventual sentencia estimatoria de una demanda de error judicial no colmaría ese derecho, pues solo daría, a lo sumo, derecho a una indemnización por el error sufrido. Y en el mismo sentido nos acabamos de pronunciar en la sentencia ya citada de 23 de abril de 2015 al entender que tras la reforma operada en el artículo 241.1 de LOPJ por la por la Disposición Final 1ª de la LO 6/2007, de 24 de mayo, el incidente excepcional de nulidad de actuaciones puede fundarse en cualquier vulneración de un derecho fundamental de los referidos en el artículo 53.2 CE, y no sólo como hasta ese momento, en el que quedaba limitado a los supuestos de incongruencia de la resolución o defectos de forma generadores de indefensión.

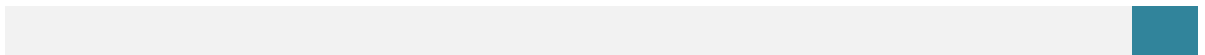
- En cualquier caso, en el supuesto que nos ocupa, la demanda de error judicial interpuesta no alude expresamente a la vulneración de ningún derecho fundamental, lo que aconseja abordar el fondo en orden a la decisión que incumbe en este momento procesal, referida a la admisión o no de la demanda. Como también dijimos en la sentencia de 23 de abril de este año, siguiendo las pautas de la STC 13/2011 de 28 de febrero, las dudas sobre el alcance del remodelado incidente de nulidad estimulan a cierta flexibilidad cuando lo que se debate es esa disyuntiva: el incidente de nulidad se presenta o como indispensable para abrir otras vías (error judicial, amparo constitucional) o como manifiestamente improcedente y, por tanto, capaz de cerrar esas otras vías a las que se aspira. Ello sitúa al justiciable ante una delicada decisión sobre el modo de dar adecuada satisfacción al requisito procesal que franquea el acceso al amparo o, en el supuesto enjuiciado, a la demanda de error judicial. Y puede conducir a un incumplimiento por defecto o por exceso que dé lugar a la producción en todo caso de un óbice procesal, o el no agotamiento de los recursos o el ejercicio extemporáneo de la acción. Todo ello aconseja que, en este caso, se aborde el análisis del fondo de la demanda por exigencias del derecho a la tutela judicial efectiva, en lo que afecte a la admisión o no de la misma.
- Sobre las causas de inadmisión que afectan al fondo. Como hemos señalado, el procedimiento de error judicial no constituye una nueva instancia en la que el demandante pueda reiterar, ante otro tribunal, las argumentaciones que ya fueron desestimadas. Ha de considerarse por completo inadecuada una demanda por error cuando se limite a desarrollar meras discrepancias con la interpretación del ordenamiento jurídico acogida en la resolución denunciada. Dicho de otro modo: deberá inadmitirse aquella demanda cuyo objeto se circunscriba a reproducir las pretensiones articuladas en el procedimiento de que dimana la resolución a la que se imputa el error. Este Tribunal viene entendiendo que ha de cumplimentarse un trámite de informe del Ministerio Fiscal previo a la decisión sobre admisión de la demanda, ante la posibilidad de rechazo a limine litis de la pretensión en caso de que la misma se formule con manifiesto abuso de derecho o entrañe fraude de ley o procesal (artículos 11.2 de la LOPJ y 247.2 de la LEC), en relación con la manifiesta insostenibilidad de la pretensión cuando la misma no se acomode, de forma palmaria, a la pacífica doctrina jurisprudencial sobre el error judicial. El citado artículo 11.2 preceptúa que los Juzgados y Tribunales rechazarán fundadamente las peticiones, incidentes y excepciones que se formulen con manifiesto abuso de derecho o entrañen fraude de ley o procesal, fórmula que viene a reproducir sustancialmente el mencionado artículo 247.2 LEC. Esta eventual inadmisión por cuestiones de fondo es equiparable a una desestimación sustantiva y, por lo tanto, requiere de informe previo del Ministerio Fiscal, a semejanza de cuanto establece el artículo 514.3 de la LEC respecto de las demandas de revisión frente a sentencias firmes.
- Cumplimiento de los requisitos formales para la admisión de la demanda. 1º. - Se cumple el presupuesto de admisibilidad contemplado en el art. 293.1.f) LOPJ, referido al agotamiento previo de los recursos, ya que la demanda se promueve frente a la providencia de 31-1-2019, por la que se inadmite un incidente excepcional de nulidad de actuaciones, promovido frente a una sentencia firme, providencia que resulta irrecurrible conforme a lo dispuesto en el art. 241.1 LOPJ y frente a la que no cabe agotamiento de recursos por ninguna otra vía. 2º. - Se cumple, asimismo, el presupuesto de admisibilidad relativo al plazo de ejercicio de la acción, al haberse interpuesto la demanda dentro del plazo de caducidad de tres meses, contemplado en el art. 293.1.a) LOPJ, pues la demanda de declaración de error judicial se presentó el 25-4-2019, antes del transcurso de tres meses desde la fecha de la providencia de 31-1-2019. 3º. - El actor está exento de la obligación de constituir el depósito exigido en el art. 513 LEC, al haberle sido otorgada tal prestación en el reconocimiento parcial que le ha sido concedido del derecho a la asistencia jurídica gratuita. 4º. - En consecuencia, se cumplen los requisitos formales de admisibilidad de la demanda.
- Inadmisibilidad de la demanda por razones de fondo. 1º. - La sala se ha pronunciado también a favor de la posible inadmisión a trámite de las demandas de error judicial por razones de fondo, cuando se aprecia una manifiesta insostenibilidad de la pretensión por contradecir de forma palmaria la reiterada doctrina jurisprudencial sobre la naturaleza del procedimiento de

error judicial. En tales casos, el rechazo in limine litis se ha venido apoyando en la apreciación de que la pretensión se formula con manifiesto abuso de derecho o cuando entraña fraude de ley o procesal, al amparo de los arts. 11.2 LOPJ y 247.2 LEC, como ocurre cuando la demanda se limita a reproducir íntegramente las pretensiones ya planteadas y resueltas en el proceso, como si el error judicial constituyese una última instancia, o cuando de la demanda se deduce claramente que no se denuncia una equivocación manifiesta y palmaria en la «fijación de los hechos o en la interpretación o aplicación de la ley». Entre los más recientes, esta sala ha inadmitido a trámite demandas de error judicial amparándose en estos argumentos en los autos de 3-12-2014 (error judicial 8/2014), de 6-11-2015 (error judicial 6/2015), de 11-3-2016 (error judicial 9/2015), de 27-6-2016 (error judicial 4/2016), de 27-6-2016 (error judicial 7/2016) y de 14-11-2017 (error judicial 8/2017). 2º. - El Ministerio Fiscal, como anticipamos más arriba, solicita la inadmisión de la demanda por entender insostenible la pretensión, que considera que contradice de forma palmaria la reiterada doctrina jurisprudencial sobre la naturaleza del procedimiento de error judicial, que exige que el error denunciado sea craso, evidente, injustificado e, incluso, esperpéntico, lo que excluye un supuesto de incongruencia omisiva como el que plantea la demanda. 3º. - No obstante, la demanda de error, promovida sitúa el canon de control en otros parámetros, ya que se apoya en el posible error en el que se pudiera haber incurrido por infracción del derecho de la UE, como consecuencia de no haberse dado respuesta motivada a la solicitud de planteamiento de cuestión prejudicial al TJUE por parte de la Sección 6.ª de la Sala Tercera TS, órgano que conocía del proceso y frente a cuyas resoluciones no cabe recurso en el derecho interno, en cuyo caso el canon de control no es ya el de la equivocación manifiesta y palmaria en la «fijación de los hechos o en la interpretación o aplicación de la ley», en la que se centra la doctrina sobre el error judicial, cuando no está comprometido el derecho de la Unión, sino en apreciar si se está o no ante una «violación suficientemente caracterizada» del derecho de la Unión a que se refiere la denominada doctrina Köbler, surgida a raíz de la sentencia de 30-9-2003, C 224/01, Köbler. 4º. - La doctrina Köbler requiere que concurra una “violación suficientemente caracterizada”, la cual requiere examinar la concurrencia de los siguientes extremos: - El grado de claridad y de precisión de la norma vulnerada. - El carácter intencional de la infracción. - El carácter excusable o inexcusable del error de derecho. - La posición adoptada, en su caso, por una institución comunitaria. - El incumplimiento por parte del órgano jurisdiccional de su obligación de remisión prejudicial. - El análisis de si la violación del derecho comunitario se produjo con desconocimiento manifiesto de la jurisprudencia del TJUE en la materia. Aunque dicho análisis podría abordarse en abstracto en la resolución, que ponga fin al proceso, concurren, en el presente caso, circunstancias concretas que aconsejan la inadmisión a trámite de la demanda de error judicial. Es así, por cuanto el art. 267 TFUE dispone que, cuando alguna de las partes del litigio principal solicite al tribunal que conozca del proceso -y cuyas decisiones no sean susceptibles de ulterior recurso judicial de derecho interno- que plantee una cuestión prejudicial al TJUE, dicho órgano está obligado a promover la cuestión, a menos que exista ya una jurisprudencia bien asentada en la materia o que no quepa ninguna duda razonable sobre el modo correcto de interpretar la norma aplicable del derecho de la Unión, lo que habrá de acordar motivadamente, lo cual no sucede aquí. En efecto, ha quedado perfectamente acreditado que, en el acto administrativo, impugnado en el recurso, como en las alegaciones de las partes se circunscribieron a normativa nacional sobre el acceso a las actuaciones procesales y a su interpretación por la jurisprudencia interna. - Ha quedado probado también que, en el proceso seguido ante la Sala Tercera TS, antes de ser definitivamente resuelto por sentencia firme, no se hizo mención alguna a norma del derecho de la UE aplicable, ni se solicitó planteamiento de cuestión prejudicial al TJUE y hemos comprobado, del mismo modo que, cuando se interpuso el incidente excepcional de nulidad de actuaciones, se hizo referencia, por primera vez, a la necesaria aplicación de la Directiva 2012/13/UE, sobre el derecho a la información en los procesos penales, y se solicitó del tribunal el planteamiento de cuestión prejudicial al TJUE, siendo esta la razón por la que la demanda de error judicial se apoya únicamente en que, la solicitud de planteamiento de cuestión prejudicial articulada en el escrito por el que se promovía el incidente excepcional de nulidad de actuaciones, no obtuvo respuesta del tribunal. Así pues, debemos concluir que, esta forma de proceder, no está amparada por el art. 267 TFUE, ya que, si bien la decisión sobre la fase del procedimiento en que procede remitir una petición de decisión prejudicial al TJUE, compete al órgano judicial, deberá reclamarse, en todo caso, antes de que resuelva el asunto por sentencia firme -salvo que la controversia se hubiese suscitado en ejecución-, pues el art. 267 TFUE exige que el tribunal considere necesaria la decisión del TJUE «para poder emitir su fallo».

- Por lo demás, el incidente excepcional de nulidad de actuaciones, regulado en el art. 241 LOPJ, tiene por objeto denunciar que, una resolución contra la que no cabe recurso ordinario ni extraordinario, ha infringido alguno de los derechos contemplados en el art. 53.2 CE, lo que no permite que se utilice para replantear la controversia ya definitivamente sustanciada y resuelta, máxime cuando se hace introduciendo nuevas alegaciones y peticiones sobre el fondo no articuladas durante el proceso -como hizo el demandante de error mediante la solicitud de planteamiento de cuestión prejudicial, lo que fue rechazado por la providencia de 31-1-2019, que acordó no admitir a trámite el incidente promovido, precisamente, por entender que a través de él el demandante pretendía replantear las cuestiones ya resueltas en sentencia.
- Por consiguiente, si la demanda de error judicial se apoya en que no se dio respuesta a una pretensión que resultaba inadmisibile en el incidente de nulidad de actuaciones promovido, estamos ante una demanda formulada con manifiesto



abuso de derecho o que entraña fraude de ley o procesal, lo que permite rechazarla in limine litis al amparo de los arts. 11.2 LOPJ y 247.2 LEC, por cuanto en la demanda no se justifica ni remotamente la existencia de un error y, menos aún, craso y evidente, que distorsione el ordenamiento jurídico, en la resolución respecto a la que se ha denunciado. Por ello no procede su admisión a trámite.



DATOS SENTENCIA

Sentencia núm. 795/19

Fecha Sentencia: 20/11/19 SENTENCIA DE PLENO (rectifica doctrina)

Recurso de casación en unificación de doctrina nº 4293/18

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

TEMA

Seguridad Social (reintegro de gastos sanitarios por Mutua colaboradora; Recurso de casación: competencia funcional [afectación general]).

ASPECTOS EXAMINADOS

- La cuestión a resolver en el recurso de casación unificadora consiste en determinar si la Mutua Colaboradora de la Seguridad Social, en este caso, FREMAP, puede resarcirse de los gastos médicos derivados de la asistencia sanitaria prestada en un primer momento a cinco trabajadores que, posteriormente, fueron derivados al Servicio Andaluz de Empleo; es decir, si deben ser asumidos por el Servicio de Salud Público los gastos sanitarios asumidos inicialmente por las Mutuas colaboradoras en función de posibles accidentes de trabajo que de manera inmediata son descartados como tales, sin posterior calificación de la contingencia como común o profesional por parte del INSS.
- En primer lugar, la Sala se refiere a la recurribilidad de la sentencia dictada en la instancia, ya que la reclamación de cantidad que se contiene en la demanda es inferior a 3000 €. En la sentencia de instancia se aprecia la afectación general y la Sala de suplicación no lo ha cuestionado, ni tampoco las partes han suscitado esta cuestión, pero al ser un tema que afecta a la competencia funcional, la Sala entra de oficio a analizar si tiene dicha competencia, llegando a la conclusión de sostener la recurribilidad de la sentencia de instancia: En efecto, en ella se hace expresa referencia a que a nivel administrativo y judicial se encuentran en tramitación más de 8.000 solicitudes de la Mutua demandante ante el SAS. Además, ni las partes ni la propia Sala de suplicación han cuestionado ni negado la recurribilidad de la sentencia de instancia. La propia Sala del TS tiene actualmente en tramitación más de 30 recursos procedentes del mismo Tribunal Superior de Justicia. A ello se une que los asuntos presentados alcanzan la cuantía, o no, atendiendo a si la Mutua demandante ha acumulado cantidades correspondientes a distintos asegurados o su demanda solo reclama la de uno de ellos, lo que permite que, sobre el mismo debate y a efectos de cuantía, unas demandas alcancen los 3000 euros y otras no. Todo ello lleva a entender que concurre la afectación general que se aprecia en la instancia y ha mantenido la Sala de suplicación, al ser evidente y real la litigiosidad generada.

La recurrente, en su único motivo de recurso, denuncia la infracción del art. 57.1 LGSS, en relación con los RRDD 2583/1996, de 13 de diciembre, y 1300/1995, de 21 de julio, y aporta como sentencia referencial la de la propia Sala de lo Social del TS de 21/03/18, rec.1732/16, sentencia con respecto a la que la Sala entiende que concurre el requisito de contradicción.

- Pone de manifiesto la Sala del Alto Tribunal que son dos los datos de los que hay que partir: En primer lugar, la indiscutible competencia del INSS en la determinación y calificación de la contingencia de la que deriva el hecho causante que puede dar lugar a la asistencia sanitaria. Así se infiere del art. 57 LGSS-94 (actual art. 66 LGSS), y lo ha ratificado la Sala en numerosas ocasiones.

En segundo lugar, en los supuestos, como el que la presente resolución analiza, no nos encontramos ante un problema de determinación de contingencia que no se ha planteado en ningún momento del expediente administrativo, ni a lo largo del proceso. Estamos en presencia de una prestación sanitaria inicial que ha realizado la Mutua, antes de que la contingencia se calificase, ante una petición de asistencia por parte de un beneficiario en la que prima facie no podía descartarse su carácter profesional. En los casos en los que el trabajador se dirige a la Mutua por una dolencia que ha aparecido de manera súbita, la entidad colaboradora viene obligada a prestarle la debida asistencia sanitaria inicial, pues forma parte del Servicio Nacional de Salud. Así del artículo 12 del RD 1993/95, de 7 de diciembre, se infiere que los servicios sanitarios de las Mutuas, en cuanto que se hallan destinados a la cobertura de prestaciones incluidas en la acción protectora de la Seguridad Social, están integrados en el Sistema Nacional de Salud. El trabajador, por su parte, acudió correctamente, en función de la dolencia que creía padecer, a un centro asistencial de la Mutua que pertenece al Servicio Nacional de Salud, sin que en ningún caso pueda afirmarse que acudió voluntariamente a un centro privado sin que se tratase de una urgencia vital. Estamos, por tanto, en presencia de una intervención de la Mutua -asistencia sanitaria a beneficiario del sistema público de salud y asegurado a la misma- que, sin duda, debió prestarse, y en la que no era lógico, ni adecuado, exigir a la mencionada entidad que se abstuviera de prestar la asistencia requerida hasta que el INSS no hubiera certificado la contingencia. El hecho de que de las

pruebas diagnósticas practicadas se infiriese el origen común de las contingencias (no consta que el origen fuera profesional) revela, sin duda, que los gastos de la inicial atención sanitaria prestada por la demandante deban ser satisfechos por el SAS que es la entidad encargada de la prestación sanitaria en cuestión. Todo ello no cuestiona la exclusiva titularidad del INSS en la determinación de la contingencia, al punto de que, si la hubiera calificado de profesional, la reclamación no tendría sustento alguno, al contrario de lo ocurrido, en el que la solicitud de reintegro se encuentra totalmente fundada.

DATOS SENTENCIA

Sentencia núm. 794/19
 Fecha Sentencia: 20/11/19. SENTENCIA DE PLENO
 Recurso de casación en unificación de doctrina nº 3255/18
 Ponente: Excmo. Sr. D. Ángel Antonio Blasco Pellicer.

TEMA

Seguridad Social (reintegro de gastos sanitarios por Mutua colaboradora; Recurso de casación: competencia funcional [afectación general]).

ASPECTOS EXAMINADOS

- En esta sentencia se resuelve un caso análogo y en idéntico sentido que la anterior sentencia.

DATOS SENTENCIA

Sentencia núm. 798/2019
 Fecha Sentencia de 21/11/19
 Recurso de casación nº 103/19
 Ponente: Excmo. Sra. D^a María Luisa Segoviano Astaburuaga.

TEMA

Despido Colectivo (revisión fáctica; grupo de empresas [elementos adicionales, aportación documental]).

ASPECTOS EXAMINADOS

- Esta sentencia tiene por objeto un despido colectivo cuya nulidad se solicita por CCOO por concurrir fraude de ley, al no efectuar la decisión extintiva quién tenía su condición real de empresario a los efectos laborales y a los previstos en el art. 51 ET, subsidiariamente al no haber sido entregada la documentación económica del Grupo de Empresas, de conformidad con lo establecido en el art. 124 LRJS, en relación con art. 4.5 del Reglamento de los Procedimientos de Despido Colectivo, aprobado por el RD 1482/2012, corregido por el RDL 11/13, subsidiariamente al no haber negociado la empresa de buena fe, por no hacer entrega de la documentación necesaria del grupo de empresas, asimismo no haber existido negociación ninguna acerca de la extinciones, y no haber propuesto alternativas viables a la extinción. Subsidiariamente se solicita que el despido colectivo sea declarado improcedente, al no haber cumplido la demandada lo establecido en el art. 53 ET, no haber puesto a disposición de los trabajadores la cantidad correspondiente a 20 días por año de servicio, ni estar justificada la causa alegada y, en caso de existir la misma, no ser razonable la medida adoptada de despido de los trabajadores.
- La sentencia del TSJ desestima la demanda el Sindicato demandante que interpone el recurso de casación que examinamos: En primer lugar, se solicita la revisión fáctica al amparo del art. 207 d) LRJS, por error en la apreciación de la prueba. Se hace un examen en la sentencia de la doctrina jurisprudencial relativa a los requisitos generales de la revisión fáctica, que se establecen en:
 - 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.

Continúa argumentando la sentencia que más en concreto, la variación del relato de hechos únicamente puede basarse en prueba documental, porque el art. 207 d) sólo acepta -en la casación laboral común u ordinaria- el motivo de "error en la apreciación de la prueba" que esté "basado en documentos que obren en autos que demuestren la equivocación del juzgador", habiendo reiterado la Sala la imposibilidad de que tal revisión se fundamente en testifical o pericial, a diferencia de lo que sucede en el de suplicación (art. 193 b) LRJS); ello aunque la prueba testifical en algunos supuestos puede ofrecer un índice de comprensión sobre el propio contenido de los documentos en los que la parte encuentra fundamento para las modificaciones propuestas. También ha precisado la Sala 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 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 HP, 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.

Aplicando la anterior doctrina al supuesto debatido, la Sala rechaza la revisión pretendida, ya que la parte invoca para la revisión un total de 28 folios, sin que de los mismos resulte de manera directa y evidente el hecho que el recurrente pretende añadir, sino que hay que acudir a hipótesis, conjeturas y razonamientos, comparando los diferentes documentos.

- Con amparo procesal en el art. 207 e) LRJS se denuncia, en el segundo motivo del recurso, la infracción de lo dispuesto en el artículo 124.11, párrafo primero, e inaplicación de lo establecido en el artículo 124.11, párrafo segundo, de la LRJS. La Sala, para resolver este motivo, parte de los hechos probados que han resultado inalterados, y habiéndose pretendido sin éxito introducir un hecho en el que fundamenta el recurrente este primer motivo de infracción jurídica, deja de existir sustrato fáctico para la denuncia jurídica, que debe ser desestimada.

Con el mismo amparo procesal se denuncia infracción de Jurisprudencia y del art. 124.11 LRJS, en relación con los arts. 51 ET y 4.5 del Reglamento de los Procedimientos de Despido Colectivo, alegando que queda acreditado que estamos en presencia de un grupo de empresas, dentro de las que una de ellas no consta inscrita en el sistema de Seguridad Social, lo que acredita su existencia como empresa ficticia, sin actividad alguna. La Sala hace recorrido por su extensa Jurisprudencia sobre la figura del Grupo de Empresas, poniendo de manifiesto las escasas referencias legales a las diversas manifestaciones de la concentración de capitales y fuerzas empresariales y, en todo caso, a la falta de su regulación sistemática, tanto en el ámbito del Derecho Mercantil, como el Fiscal y en el del Derecho Laboral. Siguiendo la doctrina especializada, indica la Sala que supone una forma de vinculación empresarial más intensa que las uniones consorciales, sindicatos y cárteles, pudiendo definirse como el integrado por el "conjunto de sociedades que, conservando sus respectivas personalidades jurídicas, se encuentran subordinadas a una dirección económica unitaria". Así pues, se caracteriza por dos elementos: a) la independencia jurídica de sus miembros, tanto en el ámbito patrimonial (mantienen la titularidad del patrimonio) cuanto en el organizativo (se estructuran por sus propios órganos); y b) la dirección económica unitaria, cuya intensidad es variable en función del grado de centralización, pero que en todo caso ha de alcanzar a las decisiones financieras (política empresarial común), bien sea en términos de control (grupos verticales o de subordinación), bien en los de absoluta paridad (grupos horizontales o de coordinación). El componente fundamental, de dificultosa precisión, es el elemento de "dirección unitaria", que, en el campo del Derecho del Trabajo -nacional y comunitario-, las dificultades probatorias y la seguridad jurídica excluyen la exigencia del ejercicio efectivo de la dirección unitaria y se satisfacen con la mera posibilidad de dicha dirección común, atendiendo a la existencia de control societario. Éste es el concepto amplio que sigue el art. 42.1 Código de Comercio, al entender que una sociedad es "dominante" de otra ("dominada" o "filial") cuando posee la mayoría de capital, la mayoría de votos o la mayoría de miembros del órgano de administración; concepto amplio que se desprendía también del art. 4 LMV, Ley 24/1988, de 24/Julio, en su redacción anterior a la Ley 47/07, de 19 de diciembre; en la misma línea se encuentra el art. 2 RD 1343/92, de 6 de noviembre, de desarrollo de la Ley 13/92, de 1 de junio, sobre entidades financieras; más sencillamente, el actual art. 4 LMV dispone que "[a] los efectos de esta Ley, se estará a la definición de grupo de sociedades establecida en el artículo 42 del Código de Comercio"; y en igual sentido se indica en el art. 19 del TR de la LSC, RDL 1/10. Se destaca por la Sala que nuestra tendencia legislativa es coincidente con la del Derecho Comunitario, expresada en los arts. 1. 2º y 2 de la Directiva 7 (13/Junio/1983), y en el art. 2 de la Directiva 94/45/CE, traspuesta a nuestro Derecho por la referida Ley 10/97. En todo caso, se destaca que la concepción amplia del "grupo" responde a las recomendaciones del "Forum Europaeum". En cuanto a la Jurisprudencia, recuerda la Sala que parte de las SSTS de 05/01/68 y 19/05/69, pasando de una inicial concepción en la que la pertenencia al Grupo se consideraba un dato irrelevante desde la perspectiva laboral, al más moderno criterio, que persiste en la regla general de responsabilidad separada de las sociedades integrantes del grupo, pero

que admite la trascendencia laboral del referido Grupo en ciertas circunstancias o cuando tal dato va acompañado de elementos adicionales. Señala la Sala que la Jurisprudencia tradicional de la Sala parte del principio de que el "grupo de sociedades" es una realidad organizativa en principio lícita, y que el grupo de empresas a efectos laborales no es un concepto de extensión equivalente al grupo de sociedades del Derecho Mercantil. El reconocimiento del grupo de empresas en el ordenamiento laboral, cuyos efectos se manifiestan sobre todo en la comunicación de responsabilidades entre las empresas del grupo, exige la presencia de una serie de factores atinentes a la organización de trabajo. Esta doctrina, que ciertamente ha de mantenerse en su primera afirmación -la de que el "grupo" es una organización en principio ajustada a Derecho-, pero que ha de rectificarse en lo relativo a que el "grupo de empresas a efectos laborales" no es coincidente con el propio del Derecho Mercantil, porque el concepto de "grupo de empresas" ha de ser el mismo en las distintas ramas del Ordenamiento jurídico, aunque en sus diversos ámbitos -mercantil, fiscal, laboral- pueden producirse singulares consecuencias que están determinadas por diversas circunstancias añadidas; concretamente, en el campo del Derecho del Trabajo es dable sostener una responsabilidad solidaria de las empresas integrantes del "grupo" cuando en el mismo concurren determinados factores adicionales: 1º) el funcionamiento unitario de las organizaciones de trabajo de las empresas del grupo, manifestado en la prestación indistinta de trabajo -simultánea o sucesivamente- en favor de varias de las empresas del grupo; 2º) la confusión patrimonial; 3º) la unidad de caja; 4º) la utilización fraudulenta de la personalidad jurídica, con creación de la empresa "aparente"; y 5º) el uso abusivo -anormal- de la dirección unitaria, con perjuicio para los derechos de los trabajadores. En todo caso hay que destacar que el concepto de grupo laboral de empresas y, especialmente, la determinación de la extensión de la responsabilidad de las empresas del grupo depende de cada una de las situaciones concretas que se deriven de la prueba que en cada caso se haya puesto de manifiesto y valorado, sin que se pueda llevar a cabo una relación numérica de requisitos cerrados para que pueda entenderse que existe esa extensión de responsabilidad.

- A continuación la Sala trata sobre el alcance que deba darse al hecho de que los Reglamentos sobre Procedimientos de Despido Colectivo (art. 6 RD 801/11 y art. 4 RD 1483/2012) impongan a la empresa dominante del grupo, concurriendo ciertas circunstancias, la obligación de aportar determinados documentos, indicando que no altera sus precedentes criterios sobre la responsabilidad del grupo, y que su finalidad es meramente informativa acerca de la "limpieza" de relaciones entre la empresa matriz y sus filiales, así como de la posible concurrencia de alguno de los elementos adicionales, determinantes de responsabilidad solidaria. Si la intención del legislador hubiese sido otra, en concreto la de establecer con carácter general la responsabilidad solidaria de las empresas del grupo, e incluso tan sólo la de ampliar el ámbito a tener en cuenta en las extinciones por causas económicas (extendiéndolo a la totalidad del grupo o a la empresa matriz), esta importante consecuencia se habría establecido con carácter expreso. Conclusión que parece reforzarse por la Jurisprudencia Comunitaria dictada en interpretación del art. 2 de la Directiva 98/59, y que niega la cualidad de empresario a la empresa matriz en los grupos de empresa, aún para el caso de que la decisión extintiva fuese decidida por aquélla (STJCE 10/Septiembre/2009, Asunto AEK y otros, apartados 57 y 58).
- Teniendo en cuenta los anteriores criterios, y con examen de los HP de la sentencia recurrida, entiende la Sala que tales hechos, por sí solos, no acreditan la existencia de grupo de empresas, ya que el que una misma persona sea administrador único de una empresa y consejero de otra, no acredita la existencia del grupo laboral de empresas; que el que esa persona estuviera presente en las negociaciones del despido colectivo objeto de autos, e interviniera activamente en las mismas, no es dato que revele la existencia de grupo de empresas, intervención que puede justificarse por su cualidad de consejero de la empresa que adopta la extinción colectiva; tampoco entiende suficiente el arrendamiento del local por una de las empresas a otra, por un precio ciertamente pequeño. Por último, el dato de que estas dos empresas tengan el mismo domicilio no acredita la existencia de grupo laboral de empresas. El que no figuren inscritos como empresarios en la Seguridad Social ni una de las codemandadas ni su administrador único, no significa que estemos ante una empresa aparente (puede tratarse de una empresa real que ha incumplido sus obligaciones de Seguridad Social), ni se puede considerar que sea una empresa aparente, ya que tal circunstancia no figura en el relato de hechos probados.

DATOS SENTENCIA

Sentencia núm. 815/2019

Fecha Sentencia: 3/12/19 SENTENCIA DE PLENO

(VOTO PARTICULAR)

Recurso de casación nº 141/18

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

TEMA

Conflicto Colectivo (Modificación Sustancial Condiciones de Trabajo; agotamiento vía previa; incentivo de producción [principio de igualdad y no discriminación]).

ASPECTOS EXAMINADOS

- Se trata de la impugnación por USO de un Acuerdo alcanzado entre empresa y sindicatos durante el periodo de consultas de una MSCT. La sentencia recurrida, de la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional, estimatoria parcial de la demanda, declara la nulidad del punto cuarto del ANEXO I del Acuerdo de MSCT suscrito, en cuanto que señala que “el Incentivo Secciones no se devengará durante las ausencias del puesto de trabajo, cualquiera que sea su causa, salvo durante las vacaciones, las horas sindicales y los permisos por tiempo inferior a la jornada diaria del trabajador”. Recurren la sentencia el Sindicato UGT y la empresa.
- El único motivo del recurso de UGT denuncia infracción del art. 63 LRJS, en relación con el art. 41.4 ET y con el art. 138.7 LRJS. Sostiene el Sindicato que la impugnación del Acuerdo alcanzado entre la empresa y los Sindicatos durante el periodo de consultas de la MSCT debe plantearse por la modalidad de conflicto colectivo, lo que efectivamente se ha efectuado, pero que esto obligaba a la demandante al agotamiento de la vía previa ante el SIMA con anterioridad a la interposición de la demanda.

La Sala examina previamente la normativa aplicable, y en concreto el art. 41.5 ET que, en materia de modificación sustancial de condiciones de trabajo, se remite al conflicto colectivo como procedimiento de impugnación de la decisión empresarial, sin perjuicio de la acción individual, en su caso. La cuestión que suscita el recurso no es la de discutir la adecuación de tal procedimiento (todas las partes y la sentencia de instancia están conformes en que la vía seguida es la de conflicto colectivo), sino la de determinar si en este caso era o no preceptivo el intento de conciliación o mediación previa a la interposición de la vía judicial.

A tal efecto hay que estar a los que dispone el art. 156.1 LRJS, que a su vez se remite al art. 63 del mismo texto legal, en el que efectivamente se impone como requisito general la obligación de acudir a la conciliación o mediación previa ante el servicio administrativo correspondiente. Pero el art. 64 establece seguidamente excepciones a esta regla, entre las que expresamente incluye los procesos relativos a la modificación sustancial de condiciones de trabajo. La Sala hace referencia a resoluciones anteriores que resuelven esta materia (STS de 9/12/2013 y 16/9/2014), en las que se pone de manifiesto que desde el punto de vista procesal, el cauce por el que han de discurrir las demandas que versen sobre la modificación sustancial de condiciones de trabajo a que se refiere el art. 41.2 ET habrá de ser el del proceso de conflicto colectivo, por exigirlo expresamente el artículo 153.1 de la LRJS, pero naturalmente con las especialidades que para esas acciones se desprende del cuerpo normativo conjunto que regula el ejercicio de tales pretensiones.

Si bien es cierto que el art. 63 ET establece como regla general el requisito, previo al proceso, de exigir la conciliación previa, sin embargo en el artículo siguiente, y con absoluta claridad, se establecen una serie de excepciones a esa exigencia preprocesal, entre las que se encuentra la modificación sustancial de las condiciones de trabajo, trámite que, por otra parte, parecería redundante en una materia en la que la impugnación en vía judicial de la decisión del empresario se ha de llevar a cabo después de agotado el periodo de consultas con los representantes de los trabajadores. Además, como se razona en la sentencia recurrida, en las reclamaciones referidas a la modificación sustancial de las condiciones de trabajo la idea de celeridad impulsa evidentemente la ordenación procesal que se hace del cauce para impugnarla en un breve plazo de tiempo, lo que además redundaría en beneficio de la seguridad jurídica, razones de la regulación del proceso y de la decisión que adoptó la sentencia recurrida, que excluyen cualquier planteamiento de vulneración del art. 24 CE. Por ello, si la conciliación previa no es preceptiva, no hay suspensión posible del plazo de caducidad, que opera en sus propios términos y alcance temporal. El Sindicato recurrente no desconoce esta doctrina, pero sostiene que su aplicación estaría exclusivamente limitada a los supuestos en los que el objeto del conflicto colectivo es la decisión unilateral del empresario que aplica la MSCT de carácter colectivo, tras haber finalizado sin acuerdo el periodo de consultas, negando que ese mismo criterio pueda hacerse extensivo a los conflictos colectivos en los que se impugna el contenido del acuerdo con el que concluye la negociación entre la empresa y los representantes de los trabajadores. Este criterio no es compartido por la Sala porque la ley no distingue entre una u otra situación cuando en el art. 64 LRJS exige de la conciliación o mediación previa los procesos “relativos” a la modificación sustancial de condiciones de trabajo; donde la ley no distingue, no puede hacerlo el intérprete.

Además, afirma la Sala que hay fundadas razones para que el legislador haya optado expresamente por excluir de la conciliación o mediación previa esta clase de conflictos, en los que ese trámite sería redundante por tratarse de una materia en la que la acción judicial no puede llevarse a cabo hasta que se haya agotado el periodo de consultas con los representantes de los trabajadores. A lo que se anuda, que en las reclamaciones en materia de modificación sustancial de condiciones de trabajo la idea de celeridad y seguridad jurídica subyace de forma muy relevante en la ordenación procesal prevista para su impugnación. Así es de ver en el breve plazo de veinte días para la caducidad de la acción que contempla con carácter general el art. 59.4 ET, y de igual forma el art. 138.1 LRJS, aún incluso cuando la empresa no hubiere seguido el procedimiento de

negociación y consultas del art. 41 ET, lo que da idea de hasta qué punto ha querido el legislador agilizar los procesos judiciales de esta singular naturaleza. Al mismo resultado conduce la sistemática e integradora interpretación del art. 64 ET, si reparamos en que este precepto establece el mismo tratamiento jurídico en los procesos de impugnación de MSCT y de despidos colectivos, en lo que se refiere a la exención del requisito de la conciliación y mediación previa.

También para el despido colectivo (art. 124 LRJS) no se contempla ninguna distinción en lo relativo a la conciliación previa por el hecho de que el periodo de consultas hubiere concluido con o sin acuerdo. Sigue argumentando la Sala que es verdad que el art. 41.4 ET contiene una regla singular para el caso de que el periodo de consultas finalice con acuerdo, al disponer que se presumirá que concurren las causas justificativas de la MSCT y solo podrá ser impugnado ante la jurisdicción social por la existencia de fraude, dolo, coacción o abuso de derecho, pero el silencio de las partes sobre este extremo lo sustrae al conocimiento de la Sala.

En cuanto al art. 138.7 LRJS, al que se acoge el recurso en defensa de sus tesis, estima la Sala que tampoco resulta aplicable, ya que este precepto únicamente contempla cual ha de ser el contenido del fallo de la sentencia que pone fin a esa clase de procedimientos, en función de que se hubieren acogido las pretensiones de una y otra parte sobre la justificación de la medida empresarial. En esa decisión podrá tener su incidencia aquella presunción del art. 41.4 ET, si el periodo de consultas concluyó con acuerdo, pero no incide en el trámite preprocesal de la conciliación o mediación previa para condicionar su exigencia o exención en razón de que hubiere o no acuerdo.

- En cuanto al recurso interpuesto por la empresa, denuncia la infracción del art. 26.3 ET, en relación con el art. 3.1 CC, arts. 5 y 4.1 c) ET, y 1255 CC, para sostener que no infringe la legalidad vigente lo pactado en el punto del Acuerdo que ha sido declarado nulo. De las diferentes pretensiones ejercitadas en la demanda, la sentencia recurrida acoge exclusivamente la referida al último párrafo del Anexo I y declara la nulidad de su punto cuarto, en el que se dispone que el incentivo de Secciones no se devengará: "Durante las ausencias del puesto de trabajo, cualquiera que sea su causa, salvo durante las vacaciones, las horas sindicales y los permisos por tiempo inferior a la jornada diaria del trabajador". Considera la sentencia de instancia que es contrario a derecho, en cuanto que de su contenido se desprende que no se percibe el incentivo de productividad en las ausencias que traigan causa de los permisos y licencias contemplados en el art. 37. 3 y 4 ET, con excepción de las horas sindicales. Queda de esta forma limitado el objeto de la casación, a la exclusiva cuestión de determinar si debe deducirse el incentivo de producción de la retribución a percibir por los trabajadores cuando disfrutan de los permisos y licencias contemplados en el art. 37.3 y 4 ET, a salvo del uso de horas sindicales que ya se acepta en el propio pacto.

La Sala del Alto Tribunal parte de la enorme generalidad con la que está redactado dicho apartado, que se refiere, sin mayores precisiones, a las ausencias del puesto de trabajo, "cualquiera que sea su causa", de lo que únicamente excluye las vacaciones, horas sindicales y permisos inferiores a un día, lo que obliga a hacer una labor interpretativa del Acuerdo para fijar los límites en los que pudiere colisionar con materias de derecho necesario, ya que tan extensa previsión puede sin duda afectar al ejercicio de derechos fundamentales, destacadamente al de igualdad y no discriminación por razón de sexo, en la medida en que se entienda que cualquier ausencia superior a una jornada completa de trabajo supone la pérdida del incentivo, aunque el motivo de la misma pueda vincularse a razones de género y resulte directa o indirectamente discriminatorio para las mujeres trabajadoras.

- Incide la Sala en que la expresión "ausencias del puesto de trabajo, cualquiera que sea su causa", no puede tener un alcance tan amplio como para excluir del sistema de incentivos a las trabajadoras y trabajadores que se encuentren en situaciones especialmente protegidas vinculadas al ejercicio de cualquier derecho fundamental, recordando la consolidada doctrina de la Sala y del Tribunal Constitucional en materia de igualdad y no discriminación entre hombres y mujeres, para constatar que no puede admitirse una exclusión de esta naturaleza que pudiere resultar discriminatoria si supone privar de esta clase de complemento de productividad a la trabajadora que disfruta del derecho de ausentarse del trabajo por causas vinculadas a la maternidad o a cualquier otra característica biológica. Recuerda la sentencia que la discriminación no solo concurre cuando afecta directamente a una trabajadora, sino que también puede producirse cuando afecta a trabajadores varones "por cuanto las medidas de protección del ejercicio de los deberes parentales se configuran como instrumentos de corresponsabilidad familiar que actúan de mecanismos activos de igualdad de mujeres y hombres (así se plasma en el art. 16 de la Directiva 2006/54, que extiende la misma consecuencia establecida en el art. 15). Y es que la consecución de la igualdad efectiva, tal y como persigue la LOIMH y se plasmaba ya en la Exposición de Motivos de la Ley 39/1999, pasa, no solo por el reconocimiento de derechos de maternidad en sentido estricto, sino por la eficaz implantación de instrumentos de equiparación en el ámbito de la vida familiar, como reequilibrio de la desigualdad histórica" (STS 10/1/2017, rcud. 283/2015). Como dispone el art. 3 LO 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres: "El principio de igualdad de trato entre mujeres y hombres supone la ausencia de toda discriminación, directa o indirecta, por razón de sexo, y, especialmente, las derivadas de la maternidad, la asunción de obligaciones familiares y el estado civil". Acogiéndose a ese criterio, la sentencia de instancia ha declarado que el Acuerdo es contrario a derecho porque su genérica redacción afecta a todos los permisos a los que se refiere el art. 37.3 y 4 ET, para concluir que en las ausencias del puesto de trabajo que traen causa de todas estas clases de permisos debe abonarse el incentivo de productividad en litigio.

La Sala hace examen de las normas involucradas poniendo de manifiesto que su simple lectura es suficiente para evidenciar que, desde la perspectiva jurídica de la discriminación entre mujeres y hombres, no cabe aplicar un tratamiento jurídico unitario para todos y cada uno de los distintos tipos de permisos que contempla el art. 37 ET, que resultan muy heterogéneos y obedecen a causas y razones muy diversas, y que no siempre encierran un impacto sobre la efectividad del derecho a la igualdad y no discriminación, razón por lo que se entra en el análisis, uno a uno, de las distintas clases de permisos, para decidir hasta qué punto pudiere resultar lesivo al citado principio de igualdad de mujeres y hombres una previsión convencional como la que es objeto del litigio, poniendo de manifiesto:

- En cuanto al permiso de lactancia del menor de nueve meses del art. 37.4, estamos ante una modalidad de ausencia del puesto de trabajo vinculada al nacimiento de hijos, adopción, guarda o acogimiento. El permiso puede ejercitarse bajo la modalidad de ausencias por tiempo inferior a la jornada diaria, en cuyo caso no comportará la pérdida del incentivo, conforme se dispone en el propio pacto, pero también es posible que pudiere acumularse en jornadas completas, y aquí es donde la literalidad del acuerdo entra en colisión con aquel derecho fundamental en la medida que impide alcanzar la finalidad de efectiva igualdad de mujeres y hombres por la vía de penalizar el ejercicio de la corresponsabilidad parental como instrumento de consecución de dicho principio. Estas clases de ausencias o reducción de jornada han de interpretarse a la luz de la Ley 39/99, de 5 de noviembre, de Conciliación de la Vida Laboral y Familiar, avanzando en el camino de la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres, permitiendo que ambos puedan acogerse a este beneficio, lo que redundará, en definitiva, en pro de la protección del interés de los menores. Por ello, como acertadamente razona la resolución recurrida, "es preciso entender que cualquier interpretación de la ausencia de regulación concreta de la retribución del permiso de lactancia, tanto en el Estatuto como en el Convenio, que implique pérdida económica para el trabajador, es contraria al espíritu de la ley".
- El problema más complejo reside en relación con los permisos y licencias del art. 37.3 ET, que para los casos en él previstos, previo aviso y justificación, los trabajadores podrán ausentarse de su puesto de trabajo "con derecho a remuneración".

Caben dos distintas posibilidades:

- a) la de sostener que debe mantenerse exactamente la misma retribución que hubiere percibido el trabajador de haber prestado servicios en los días de permiso, incluyendo la totalidad de complementos que percibe de ordinario, entre ellos el de incentivos por producción;
- b) o admitir que la propia negociación colectiva que ha creado tales complementos salariales pueda modular y limitar los conceptos retributivos a percibir en los días de permiso.

Argumenta la sentencia que la literalidad de la ley resulta ciertamente indeterminada, y no permite deducir sin más que se está refiriendo a la totalidad de las percepciones del trabajador y menos aún a un tipo de retribución salarial directamente vinculada al rendimiento del trabajador. Con base en esa premisa, el punto de partida no puede ser otro que lo dispuesto en el art. 26 ET, que deja en manos de la negociación colectiva la configuración de la estructura salarial, con la fijación de los complementos salariales que se estimen oportunos, en función de las circunstancias relativas a las condiciones personales del trabajador, del trabajo realizado y resultados de la empresa "conforme a los criterios que a tal efecto se pacte". Hace referencia la Sala a que ya ha resuelto sobre esta cuestión en sentencias anteriores en el sentido de que en materia de las licencias o permisos retribuidos, el art. 37.3 ET no establece regla alguna sobre el cálculo de su remuneración, por lo que a falta de expresa norma legal, serán los términos del convenio colectivo los que determinen el cálculo de la remuneración correspondiente a los días de permiso o licencia, de modo que el convenio colectivo puede incidir en la remuneración de vacaciones y licencias y el análisis de conformidad del mismo respecto del mínimo indispensable que surge del mandato de la norma internacional exige que se incluyan los complementos salariales que constituyen la contraprestación efectiva de la actividad laboral ordinaria. Más cuando se trata, como en el presente caso, de un incentivo de productividad indisolublemente ligado a la efectiva presencia en el puesto de trabajo, como así lo reconoce en este caso la propia Comisión de Seguimiento del Acuerdo, cuando advierte que la exclusión de su devengo durante las ausencias responde a la vinculación del incentivo con la efectiva prestación de servicios y a la productividad del empleado. Lo que lleva a admitir que la propia negociación colectiva que es origen del complemento salarial puede establecer las condiciones en las que se genera el derecho a su percepción.

No obstante, estima la Sala que esa posibilidad no es ilimitada y encuentra una excepción en aquellos supuestos en los que la exclusión del complemento, en determinadas clases de licencias y permisos, pudiera suponer una merma de la efectividad del principio de igualdad de mujeres y hombres, por lo que el órgano judicial debe llevar a cabo una interpretación de las normas a aplicar de conformidad con lo dispuesto en el art. 4 Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, que bajo el título "Integración del principio de igualdad en la interpretación y aplicación de las normas", establece que "La igualdad de trato y de oportunidades

entre mujeres y hombres es un principio informador del ordenamiento jurídico y, como tal, se integrará y observará en la interpretación y aplicación de las normas jurídicas". Y en igual sentido, el art. 15 de la misma LO, dispone que "El principio de igualdad de trato y oportunidades entre mujeres y hombres informará, con carácter transversal, la actuación de todos los Poderes Públicos".

Por tanto, la Sala entra a diferenciar entre las distintas clases de permisos que contempla el art. 37.3 ET:

- - El permiso de quince días naturales en caso de matrimonio al que se refiere la letra a) del precepto, es objetivamente neutro en términos de circunstancias de género, afecta por igual a hombre y mujeres, y no hay por lo tanto razón para considerar que la exclusión del complemento de incentivos por productividad durante tales ausencias pudiere generar ninguna clase de discriminación directa o indirecta de las mujeres respecto a los hombres.
- - Distinto es el caso de los permisos contemplados en la letra b), por fallecimiento, accidente o enfermedad graves, hospitalización o intervención quirúrgica sin hospitalización que precise reposo domiciliario, de parientes hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad. Aquí entiende la sentencia que sí que es de apreciar la concurrencia de circunstancias de género de las que se deriva una discriminación indirecta que debe ser corregida, en la medida en que las ausencias del puesto de trabajo en uso de este permiso tienen mayor impacto en el colectivo de mujeres; no en el supuesto de que el permiso sea por fallecimiento de un pariente, en el que el impacto de género es neutro y no hay motivos para considerar la eventual concurrencia de una discriminación; pero sí en las demás situaciones a las que se extiende la norma, en las que sin duda se produce un mayor impacto para las mujeres trabajadoras que mayoritariamente son las que se hacen cargo de la atención a los familiares en esas circunstancias, sobre un porcentaje menor de hombres, lo que resulta manifiestamente notorio y conocido en la realidad social que nos envuelve, y resulta además patente en los resultados de las encuestas y estudios realizadas a tal efecto, como así lo evidencia la Encuesta Nacional de Condiciones de Trabajo 2015. España. 6ª EWCS, publicada por el Observatorio Estatal de Condiciones de Trabajo (INSHT) del Ministerio de Empleo y Seguridad Social, cuyos resultados se consideran por la Sala válidos ante la ausencia de estudios más específicos sobre el número de trabajadoras y de trabajadores que hacen uso de esta clase de permiso.
- - En cuanto al permiso por traslado del domicilio habitual de la letra c), debe considerarse igualmente neutro a estos efectos, y
- - lo mismo sucede en el supuesto de la letra d), el tiempo indispensable para el cumplimiento de un deber inexcusable de carácter público y personal, en el que no es de apreciar la concurrencia de circunstancias de género que permitan afirmar la existencia de un mayor impacto para las mujeres trabajadores.
- - Por último, en el caso de la letra f), las ausencias por el tiempo indispensable para la realización de exámenes prenatales y técnicas de preparación al parto, nos encontramos ante una evidente situación de discriminación directa de las mujeres trabajadoras que no precisa de mayores razonamientos en atención a la finalidad de dicho permiso.
- Deberán también incluirse las ausencias para asistir a las preceptivas sesiones de información y preparación o realización de los preceptivos informes psicológicos y sociales previos a la declaración de idoneidad, en los casos de adopción, guarda con fines de adopción o acogimiento, puesto que, sin duda, una eventual exclusión de este tipo de permisos provoca las consecuencias punitivas antes vistas sobre la deseable corresponsabilidad familiar, como mecanismo de consecución efectiva de la igualdad efectiva entre las personas de ambos sexos.

Argumenta la Sala que dos son las razones que conducen a esta última consideración: la pérdida del incentivo solo opera cuando la ausencia del puesto de trabajo abarque la totalidad de la jornada, lo que sin duda afectará en mayor medida al colectivo de trabajadores a tiempo parcial conformado en su mayoría por mujeres. Y la segunda, por las mismas razones que ya expuestas para las situaciones de asistencia a familiares de los permisos de la letra b).

Conforme a lo expuesto, el recurso de la empresa es parcialmente estimado, para revocar en parte la sentencia de instancia, limitando la declaración de nulidad del pacto en litigio a los supuestos de los permisos y licencias del art. 37.3 y 4 ET, en los que se aprecia la existencia de discriminación por razón de sexo en los términos expuestos anteriormente.

DATOS SENTENCIA

Sentencia núm. 853/19

Fecha Sentencia: 10/12/19

Recurso de casación en unificación de doctrina nº 3006/17

Ponente: Excmo. Sra. D^a María Luisa Segoviano Astaburuaga.

TEMA

Derechos (bolsas trabajo; competencia Jurisdicción [requisito contradicción]).

ASPECTOS EXAMINADOS

- La cuestión que se plantea en este recurso de casación para la unificación de doctrina se ciñe a resolver si el orden social de la jurisdicción es competente para conocer de un asunto en el que se plantea el derecho preferente del demandante a ser contratado con contrato de relevo, por jubilación parcial de otro trabajador, teniendo en cuenta el puesto que ocupa en la Bolsa de trabajo del Ayuntamiento de Benalmádena. El Juzgado de lo Social declara la falta de Jurisdicción del Orden Social para conocer de la pretensión deducida en la demanda, advirtiéndolo a las partes que la competencia corresponde al Orden Contencioso-Administrativo de la jurisdicción.

Consta en HP que en el Ayuntamiento existía desde el 8 de abril de 2014, una Bolsa de trabajo de oficial conductor, siendo el tercero de la lista el actor, que reclama su derecho de preferencia a ser contratado con contrato de relevo por la jubilación parcial de otro trabajador con preferencia a otros que el Ayuntamiento ha contratado, ello por tener mejor puesto en dicha Bolsa de trabajo.
- Argumenta la Sala del Alto Tribunal que, tal y como ha puesto de relieve en la sentencia de 1 de octubre de 2019, recurso 1600/2017, nos encontramos ante una cuestión de claro carácter procesal en la que está en juego la propia competencia del órgano judicial, por lo que conviene poner de relieve la flexibilidad aplicada por la Sala de casación en orden a determinar la concurrencia del requisito o presupuesto de contradicción de sentencias ex art. 219 LRJS cuando se trata de infracciones procesales que pudieran generar indefensión, remitiéndose al Acuerdo adoptado en Pleno no jurisdiccional de fecha 11-02-2015 sobre el requisito de la contradicción en materia de infracciones procesales respecto del recurso de casación para la unificación de doctrina, en el que se decidió que "Al analizar la contradicción en materia de infracciones procesales se exigirá siempre la concurrencia de la suficiente homogeneidad en la infracción procesal respectiva, con objeto de que se pueda examinar una divergencia de doctrinas que deba corregirse respecto de alguno de los aspectos propios de la tutela judicial efectiva" y que "Cuando en el recurso se invoque motivo de infracción procesal las identidades del art. 219.1 LRJS deben estar referidas a la controversia procesal planteada, sin que sea necesaria la identidad en las situaciones sustantivas de las sentencias comparadas".
- No es, por tanto, la cuestión sustantiva que constituye el fondo del asunto la que debe ser analizada para determinar si concurren los supuestos de contradicción del artículo 219.1 LRJS, sino la controversia planteada respecto de la infracción procesal sobre la que versen la sentencia recurrida y la de contraste y la necesidad de que concurra en este extremo suficiente homogeneidad (SSTS 169/17, de 28 de febrero, rec. 2698/15, y 445/17, de 18 de mayo, rec. 3248/15).

El recurrente alega vulneración del art. 2 n) LRJS, y la sentencia se remite a la de 11 de junio de 2019, recurso 132/2018, que resolvió un asunto similar, en el que se impugnaba una de las bases de la convocatoria de la Viceconsejería de Administraciones Públicas por la que se convocan pruebas selectivas para el ingreso en la categoría de Auxiliar de Enfermería. En esta sentencia se declaró la competencia del Orden Social con el siguiente razonamiento: "... Para la resolución del extremo planteado hemos de acudir a la doctrina elaborada por esta Sala, marcando como punto de inflexión la promulgación de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, cuya Exposición de motivos entendió que era el "momento de racionalizar la distribución competencial entre los órdenes jurisdiccionales en el ámbito de las relaciones laborales. Con la nueva Ley reguladora de la jurisdicción social se afronta una modernización de la norma a partir de la concentración de la materia laboral, individual y colectiva, y de Seguridad Social en el orden social y de una mayor agilidad en la tramitación procesal. De esta manera, se pretenden superar los problemas de disparidad de los criterios jurisprudenciales, dilación en la resolución de los asuntos y, en consecuencia, fragmentación en la protección jurídica dispensada. Estos problemas son incompatibles con los principios constitucionales de seguridad jurídica y tutela judicial efectiva, así como con el funcionamiento eficiente del sistema socioeconómico...". Se argumenta que la Sala ha mantenido que es cierto que tanto la Jurisprudencia de la Sala de Conflictos como la de la propia Sala se han inclinado en principio por asignar al Orden Contencioso-Administrativo la competencia para resolver las reclamaciones sobre convocatorias y provisión de puestos de trabajo en organismos públicos, por entender que "es siempre prevalente, porque la actuación de la Administración es previa al vínculo laboral y predomina en ella el carácter de poder público que está obligado a formular una oferta de empleo en los

términos fijados en la Ley, y a someterse a procedimientos reglados de convocatoria y selección". Ya en sentencia de 3/03/11, rec. 91/10, se declaró la competencia del Orden Social en un supuesto en el que la pretensión ejercitada no reclamaba la entrada de personal nuevo, sino que se limita a exigir el cumplimiento sobre unos acuerdos previstos para la reubicación de sus efectivos personales ya existentes, para lo cual, en cuanto considerado dentro de la órbita del derecho laboral, siempre se ha considerado competente el orden jurisdiccional social, competencia que ha sido confirmada e incluso ampliada por el art. 83 EBEP al establecer que "la provisión de puestos y movilidad del personal laboral se realizará de conformidad con lo que establezcan los convenios colectivos que sean de aplicación ..."

- Ya en el seno de vigencia de la nueva normativa procesal, la Sala hace un examen de la Jurisprudencia, haciendo mención a la STS de fecha 30.11.2015 (RC 33/2015), recaída en procedimiento de Conflicto colectivo sobre impugnación de convocatorias de acceso de personal laboral externo a plazas de la Junta de Extremadura, que precisa que lo pretendido no era la aplicación o interpretación del art. 15 del Convenio de cobertura, sino la paralización de las Órdenes de la Junta de convocatoria de acceso libre al empleo público, y aplicando la Jurisprudencia acuñada por la Sala acerca de la competencia de la Jurisdicción Contenciosa-Administrativa para conocer de las demandas de impugnación de la actividad administrativa de selección de personal laboral, concluye declarando la falta de competencia del orden jurisdiccional social para su enjuiciamiento.

También declara la incompetencia de jurisdicción del orden social en STS de 6/11/18, rec. 222/17, dictada en un caso en el que se postulaba directa o indirectamente la impugnación de una disposición de carácter general emanada de una Administración Pública.

La STS de 21.01.2019, rec. 235/2017 remite al Orden Contencioso-Administrativo la demanda que formulaba la declaración de que no es ajustada a derecho la práctica de la Universidad del País Vasco de no convocar anualmente la Convocatoria para solicitar la evaluación de los méritos y la asignación de los complementos retributivos adicionales y del reconocimiento del derecho del personal a que la citada convocatoria se convoque anualmente. En esta resolución se argumenta: "... Para la determinación de la jurisdicción competente... deben tenerse en cuenta, en la redacción vigente de la LRJS en la fecha de los hechos (02-10-2012), especialmente los preceptos en los que se preceptúa que:

- a) "Los órganos jurisdiccionales del orden social conocerán de las pretensiones que se promuevan dentro de la rama social del Derecho, tanto en su vertiente individual como colectiva, incluyendo aquéllas que versen sobre materias laborales y de Seguridad Social, así como de las impugnaciones de las actuaciones de las Administraciones públicas realizadas en el ejercicio de sus potestades y funciones sobre las anteriores materias" (art. 1 LRJS);
- b) "Los órganos jurisdiccionales del orden social ..., por aplicación de lo establecido en el artículo anterior, conocerán de las cuestiones litigiosas que se promuevan: ... n) ... respecto de las demás impugnaciones de otros actos de las Administraciones públicas sujetos al Derecho Administrativo en el ejercicio de sus potestades y funciones en materia laboral y sindical que pongan fin a la vía administrativa, siempre que en este caso su conocimiento no esté atribuido a otro orden jurisdiccional" (art. 2 n) LRJS); y
- c) "No conocerán los órganos jurisdiccionales del orden social: a- De la impugnación directa de disposiciones generales de rango inferior a la ley y decretos legislativos cuando excedan los límites de la delegación, aun en las materias laborales, sindicales o de Seguridad Social enumeradas en el artículo anterior" (art. 3.a) LRJS) ..."

Tras extraer el examen verificado por la STS IV de 21.11.2011 (rcud 910/2011) y la variación evidenciada de la distribución competencial después del dictado de la LRJS, distingue entre:

- a) Las actuaciones de la Administración pública "realizadas en el ejercicio de sus potestades y funciones" en materia laboral, sindical y de seguridad social, las que como regla, tratándose de actos singulares o plurales (no de disposiciones generales o asimilados) de su impugnación conoce el orden social, con excepciones (en especial en materia de actos de la TGSS) a favor del orden contencioso-administrativo en especial "siempre que en este caso su conocimiento no esté atribuido a otro orden jurisdiccional" (arts. 1, 2 letras n y s, y art. 3 letras a, e y f LRJS); y
- b) Los actos o decisiones de la Administración pública empleadora respecto de los trabajadores a su servicio de cuya impugnación conoce siempre el orden social (arts. 1, y 2 letras a, b, e, i LRJS), si bien cuando tales actos afecten conjuntamente al personal laboral y al funcional y/o estatutario, la LRJS ha optado por atribuir el conocimiento de la impugnación de tales actos en materia laboral o sindical (materia de derechos de libertad sindical y huelga, pactos o acuerdos ex EBEP o laudos arbitrales sustitutivos) al orden contencioso-administrativo (art. 2 letras f y h y art. 3 letras c, d y e LRJS), salvo en materia de prevención de riesgos laborales en que la competencia del orden social es plena (arts. 2. e y 3.b LRJS).

Continúa argumentando la Sala que, aunque no se establezca expresamente en el texto procesal social, en su art. 2.n) respecto de la impugnación de los actos plurales de la Administración Pública dictados "en el ejercicio de sus potestades y funciones" en materia laboral (en cuanto ahora afecta), dado el principio básico establecido en tal norma para los actos, aún de distinta naturaleza, de la Administración Pública empleadora que afecten conjuntamente al personal laboral y al funcional y/o estatutario consistente en residenciar el conocimiento de los actos de impugnación conjunta ante el orden

contencioso-administrativo (salvo en materia de prevención de riesgos laborales), por analogía debe aplicarse el principio general consistente en que tratándose de tales actos plurales de la Administración pública dictados "en el ejercicio de sus potestades y funciones" que afecten conjuntamente al personal laboral y al funcional y/o estatutario su impugnación directa incumbe al orden jurisdiccional contencioso-administrativo y no al social; y sin perjuicio de que la impugnación de los actos que se produzcan en su aplicación, a través de los conflictos colectivos o individuales posteriores que pudieran promoverse por los legitimados para ello, cuyo conocimiento, de afectar exclusivamente al personal laboral, corresponda al conocimiento del orden social con posibilidad, en su caso, de resolver prejudicialmente sobre la resolución o acto de afectación conjunta (arg. ex arts. 3.d, 4.1 y 163.4 LRJS).

Como corolario de lo anterior, la misma resolución pone el acento, a efectos de fijar la competencia, en el dato señalado de que se trata de una práctica plural de la Administración -la práctica de no realizar anualmente la convocatoria para solicitar la evaluación de los méritos y la asignación de los complementos retributivos adicionales- realizada en ejercicio de sus facultades y funciones y que afecta a personal laboral y funcionario. También expresa que dicha inacción, si bien no cabe incluirla en el ámbito de las "disposiciones generales de rango inferior a la ley", contempladas en el art. 3.a) LRJS, constituye un acto plural de las Administraciones Públicas -por inacción- "sujetos al Derecho Administrativo en el ejercicio de sus potestades y funciones en materia laboral", contemplado en el art. 2 n) LRJS, acto que no afecta exclusivamente al personal laboral que presta servicios como personal docente e investigador de la UPV/EHU, sino que también afecta al personal funcionario, por lo que el orden jurisdiccional social no es el competente para conocer de la impugnación de dicha resolución.

- Aplicando la anterior doctrina al supuesto examinado se concluye que el orden social es competente para conocer de la cuestión planteada.

Aunque la cuestión relativa a las bolsas de trabajo en la Administración Pública fue resuelta por las sentencias de Pleno de 7 de febrero de 2003, recurso 1585/2002, y 3 de mayo de 2006, recurso 642/2005, que atribuyeron el conocimiento de dicha cuestión al orden contencioso administrativo, la sentencia manifiesta que esta doctrina de la Sala puede entenderse modificada por la entrada en vigor de la disposición contenida en la letra n) del art. 2 LRJS, que atribuye a esta jurisdicción (la social) el conocimiento de las "demás impugnaciones de otros actos de las Administraciones Públicas sujetas al Derecho Administrativo en el ejercicio de sus potestades y funciones en materia laboral y sindical que pongan fin a la vía administrativa, siempre que en este caso su conocimiento no esté atribuido a otro orden jurisdiccional".

DATOS SENTENCIA

Sentencia núm. 2/2020

Fecha Sentencia: 8/01/20

Recurso de casación para la unificación de doctrina nº 3179/17

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

TEMA

Incapacidad Temporal (intervención quirúrgica no incluida en la cartera de servicios del Sistema Nacional de Salud).

ASPECTOS EXAMINADOS

- Constituye objeto del recurso de casación unificadora determinar si la demandante tiene derecho a la prestación de Incapacidad Temporal en un supuesto en el que se sometió voluntariamente, en una clínica privada, a una operación quirúrgica en ambos ojos consistente en extracción del cristalino con implante de lentes intraoculares, al objeto de eliminar la presbicia y la hipermetropía con astigmatismo que padecía; teniendo en cuenta que se trata de una intervención quirúrgica que no está comprendida en la cartera de servicios comunes del Sistema Nacional de Salud.
La sentencia recurrida en casación reconoció el derecho de la demandante a percibir el subsidio de incapacidad temporal devengado por contingencia común, condenando a la Mutua Asepeyo a hacer efectivas las prestaciones sanitarias y económicas correspondientes, con responsabilidad subsidiaria del INSS.
Denuncia la Mutua recurrente la infracción del artículo 169 LGSS, en relación con el RD 1030/06, de 15 de septiembre, y con el artículo 103 RD 2065/1974, de 30 de mayo. Sostiene, en síntesis, que, dado que la intervención quirúrgica que da origen a la convalecencia, incompatible con la realización del trabajo, está excluida de la cartera de servicios del sistema nacional de salud, la recta interpretación del artículo 169 LGSS impide que se genere el derecho al subsidio.
- El artículo 169.1 a) LGSS establece que tendrán la consideración de situaciones determinantes de incapacidad temporal las debidas a enfermedad común o profesional y a accidente, sea o no de trabajo, mientras el trabajador reciba asistencia sanitaria de la Seguridad Social y esté impedido para el trabajo. Pone de manifiesto la Sala que, en el caso concreto, nadie

duda el hecho de que la actora estaba impedida para el trabajo a consecuencia de las operaciones quirúrgicas a que fue sometida en ambos ojos. Tampoco resulta controvertido que la actora recibe asistencia sanitaria. Por ello, la cuestión discutida radica en determinar si el hecho de que dicha asistencia sanitaria haya sido prestada en la medicina privada, por no estar comprendida la misma en la cartera de servicios comunes del Servicio Nacional de Salud, le impide ser titular de la prestación discutida.

A tal efecto, argumenta la Sala que la respuesta debe ser necesariamente negativa pues en el caso se dan los dos requisitos básicos para poder acceder a la prestación (situación incapacitante y tratamiento médico). La referencia a la asistencia sanitaria de la Seguridad Social no debe ser entendida en sentido estricto, como que la misma ha de ser prestada necesariamente por la propia Seguridad Social de manera directa, lo que -por otra parte- no sería posible dada la actual estructura del servicio nacional de salud y la asunción de la asistencia sanitaria por parte de los servicios de salud de las Comunidades Autónomas. La asistencia sanitaria a la que se refiere el precepto está dirigida a garantizar el control de la situación incapacitante y del adecuado tratamiento recuperador por parte de los servicios públicos de salud. De esta forma, son estos servicios los únicos competentes para emitir los correspondientes partes médicos de baja, de confirmación de la misma y de alta; de suerte que lo decisivo no es si, ante una situación de enfermedad, el tratamiento sea o no financiado por los servicios públicos de salud, sino si de tal enfermedad y tratamiento se deriva una situación incapacitante para el trabajo a juicio de los servicios públicos de salud quienes, a través de sus prescripciones facultativas controlarán la concurrencia del requisito incapacitante según lo previsto reglamentariamente.

En la situación aquí contemplada, la trabajadora padecía una patología ocular configuradora de enfermedad que tiene diferentes tratamientos, alguno de los cuales, singularmente los más avanzados y modernos, no están cubiertos por el sistema nacional de salud. Ello no impide que voluntariamente el enfermo pueda recurrir a ellos a sus expensas, pero las consecuencias temporales incapacitantes derivadas de tales tratamientos que requieren asistencia sanitaria configuran, sin dificultad, la situación protegida por el artículo 169.1 a) LGSS, siempre y cuando el control de dicha situación se lleve a cabo por los servicios médicos públicos competentes.

DATOS SENTENCIA

Sentencia de la Sala V del Tribunal Supremo.
 RECURSO DE CASACIÓN nº 101/35/2019.
 Sentencia nº 138/19
 Fecha Sentencia: 10 de diciembre de 2019.
 Ponente, Excmo. Sr. D. Fernando Pignatelli Meca.

TEMA

Delito "abuso de autoridad" en su modalidad de maltrato de obra a un subordinado previsto en el artículo 46 del vigente Código Penal Militar.

ASPECTOS EXAMINADOS

- En esta sentencia se realiza una extensa y pormenorizada exposición de la doctrina jurisprudencial de la Sala Quinta del Tribunal Supremo referida a esta figura delictiva, resultando ilustrativo reproducir los siguientes extractos de su fundamentación jurídica:

<<...Adentrándonos ya en el examen de la queja que se formula, en la que se viene, en realidad, a denunciar haberse incurrido por la sentencia de instancia en infracción de ley, en concreto por indebida aplicación del artículo 46 del Código Penal Militar de 2015, hemos de poner primeramente de manifiesto que la vía casacional elegida presupone, en todo caso, la aceptación de los hechos que, como probados, figuran en la sentencia de instancia, que resultan ya inamovibles y vinculantes, de manera que dependiendo, pues, la prosperabilidad de este motivo que ahora analizamos de la suerte de los anteriormente censurados en cuanto a la alteración del relato histórico, el fracaso procesal de aquellos conlleva la desestimación del presente.

Viene a negar la parte que recurre, de forma desordenada, tanto la adecuada tipificación de los hechos, en concreto el maltrato producido, como el no haberse acreditado y fundamentado la vulneración de los bienes jurídicos protegidos de la integridad física, la dignidad humana y la disciplina militar, la condición de miembros de las Fuerzas Armadas, la relación jerárquica entre el recurrente y la víctima y, sobre todo, que los hechos se produjeran en un contexto que no fuera ajeno al servicio que ambos prestaban en las Fuerzas Armadas o que se haya producido el daño, incidiendo especialmente en que se aplican erróneamente los requisitos jurisprudenciales relativos a la determinación de la relación de subordinación entre agresor y agredido, ya que tal relación de subordinación no puede afirmarse que existiera.

En nuestra sentencia de 29 de abril de 2014, seguida por las de 27 de octubre de 2014, núms. 55/2017, de 9 de mayo de 2017, 44/2018, de 3 de mayo de 2018 y 53/2019, de 10 de abril de 2019, hemos sentado, con razonamiento aplicable, mutatis mutandis, al delito de abuso de autoridad, en su modalidad de maltrato de obra a un subordinado, que ahora de incrimina en el artículo 46 del Código Penal Militar vigente, que "desde su sentencia de 4 de abril de 1990, invariablemente ha venido manteniendo esta Sala -sentencias, entre otras, de 30.03.1992, 07.02.1995, 14.03.1996, 15.02.1997, 29.12.1999, 03.04.2000, 23.02 y 17.11.2003, 13.05.2005, 30.11.2006, 03.12.2007, 18.01, 10.11 y 23.12.2008, 16.03.2009, 18.01, 15.02, 22.04 y 17.06.2010 y 28.02.2013- que la conducta cuya realización se conmina en el artículo 104 del Código Penal Militar consiste en toda agresión física susceptible de causar una perturbación en la incolumidad o bienestar corporal de una persona, con o sin menoscabo de la integridad, salud y capacidad de la misma, siempre que la agresión provenga de un superior respecto de un inferior y el hecho se produzca en un contexto que no sea ajeno al servicio que ambos prestan en las Fuerzas Armadas"; más recientemente, las sentencias de 26 de junio y 3 de noviembre de 2008, 20 de julio de 2009, 22 de abril y 17 de junio de 2010, 28 de febrero de 2013, 29 de abril de 2014, núms. 55/2017, de 9 de mayo de 2017, 44/2018, de 3 de mayo de 2018 y 53/2019, de 10 de abril de 2019, trayendo a colación la doctrina de la Sala sobre el concepto de maltrato de obra recogida en múltiples resoluciones, concluyen que "de conformidad con las mismas por maltrato de obra ha de considerarse toda agresión física susceptible de causar una perturbación en la incolumidad o bienestar corporal de una persona, con o sin menoscabo de la integridad, salud y capacidad de la misma, de suerte que el maltrato abarca desde el simple acto de violencia física sin resultado lesivo hasta la causación de cualquier lesión", a lo que añaden las sentencias de esta Sala de 18 de enero, 22 de abril y 17 de junio de 2010, 28 de febrero de 2013, 29 de abril y 27 de octubre de 2014, núms. 44/2018, de 3 de mayo de 2018 y 53/2019, de 10 de abril de 2019 -siguiendo, entre otras muchas, y por citar sólo las más recientes, las de 30.11.2006, 03.12.2007, 18.01 y 10.11.2008 y 20.07.2009- la referencia a "la pluralidad de bienes jurídicos que la norma penal protege, consistentes en la integridad física (art. 15 CE) de la que forma parte la incolumidad personal; la dignidad humana (art. 10.1 CE), y la disciplina militar que es elemento estructural de las Fuerzas Armadas (art. 4.1 Séptima. Ley 39/2007, de la Carrera Militar y arts. 8 y 44 y ss. de las RROO aprobadas por RD 96/2009, de 6 de febrero)".

En la misma línea argumental, y más recientemente, las sentencias de esta Sala núms. 43/2017, de 5 de abril de 2017, 44/2018, de 3 de mayo de 2018 y 53/2019, de 10 de abril de 2019, señalan que "la calificación realizada por el Tribunal sentenciador es conforme a la norma aplicada, según interpretación asentada de esta Sala que constituye jurisprudencia invariable, al menos desde la ya lejana sentencia de 4 de abril de 1990, según la cual la acción típica que constituye elemento objetivo del delito de abuso de autoridad con maltrato de obra, consiste en "cualquier agresión o violencia física susceptible de causar perturbación en la incolumidad o bienestar de una persona, con o sin menoscabo de la integridad, salud o incapacidad del sujeto pasivo, siempre que la conducta agresiva provenga de un superior respecto de un inferior en la escala jerárquica militar, y el hecho se produzca en un contexto que no resulte ajeno al servicio que ambos presten en las Fuerzas Armadas"; por su parte, nuestra sentencia núm. 99/2019, de 29 de julio de 2019, afirma que "debemos recordar que de acuerdo con una consolidada y constante Jurisprudencia de esta Sala (Sentencias de 30 de noviembre de 2006, 28 de febrero de 2017 y 28 de marzo de 2017, entre otras muchas), "la acción típica de maltratar de obra, consiste en cualquier agresión o violencia física susceptible de causar perturbación en la incolumidad o bienestar de una persona, con o sin menoscabo de la integridad, salud o capacidad del sujeto pasivo, siempre que la conducta agresiva provenga de un superior respecto de un subordinado en la escala jerárquica militar, y el hecho se produzca en un contexto que no resulte ajeno al servicio que ambos prestan en las Fuerzas Armadas".

El delito de maltrato de obra a un inferior previsto en el artículo 104 del derogado Código Penal Militar de 1985 aparecía incardinado entre los delitos de "abuso de autoridad" del Capítulo III, ubicado en el Título V -relativo a los "delitos contra la disciplina"- del Libro Segundo del citado cuerpo legal, mientras que el delito de maltrato de obra a un subordinado previsto en el artículo 46 del vigente Código Penal Militar de 2015 se ubica en el Capítulo III -relativo al "abuso de autoridad"-del Título II -"delitos contra la disciplina"- del Libro Segundo del texto legal de mérito, protegiéndose ahora en este tipo penal pluriofensivo -al igual que se hacía en el artículo 104 del Código punitivo marcial de 1985-, como dicen nuestras sentencias de 29 de abril de 2014, núms. 44/2018, de 3 de mayo de 2018 y 53/2019, de 10 de abril de 2019, siguiendo las de 20 de febrero de 2007, 10 de noviembre de 2008, 17 de junio de 2010 y 28 de febrero de 2013, ""la disciplina como valor sustancial para el correcto funcionamiento de las Fuerzas Armadas, así como la dignidad personal y la integridad física y la salud del ofendido (Sentencia de 30 de noviembre de 2006)", por lo que todo hecho legalmente constitutivo de tal ilícito criminal lesiona, sin excepción alguna, dichos bienes jurídicos, y, más en concreto, el de la disciplina militar".

A este respecto, olvida la representación procesal del recurrente, en orden a propiciar la conclusión de indebida aplicación del artículo 46 del Código Penal Militar de 2015 que propugna, que, como hemos puesto de relieve en las ante aludidas sentencias de 29 de abril de 2014, núms. 44/2018, de 3 de mayo de 2018 y 53/2019, de 10 de abril de 2019, siguiendo las de 22 de abril y 17 de junio de 2010 y 28 de febrero de 2013, con razonamiento aplicable, mutatis mutandis, al ilícito criminal configurado en el artículo 46 del Código Penal Militar aprobado por Ley Orgánica 14/2015, de 14 de octubre, "en el mismo sentido que la invariable jurisprudencia de esta Sala, el Auto del Pleno del Tribunal Constitucional núm. 63/2004, de 24 de febrero, afirma, en su Fundamento Jurídico 5, que en un análisis exhaustivo del precepto penal de que se trata "es posible identificar tres bienes, o valores jurídicos [de] cuya relevancia constitucional no puede dudarse: la incolumidad personal, elemento integrante del derecho fundamental a la integridad física (art. 15 CE), la dignidad humana (art. 10.2 CE) y la disciplina militar, elemento estructural de la Institución Militar, bienes o valores cuya protección resulta necesaria para el cumplimiento de los fines de dicha Institución (por todas, STC 115/2001, de 10 de mayo, F. 9). La identificación de estos bienes jurídicos permite individualizar el desvalor jurídico de la conducta por contraposición al de las conductas contempladas en otras normas punitivas que se aducen como términos de comparación por el órgano judicial, pues es patente que el régimen punitivo previsto para el maltrato de obra en dichas legislaciones, bien no toma en cuenta la afectación de la dignidad humana inherente al maltrato de un superior a [un] inferior, bien no considera las necesidades de protección específicas de la propia Institución Militar, cuya relevancia constitucional viene declarando este Tribunal desde la STC 21/1981, de 2 de julio".

En este sentido, afirma nuestra sentencia de 3 de diciembre de 2007, seguida por las de 3 de noviembre de 2008, 20 de julio de 2009, 22 de abril y 17 de junio de 2010, 28 de febrero de 2013, 29 de abril y 19 de diciembre de 2014 y núms. 28/2017, de 28 de febrero, 37/2017, de 28 de marzo y 58/2017, de 16 de mayo de 2017, 44/2018, de 3 de mayo de 2018 y 53/2019, de 10 de abril y núm. 99/2019, de 29 de julio de 2019, que "el delito de Abuso de autoridad en su modalidad de maltrato de obra a un inferior es delito pluriofensivo, en el que confluyen hasta tres bienes jurídicos objeto de protección que son la integridad física y corporal, la dignidad personal y la disciplina como elemento estructural de cohesión dentro de las Fuerzas Armadas (vid. Auto TC 63/2004, de 24 de febrero), con cita de lo dispuesto en el todavía vigente art. 171 de las Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas. Dichos bienes jurídicos se afectan mediante el despliegue por parte de los superiores frente a los inferiores en el empleo militar, de cualquier acto de violencia física que aun revistiendo mínima entidad deba conceptuarse como agresión en función de su potencialidad para afectar cualquiera de los dichos intereses jurídicos que la norma protege". A tal efecto, en sus ante aludidas sentencias núms. 43/2017, de 5 de abril de 2017, 44/2018, de 3 de mayo de 2018 y 53/2019, de 10 de abril de 2019, esta Sala sienta que "de nuestra jurisprudencia forma parte que se trata de un delito pluriofensivo, en

que se protegen los bienes jurídicos representados tanto por la integridad física y la salud del subordinado (art. 15 CE), como la dignidad personal del ofendido (arts. 10.1 CE y 11 de las Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas, por todos) y la disciplina consustancial a la organización y funcionamiento de los Ejércitos (art. 8 de dichas Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas, por todos). En nuestra sentencia de 30 de noviembre de 2006, ya dijimos que "el respeto de la dignidad personal debe especialmente protegerse en el desenvolvimiento de la relación jurídica militar, en que los deberes de subordinación y jerarquía se encuentran tan especialmente acentuados en interés del mantenimiento del elemento estructural de la disciplina, que obliga a todo superior a observar un comportamiento deferente hacia el inferior o subordinado en concordancia con el respeto y obediencia que éste debe al primero". Con cita, entonces, de la ya lejana sentencia de 22 de febrero de 1989 en la que dijimos que "el óptimo sistema de equilibrio ente los militares se quebraría si las relaciones que los militares tienen obligación de mantener no estuvieran presididas por un respeto que preserve el principio de jerarquía y que asegure el cumplimiento de las órdenes impartidas".

Más concretamente, y por lo que atañe a los bienes jurídicos objeto de tuición en el tipo penal que se configura en el precepto de que se trata, en nuestras tan nombradas sentencias de 29 de abril de 2014, núms. 44/2018, de 3 de mayo de 2018 y 53/2019, de 10 de abril de 2019, siguiendo las de 22 de abril y 17 de junio de 2010 y 28 de febrero de 2013, se señala, con razonamiento aplicable al delito de abuso de autoridad, en su modalidad de maltrato de obra a un subordinado, que se configura ahora en el artículo 46 del vigente Código Penal Militar de 2015, que "hemos afirmado reiteradamente -desde nuestra Sentencia de 4 de abril de 1990- que el actual artículo 104 del Código Penal Militar centra su atención no en el resultado del maltrato sino en la manifestación externa de vulneración de determinados derechos fundamentales -la dignidad humana y la integridad física del militar- y de la disciplina -que, según la Séptima de las reglas esenciales que definen el comportamiento del militar que se enuncian en el artículo 4.1 de la Ley 39/2007, de 19 de noviembre, de la Carrera Militar, constituye "factor de cohesión que obliga a mandar con responsabilidad y a obedecer lo mandado", "será practicada y exigida en las Fuerzas Armadas como norma de actuación" y "tiene su expresión colectiva en el acatamiento a la Constitución ..."-, valorando el eventual resultado únicamente como motivo de agravación de la pena, bastando para calificar el hecho como penalmente antijurídico con que concurra la intención de agredir físicamente a otra persona y se lleve a efecto la acción, de superior a inferior, siendo consciente que con ello se atenta a la dignidad de la persona y se pone en peligro la incolumidad, bienestar e integridad corporal a que antes se hizo referencia, de manera que los malos tratos de obra solo pueden ser concebidos como delito en la vigente normativa sancionadora militar, que, desarrollando la Constitución de 1978, considera los malos tratos de obra a las personas como "atentatorios a la dignidad de la persona y a los derechos inviolables que le son inherentes, entre los que se comprende el derecho a la integridad física y moral y la correspondiente proscripción de los tratos inhumanos y degradantes (arts. 10 y 15 de la Constitución Española)", dignidad y derechos fundamentales que, en respeto a dichos preceptos constitucionales, se encargaban de salvaguardar, al momento de ocurrencia de los hechos sentenciados, tanto las reglas esenciales de comportamiento del militar Quinta -según la cual, el militar "ajustará su conducta al respeto de las personas... la dignidad y los derechos inviolables de la persona son valores que tiene obligación de respetar y derecho a exigir. En ningún caso los militares estarán sometidos, ni someterán a otros, a medidas que supongan menoscabo de la dignidad personal o limitación indebida de sus derechos"-, Séptima -que establece que el militar "adecuará su comportamiento profesional, en cumplimiento de sus obligaciones militares, a las características de las Fuerzas Armadas de disciplina, jerarquía y unidad, indispensables para conseguir la máxima eficacia en su acción"- y Octava -a cuyo tenor, "la disciplina, factor de cohesión que obliga a mandar con responsabilidad y a obedecer lo mandado, será practicada y exigida en las Fuerzas Armadas como norma de actuación. Tiene su expresión colectiva en el acatamiento a la Constitución y su manifestación individual en el cumplimiento de las órdenes recibidas"- del apartado 1 del artículo 6 de la Ley Orgánica 9/2011, de 27 de julio, de derechos y deberes de los miembros de las Fuerzas Armadas, como los artículos 4, 8, 11 y 12 de las Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas, aprobadas por Real Decreto 96/2009, de 6 de febrero.

Por último, en las sentencias de esta Sala de 20 de julio de 2009, 22 de abril de 2010, 9 de febrero y 17 y 26 de diciembre de 2012, 8 de marzo de 2013, 29 de abril de 2014, núms. 44/2018, de 3 de mayo de 2018 y 53/2019, de 10 de abril de 2019, hemos afirmado, siguiendo la de 19 de diciembre de 1996, en relación con el tipo penal incardinado en el artículo 104 del Código punitivo castrense de 1985 y con criterio extrapolable, mutatis mutandis, al tipo penal que se cobija ahora en el artículo 46 del vigente Código Penal Militar de 2015, que "ciertamente, como ya señalaba -recordando "la que viene siendo constante doctrina de esta Sala en su interpretación de la norma penal cuestionada, manifestada ya en un crecido número de Sentencias de las que cabe citar, por vía de ejemplo, las de 4 de Abril y 9 de Mayo de 1.990, 10 y 30 de Noviembre de 1.992, 29 de Abril de 1.994 y 14 de Marzo de 1.996"- nuestra, no por lejana en el tiempo carente de actualidad, Sentencia de 19 de diciembre de 1996 en relación a la trascendencia de los hechos precisa para subsumirlos en el primer inciso del artículo 104 del Código Penal Militar, hemos dicho de forma reiterada que "si por maltrato de obra -que es la expresión utilizada en el art. 104 CP- entendemos toda agresión física susceptible de causar una perturbación en la incolumidad corporal de una persona, se produzca o no un menoscabo en la integridad, salud o capacidad de la misma para sus habituales ocupaciones, debe concluirse que tal forma de actuación encaja plenamente en el tipo básico descrito en el primer apartado del precepto

cuestionado, que abarca así desde el mero acto de violencia física que no produce resultado lesivo alguno hasta el que causa lesiones que técnicamente deban ser consideradas menos graves. No existe, pues, maltrato de obra alguno en el ámbito militar que, ejercido por un superior sobre un inferior, pueda ser calificado como simple infracción disciplinaria, estando en este punto nitidamente precisada, contra lo que el recurrente supone, la frontera entre lo penal y lo disciplinario.

Esta interpretación del tipo penal que analizamos se encuentra firmemente fundamentada -decíamos en la ya citada Sentencia de 29 de Abril de 1.994- en las siguientes razones: a) el claro significado gramatical de las palabras utilizadas en el párrafo primero del art. 104 CPM; b) la ubicación sistemática del precepto entre los delitos contra la disciplina, bien jurídico que padece tanto cuando se le desconoce por el inferior como cuando se abusa de él por el superior; c) sus precedentes históricos y concretamente la notoria diferencia que se aprecia entre la norma en cuestión y el art. 334 CJM; d) su contraste con los preceptos disciplinarios en que se sancionan conductas que implican abuso de autoridad, entre las cuales no existe ninguna que incorpore el elemento específico del maltrato de obra; y e) la realidad social de nuestro tiempo. Desde este último punto de vista -concluíamos en la misma Sentencia- tenemos 'dos datos insustituibles para una correcta lectura de la norma: el primero es que el recto entendimiento de la disciplina militar postula una actitud de respeto mutuo, absolutamente incompatible con los malos tratos de obra, entre los miembros de la estructura castrense ligados por una relación de mando y subordinación; el segundo es que la dignidad e integridad física del ciudadano que viste el uniforme militar se encuentran tanto más necesitados de protección, incluida la protección jurídico-penal, cuanto que la imprescindible jerarquía propia de los Ejércitos y la necesidad de que en el mismo se impongan pautas rigurosas de comportamiento pueden generar situaciones en que aquellos dos valores de rango constitucional -la dignidad y la integridad física- sean más vulnerables de lo que puedan serlo en la vida civil'...>> **(Fundamento Jurídico Decimosegundo).**

- <<...En definitiva, la exégesis jurisprudencial del artículo 46 del Código Penal Militar, que castiga el maltrato de obra por un superior a un subordinado - siendo la oración descriptiva del precepto de mérito la misma que la del artículo 104 del derogado Código punitivo marcial de 1985, salvo en la afortunada sustitución del arcaico y peyorativo adjetivo "inferior" que utilizaba este para referirse al sujeto pasivo o víctima del maltrato, por el adjetivo "subordinado", que, en su primera acepción según el DRAE, significa persona "sujeta a otra o dependiente de ella"-, exige para su integración, como, siguiendo la sentencia de esta Sala de 8 de octubre de 2004, indican nuestras sentencias de 3 de marzo y 3 de noviembre de 2008, 20 de julio de 2009, 22 de abril y 17 de junio de 2010, 28 de febrero de 2013, 29 de abril de 2014, núms. 44/2018, de 3 de mayo de 2018 y 53/2019, de 10 de abril de 2019, la concurrencia de los requisitos siguientes: "1º) la condición de militares en el momento de la comisión de los hechos de quien abusa y de su víctima; 2º) la existencia de una relación jerárquica de subordinación y 3º) que se haya producido un maltrato de obra al inferior, consistente en una agresión física o varias susceptibles de causar perturbación en la incolumidad o bienestar corporal de una persona, con o sin menoscabo de la integridad, salud y capacidad de la misma". En el caso de autos resulta incontrovertible la concurrencia de los tres requisitos. El primero se deduce o fluye naturalmente del infrangible factum sentencial y lo mismo ocurre con la relación jerárquica de subordinación entre el Cabo Mayor hoy recurrente y el Soldado a quien propinó dos puñetazos; y, en cuanto al tercero -"que se haya producido un maltrato de obra" al subordinado-, del relato de hechos probados, ya inamovible, puede apreciarse la existencia de un ejercicio de violencia física, de una agresión física, pues dicha declaración de hechos probados acredita que el Cabo Mayor ahora recurrente propinó con sus manos cerradas dos puñetazos al Soldado Blas , alcanzándole uno en la parte derecha de la frente y otro en la boca, en concreto en el labio inferior, que le produjo sangrado. A partir de dicho factum sentencial, la conducta agresiva desplegada sobre la víctima por el hoy recurrente en la noche del 23 de junio de 2017 resulta ser legalmente constitutiva del delito de abuso de autoridad en su modalidad de maltrato de obra a un subordinado previsto y penado en el artículo 46 del Código Penal Militar de 2015 apreciado por la Sala de instancia, pues en la misma concurren todos cuantos elementos, objetivos y subjetivo, resultan precisos para ello. Así, la condición de militar tanto del sujeto activo como de quien soporta o sufre la acción de aquel, sobre la que no existen dudas en el presente caso, a pesar de lo que alega -sin justificación, por otra parte- la representación procesal del recurrente; la existencia de una relación jerárquica de subordinación, habida cuenta del empleo militar del agresor y de la víctima; y que se haya producido un maltrato de obra al subordinado, consistente en cualquier agresión física susceptible de causar una perturbación en la incolumidad o bienestar corporal de una persona, con o sin menoscabo de la integridad física o salud del sujeto pasivo de la vis física, siendo lo cierto que la forma de actuación del hoy recurrente encaja plenamente en el tipo básico descrito en la oración típica del artículo 46 del Código Penal Militar, "que abarca así desde el mero acto de violencia física que no produce resultado lesivo alguno hasta el que causa lesiones que técnicamente deban ser consideradas menos graves" -por todas, sentencias de esta Sala de 3 de noviembre de 2008, 20 de julio de 2009, 22 de abril de 2010, 17 y 26 de diciembre de 2012, 8 de marzo y 23 de mayo de 2013, 29 de abril de 2014 y núm. 44/2018, de 3 de mayo de 2018-. A la vista de lo expuesto, el alegato de la parte basado, en síntesis, en la inexistencia de relación jerárquica entre el recurrente y la víctima y que los hechos se produjeran en un contexto ajeno al servicio que ambos prestaban en las Fuerzas Armadas no puede prosperar, y ello no solo por el superior empleo militar que, al momento de acaecer los hechos ostentaba el Cabo Mayor hoy recurrente sobre el Soldado Blas , que, al momento de ocurrir los hechos, utilizaba "el uniforme reglamentario,

con chaleco antifragmento, casco y armamento", por lo que resultaban obvios su condición y empleo, sino porque, como según esta Sala recuerda en sus sentencias de 2 de noviembre de 2004, 30 de noviembre de 2011 y núm. 44/2018, de 3 de mayo de 2018, "hemos dicho "que la relación jerárquica entre los militares es de carácter permanente, que se proyecta fuera del servicio y que se mantiene con independencia de cualquier condicionamiento, fijando el empleo militar la posición relativa entre éstos (Sentencias 09.05.1990; 11.06.1993; 11.11.1995; 01.02.1996; 15.03.1999; 13.01.2000; 08.10.2001 y 01.07.2002, entre otras)"".

Efectivamente, la relación jerárquica entre militares se mantiene o persiste siempre, pues hemos sentado de forma reiterada, en nuestras sentencias de 11 de junio de 1993, 23 de marzo de 1994, 14 de marzo y 29 de noviembre de 1996, 26 de septiembre de 2003, 6 de marzo de 2006, 3 de noviembre de 2008, 1 y 17 de junio y 26 de julio de 2010, 18 y 30 de noviembre de 2011, 19 de diciembre de 2014 y núm. 44/2018, de 3 de mayo de 2018, entre otras, que "la relación jerárquica castrense es permanente", añadiendo en las de 14 de marzo de 1996, 1 de julio de 2002, 18 y 30 de noviembre de 2011 y núm. 44/2018, de 3 de mayo de 2018, que "la relación jerárquica castrense es permanente y su virtualidad no depende de que sus elementos personales la tomen o no en consideración".

En las citadas sentencias de esta Sala de 1 de julio de 2002, 18 y 30 de noviembre de 2011 y núm. 44/2018, de 3 de mayo de 2018, se afirma, siguiendo la de 24 de octubre de 1996, que "la posición jerárquica es permanente y determina la situación relativa entre los militares con independencia de todo condicionamiento, de manera que el militar de empleo jerárquicamente más elevado siempre es superior del que lo ostenta de menor rango", lo que concretan nuestras sentencias de 26 de septiembre de 2003, 18 y 30 de noviembre de 2011 y núm. 44/2018, de 3 de mayo de 2018, al aseverar que "el orden jerárquico define en todo momento la situación relativa entre militares, pues, como declaró esta Sala en su sentencia de 20 de septiembre de 1995, "la relación jerárquica castrense es permanente, de forma que el superior de acuerdo con la definición del artículo 12 CPM, lo es en todo momento, como exige ese orden jerárquico estable, necesario para el funcionamiento de los Ejércitos"".

No debería ignorar la representación procesal del recurrente que, como esta Sala reiteradamente ha proclamado, "la relación jerárquica castrense es permanente y sitúa dentro de la misma a quienes sean superiores e inferiores, en la esfera militar, constituyendo el engranaje preciso e indispensable para el buen funcionamiento de los Ejércitos, en el que se determina quién ejerce el mando, quién le está subordinado, qué derechos y deberes surgen de la relación armónica entre ambos y qué responsabilidades pesan sobre uno y otro" - sentencias de 30 de noviembre de 1992 y 3 de noviembre de 2008 y, en el mismo sentido, las de 3 de marzo de 2006, 17 de junio y 26 de julio de 2010, 18 y 30 de noviembre de 2011 y núm. 44/2018, de 3 de mayo de 2018-, añadiendo que la relación de mérito permanece "mientras se tiene la condición de militar, con independencia del momento o situación" - sentencias de 13 de septiembre y 8 de octubre de 2001, 17 de junio y 26 de julio de 2010, 19 de abril y 18 y 30 de noviembre de 2011 y núm. 44/2018, de 3 de mayo de 2018-, determinando la misma "la situación relativa entre militares y sus derechos y deberes respectivos" – sentencias de 1 de junio y 26 de julio de 2010, 18 y 30 de noviembre de 2011, 16 de julio de 2013 y núm. 44/2018, de 3 de mayo de 2018-.

En este sentido, nuestras sentencias de 17 de junio de 2010 y núm. 44/2018, de 3 de mayo de 2018, que siguen la de 3 de mayo de 2006, sientan, con razonamiento extrapolable, mutatis mutandis, a los delitos que ahora se configuran en los artículos 46 a 48 del Código Penal Militar de 2015, que "la circunstancia de que todos o algunos de los hechos constitutivos del delito de abuso de autoridad... se desarrollen fuera de la Unidad y al margen del servicio no empee la integración del delito configurado en el artículo 104 del Código punitivo marcial, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 12 del Código Penal castrense, 12 de las Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas aprobadas por Ley 85/1978, de 28 de diciembre - a cuyo tenor "el orden jerárquico castrense define en todo momento la situación relativa entre militares, en cuanto concierne a mando, obediencia y responsabilidad"- y 9 de las Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas aprobadas por Real Decreto 96/2009, de 6 de febrero -cuyo inciso primero estipula que "el militar desempeñará sus cometidos con estricto respeto al orden jerárquico militar en la estructura orgánica y operativa de las Fuerzas Armadas, que define la situación relativa entre sus miembros en cuanto concierne a mando, subordinación y responsabilidad"-, así como de acuerdo con la constante interpretación que de dichos preceptos viene haciendo esta Sala - Sentencias de 13.01.2000, 08.10.2001, 01.07.2002, 02.11.2004, 13.07 y 17.11.2005, entre otras-, conforme a la cual "la relación jerárquica entre los militares, con la correlativa superioridad y subordinación que de ésta se deriva, tiene carácter permanente y se proyecta fuera del servicio con independencia de cualquier condicionamiento, fijando el empleo la posición relativa entre los militares" - en este último sentido, nuestras Sentencias de 11 de junio de 2007 y 5 de diciembre de 2008-".

A este respecto, como afirman las sentencias de esta Sala de 3 de marzo de 2006, 17 de junio de 2010 y núm. 44/2018, de 3 de mayo de 2018, con razonamiento aplicable al delito del artículo 46 del vigente Código Penal Militar, "tratándose de delitos contra la disciplina es preciso que la condición de superior deba ser abarcada por el dolo de autor y supone que el propio superior no haya perdido la consciencia de su cualidad. Igualmente, el dolo debe comprender también la condición de inferior de quien sufrió el maltrato y, por supuesto, los resultados previstos en el art. 104. Sin embargo, según admite esta propia Sala de forma excepcional, en consonancia con la doctrina de la Sala de Conflictos, "el conocimiento de la condición de

superior e inferior puede no ser suficiente para la estimación de este delito cuando la acción del superior aparezca totalmente desvinculada de las razones del servicio"".

En el caso de autos el hoy recurrente era plenamente consciente, al iniciar la agresión de que hizo objeto al Soldado Blas, tanto de su condición de superior jerárquico de este como de que el agredido era su subordinado, y que se encontraba ejecutando un acto de servicio, orientándose su acción, desde el inicio de la misma, a la agresión de aquel, siendo dicha acción, por lo tanto, plenamente dolosa.

Por otra parte, la actuación de que se trata está no ya indirecta sino directamente relacionada con el servicio, con independencia de la irregular participación del recurrente -y su esposa- en el ejercicio nocturno simulado que se llevó a cabo en la noche del 23 de junio de 2017 -por su relación de amistad con el Comandante Samuel, Director del ejercicio- que para nada diluye la relación jerárquica que el recurrente mantenía respecto a la víctima, que tomaba parte regularmente en el ejercicio. Luego no se trata, en contra de lo que se pretende por la representación procesal de quien recurre, de una actuación totalmente desvinculada del servicio, sino, antes bien, directamente relacionada con un acto de servicio; a la vista de los hechos declarados probados, la agresión se produjo, pues, con ocasión del servicio, ya que la misma está estrechamente relacionada con este y, en concreto, con el hecho de que, instantes antes, el Soldado agredido, obedeciendo las órdenes del Teniente Jesús María, participara en la función de contención y neutralización del recurrente y su esposa, siendo, precisamente, cuando, al seguir las indicaciones del Sargento Alfonso y dirigirse al recurrente tocándole por la espalda con una mano y diciéndole que "estaba reducido", sufrió la agresión de este, que, girándose y sin pronunciar palabra, le propinó dos puñetazos, uno en la frente y otro en la boca.

En definitiva, respecto al cuestionamiento por la representación procesal del recurrente de la concurrencia del requisito relativo a la relación de subordinación entre el Cabo Mayor Anselmo y el Soldado Blas, las consideraciones realizadas a este respecto por la representación causídica del primero carecen por completo de fundamento, pues la sentencia de instancia pone de relieve, con meridiana claridad, que la relación jerárquica entre militares tiene carácter permanente e indeleble, extendiéndose más allá de la prestación de los estrictos actos que forman parte del servicio.

Por ello, y partiendo de la evidencia de que el recurrente conocía, al momento de llevar a cabo el acometimiento sobre la víctima, la condición de militar de inferior empleo del Soldado Blas, el hecho de que este último estuviera desarrollando las funciones de conductor y, por tanto, no tuviera una participación principal en el ejercicio, y de que el recurrente interviniera en las actividades de instrucción de forma extraoficial -en realidad, absolutamente irregular-, en nada afecta a la realidad y existencia del vínculo jerárquico existente entre ambos.

La referida tesis ha sido seguida por el Tribunal sentenciador al examinar la concurrencia de los elementos configuradores del tipo del artículo 46 del Código Penal Militar de 2015, aseverando, en el Tercero de los Fundamentos de Derecho de la sentencia impugnada, que "por otro lado, la irregular intervención en la actividad nocturna por parte del acusado, que tuvo lugar -según hemos calificado- a título de relación de amistad con el Director del ejercicio (Comandante Samuel), para nada enturbia la atribución de la responsabilidad que se le viene exigiendo, porque la relación jerárquica entre militares es permanente, y quien es superior en virtud de un empleo, o cargo funcionalmente más elevado, conserva esa consideración en todo caso y en cualquier circunstancia; la condición de superior persiste y no depende de la función que se desempeñe cuando al solo empleo nos refiramos, constituyendo la relación jerárquica castrense el engranaje indispensable para determinar los derechos y deberes que surgen entre el superior y el inferior jerárquicos y las responsabilidades que pesan sobre uno y otro; por ello su virtualidad no depende de que sus elementos personales la tomen o no subjetivamente en consideración (SSTS -Sala Quinta- de 23 de enero de 2001; 01 de julio de 2002; 03 de noviembre de 2008; 18 y 30 de noviembre, de 2011 y núm. 62/2017, de 18 de mayo). La relación jerárquica entre los militares, con la correlativa superioridad y subordinación que de ésta se deriva, tiene carácter indeleble y se proyecta fuera del servicio con independencia de cualquier condicionamiento accesorio, fijando el empleo la posición relativa entre los militares (SSTS -Sala Quinta- de 11 de junio de 2007 y 05 de diciembre de 2008). Así mismo, resultaba evidente que la actividad en la que voluntariamente participó el acusado tenía naturaleza específicamente militar, calificable además como acto de servicio de armas, por la propia esencia de la actividad a desarrollar (artículo 6.2º CPM 2015), un ejercicio nocturno simulado consistente en la inserción de un equipo operativo del GOE XIX, que tenía por objeto capturar a elementos hostiles, con auxilio de la FAOE del RI 49; de lo que se desprende que el contexto en que los hechos enjuiciados tuvieron lugar no fuera ajeno al servicio".

En consecuencia, basta la mera lectura tanto del relato probatorio de la sentencia impugnada como de las consideraciones efectuadas por el Tribunal de instancia sobre este concreto particular para evidenciar la falta de fundamento de las infracciones denunciadas por la parte recurrente, toda vez que la jurisprudencia de esta Sala, integrada, además de por nuestras sentencias citadas en la resolución objeto de recurso, por la núm. 44/2018, de 3 de mayo de 2018, tan citada, es unánime a la hora de entender que la relación jerárquica entre militares tiene carácter permanente y se proyecta más allá de los actos de servicio, dándose además el caso de que los hechos que dieron lugar a la condena se produjeron en el contexto de una actividad de naturaleza específicamente militar y no en el ámbito de una relación privada entre sus protagonistas.

En conclusión, la agresión se produjo con ocasión del servicio y no por razones o motivos personales o privados totalmente ajenos, desvinculados o sin conexión alguna con aquel.

No es preciso, por último, según sientan nuestras sentencias de 17 de junio de 2010 y núm. 44/2018, de 3 de mayo de 2018, con razonamiento que podemos extrapolar, mutatis mutandis, a las figuras delictivas de abuso de autoridad cuya comisión se amenaza ahora en los artículos 46 a 48 del Código Penal Militar de 2015, "para que se integre el tipo penal de abuso de autoridad... la concurrencia del prevalimiento de la condición de superior por el sujeto activo para realizar los hechos que se le imputan, pues en tales" tipos delictivos "la idea de prevalimiento está ínsita en el tipo", como afirma esta Sala en su Sentencia de 9 de diciembre de 2008, añadiendo que "cualquier abuso de superioridad implica per se una cierta forma de prevalimiento". En todo caso, el aprovechamiento de la condición de superior no se configura como elemento subjetivo del injusto, por lo que a los efectos de la comisión de los delitos" de que se trata, previstos y penados en los artículos 46 a 48 del vigente Código Penal Militar, "basta la concurrencia tanto de los elementos objetivos" -maltrato de obra, trato degradante, inhumano o humillante o actos de agresión o abuso sexuales o los actos de acoso, amenaza, coacción, injuria o calumnia, atentado de modo grave contra la intimidad, dignidad personal o en el trabajo o actos que supongan discriminación grave por las razones que expresa el artículo 48, llevados a cabo por un superior respecto a un subordinado en los términos que se definen en los tipos de los artículos 46 a 48 de mérito- "como del elemento subjetivo consistente en la conciencia y voluntad de realizar la conducta prohibida -dolo genérico o neutro-".

*En conclusión de lo expuesto, la circunstancia que se alega por la representación procesal del Cabo Mayor ahora recurrente de no encontrarse este directamente afectado por la relación jerárquica con su subordinado, Soldado Blas, al encontrarse ambos destinados en Unidades distintas, y no haberlo tenido a sus órdenes, como dice esta Sala en su sentencia núm. 44/2018, de 3 de mayo de 2018, "carece de cualquier virtualidad a los efectos que se pretenden de enervar la integración, respecto a los hechos llevados a cabo por el recurrente sobre dicho Soldado, del tipo delictivo previsto en el" artículo 46 del Código Penal Militar de 2015 aplicado, "ya que, como se ha expuesto, dicha relación jerárquica castrense es permanente, con independencia del momento o situación, y sitúa dentro de la misma a quienes sean superiores y subordinados en la esfera militar, como era el caso, por razón del superior empleo militar que ostentaba el recurrente ... y el Soldado ..., dándose, además, la circunstancia, indubitable y no discutida por la parte que impugna la sentencia de instancia, de que el ahora recurrente conocía perfectamente, al momento de llevar a cabo su agresiva actuación, su condición de superior jerárquico respecto de quien acababa de realizar, a sus órdenes, un servicio de guardia de seguridad"...>> **(Fundamento Jurídico Decimotercero).***

DATOS SENTENCIA

SAP Barcelona, Sec 3ª
 Sentencia núm. 466/2019
 Fecha Sentencia: 3-10-2019
 Ponente: Ilma. Sra. Dª. Carmen Guil Román.

TEMA

Responsabilidad civil de los padres. Moderación.

ASPECTOS EXAMINADOS

- La AP desestima la pretensión de los padres de moderación de RC por las lesiones causadas por su hijo contra los facultativos durante un traslado para ingreso involuntario. Que los padres informasen o no de los antecedentes patológicos de su hijo es irrelevante en este caso para la moderación, que tiene carácter excepcional.

“...el art. 61.3 de la LORPM dispone: "Cuando el responsable de los hechos cometidos sea un menor de dieciocho años, responderán solidariamente con él de los daños y perjuicios causados sus padres, tutores, acogedores y guardadores legales o, de hecho, por este orden. Cuando éstos no hubieren favorecido la conducta del menor con dolo o negligencia grave, su responsabilidad podrá ser moderada por el juez según los casos."

El recurso pivota sobre la información que el progenitor dio a los servicios médicos. Según se alega, se dio información completa por teléfono al 112 de la conducta del menor, pero que no pudo dar el nombre de la patología de Secundino porque fue diagnosticada en el mes de marzo como DIRECCION003, les explicó que había estado ingresado por desintoxicación y con patología psicótica. Añade que los propios facultativos debían tener conocimiento del historial clínico del menor e incluso en el HOSPITAL000 y que Trinidad habló en varias ocasiones con el menor por lo que los sanitarios debían haber adoptado medidas de contención eficaces.

La Juez ad quo refleja en la sentencia las pruebas practicadas en relación a dicha cuestión y en concreto, las declaraciones de los lesionados y de los agentes que acudieron al domicilio y fueron todos ellos contestes en que no se les especificó que tuviera problemas psiquiátricos ni que fuera violento. Resulta indiferente que tuviera un diagnóstico en aquella fecha ya que había tenido ya, desde los 9 años, ingresos psiquiátricos no solo relacionados con el consumo de tóxicos. Hemos visionado la grabación de juicio oral y la sentencia refleja fielmente el contenido de las declaraciones. Carece de sentido que en caso de haber conocido los antecedentes del menor y los motivos de sus ingresos anteriores, no por cuestiones de tratamiento de deshabitación, sino de patologías como las que presentaba, los facultativos que trasladaron al menor no hubieran adoptado medidas de contención severas.

Por tanto, coincidimos con la Juzgadora en que no concurren circunstancias que justifiquen la moderación de la responsabilidad civil de los progenitores, que, por otra parte, del tenor literal del art. 61.3 antes transcrito debe ser excepcional a la norma general de que los progenitores deben asumir la responsabilidad civil derivada de las acciones de sus hijos”

DATOS SENTENCIA

SAP Madrid, sec. 4ª
 Sentencia núm. 375/2019
 Fecha Sentencia: 1-10-2019
 Ponente: Ilmo. Sr. D. Jose Joaquín Hervás Ortiz.

TEMA

Ausencia de declaración del menor en instrucción.

ASPECTOS EXAMINADOS

- No produce indefensión que la menor condenada luego por delito leve de lesiones no fuese citada a declarar en instrucción. La defensa no lo solicitó ni es trámite obligatorio, siendo de aplicación la doctrina de STC nº 146/2012.

- “...en lo que se refiere al primer motivo de recurso -falta de audiencia de la menor en fase de instrucción-, debe destacarse que nadie solicitó ante la Fiscalía de Menores que la menor fuese oída en el expediente de reforma, ni siquiera su Letrado, sosteniendo este último que dicha audiencia es un trámite estructural de la fase de instrucción del proceso de menores, al que debe darse cumplimiento, aunque no haya sido solicitado por nadie. Pero tal planteamiento de la defensa de la menor no se corresponde con lo declarado, al respecto, por la jurisprudencia constitucional, al haber señalado el Tribunal Constitucional en su Sentencia de 5 de julio de 2.012 (STC nº 146/2012), textualmente, lo siguiente:

<<A partir del contenido del art. 22.2 resulta que el menor tiene conocimiento de la instrucción del expediente desde el momento mismo de su incoación y que, a través del abogado -que, en caso de no ser nombrado por él, será designado de oficio en ese momento-, podrá intervenir desde el principio en la fase instructora del expediente y proponer las diligencias que estime pertinentes, de manera que queda salvaguardado el derecho del menor a intervenir en el procedimiento. De otra parte, el art. 22.1 a) especifica el deber del Juez, el Ministerio Fiscal, o agente de policía de informar al menor de los derechos que le asisten, desde el momento mismo de la incoación del expediente. La única diferencia que se observa respecto de lo requerido en el proceso penal de adultos reside en que dicho conocimiento -de los hechos que se le imputan y de sus derechos-, no lo adquiere directamente el menor en un encuentro personal con el instructor en todo caso, pues la incoación del expediente puede conocerla a través de su notificación por escrito y la ilustración de sus derechos puede ser llevada a cabo por la policía.

Esta falta de encuentro personal con el instructor, con las funciones ya mencionadas o a los efectos de que éste oiga la versión exculpatória del menor, no aparece ciertamente como un trámite obligatorio, siempre y en todo caso, de la instrucción del expediente. Ahora bien, ni ello significa que no lo sea en ciertos casos por prescripción de la propia ley, ni tampoco que su ausencia no se vea colmada por la audiencia ante el órgano judicial. Así, por una parte, resulta obligado que el instructor oiga al menor cuando así se le solicite por el Letrado, pues así se infiere del apartado segundo del art. 26 en relación con su apartado primero. Si el art. 26.1 prevé la posibilidad de que el instructor inadmita mediante resolución motivada alguna de las diligencias propuestas por el Letrado del menor, a esta regla general se sustrae la solicitud de declaración del menor, ya que, con absoluta claridad, el art. 26.2 establece que “el Ministerio Fiscal deberá recibirla en el expediente”. Es decir, que, una vez pedida la declaración del menor por el Letrado, el instructor tiene obligación de recibirle declaración. A ello, por lo demás, no se opone el último inciso del art. 26.2, pues lo único que señala, de otra parte, de forma innecesaria, es que dicha obligación de recibir declaración al menor decae si se solicita de forma extemporánea, es decir, cuando “hubiese concluido la instrucción y el expediente hubiese sido elevado al Juzgado de Menores”. De esta manera, el Fiscal no puede denegar la declaración salvo que se haya solicitado de forma extemporánea.

[.....]

Por lo demás, la inexistencia de un trámite obligatorio de audiencia del menor ante el fiscal instructor tiene un fundamento consistente y razonable en la necesaria evaluación del interés individual de cada menor. La reducción de trámites procesales durante la instrucción del expediente, así como todo el proceso penal de menores, se encuentra inspirado en este principio, intentando evitar la estigmatización y los efectos desfavorables en el menor que la propia sustanciación del proceso o su excesiva duración puede ocasionarle. Dicha ponderación del interés del menor constituye también la razón que justifica que la Ley no exija que el conocimiento por el menor del hecho imputado y de los derechos que le asisten se realice en un encuentro personal ante el Fiscal instructor. Ahora bien, dicha inicial ponderación, a realizar por el Fiscal, no obsta a que si el Letrado del menor, estimándolo necesario para la defensa de éste, solicita esta diligencia, resulte obligatorio para aquél recibir declaración al menor.”

NOVEDADES LEGISLATIVAS**I. EUROPEAS****UNION EUROPEA**

> Decisión (UE) 2019/2006 de la Comisión de 29 de noviembre de 2019 relativa a la participación de Irlanda en el Reglamento (UE) 2018/1727 del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la Agencia de la Unión Europea para la Cooperación Judicial Penal (Eurojust). DOUE(L) nº 310 de 02/12/2019.

> Modificación del Reglamento de Procedimiento ante el Tribunal de Justicia. DOUE(L) nº 316 de 06/12/2019.

> Corrección de errores de la Directiva (UE) 2018/1972 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de diciembre de 2018, por la que se establece el Código Europeo de las Comunicaciones Electrónicas. DOUE(L) nº 334 de 27/12/2019.

> Corrección de errores del Reglamento (UE) 2019/788 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de abril de 2019, sobre la iniciativa ciudadana europea. DOUE(L) nº 334 de 27/12/2019.

> Directiva (UE) 2019/2177 del Parlamento Europeo y del Consejo de 18 de diciembre de 2019 por la que se modifica la Directiva 2009/138/CE sobre el acceso a la actividad de seguro y de reaseguro y su ejercicio (Solvencia II), la Directiva 2014/65/UE relativa a los mercados de instrumentos financieros y la Directiva (UE) 2015/849 relativa a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales o la financiación del terrorismo. DOUE(L) nº 334 de 27/12/2019.

> Decisión de Ejecución (UE) 2019/2250 del Consejo de 19 de diciembre de 2019 por la que se aprueba el Reglamento interno de Eurojust. DOUE(L) nº 336 de 30/12/2019.

> Decisión de Ejecución (UE) 2019/2251 del Consejo de 19 de diciembre de 2019 relativa a un mecanismo de compensación al Estado miembro cuyo miembro nacional es elegido presidente de Eurojust. DOUE(L) nº 336 de 30/12/2019.

> Decisión (UE) 2019/2247 del Consejo de 19 de diciembre de 2019 por la que se modifica la Decisión 2013/488/UE sobre las normas de seguridad para la protección de la información clasificada de la UE. DOUE(L) nº 336 de 30/12/2019.

> Reglamento de Ejecución (UE) 2019/2243 de la Comisión de 17 de diciembre de 2019 por el que se establece un modelo de resumen del contrato que deben utilizar los proveedores de servicios de comunicaciones electrónicas disponibles al público con arreglo a la Directiva (UE) 2018/1972 del Parlamento Europeo y del Consejo. DOUE(L) nº 336 de 30/12/2019.

> Decisión del Consejo de Administración del Observatorio Europeo de las Drogas y las Toxicomanías de 28 de junio de 2019 sobre las normas internas relativas a la limitación de determinados derechos de los interesados en relación con el tratamiento de datos personales en el marco del funcionamiento del EMCDDA. DOUE(L) nº 12 de 16/01/2020.

II. ESTATALES**A. DISPOSICIONES GENERALES****1.- MINISTERIO DE HACIENDA**

> Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas e Impuesto sobre el Valor Añadido

- Orden HAC/1164/2019, de 22 de noviembre, por la que se desarrollan para el año 2020 el método de estimación objetiva del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y el régimen especial simplificado del Impuesto sobre el Valor Añadido. BOE de 30 de noviembre de 2019.

> Contratos de las Administraciones Públicas. Hacienda Pública

- Real Decreto 716/2019, de 5 de diciembre, por el que se modifican el Real Decreto 773/2015, de 28 de agosto, por el que se modifican determinados preceptos del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, y el Real Decreto 700/1988, de 1 de julio, sobre expedientes administrativos de responsabilidad contable derivados de las infracciones previstas en el título VII de la Ley General Presupuestaria. BOE de 6 de diciembre de 2019.

> Estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera

- Real Decreto 748/2019, de 27 de diciembre, por el que se modifica el Real Decreto 636/2014, de 25 de julio, por el que se crea la Central de Información económico-financiera de las Administraciones Públicas y se regula la remisión de información por el Banco de España y las entidades financieras al Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas. BOE de 28 de diciembre de 2019.

> Contratación administrativa

- Orden HAC/1272/2019, de 16 de diciembre, por la que se publican los límites de los distintos tipos de contratos a efectos de la contratación del sector público a partir del 1 de enero de 2020. BOE de 31 de diciembre de 2019.

2.- CORTES GENERALES

> Medidas urgentes

- Resolución de 27 de noviembre de 2019, del Congreso de los Diputados, por la que se ordena la publicación del Acuerdo de convalidación del Real Decreto-ley 14/2019, de 31 de octubre, por el que se adoptan medidas urgentes por razones de seguridad pública en materia de administración digital, contratación del sector público y telecomunicaciones. BOE de 4 de diciembre de 2019.

3.- MINISTERIO DE POLÍTICA TERRITORIAL Y FUNCIÓN PÚBLICA

> Días inhábiles

- Resolución de 27 de noviembre de 2019, de la Secretaría de Estado de Función Pública, por la que se establece a efectos de cómputo de plazos, el calendario de días inhábiles en el ámbito de la Administración General del Estado para el año 2020. BOE de 4 de diciembre de 2019. Corrección de errores en BOE de 11 de diciembre de 2019.

> Organización

- Real Decreto 139/2020, de 28 de enero, por el que se establece la estructura orgánica básica de los departamentos ministeriales. BOE de 29 de enero de 2020.

4.- MINISTERIO DE SANIDAD, CONSUMO Y BIENESTAR SOCIAL

> Medicamentos

- Real Decreto 717/2019, de 5 de diciembre, por el que se modifica el Real Decreto 1345/2007, de 11 de octubre, por el que se regula el procedimiento de autorización, registro y condiciones de dispensación de los medicamentos de uso humano fabricados industrialmente. BOE de 6 de diciembre de 2019.

5.- MINISTERIO DE CULTURA Y DEPORTE

> Dopaje

- Resolución de 11 de diciembre de 2019, de la Presidencia del Consejo Superior de Deportes, por la que se aprueba la lista de sustancias y métodos prohibidos en el deporte. BOE de 20 de diciembre de 2019.

6.- MINISTERIO DE ECONOMÍA Y EMPRESA

> Servicios de pago. Entidades de crédito

- Real Decreto 736/2019, de 20 de diciembre, de régimen jurídico de los servicios de pago y de las entidades de pago y por el que se modifican el Real Decreto 778/2012, de 4 de mayo, de régimen jurídico de las entidades de dinero electrónico, y el Real Decreto 84/2015, de 13 de febrero, por el que se desarrolla la Ley 10/2014, de 26 de junio, de ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito. BOE de 24 de diciembre de 2019.

- Orden ECE/1263/2019, de 26 de diciembre, sobre transparencia de las condiciones y requisitos de información aplicables a los servicios de pago y por la que se modifica la Orden ECO/734/2004, de 11 de marzo, sobre los departamentos y servicios de atención al cliente y el defensor del cliente de las entidades financieras, y la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios. BOE de 30 de diciembre de 2019.

7.- MINISTERIO DE FOMENTO

> Código Técnico de la Edificación

- Real Decreto 732/2019, de 20 de diciembre, por el que se modifica el Código Técnico de la Edificación, aprobado por el Real Decreto 314/2006, de 17 de marzo. BOE de 27 de diciembre de 2019.

8.- MINISTERIO DE JUSTICIA

> Blanqueo de capitales

- Orden JUS/1256/2019, de 26 de diciembre, sobre la inscripción en el Registro Mercantil de las personas físicas o jurídicas que de forma empresarial o profesional prestan los servicios descritos en el artículo 2.1.0) de la Ley 10/2010, de 28 de abril, de prevención del blanqueo de capitales y financiación del terrorismo. BOE de 28 de diciembre de 2019.

9.- COMISIÓN NACIONAL DEL MERCADO DE VALORES

> Reglamento de Régimen Interior

- Resolución de 19 de diciembre de 2019, del Consejo de la Comisión Nacional del Mercado de Valores, por la que se aprueba el Reglamento de Régimen Interior de la Comisión. BOE de 28 de diciembre de 2019.

10.- MINISTERIO DE ASUNTOS EXTERIORES, UNIÓN EUROPEA Y COOPERACIÓN

> Tratados internacionales

- Texto enmendado del Anexo al Convenio contra el dopaje, hecho en Estrasburgo el 16 de noviembre de 1989, cuyas enmiendas fueron adoptadas en Estrasburgo el 24 de octubre de 2019. BOE de 30 de diciembre de 2019.

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

> Protección civil

- Real Decreto 734/2019, de 20 de diciembre, por el que se modifican directrices básicas de planificación de protección civil y planes estatales de protección civil para la mejora de la atención a las personas con discapacidad y a otros colectivos en situación de especial vulnerabilidad ante emergencias. BOE de 3 de enero de 2020.

- Orden PCI/1283/2019, de 27 de diciembre, por la que se publica el Acuerdo del Consejo de Ministros de 20 de diciembre de 2019, por el que se modifican directrices básicas de planificación de protección civil y planes estatales de protección civil para la mejora de la atención a las personas con discapacidad y a otros colectivos en situación de especial vulnerabilidad ante emergencias. BOE de 3 de enero de 2020.

12.- JEFATURA DEL ESTADO

> Medidas urgentes

- Real Decreto-ley 2/2020, de 21 de enero de 2020, por el que se aprueban medidas urgentes en materia de retribuciones en el ámbito del sector público. BOE de 22 de enero de 2020.

> Numeración de órdenes ministeriales

- Resolución de 15 de enero de 2020, de la Subsecretaría, por la que se modifica el anexo del Acuerdo del Consejo de Ministros de 21 de diciembre de 2001, por el que se dispone la numeración de las órdenes ministeriales que se publican en el "Boletín Oficial del Estado". BOE de 16 de enero de 2020.

B. OTRAS DISPOSICIONES

1.- MINISTERIO DEL INTERIOR

> Convenios

Resolución de 27 de noviembre de 2019, de la Secretaría General Técnica, por la que se publica el Convenio entre la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias y el Ilustre Colegio de Abogados de Salamanca, para el cumplimiento de penas de trabajos en beneficio de la comunidad. BOE de 5 de diciembre de 2019.

Resolución de 27 de noviembre de 2019, de la Secretaría General Técnica, por la que se publica el Convenio entre la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias y la Asociación Ad Hoc de Baza, para el cumplimiento de penas de trabajos en beneficio de la comunidad. BOE de 5 de diciembre de 2019.

Resolución de 27 de noviembre de 2019, de la Secretaría General Técnica, por la que se publica el Convenio entre la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias y la Asociación de Voluntarios en Emergencias y Rescate de Lanzarote, para el cumplimiento de penas de trabajos en beneficio de la comunidad. BOE de 5 de diciembre de 2019.

Resolución de 27 de noviembre de 2019, de la Secretaría General Técnica, por la que se publica el Convenio entre la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias y la Asociación Doce Meses, Doce Causas, para el cumplimiento de penas de trabajos en beneficio de la comunidad. BOE de 5 de diciembre de 2019.

Resolución de 27 de noviembre de 2019, de la Secretaría General Técnica, por la que se publica el Convenio entre la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias y la Asociación para la Integración Sociolaboral de Personas con Discapacidad Física y Sensorial, para el cumplimiento de penas de trabajos en beneficio de la comunidad. BOE de 5 de diciembre de 2019.

Resolución de 27 de noviembre de 2019, de la Secretaría General Técnica, por la que se publica el Convenio entre la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias y la Fundación Buen Samaritano, para el cumplimiento de penas de trabajos en beneficio de la comunidad. BOE de 5 de diciembre de 2019.

Resolución de 27 de noviembre de 2019, de la Secretaría General Técnica, por la que se publica el Convenio entre la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias y la Fundación Madre de la Esperanza de Talavera de la Reina, para el cumplimiento de penas de trabajos en beneficio de la comunidad. BOE de 9 de diciembre de 2019.

Resolución de 2 de diciembre de 2019, de la Secretaría General Técnica, por la que se publica el Convenio entre la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias y la Asociación Internacional del Teléfono de la Esperanza de Aragón, para el cumplimiento de penas de trabajos en beneficio de la comunidad. BOE de 13 de diciembre de 2019.

Resolución de 2 de diciembre de 2019, de la Secretaría General Técnica, por la que se publica el Convenio entre la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias y la Fundación Ande, para el cumplimiento de penas de trabajos en beneficio de la comunidad. BOE de 13 de diciembre de 2019.

Resolución de 2 de diciembre de 2019, de la Secretaría General Técnica, por la que se publica el Convenio entre la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias y la Fundación Canaria Cesica "Proyecto Hombre", para el cumplimiento de penas de trabajos en beneficio de la comunidad. BOE de 13 de diciembre de 2019.

Resolución de 2 de diciembre de 2019, de la Secretaría General Técnica, por la que se publica el Convenio entre la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias y la Fundación Granadina de Solidaridad Virgen de las Angustias-Proyecto Hombre Granada, para el cumplimiento de penas de trabajos en beneficio de la comunidad. BOE de 13 de diciembre de 2019.

Resolución de 3 de diciembre de 2019, de la Secretaría General Técnica, por la que se publica el Convenio entre la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias y la Santa, Pontificia y Real Hermandad del Refugio y Piedad de Madrid, para el cumplimiento de penas de trabajos en beneficio de la comunidad. BOE de 13 de diciembre de 2019.

Resolución de 3 de diciembre de 2019, de la Secretaría General Técnica, por la que se publica el Convenio entre la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias y el Ayuntamiento de Arjona, para el cumplimiento de penas de trabajos en beneficio de la comunidad. BOE de 13 de diciembre de 2019.

Resolución de 3 de diciembre de 2019, de la Secretaría General Técnica, por la que se publica el Convenio entre la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias y el Ayuntamiento de Navia, para el cumplimiento de penas de trabajos en beneficio de la comunidad. BOE de 13 de diciembre de 2019.

Resolución de 27 de noviembre de 2019, de la Secretaría General Técnica, por la que se publica el Convenio entre la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias y el Ayuntamiento de Almagro, para el cumplimiento de penas de trabajos en beneficio de la comunidad. BOE de 19 de diciembre de 2019.

Resolución de 12 de diciembre de 2019, de la Secretaría General Técnica, por la que se publica el Convenio entre la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias y el Ayuntamiento de Ayllón, para el cumplimiento de penas de trabajos en beneficio de la comunidad. BOE de 27 de diciembre de 2019.

Resolución de 12 de diciembre de 2019, de la Secretaría General Técnica, por la que se publica el Convenio entre la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias y el Ayuntamiento de Soto del Real, para el cumplimiento de penas de trabajos en beneficio de la comunidad. BOE de 27 de diciembre de 2019.

Resolución de 12 de diciembre de 2019, de la Secretaría General Técnica, por la que se publica el Convenio entre la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias y el Ayuntamiento de Béjar, para el cumplimiento de penas de trabajos en beneficio de la comunidad. BOE de 27 de diciembre de 2019.

Resolución de 12 de diciembre de 2019, de la Secretaría General Técnica, por la que se publica el Convenio entre la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias y el Ayuntamiento de Collado Mediano, para el cumplimiento de penas de trabajos en beneficio de la comunidad. BOE de 27 de diciembre de 2019.

Resolución de 12 de diciembre de 2019, de la Secretaría General Técnica, por la que se publica el Convenio entre la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias y el Ayuntamiento de Navahermosa, para el cumplimiento de penas de trabajos en beneficio de la comunidad. BOE de 27 de diciembre de 2019.

Resolución de 12 de diciembre de 2019, de la Secretaría General Técnica, por la que se publica el Convenio entre la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias y el Ayuntamiento de Medina de Pomar, para el cumplimiento de penas de trabajos en beneficio de la comunidad. BOE de 27 de diciembre de 2019.

Resolución de 12 de diciembre de 2019, de la Secretaría General Técnica, por la que se publica el Convenio entre la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias y el Centro Riojano de Madrid, para el cumplimiento de penas de trabajos en beneficio de la comunidad. BOE de 27 de diciembre de 2019.

Resolución de 12 de diciembre de 2019, de la Secretaría General Técnica, por la que se publica el Convenio entre la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias y el Centro Santiago Masarnau, Sociedad San Vicente de Paul, para el cumplimiento de penas de trabajos en beneficio de la comunidad. BOE de 27 de diciembre de 2019.

Resolución de 12 de diciembre de 2019, de la Secretaría General Técnica, por la que se publica el Convenio entre la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias y la Asociación Atiempo, para el cumplimiento de penas de trabajos en beneficio de la comunidad. BOE de 27 de diciembre de 2019.

Resolución de 12 de diciembre de 2019, de la Secretaría General Técnica, por la que se publica el Convenio entre la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias y la Asociación Kairós Sociedad Cooperativa de Iniciativa Social, para el cumplimiento de penas de trabajos en beneficio de la comunidad. BOE de 27 de diciembre de 2019.

Resolución de 12 de diciembre de 2019, de la Secretaría General Técnica, por la que se publica el Convenio entre la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias y la Asociación Podemos, para el cumplimiento de penas de trabajos en beneficio de la comunidad. BOE de 27 de diciembre de 2019.

Resolución de 12 de diciembre de 2019, de la Secretaría General Técnica, por la que se publica el Convenio entre la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias y la Asociación Siloé, para el cumplimiento de penas de trabajos en beneficio de la comunidad. BOE de 27 de diciembre de 2019.

Resolución de 12 de diciembre de 2019, de la Secretaría General Técnica, por la que se publica el Convenio entre la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias y la Federación de Fútbol de Ceuta, para el cumplimiento de penas de trabajos en beneficio de la comunidad. BOE de 27 de diciembre de 2019.

Resolución de 12 de diciembre de 2019, de la Secretaría General Técnica, por la que se publica el Convenio entre la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias y la Fundación Comunidad Hermanos Franciscanos de Cruz Blanca en Hellín (Albacete), para el cumplimiento de penas de trabajos en beneficio de la comunidad. BOE de 27 de diciembre de 2019.

Resolución de 12 de diciembre de 2019, de la Secretaría General Técnica, por la que se publica el Convenio entre la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias y la Fundación Federico Ozanam, para el cumplimiento de penas de trabajos en beneficio de la comunidad. BOE de 27 de diciembre de 2019.

Resolución de 12 de diciembre de 2019, de la Secretaría General Técnica, por la que se publica el Convenio entre la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias y la Fundación Prolibertas, para el cumplimiento de penas de trabajos en beneficio de la comunidad. BOE de 27 de diciembre de 2019.

Resolución de 12 de diciembre de 2019, de la Secretaría General Técnica, por la que se publica el Convenio entre la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias y la Fundación San Martín de Porres, centro de acogida de personas sin hogar, para el cumplimiento de penas de trabajos en beneficio de la comunidad. BOE de 27 de diciembre de 2019.

Resolución de 13 de diciembre de 2019, de la Secretaría General Técnica, por la que se publica el Convenio entre la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias y la Asociación Podemos para Drogodependientes, Enfermos de Sida y Familias, para el desarrollo del programa de intervención Probeco en el medio abierto y en el ámbito de las penas y medidas alternativas. BOE de 27 de diciembre de 2019.

Resolución de 13 de diciembre de 2019, de la Secretaría General Técnica, por la que se publica el Convenio entre la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias y la Asociación Nueva Gente, para el desarrollo del Programa de sensibilización y reeducación en habilidades sociales de intervención en el medio abierto y en el ámbito de las penas y medidas alternativas. BOE de 27 de diciembre de 2019.

Resolución de 17 de diciembre de 2019, de la Secretaría General Técnica, por la que se publica el Convenio entre la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias y la Asociación de Madres Solas, para el cumplimiento de penas de trabajos en beneficio de la comunidad. BOE de 27 de diciembre de 2019.

Resolución de 17 de diciembre de 2019, de la Secretaría General Técnica, por la que se publica el Convenio entre la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias y la Fundación Aldaba, para el cumplimiento de penas de trabajos en beneficio de la comunidad. BOE de 27 de diciembre de 2019.

Resolución de 17 de diciembre de 2019, de la Secretaría General Técnica, por la que se publica el Convenio entre la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias y la Asociación NOE, para el cumplimiento de penas de trabajos en beneficio de la comunidad. BOE de 27 de diciembre de 2019.

Resolución de 17 de diciembre de 2019, de la Secretaría General Técnica, por la que se publica el Convenio entre la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias y la Asociación para la Salud Integral del Enfermo Mental, para el desarrollo del programa de inclusión psico-socio-laboral de personas con enfermedad mental a la salida de centros penitenciarios de intervención en el medio abierto y en el ámbito de las penas y medidas alternativas. BOE de 27 de diciembre de 2019.

Resolución de 17 de diciembre de 2019, de la Secretaría General Técnica, por la que se publica el Convenio entre la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias y la Casa Familiar de la Inmaculada, para el cumplimiento de penas de trabajos en beneficio de la comunidad. BOE de 27 de diciembre de 2019.

Resolución de 17 de diciembre de 2019, de la Secretaría General Técnica, por la que se publica el Convenio entre la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias y la FISJ Instituto San José, para el cumplimiento de penas de trabajos en beneficio de la comunidad. BOE de 27 de diciembre de 2019.

Resolución de 18 de diciembre de 2019, de la Secretaría General Técnica, por la que se publica el Convenio entre la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias y el Ayuntamiento de Santa Marta de Tormes, para el cumplimiento de penas de trabajos en beneficio de la comunidad. BOE de 30 de diciembre de 2019.

Resolución de 18 de diciembre de 2019, de la Secretaría General Técnica, por la que se publica el Convenio entre la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias y el Ayuntamiento de El Sauzal, para el cumplimiento de penas de trabajos en beneficio de la comunidad. BOE de 30 de diciembre de 2019.

Resolución de 18 de diciembre de 2019, de la Secretaría General Técnica, por la que se publica el Convenio entre la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias y el Ayuntamiento de Sant Joan d'Alacant, para el cumplimiento de penas de trabajos en beneficio de la comunidad. BOE de 30 de diciembre de 2019.

Resolución de 18 de diciembre de 2019, de la Secretaría General Técnica, por la que se publica el Convenio entre la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias y el Ayuntamiento de Hellín, para el cumplimiento de penas de trabajos en beneficio de la comunidad. BOE de 30 de diciembre de 2019.

Resolución de 18 de diciembre de 2019, de la Secretaría General Técnica, por la que se publica el Convenio entre la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias y el Ayuntamiento de Mengíbar, para el cumplimiento de penas de trabajos en beneficio de la comunidad. BOE de 30 de diciembre de 2019.

Resolución de 18 de diciembre de 2019, de la Secretaría General Técnica, por la que se publica el Convenio entre la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias y la Asociación Atadi, para el cumplimiento de penas de trabajos en beneficio de la comunidad. BOE de 30 de diciembre de 2019.

Resolución de 18 de diciembre de 2019, de la Secretaría General Técnica, por la que se publica el Convenio entre la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias y la Asociación Calor y Café, para el cumplimiento de penas de trabajos en beneficio de la comunidad. BOE de 30 de diciembre de 2019.

Resolución de 18 de diciembre de 2019, de la Secretaría General Técnica, por la que se publica el Convenio entre la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias y la Asociación PRM-Programa de Reinserción de Mujeres, para el cumplimiento de penas de trabajos en beneficio de la comunidad. BOE de 30 de diciembre de 2019.

Resolución de 18 de diciembre de 2019, de la Secretaría General Técnica, por la que se publica el Convenio entre la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias y la Fundación Ramón Rey Ardid, para el cumplimiento de penas de trabajos en beneficio de la comunidad. BOE de 30 de diciembre de 2019.

Resolución de 20 de diciembre de 2019, de la Secretaría General Técnica, por la que se publica el Convenio entre la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias y el Ayuntamiento de Férez, para el cumplimiento de penas de trabajos en beneficio de la comunidad. BOE de 8 de enero de 2020.

Resolución de 20 de diciembre de 2019, de la Secretaría General Técnica, por la que se publica el Convenio entre la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias y la Asociación Alucinos-La Salle, para el cumplimiento de penas de trabajos en beneficio de la comunidad. BOE de 8 de enero de 2020.

Resolución de 20 de diciembre de 2019, de la Secretaría General Técnica, por la que se publica el Convenio entre la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias y la Asociación Gada7, para el cumplimiento de penas de trabajos en beneficio de la comunidad. BOE de 8 de enero de 2020.

Resolución de 20 de diciembre de 2019, de la Secretaría General Técnica, por la que se publica el Convenio entre la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias y el Ayuntamiento de Bolulla, para el cumplimiento de penas de trabajos en beneficio de la comunidad. BOE de 8 de enero de 2020.

Resolución de 20 de diciembre de 2019, de la Secretaría General Técnica, por la que se publica el Convenio entre la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias y la Asociación Edicoma, para el cumplimiento de penas de trabajos en beneficio de la comunidad. BOE de 8 de enero de 2020.

Resolución de 20 de diciembre de 2019, de la Secretaría General Técnica, por la que se publica el Convenio entre la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias y la Asociación Ymca, para el cumplimiento de penas de trabajos en beneficio de la comunidad. BOE de 8 de enero de 2020.

Resolución de 20 de diciembre de 2019, de la Secretaría General Técnica, por la que se publica el Convenio entre la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias y la Asociación Beatriz de Suabia, para el desarrollo del Programa de intervención frente a la violencia familiar (Encuentro) y del Programa de intervención para agresores de violencia de género (PRIA-MA) de intervención en el medio abierto y en el ámbito de las penas y medidas alternativas. BOE de 9 de enero de 2020.

Resolución de 20 de diciembre de 2019, de la Secretaría General Técnica, por la que se publica el Convenio entre la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias y la Fundación Aprovat, de la Comunitat Valenciana, para el desarrollo del programa de atención psicoeducativo intensivo de intervención en el medio abierto y en el ámbito de las penas y medidas alternativas. BOE de 9 de enero de 2020.

Resolución de 27 de diciembre de 2019, de la Secretaría General Técnica, por la que se corrigen errores en la de 29 de octubre de 2019, por la que se publica el Convenio con la Asociación Paráliticos Cerebrales de Granada, para el cumplimiento de la pena de trabajo en beneficio de la comunidad. BOE de 10 de enero de 2020.

Resolución de 8 de enero de 2020, de la Secretaría General Técnica, por la que se publica el Convenio entre la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias y el Ayuntamiento de Banyeres de Mariola, para el cumplimiento de penas de trabajos en beneficio de la comunidad. BOE de 15 de enero de 2020.

Resolución de 8 de enero de 2020, de la Secretaría General Técnica, por la que se publica el Convenio entre la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias y el Ayuntamiento de Fresnedoso de Ibor, para el cumplimiento de penas de trabajos en beneficio de la comunidad. BOE de 15 de enero de 2020.

Resolución de 8 de enero de 2020, de la Secretaría General Técnica, por la que se publica el Convenio entre la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias y la Asociación Afama Pollença, para el cumplimiento de penas de trabajos en beneficio de la comunidad. BOE de 15 de enero de 2020.

Resolución de 8 de enero de 2020, de la Secretaría General Técnica, por la que se publica el Convenio entre la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias y la Asociación de Personas con Lesión Medular y otras Discapacidades Físicas, Aspaym Principado de Asturias, para el cumplimiento de penas de trabajos en beneficio de la comunidad. BOE de 15 de enero de 2020.

Resolución de 9 de enero de 2020, de la Secretaría General Técnica, por la que se publica el Convenio entre la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias y el Ayuntamiento de Llubí, para el cumplimiento de penas de trabajos en beneficio de la comunidad. BOE de 16 de enero de 2020.

Resolución de 9 de enero de 2020, de la Secretaría General Técnica, por la que se publica el Convenio entre la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias y el Ayuntamiento de Portezuelo, para el cumplimiento de penas de trabajos en beneficio de la comunidad. BOE de 16 de enero de 2020.

Resolución de 9 de enero de 2020, de la Secretaría General Técnica, por la que se publica el Convenio entre la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias y Remar Central, para el cumplimiento de penas de trabajos en beneficio de la comunidad. BOE de 16 de enero de 2020.

Resolución de 15 de enero de 2020, de la Secretaría General Técnica, por la que se publica el Convenio entre la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias y el Ayuntamiento de Arroyomolinos, para el cumplimiento de penas de trabajos en beneficio de la comunidad. BOE de 22 de enero de 2020.

Resolución de 15 de enero de 2020, de la Secretaría General Técnica, por la que se publica el Convenio entre la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias y el Ayuntamiento de Piedras Albas, para el cumplimiento de penas de trabajos en beneficio de la comunidad. BOE de 22 de enero de 2020.

Resolución de 15 de enero de 2020, de la Secretaría General Técnica, por la que se publica el Convenio entre la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias y el Ayuntamiento de Sanchidrián, para el cumplimiento de penas de trabajos en beneficio de la comunidad. BOE de 22 de enero de 2020.

Resolución de 15 de enero de 2020, de la Secretaría General Técnica, por la que se publica el Convenio entre la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias y la Asociación Expoacción Organización Solidaria, para el cumplimiento de penas de trabajos en beneficio de la comunidad. BOE de 22 de enero de 2020.

Resolución de 15 de enero de 2020, de la Secretaría General Técnica, por la que se publica el Convenio entre la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias y la Asociación Mensajeros de la Paz Extremadura, para el cumplimiento de penas de trabajos en beneficio de la comunidad. BOE de 22 de enero de 2020.

Resolución de 15 de enero de 2020, de la Secretaría General Técnica, por la que se publica el Convenio entre la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias y la Fundación Manantial, para el cumplimiento de penas de trabajos en beneficio de la comunidad. BOE de 22 de enero de 2020.

Resolución de 17 de enero de 2020, de la Secretaría General Técnica, por la que se publica el Convenio entre la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias y el Ayuntamiento de Alcázar de San Juan, para el cumplimiento de penas de trabajos en beneficio de la comunidad. BOE de 28 de enero de 2020.

Resolución de 17 de enero de 2020, de la Secretaría General Técnica, por la que se publica el Convenio entre la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias y el Ayuntamiento de Montijo, para el cumplimiento de penas de trabajos en beneficio de la comunidad. BOE de 28 de enero de 2020.

Resolución de 17 de enero de 2020, de la Secretaría General Técnica, por la que se publica el Convenio entre la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias y la Fundación Albergue Covadonga, para el cumplimiento de penas de trabajos en beneficio de la comunidad. BOE de 28 de enero de 2020.

Resolución de 17 de enero de 2020, de la Secretaría General Técnica, por la que se publica el Convenio entre la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias y la Fundación Secretariado Gitano de Asturias, para el cumplimiento de penas de trabajos en beneficio de la comunidad. BOE de 28 de enero de 2020.

Resolución de 21 de enero de 2020, de la Secretaría General Técnica, por la que se publica el Convenio entre la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias y el Ayuntamiento de Carbajo, para el cumplimiento de penas de trabajos en beneficio de la comunidad. BOE de 29 de enero de 2020.

Resolución de 21 de enero de 2020, de la Secretaría General Técnica, por la que se publica el Convenio entre la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias y el Ayuntamiento de Miajadas, para el cumplimiento de penas de trabajos en beneficio de la comunidad. BOE de 29 de enero de 2020.

Resolución de 21 de enero de 2020, de la Secretaría General Técnica, por la que se publica el Convenio entre la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias y la Fundación Cruz Blanca, para el cumplimiento de penas de trabajos en beneficio de la comunidad. BOE de 29 de enero de 2020.

Resolución de 21 de enero de 2020, de la Secretaría General Técnica, por la que se publica el Convenio entre la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias y la Asociación Iniciativas Solidarias, para el desarrollo del programa de asesoramiento sociolaboral, orientación y seguimiento de intervención en el medio abierto y en el ámbito de las penas y medidas alternativas. BOE de 29 de enero de 2020.

Resolución de 22 de enero de 2020, de la Secretaría General Técnica, por la que se publica el Convenio con la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias y el Ayuntamiento de Puerto del Rosario, para el cumplimiento de penas de trabajos en beneficio de la comunidad. BOE de 31 de enero de 2020.

Resolución de 22 de enero de 2020, de la Secretaría General Técnica, por la que se publica el Convenio entre la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias y el Ayuntamiento de Es Castell, para el cumplimiento de penas de trabajos en beneficio de la comunidad. BOE de 31 de enero de 2020.

Resolución de 22 de enero de 2020, de la Secretaría General Técnica, por la que se publica el Convenio entre la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias y el Ayuntamiento de Valdepeñas, para el cumplimiento de penas de trabajos en beneficio de la comunidad. BOE de 31 de enero de 2020.

Resolución de 23 de enero de 2020, de la Secretaría General Técnica, por la que se publica el Convenio entre la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias y la Asociación Domus Pacis-Casal de la Pau, para el cumplimiento de penas de trabajos en beneficio de la comunidad. BOE de 31 de enero de 2020.

Resolución de 23 de enero de 2020, de la Secretaría General Técnica, por la que se publica el Convenio entre la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias y la Asociación Remar Aragón, para el cumplimiento de penas de trabajos en beneficio de la comunidad. BOE de 31 de enero de 2020.

Resolución de 23 de enero de 2020, de la Secretaría General Técnica, por la que se publica el Convenio con el Ayuntamiento de Blanca, para la incorporación de los Cuerpos de Policía Locales al Sistema de Seguimiento Integral de los casos de Violencia de Género. BOE de 31 de enero de 2020.

Resolución de 23 de enero de 2020, de la Secretaría General Técnica, por la que se publica el Convenio con el Ayuntamiento de Calasparra, para la incorporación de los Cuerpos de Policía Locales al Sistema de Seguimiento Integral de los casos de Violencia de Género. BOE de 31 de enero de 2020.

Resolución de 23 de enero de 2020, de la Secretaría General Técnica, por la que se publica el Convenio con el Ayuntamiento de Puerto Lumbreras, para la incorporación de los Cuerpos de Policía Locales al Sistema de Seguimiento Integral de los casos de Violencia de Género. BOE de 31 de enero de 2020.

Resolución de 23 de enero de 2020, de la Secretaría General Técnica, por la que se publica el Convenio entre la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias y la Asociación Domus Pacis-Casal de la Pau, para el desarrollo del programa de atención integral de personas con necesidades sociosanitarias y en disfrute de beneficios penitenciarios mediante la intervención en el medio abierto y en el ámbito de las penas y medidas alternativas. BOE de 31 de enero de 2020.

Resolución de 23 de enero de 2020, de la Secretaría General Técnica, por la que se publica el Convenio entre la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias y la Fundación Psicología Sin Fronteras, para el desarrollo del taller TASEVAL y de los programas PRIA-MA, PROBECA, PROSEVAL y Fuera de la Red, de intervención en el medio abierto y en el ámbito de las penas y medidas alternativas. BOE de 31 de enero de 2020.

2.- COMUNIDAD AUTÓNOMA DE ANDALUCÍA.

> Convenio

Resolución de 26 de diciembre de 2019, de la Secretaría General Técnica, por la que se publica el Convenio con la Junta de Andalucía y el Consejo Consultivo de Andalucía, en materia de seguridad y protección de los edificios judiciales de la Comunidad Autónoma de Andalucía y del edificio sede de dicho Consejo. 27 de diciembre de 2019.

3.- COMUNIDAD FORAL DE NAVARRA.

> Convenio

Resolución de 20 de diciembre de 2019, de la Secretaría General Técnica, por la que se publica el Convenio con la Comunidad Foral de Navarra, para la incorporación de sus Unidades competentes al "Sistema de Seguimiento Integral de los casos de Violencia de Género (Sistema VioGén)". BOE de 8 de enero de 2020.

4.- CIUDAD DE CEUTA.

> Convenio

Resolución de 23 de enero de 2020, de la Secretaría General Técnica, por la que se publica el Convenio con la Ciudad de Ceuta, para la incorporación de sus unidades competentes al Sistema de Seguimiento Integral de los casos de Violencia de Género. BOE de 31 de enero de 2020.

5.- MINISTERIO DE JUSTICIA

> Demarcación y planta judicial

Orden JUS/1201/2019, de 11 de diciembre, por la que se modifica la Orden JUS/767/2019, de 11 de julio, por la que se dispone la fecha de efectividad de 22 plazas de magistrado en órganos colegiados, de entrada, en funcionamiento de 45 juzgados correspondientes a la programación del año 2019, y de efectividad de 2 plazas de magistrado en la Sección de Apelación Penal de los Tribunales Superiores de Justicia de Andalucía, Ceuta y Melilla, de Cataluña y de la Comunidad de Madrid. BOE de 17 de diciembre de 2019.

6.- MUTUALIDAD GENERAL JUDICIAL.

> Prestaciones

Resolución de 4 de diciembre de 2019, de la Mutualidad General Judicial, por la que se actualiza la regulación de las prestaciones complementarias y se generaliza su tramitación en formato electrónico a través de la sede electrónica de la MUGEJU. BOE de 18 de diciembre de 2019.

Resolución de 4 de diciembre de 2019, de la Mutualidad General Judicial, por la que se modifican la prestación de productos ortoprotésicos de dispensación ambulatoria y el Catálogo de productos ortoprotésicos. BOE de 18 de diciembre de 2019.

> Ayudas

Resolución de 4 de diciembre de 2019, de la Mutualidad General Judicial, por la que se convocan ayudas de los Programas del Plan de Atención Socio-Sanitaria para 2020. BOE de 19 de diciembre de 2019.

7.- DIRECCION GENERAL DE LOS REGISTROS Y EL NOTARIADO

> Contratos de crédito inmobiliario

Instrucción de 20 de diciembre de 2019, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre la actuación notarial y registral ante diversas dudas en la aplicación de la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario. BOE de 30 de diciembre de 2019.

8.- COMUNIDAD AUTÓNOMA DE CATALUÑA.

> Convenio

Resolución de 15 de enero de 2020, de la Secretaría de Estado de Justicia, por la que se publica el Convenio entre el Centro de Estudios Jurídicos y el Centro de Estudios Jurídicos y Formación Especializada de la Generalitat de Catalunya, en materia de formación de Fiscales y Letrados de la Administración de Justicia que presten sus servicios en Cataluña. BOE de 23 de enero de 2020.

9.- COMUNIDAD AUTÓNOMA DE GALICIA.

> Convenio

Resolución de 2 de enero de 2020, de la Subsecretaría, por la que se publica la Adenda de prórroga y modificación al convenio entre la Mutualidad General de Funcionarios Civiles del Estado, el Instituto Social de las Fuerzas Armadas, la Mutualidad General Judicial y el Servicio Gallego de 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 4 de enero de 2020.

10.- CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

> Juzgados de Primera Instancia e Instrucción

Acuerdo de 18 de diciembre de 2019, de la Comisión Permanente del Consejo General del Poder Judicial, por el que se atribuye a determinados juzgados, con competencia territorial indicada para cada uno de los casos, de manera exclusiva y excluyente o no excluyente, según los casos, el conocimiento de la materia relativa a las acciones individuales sobre condiciones generales incluidas en contratos de financiación con garantías reales inmobiliarias cuyo prestatario sea una persona física. BOE de 23 de diciembre de 2019.

11.- MINISTERIO DE TRABAJO, MIGRACIONES Y SEGURIDAD SOCIAL

> Convenios

Resolución de 16 de diciembre de 2019, de la Secretaría General Técnica, por la que se publica el Acuerdo de prórroga del Convenio con el Ayuntamiento de Alcobendas, para la integración social y laboral de refugiados, solicitantes de asilo y de otros tipos de protección temporal y subsidiaria, usuarios del Centro de Acogida a Refugiados de Alcobendas (Madrid). BOE de 30 de diciembre de 2019.

12.- MINISTERIO DE ECONOMÍA Y EMPRESA

> Interés de demora

Resolución de 27 de diciembre de 2019, de la Secretaría General del Tesoro y Financiación Internacional, por la que se publica el tipo legal de interés de demora aplicable a las operaciones comerciales durante el primer semestre natural del año 2020. BOE de 30 de diciembre de 2019.

13.- MINISTERIO DE ASUNTOS EXTERIORES, UNIÓN EUROPEA Y COOPERACIÓN

> Convenios

Resolución de 14 de enero de 2020, de la Dirección de la Agencia Española de Cooperación Internacional para el Desarrollo, por la que se publica la Adenda n.º 2 al Acuerdo de Delegación con la Unión Europea denominado "GOJUST - Derechos Humanos. Cuarto componente del Programa de Reforma del Sector de la Justicia: Gobernanza en la Justicia (GOJUST)".

III.- AUTONÓMICAS

1. COMUNIDAD AUTÓNOMA DE CATALUÑA

> Sector público

- Decreto-ley 15/2019, de 26 de noviembre, por el que se modifica el artículo 13 del Decreto-ley 4/2010, de 3 de agosto, de medidas de racionalización y simplificación de la estructura del sector público de la Generalidad de Cataluña. BOE de 14 de enero de 2020.

2.- COMUNITAT VALENCIANA

> Designación de Senadores

Ley 8/2019, de 29 de noviembre, de modificación de la Ley 9/2010, de 7 de julio, de designación de Senadores o Senadoras en representación de la Comunitat Valenciana. BOE de 14 de enero de 2020.

3.- COMUNIDAD FORAL DE NAVARRA

> Impuestos

- Ley Foral 29/2019, de 23 de diciembre, de modificación de diversos impuestos y otras medidas tributarias. BOE de 14 de enero de 2020.

- Ley Foral 30/2019, de 23 de diciembre, de modificación parcial del Texto Refundido de la Ley Foral del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas. BOE de 14 de enero de 2020.

- Ley Foral 31/2019, de 23 de diciembre, de modificación parcial de la Ley Foral del Impuesto sobre el Patrimonio. BOE de 14 de enero de 2020.

> Altos cargos. Incompatibilidades

- Ley Foral 32/2019, de 23 de diciembre, por la que se deroga el apartado 5 del artículo 3 bis de la Ley Foral 19/1996, de 4 de noviembre, de incompatibilidades de los miembros del Gobierno de Navarra y de los altos cargos de la Administración de la Comunidad Foral de Navarra. BOE de 14 de enero de 2020.

4.- COMUNIDAD AUTÓNOMA DEL PAÍS VASCO

> Cooperativas

-Ley 11/2019, de 20 de diciembre, de Cooperativas de Euskadi. BOE de 16 de enero de 2020

> Caza

- Ley 12/2019, de 20 de diciembre, de modificación de la Ley 2/2011, de 17 de marzo, de caza. BOE de 16 de enero de 2020.

RESEÑA DE ARTÍCULOS DOCTRINALES DE ESPECIAL INTERÉS

- “Prueba ilícita obtenida por particulares: ausencias y discordancias en la STC, Pleno, 97/2019” José Luis Rodríguez Lainz. Diario La Ley, Nº 9529, Sección Doctrina, 2 de diciembre de 2019.
- Revista La Ley Penal. nº 140. Septiembre-octubre 2019. VVAA.
 - «¿Siempre es exigible la corroboración periférica en los delitos sexuales y de violencia de género?», por Vicente Magro Servet.
 - «La prueba electrónica en el proceso penal: el correo electrónico y el WhatsApp», por Rubén López Picó.
 - «La prueba preconstituida en el delito de trata de seres humanos: el problema de la progresión procesal», por Álvaro Perea González.
 - «El concepto de información privilegiada en los delitos de abuso de información privilegiada en mercados financieros», por Andrés Delgado Gil.
 - «La discutida legitimidad de la protección jurídico-penal de los sentimientos religiosos. De la publicación de caricaturas de Mahoma a Willy Toledo», por Joaquim Bages Santacana.
 - «Derecho penal económico. Una aproximación a su tutela», por Belén Macías Espejo.
 - «El "caso Fresenius": el "día D" de la FEPA en España», por María de los Ángeles Villegas García y Miguel Ángel Encinar del Pozo.
 - «La posición de garante penal de las personas jurídicas: A propósito de la Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de marzo de 2019», por Carlos Gómez-Jara Díez.
- “Protocolo de consejos para que un jurado redacte un buen veredicto” Vicente Magro Servet. Diario La Ley, Nº 9531, Sección Doctrina, 4 de diciembre de 2019.
- “Comentario crítico sobre el Real Decreto-Ley 14/2019” Emma Ramos Carvajal. Diario La Ley, Nº 9531, Sección Tribuna, 4 de diciembre de 2019.
- Revista Derecho Digital e Innovación. nº 3. Ed. Wolters Kluwer. VVAA
 - “Los peligros de una república digital desbocada. A propósito del Real Decreto-Ley 14/2019, de 31 de octubre, en materia de administración digital, contratación del sector público y telecomunicaciones”, por José Luis Piñar Mañas.
 - “El bitcoin no es dinero. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de junio de 2019”, por José Torregrosa Vázquez
- “Cómo acertar en la designación del compliance officer desde una perspectiva procesal” Benjamín Prieto Diario La Ley, Nº 9532, Sección Tribuna, 5 de diciembre de 2019.
- “Vigencia del principio de responsabilidad patrimonial universal del deudor en el Código Civil (art. 1911 CC)” Ignacio Sancho Gargallo Diario La Ley, Nº 9534, Sección Tribuna, 11 de diciembre de 2019.
- “La conexión entre la responsabilidad administrativa y la penal en el ámbito fiscal: la Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de septiembre de 2019” Alberto Palomar Olmeda Diario La Ley, Nº 9534, Sección Doctrina, 11 de diciembre de 2019.
- “La desprotección de la víctima en el proceso penal” Antonio Mateos Rodríguez-Arias Diario La Ley, Nº 9534, Sección Tribuna, 11 de diciembre de 2019.
- “Algunas dudas a raíz de la STC, Pleno, de 9 de mayo de 2019, sobre la constitucionalidad del artículo 18.2, 4ª de la Ley de Jurisdicción Voluntaria” Xavier Abel Lluch Diario La Ley, Nº 9533, Sección Tribuna, 10 de diciembre de 2019.

- “Sobre la autoría de mensajes y textos digitales anónimos” Mireia Hernández Esteban Diario La Ley, Nº 9533, Sección Práctica Forense, 10 de diciembre de 2019.
- “¿Diligencias preliminares para preparar el proceso o como medio para obtener judicialmente datos protegidos? (Comentario a propósito de las reclamaciones de presuntos fraudes de la propiedad intelectual mediante redes P2P)” Manuel Richard González Diario La Ley, Nº 9533, Sección Jurisprudencia, 10 de diciembre de 2019.
- “La aplicación práctica de la Ley Orgánica de Protección de Datos y garantía de los derechos digitales” Mar España Martí Diario La Ley, Nº 34, Sección Ciberderecho, 6 de diciembre de 2019.
- “La LOPDGGD y el art. 58 bis LOREG” Artemi Rallo Lombarte Diario La Ley, Nº 34, Sección Ciberderecho, 5 de diciembre de 2019.
- “El uso ilícito de datos personales un año después de la aprobación de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre” Francisco Martínez Vázquez Diario La Ley, Nº 34, Sección Ciberderecho, 5 de diciembre de 2019.
- “Vehículos de movilidad personal: un comentario de urgencia a su última regulación transitoria” Laura Cristina Morell Aldana Diario La Ley, Nº 9535, Sección Tribuna, 12 de diciembre de 2019
- “Concurso de delitos entre malversación y cohecho. En la médula de la corrupción” Fidel Ángel Cadena Serrano Diario La Ley, Nº 9535, Sección Comentarios de jurisprudencia, 12 de diciembre de 2019.
- “Delitos contra la propiedad intelectual y responsabilidad civil” Alfonso Ortega Matesanz Diario La Ley, Nº 9536, Sección Tribuna, 13 de diciembre de 2019.
- “Una propuesta de reforma para la justicia penal” Rodrigo Lacueva Bertolacci Diario La Ley, Nº 9537, Sección Doctrina, 16 de diciembre de 2019.
- “La teoría jurídica del delito de las personas jurídicas en la jurisprudencia del Tribunal Supremo” José Miguel Zugaldía Espinar Diario La Ley, Nº 9537, Sección Dossier, 16 de diciembre de 2019.
- “Continuidad delictiva en delitos contra la libertad e indemnidad sexuales” Fidel Ángel Cadena Serrano Diario La Ley, Nº 9537, Sección Comentarios de jurisprudencia, 16 de diciembre de 2019.
- “El derecho de relación del menor con sus hermanos, abuelos y otros parientes y allegados y su conciliación con el derecho de visitas de los progenitores” Javier Martínez Calvo Diario La Ley, Nº 9538, Sección Tribuna, 17 de diciembre de 2019.
- “Aproximación a algunos aspectos controvertidos del internamiento de menores por trastornos de conducta” Alicia González Monje Diario La Ley, Nº 9540, Sección Doctrina, 19 de diciembre de 2019.
- “Medidas de protección a los mayores de edad discapacitados, en un entorno internacional” M.ª Carmen Chéliz Inglés Diario La Ley, Nº 9541, Sección Doctrina, 20 de diciembre de 2019.
- “La incidencia del secreto de las actuaciones y la adopción de la medida cautelar de prisión provisional en el derecho de defensa” Sergio Nuño Díez de la Lastra Martínez Diario La Ley, Nº 9541, Sección Tribuna, 20 de diciembre de 2019.
- “Delito de terrorismo yihadista” Fidel Ángel Cadena Serrano Diario La Ley, Nº 9541, Sección Comentarios de jurisprudencia, 20 de diciembre de 2019.
- “Las modalidades del ensañamiento. Circunstancia de cualificación del asesinato y agravante genérica. Su conexión con la dignidad inherente al ser humano” Fidel Ángel Cadena Serrano Diario La Ley, Nº 9543, Sección Comentarios de jurisprudencia, 26 de diciembre de 2019.
- “La grabación o videovigilancia de la empresa: el control del empresario en el puesto de trabajo” José Luis Monereo Pérez y Pompeyo Gabriel Ortega Lozano La Ley Unión Europea, Nº 76, 31 de diciembre de 2019.
- “Dossier Jurisprudencial del Tribunal Supremo en 2019 sobre extranjería” José M.ª Pey González Diario La Ley, Nº 9544, Sección Dossier, 27 de diciembre de 2019.

- “El cacheo con desnudo integral de la mujer en prisión” Susana Herrero Maroto Diario La Ley, Nº 9544, Sección Tribuna, 27 de diciembre de 2019.
- “El concepto de consumidor en el alambre: alcance y futuro de la «Doctrina Petruchová»” Álvaro Perea González Diario La Ley, Nº 9544, Sección Opinión, 27 de diciembre de 2019.
- “El papel del menor en la decisión de su propio interés: su derecho a ser oído y escuchado” Pablo Díaz Domínguez Diario La Ley, Nº 9542, Sección Doctrina, 23 de diciembre de 2019.
- “El derecho de entrega del atestado policial y el derecho de defensa” Vicente Magro Servet Diario La Ley, Nº 9457, Sección Doctrina, 7 de enero de 2020.
- “La voz de las víctimas del delito en el derecho penitenciario” Javier Nistal Burón Diario La Ley, Nº 9547, Sección Tribuna, 7 de enero de 2020.
- “Sobre la acción pública urbanística y el plazo de su ejercicio. La STS de 21 de noviembre de 2019” Alberto Palomar Olmeda Diario La Ley, Nº 9549, Sección Doctrina, 9 de enero de 2019.
- “La directiva de protección del denunciante” Blanca Lozano Cutanda Diario La Ley, Nº 9550, Sección Tribuna, 10 de enero de 2020.
- “Compliance, seguridad jurídica y crecimiento económico en la empresa” Jorge Manrique de Lara Jiménez Diario La Ley, Nº 9551, Sección Tribuna, 13 de enero de 2020.
- “Delitos contra la seguridad vial y siniestralidad de los nuevos tipos de vehículo”. Laura Crista Morell Aldana Colección Bosch. Noviembre 2019. Ed. Wolters Kluwer.
- “El riesgo permitido como defensa de la persona jurídica investigada por corrupción” Borja Almodóvar Puig y Beatriz Hernández Luque Diario La Ley, Nº 9555, Sección Doctrina, 17 de enero de 2020.
- “¿Qué protege el delito de tráfico de órganos? —A propósito de la reforma operada por la Ley Orgánica 1/2019— Carmen Alastuey Dobón Diario La Ley, Nº 9558, Sección Doctrina, 22 de enero de 2020.
- “Violencia de género. Los celos y su tratamiento penal” José Domingo Monforte Diario La Ley, Nº 9562, Sección Tribuna, 28 de enero de 2020.
- “El nuevo texto constitucional del artículo 294.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial” José Luis Manzanares Samaniego Diario La Ley, Nº 9563, Sección Doctrina, 29 de enero de 2020.
- “Concepto de «autoridad judicial emisora» para decretar una orden de detención europea en el ejercicio de acciones penales” La Ley Unión Europea, Nº 77, Enero 2020, Wolters Kluwer
- “El secreto profesional del abogado in-house en la encrucijada: tendencias y retos en la era del compliance” Beatriz Goena Vives Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología. 21-19 (2019)
- “Tratamiento legal de la edad del menor en la tutela penal de su correcto proceso de formación sexual” Norberto J. de la Mata Barranco Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología. 21-20 (2019)
- “Mujeres en el abismo: delincuencia femenina en contextos de violencia o exclusión” Patricia Laurenzo Copello Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología. 21-21 (2019)
- “Los deberes fiduciarios: alcance y limitaciones para la determinación de la responsabilidad penal de los altos directivos” Elena B. Fernández Castejón Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología. 21-26 (2019)

Los artículos de la Revista La Ley se pueden consultar en el siguiente enlace:

<http://diariolaley.laley.es> (sección correspondiente). Existe un enlace en la intranet del Ministerio Fiscal.

Los artículos de la Revista Indret Penal se pueden consultar en el siguiente enlace: http://www.indret.com/es/derecho_penal/8/

Los artículos de la Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología se pueden consultar en el siguiente enlace: <http://criminnet.ugr.es/recpc/>

Los artículos de las Revistas reseñadas se pueden solicitar en el Servicio de Biblioteca de la FGE: fiscalia.biblioteca@fiscal.es

ÍNDICE REFERENCIAL POR MATERIAS

ACUSADO

- Doctrina sobre lectura de declaración sumarial del acusado cuando guarde silencio en el juicio. Sec. Penal [STS 529/19 – 31/10/19](#)
- Valor de la declaración de los coacusados en caso de silencio durante el juicio. Sec. Penal [STS 554/19 – 13/11/19](#)

ATENUANTES

- Atenuante analógica de confesión tardía: caracteres. Sec. Penal [STS 578/19 – 26/11/19](#)
- Atenuante analógica del artículo 21.7 del Código Penal en relación con la eximente incompleta de obrar en cumplimiento de un deber: posibilidad de aplicación en aquellos supuestos en los que, no existiendo una necesidad abstracta de actuar, concurren circunstancias que dificultan percibir la procedencia de la contención. Sec. Penal [STS 608/19 – 11/12/19](#)
- Atenuante de embriaguez: aplicabilidad respecto del delito contra la seguridad vial en la modalidad de desobediencia. Sec. Penal [STS 652/19 – 08/01/20](#)
- Atenuante ordinaria de confesión: elemento cronológico. Sec. Penal [STS 578/19 – 26/11/19](#)

CLAUSULAS ABUSIVAS

- Cláusulas abusivas en los contratos celebrados con los consumidores. Efectos de la nulidad de cláusula abusiva de vencimiento anticipado. Ejercicio conforme a facultad legal, por incumplimiento del deudor. Sec. Civil [STS 3/20 – 08/01/20](#)
- Cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores. Proceso monitorio europeo: Control por parte del órgano jurisdiccional ante el que se ha presentado una petición de requerimiento europeo de pago. Sec. TJUE [STJUE C-453/18 – 19/12/19](#)

COMPETENCIA

- Competencia Objetiva: Para fijar la competencia objetiva hay que estar a las pretensiones de condena que han traspasado el control que representa el juicio de acusación y respecto de las que se ha abierto el juicio oral. No es factible, sin celebrar el juicio, evaluar a esos efectos competenciales la fundabilidad de alguna o algunas de las pretensiones. Ha de decidirse sobre ellas tras la celebración del juicio y práctica de la prueba. Sec. Penal [STS 611/19 – 11/12/19](#)
- Competencia territorial: conflicto negativo de competencia entre Juzgado de Violencia sobre la Mujer y Juzgado de Primera Instancia con competencias de familia. Sec. Civil [ATS 224/19 – 22/10/19](#)
- Cuestión de competencia: actos y disposiciones del Consejo de Ministros. Sec. Cont.Adm. [ATS 19/19 – 04/12/19](#)
- Cuestión de competencia: Desestimación de la solicitud de indemnización al amparo de la Ley 5/2018, de 17 de octubre de Protección, Reconocimiento y Memoria de las Víctimas del Terrorismo. Resolución dictada por Vicepresidente C.A. Madrid. Sec. Cont.Adm. [ATS 343/19 -11/12/19](#)

CONCURSO

- Delitos de revelación de secretos y cohecho: Concurso de normas, concurso real de delitos. Sec. Penal [STS 634/19 – 19/12/19](#)

CONFLICTO COLECTIVO

- Conflicto Colectivo (Modificación Sustancial Condiciones de Trabajo; agotamiento vía previa; incentivo de producción [principio de igualdad y no discriminación]). Sec. Social [STS 815/19 – 03/12/19](#)

CONSUMACION

- Delito de descubrimiento y revelación de secretos: determinación del momento en que se produce la consumación del subtipo agravado consistente en la <<divulgación, revelación o cesión a terceros de los datos o hechos descubiertos o las imágenes captadas a que se refieren los números anteriores>> cuando esta conducta se ha producido bajo la vigencia del vigente Código Penal y el descubrimiento o captación previo se ha producido bajo la vigencia del Código Penal precedente. Sec. Penal [STS 655/19 – 08/01/20](#)

CONSUMIDORES

- Cláusulas abusivas en los contratos celebrados con los consumidores. Efectos de la nulidad de cláusula abusiva de vencimiento anticipado. Ejercicio conforme a facultad legal, por incumplimiento del deudor. Sec. Civil [STS 3/20 – 08/01/20](#)

Cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores. Proceso monitorio europeo: Control por parte del órgano jurisdiccional ante el que se ha presentado una petición de requerimiento europeo de pago.	Sec. TJUE	STJUE C-453/18 – 19/12/19
Derechos de los consumidores. Transporte aéreo. Responsabilidad de las compañías aéreas en caso de accidente. Concepto de accidente.	Sec. TJUE	STJUE C-532/18 – 19/12/19
COOPERACION JUDICIAL EN MATERIA PENAL		
Reconocimiento mutuo. Sanciones pecuniarias. Motivos para denegar el reconocimiento y la ejecución. Resolución de una autoridad del Estado miembro emisor basada en los datos de matriculación de un vehículo. Notificación al interesado de las sanciones y de las vías de recurso. Derecho a la tutela judicial efectiva.	Sec. TJUE	STJUE C-671/18 – 05/12/19
DATOS DE CARÁCTER PERSONAL		
Doctrina por la que se establece que el número de teléfono es un dato reservado a los efectos del artículo 197 CP.	Sec. Penal	STS 634/19 – 19/12/19
DELITO CONTRA EL PATRIMONIO HISTORICO, CULTURAL Y ARTISTICO		
Delito contra el patrimonio histórico, cultural y artístico. Elemento típico: que el daño recaiga sobre bienes de valor histórico, artístico, científico, cultural o monumental, doctrina.	Sec. Penal	STS 641/19 – 20/12/19
DELITO CONTRA LA SEGURIDAD VIAL		
Delito contra la seguridad vial por conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas, y delito contra la seguridad vial en la modalidad de desobediencia: no se infringe el principio non bis in idem.	Sec. Penal	STS 652/19 – 08/01/20
Delito contra la seguridad vial en la modalidad de desobediencia. Atenuante de embriaguez: aplicabilidad respecto del delito contra la seguridad vial en la modalidad de desobediencia.	Sec. Penal	STS 652/19 – 08/01/20
DELITO CONTRA LOS DERECHOS DE LOS TRABAJADORES		
Delito contra el derecho de los trabajadores (art. 311 CP): la actividad de prostitución como susceptible de encajar en el tipo penal.	Sec. Penal	STS 554/19 – 13/11/19
DELITO DE ABUSO DE AUTORIDAD		
Delito “abuso de autoridad” en su modalidad de maltrato de obra a un subordinado previsto en el artículo 46 del vigente Código Penal Militar.	Sec. Militar	STS 138/19 – 10/12/19
DELITO DE ABUSO SEXUAL		
Delito de Abuso sexuales. Prevalimiento.	Sec. Penal	STS 646/19 – 20/12/19
DELITO DE ACOSO SEXUAL POR INTERNET – CHILD GROOMING		
Delito de Child Grooming: El delito requiere que sean los medios tecnológicos las vías de contacto inicial con el menor.	Sec. Penal	STS 671/19 – 15/01/2020
DELITO DE APROPIACION INDEBIDA		
Delito de apropiación indebida. Sorteo lotería. Cuotas de participación.	Sec. Penal	STS 600/19 – 04/12/19
Delito continuado de apropiación: existencia de apropiación indebida en la distracción de dinero. Concepto de perjudicado en la apropiación indebida de saldo de la sociedad de la misma sociedad, y no en un administrador societario.	Sec. Penal	STS 530/19 – 31/10/19
Delito continuado de apropiación indebida. Excusa absolutoria del art 268.1 CP. Yerno acusado y suegra víctima, que viven juntos en la época de los hechos, que son anteriores a la entrada en vigor de la reforma del CP.	Sec. Penal	STS 551/19 – 12/11/19
DELITO DE COHECHO		
Delito de cohecho: inexigencia de cuantía mínima; principio de insignificancia.	Sec. Penal	STS 634/19 – 19/12/19
Delitos de cohecho y de revelación de secretos: vulneración del principio non bis in idem; concurso de normas, concurso real de delitos.	Sec. Penal	STS 634/19 – 19/12/19
DELITO DE DESCRUBRIMIENTO Y REVELACION DE SECRETOS		
Determinación del momento en que se produce la consumación del subtipo agravado consistente en la <<divulgación, revelación o cesión a terceros de los datos o hechos		

descubiertos o las imágenes captadas a que se refieren los números anteriores>> cuando esta conducta se ha producido bajo la vigencia del vigente Código Penal y el descubrimiento o captación previo se ha producido bajo la vigencia del Código Penal precedente.

Sec. Penal [STS 655/19 – 08/01/20](#)

DELITO DE ESTAFA

- Delito de estafa del art. 251.2 CP. Elementos típicos del delito de estafa impropia. Error: doctrina: error de tipo y error de prohibición directo e indirecto.

Sec. Penal [STS 625/19 – 17/12/19](#)

DELITO DE INTEGRACION EN GRUPO CRIMINAL

- Delito de integración en grupo criminal: elementos; diferencia con organización.

Sec. Penal [STS 526/19 – 31/10/19](#)

DELITO DE LESIONES

- Delito de lesiones en el ámbito familiar: Derecho de corrección. Proporcionalidad, razonabilidad y moderación.
- Delito de lesiones: el reposo como tratamiento.
- Delito leve de lesiones: Tratamiento médico: concepto: distinción entre tratamiento y vigilancia o seguimiento médico.
- Delito de lesiones: Unidad natural de acción.

Sec. Penal [STS 654/19 – 08/01/20](#)

Sec. Penal [STS 615/19 – 11/12/19](#)

Sec. Penal [STS 533/19 – 05/11/19](#)

Sec. Penal [STS 615/19 – 11/12/19](#)

DELITO DE QUEBRANTAMIENTO DE CONDENA

- Prohibición de comunicación. Delito consumado o en grado de tentativa: que el mero hecho de llamar, cuando es posible identificar la procedencia, ya supone en esos casos un acto consumado de comunicación.
- Prohibición de comunicación. Elementos. Llamada realizada por el acusado no atendida por la persona protegida por la medida o la pena.

Sec. Penal [STS 650/19 – 20/12/19](#)

Sec. Penal [STS 650/19 – 20/12/19](#)

DELITO DE RECEPCION

- Delito de receptación: requisitos y consumación.

Sec. Penal [STS 526/19 – 31/10/19](#)

DELITO DE ROBO

- Delito continuado de robo con violencia: Peculiaridad que lo posibilita y no quiebra la doctrina unánime sobre su inviabilidad.
- Delito de robo con violencia: Intoxicación por benzodiazepinas como violencia.

Sec. Penal [STS 615/19 – 11/12/19](#)

Sec. Penal [STS 615/19 – 11/12/19](#)

DELITO DE TRATA DE SERES HUMANOS

- Delito de Trata de seres humanos: presupuestos típicos.

Sec. Penal [STS 554/19 – 13/11/19](#)

DELITO PROVOCADO

- Delito provocado: elementos.

Sec. Penal [STS 526/19 – 31/10/19](#)

DERECHO A LA IMAGEN

- Publicación en un diario de la fotografía de un detenido acusado de abusos sexuales a menores, obtenida de su perfil de Facebook.

Sec. Civil [STS 697/19 – 19/12/19](#)

DERECHO A LA LIBERTAD DE EXPRESION

- Libertad de expresión. Límites de la libertad de expresión en los programas de entretenimiento. Sujetos responsables de la intromisión ilegítima.

Sec. Civil [STS 691/19 – 18/12/19](#)

DERECHO A LA PARTICIPACION Y A LA REPRESENTACION POLITICA

- Aspectos relativos al régimen legal de los cargos públicos representativos frente a la aplicación de la ley penal. Legitimidad constitucional de denegación judicial de permisos extraordinarios que afectan derechos políticos de presos preventivos en la Causa Especial 20907/2017.

Sec. Const. [STC 2228/18 – 20/01/20](#)

DERECHO A LA REAGRUPACION FAMILIAR

- Política de inmigración. Derecho a la reagrupación familiar. Requisitos para el ejercicio del derecho a la reagrupación familiar. Concepto de “motivos de orden público”. Denegación de una solicitud de entrada y de residencia de un miembro de la familia. Retirada de un permiso de residencia de un miembro de la familia o denegación de su renovación.

Sec. TJUE [STJUE C-381/18 – 12/12/19](#)

Política de inmigración. Derecho a la reagrupación familiar. Directiva 2003/86/CE. Decisión relativa a la solicitud de reagrupación familiar. Consecuencias del incumplimiento del plazo para adoptar una decisión. Expedición automática de un permiso de residencia.	Sec. TJUE	STJUE C-706/18 – 20/11/19
DERECHO A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA		
Reconocimiento mutuo. Sanciones pecuniarias. Motivos para denegar el reconocimiento y la ejecución. Resolución de una autoridad del Estado miembro emisor basada en los datos de matriculación de un vehículo. Notificación al interesado de las sanciones y de las vías de recurso.	Sec. TJUE	STJUE C-671/18 – 05/12/19
DERECHO A LA VIDA PRIVADA Y A LA CORRESPONDENCIA		
Respeto a la vida privada y a la correspondencia (artículo 8 CEDH), incautación de datos de un despacho de abogados, protegidos por el secreto profesional, en una investigación sobre un tercero, y negativa a restituirlos o destruirlos durante un largo tiempo que no responde a una necesidad social imperiosa. Ausencia de garantías procedimentales y de proporcionalidad.	Sec. TEDH	STEDH – 14704/12 – 03/12/19
DERECHO A UN TRIBUNAL INDEPENDIENTE E IMPARCIAL		
Derecho a un tribunal independiente e imparcial (artículo 6 CEDH). Juez del tribunal de apelación que había sido Fiscal de la Fiscalía que formuló acusación cuando se investigó y acusó sin que estuviera envuelto en la fase preparatoria del proceso que se impugna. Ausencia de doble función.	Sec. TEDH	STEDH 54574/07 – 03/12/19
DERECHO AL SECRETO DE LAS COMUNICACIONES		
Intervención telefónica: Afectación a terceros de las intervenciones telefónicas acordadas judicialmente. Doctrina por la que se establece que el número de teléfono es un dato reservado a los efectos del artículo 197 CP.	Sec. Penal	STS 634/19 – 19/12/19
DERECHO DE DEFENSA		
Ausencia de declaración del menor en instrucción.	Sec. Menores	SAP 375/19 – 01/10/19
Derecho de Defensa: actuación del Abogado de oficio que asistió al acusado: inexistencia de indefensión.	Sec. Penal	STS 543/19 – 06/11/19
DERECHOS FUNDAMENTALES		
Derechos fundamentales: aplicación del art. 155 C.E.: cese del Vicepresidente de la Generalitat de Cataluña y de los Consejeros integrantes del Consejo de Gobierno de la Generalitat de Cataluña.	Sec. Cont.Adm.	STS 1584/19 – 13/11/19
DESPIDO COLECTIVO		
Despido Colectivo (revisión fáctica; grupo de empresas [elementos adicionales, aportación documental]).	Sec. Social	STS 798/19 – 21/11/19
ERROR		
Error: doctrina: error de tipo y error de prohibición directo e indirecto.	Sec. Penal	STS 625/19 – 17/12/19
ERROR JUDICIAL		
Error judicial: agotamiento de los recursos previstos en el ordenamiento: incidente de nulidad de actuaciones.	Sec. Cont.Adm.	STS 1629/19 – 25/11/19
Error Judicial: caracteres y requisitos. Incidente de nulidad de actuaciones: exigencias y requisitos.	Sec. Cont.Adm.	ATS 6/19 – 13/12/19
EXCUSA ABSOLUTORIA		
Delito continuado de apropiación indebida. Parentesco por afinidad en primer grado. Se estima que el fallecimiento de la esposa del primero e hija de la segunda, no extingue la referida relación parental.	Sec. Penal	STS 551/19 – 12/11/19
EXIMENTES		
Eximente completa e incompleta de actuación en el cumplimiento de un deber de los artículos 20.7 y 21.1 del Código Penal.	Sec. Penal	STS 608/19 – 11/12/19
GRUPO DE EMPRESAS		

Despido Colectivo (revisión fáctica; grupo de empresas [elementos adicionales, aportación documental]).	Sec. Social	STS 798/19 – 21/11/19
GUARDA Y CUSTODIA		
Guarda y custodia compartida. Asignación a uno de los progenitores del uso indefinido de una vivienda común que no es vivienda familiar.	Sec. Civil	STS 654/19 – 11/12/19
INMUNIDAD		
Derecho institucional de la Unión Europea: Ciudadano de la Unión Europea que resulta electo al Parlamento Europeo cuando se encuentra en situación de prisión provisional en el marco de un proceso penal. Concepto de “miembro del Parlamento Europeo”. Inmunidades necesarias para el cumplimiento de la misión de la Unión. Inmunidades reconocidas a los miembros del Parlamento Europeo. Inmunidad de desplazamiento. Inmunidades durante el período de sesiones. Suspensión de la inmunidad por el Parlamento Europeo. Solicitud de suspensión de la inmunidad presentada por un tribunal nacional.	Sec. TJUE	STJUE C-502/19 – 19/12/19
INCAPACIDAD TEMPORAL		
Incapacidad Temporal: derecho a la prestación por incapacidad temporal: supuesto de intervención quirúrgica no incluida en la cartera de servicios del Sistema Nacional de Salud.	Sec. Social	STS 2/20 – 08/01/20
INCIDENTE DE NULIDAD DE ACTUACIONES		
Conflicto Colectivo (Modificación Sustancial Condiciones de Trabajo; agotamiento vía previa; incentivo de producción [principio de igualdad y no discriminación]).	Sec. Social	STS 815/19 – 03/12/19
Error judicial: agotamiento de los recursos previstos en el ordenamiento: incidente de nulidad de actuaciones.	Sec. Cont.Adm.	STS 1629/19 – 25/11/19
Error Judicial: caracteres y requisitos. Incidente de nulidad de actuaciones: exigencias y requisitos.	Sec. Cont.Adm.	ATS 6/19 – 13/12/19
INTERVENCION TELEFONICA		
Intervención telefónica: Afectación a terceros de las intervenciones telefónicas acordadas judicialmente. Datos reservados de carácter personal: Doctrina por la que se establece que el número de teléfono es un dato reservado a los efectos del artículo 197 CP.	Sec. Penal	STS 634/19 – 19/12/19
JUICIO ORAL		
Doctrina sobre lectura de declaración sumarial del acusado cuando guarde silencio en el juicio. Doctrina sobre la lectura de la declaración sumarial de testigos cuando estén en paradero desconocido.	Sec. Penal	STS 529/19 – 30/10/19
Presupuestos de valoración de las declaraciones de las víctimas; presupuestos para la validez de declaraciones sumariales de testigos sin contradicción, doctrinas del TEDH. Valor de la declaración de los coacusados en caso de silencio durante el juicio.	Sec. Penal	STS 554/19 – 13/11/19
JURISDICCION		
Competencia Jurisdicción Social: derechos, bolsas de trabajo.	Sec. Social	STS 853/19 – 10/12/19
MENORES		
Ausencia de declaración del menor en instrucción.	Sec. Menores	SAP 375/19 – 01/10/19
Delito de Acoso sexual por internet o Child Grooming: El delito requiere que sean los medios tecnológicos las vías de contacto inicial con el menor.	Sec. Penal	STS 671/19 – 15/01/2020
Delito de lesiones en el ámbito familiar: Derecho de corrección. Proporcionalidad, razonabilidad y moderación.	Sec. Penal	STS 654/19 – 08/01/20
Responsabilidad civil de los padres. Moderación.	Sec. Menores	SAP 466/19 – 03/10/19
MINISTERIO FISCAL		
Orden de detención europea. Concepto de “autoridad judicial emisora”. Criterios. Orden de detención europea emitida por el Ministerio Fiscal de un Estado miembro para el ejercicio de acciones penales.	Sec. TJUE	STJUE C-625/19 – 12/12/19
Orden de detención europea. Criterios. Orden de detención europea emitida por el Ministerio Fiscal de un Estado miembro para la ejecución de una pena.	Sec. TJUE	STJUE C-627/19 – 12/12/19

NACIONALIDAD

- Nacionalidad: Pérdida de la nacionalidad española. Significado de la solicitud de renovar pasaporte dirigida al Consulado. Sec. Civil [STS 696/19 – 19/12/19](#)

ORDEN DE DETENCIÓN EUROPEA

- Orden de detención europea. Criterios. Orden de detención europea emitida por el Ministerio Fiscal de un Estado miembro para la ejecución de una pena. Sec. TJUE [STJUE C-627/19 – 12/12/19](#)
- Orden de detención europea. Concepto de “autoridad judicial emisora”. Criterios. Orden de detención europea emitida por el Ministerio Fiscal de un Estado miembro para el ejercicio de acciones penales. Sec. TJUE [STJUE C-625/19 – 12/12/19](#)

ORGANIZACIÓN CRIMINAL

- Banda "Latin King". Organización criminal dedicada a cometer delitos frente a bandas rivales. Sec. Penal [STS 596/19 – 03/12/19](#)

PARENTESCO

- Parentesco por afinidad en primer grado. Se estima que el fallecimiento de la esposa del primero e hija de la segunda, no extingue la referida relación parental. Delito de apropiación indebida. Excusa Absolutoria art. 268. 1 CP.
- Sec. Penal [STS 551/19 – 12/11/19](#)

PARLAMENTO EUROPEO

- Derecho institucional de la Unión Europea: Ciudadano de la Unión Europea que resulta electo al Parlamento Europeo cuando se encuentra en situación de prisión provisional en el marco de un proceso penal. Concepto de “miembro del Parlamento Europeo”. Inmunidades necesarias para el cumplimiento de la misión de la Unión. Inmunidades reconocidas a los miembros del Parlamento Europeo. Inmunidad de desplazamiento. Inmunidades durante el período de sesiones. Suspensión de la inmunidad por el Parlamento Europeo. Solicitud de suspensión de la inmunidad presentada por un tribunal nacional. Sec. TJUE [STJUE C-502/19 – 19/12/19](#)

PERMISOS PENITENCIARIOS

- Legitimidad constitucional de denegación judicial de permisos extraordinarios que afectan derechos políticos de presos preventivos en la Causa Especial 20907/2017. Sec. Const. [STC 2228/18 – 20/01/20](#)

POLÍTICA DE INMIGRACION

- Política de inmigración. Derecho a la reagrupación familiar. Requisitos para el ejercicio del derecho a la reagrupación familiar. Concepto de “motivos de orden público”. Denegación de una solicitud de entrada y de residencia de un miembro de la familia. Retirada de un permiso de residencia de un miembro de la familia o denegación de su renovación. Sec. TJUE [STJUE C-381/18 – 12/12/19](#)
- Política de inmigración. Derecho a la reagrupación familiar. Directiva 2003/86/CE. Decisión relativa a la solicitud de reagrupación familiar. Consecuencias del incumplimiento del plazo para adoptar una decisión. Expedición automática de un permiso de residencia. Sec. TJUE [STJUE C-706/18 – 20/11/19](#)

PRINCIPIO DE IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN

- Conflicto Colectivo (Modificación Sustancial Condiciones de Trabajo; agotamiento vía previa; incentivo de producción [principio de igualdad y no discriminación]). Sec. Social [STS 815/19 – 03/12/19](#)

PRINCIPIO DE INSIGNIFICANCIA

- Delito de cohecho: inexigencia de cuantía mínima; principio de insignificancia. Sec. Penal [STS 634/19 – 19/12/19](#)

PRINCIPIO DE INTERVENCIÓN MÍNIMA

- Delito de lesiones en el ámbito familiar: Derecho de corrección. Proporcionalidad, razonabilidad y moderación. Principio de Intervención mínima Sec. Penal [STS 654/19 – 08/01/20](#)

PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD

- De las penas: no se lesiona cuando se impone la pena mínima. Sec. Penal [STS 634/19 – 19/12/19](#)

PRINCIPIO NON BIS IN IDEM

Delito contra la seguridad vial por conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas, y delito contra la seguridad vial en la modalidad de desobediencia. No existe infracción del principio non bis in idem.	Sec. Penal	STS 652/19 – 08/01/20
PROCESO MONITORIO		
Proceso monitorio europeo: Cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores. Control por parte del órgano jurisdiccional ante el que se ha presentado una petición de requerimiento europeo de pago.	Sec. TJUE	STJUE C-453/18 – 19/12/19
PRUEBA TESTIFICAL		
Doctrina sobre la lectura de la declaración sumarial de testigos cuando estén en paradero desconocido.	Sec. Penal	STS 529/19 – 30/10/19
Presupuestos de valoración de las declaraciones de las víctimas; presupuestos para la validez de declaraciones sumariales de testigos sin contradicción, doctrinas del TEDH. Valor de la declaración de los coacusados en caso de silencio durante el juicio.	Sec. Penal	STS 554/19 – 13/11/19
RECURSO DE CASACION		
Recurso de Casación: Cuando se admite la casación contra decisiones sobre competencia: el recurso puede basarse en normas no sustantivas, sino de competencia.	Sec. Penal	STS 611/19 – 11/12/19
Recurso de Casación: recurribilidad del Auto de la Audiencia Provincial atribuyendo la competencia al Juzgado de lo Penal: es recurrible en casación.	Sec. Penal	STS 611/19 – 11/12/19
Recurso de casación para unificación de doctrina: competencia funcional [afectación general, reintegro de gastos sanitarios por Mutua colaboradora].	Sec. Social	STS 795/19 – 20/11/19
Recuso de casación para unificación de doctrina: requisito de contradicción en materia de infracciones procesales: competencia Jurisdicción.	Sec. Social	STS 853/19 – 10/12/19
Recurso de casación para unificación de doctrina: competencia funcional [afectación general, reintegro de gastos sanitarios por Mutua colaboradora].	Sec. Social	STS 794/19 – 20/11/19
Revisión fáctica: requisitos.	Sec. Social	STS 798/19 – 21/11/19
RECURSO DE REVISION		
Recurso de revisión: caracteres: documentos recobrados post sentencia.	Sec. Cont.Adm.	STS 1650/19 – 28/11/19
RESPONSABILIDAD CIVIL		
Responsabilidad civil de los padres. Moderación.	Sec. Menores	SAP 466/19 – 03/10/19
Responsabilidad civil subsidiaria del art. 120.4 CP de la entidad bancaria que adquiere por sucesión empresarial la entidad donde se perpetró el delito por cesión de activos y pasivos en virtud de la Ley 3/2009 de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles. Concepto de perjudicado en la apropiación indebida de saldo de la sociedad de la misma sociedad, y no en un administrador societario.	Sec. Penal	STS 530/19 – 31/10/19
SANCIONES PECUNIARIAS		
Reconocimiento mutuo. Sanciones pecuniarias. Motivos para denegar el reconocimiento y la ejecución. Resolución de una autoridad del Estado miembro emisor basada en los datos de matriculación de un vehículo. Notificación al interesado de las sanciones y de las vías de recurso. Derecho a la tutela judicial efectiva.	Sec. TJUE	STJUE C-671/18 – 05/12/19
SECRETO		
Secreto de las actuaciones: no constituye una medida limitativa de un derecho fundamental, aunque puede incidir en el derecho de defensa. No produce indefensión si levantado el secreto la parte ha podido preparar su defensa. Únicamente podrá tener relevancia constitucional si se introducen en el proceso las declaraciones testificales practicadas ante el Juez Instructor como pruebas preconstituidas.	Sec. Penal	STS 646/19 – 20/12/19
SECRETO PROFESIONAL		
Incautación de datos de un despacho de abogados, protegidos por el secreto profesional, en una investigación sobre un tercero, y negativa a restituirlos o destruirlos durante un largo tiempo que no responde a una necesidad social imperiosa. Ausencia de garantías procedimentales y de proporcionalidad.	Sec. TEDH	STEDH 14704/12 – 03/12/19
SEGURIDAD SOCIAL		

- Seguridad Social (reintegro de gastos sanitarios por Mutua colaboradora: Rectificación de criterio. Sec. Social [STS 795/19 – 20/11/19](#)
- Seguridad Social (reintegro de gastos sanitarios por Mutua colaboradora: Rectificación de criterio. Sec. Social [STS 794/19 – 20/11/19](#)

TRANSPORTE AEREO

- Derechos de los consumidores. Transporte aéreo. Responsabilidad de las compañías aéreas en caso de accidente. Concepto de accidente. Sec. TJUE [STJUE C-532/18 – 19/12/19](#)

UNION EUROPEA

- Derecho institucional de la Unión Europea: Ciudadano de la Unión Europea que resulta electo al Parlamento Europeo cuando se encuentra en situación de prisión provisional en el marco de un proceso penal. Concepto de “miembro del Parlamento Europeo”. Inmunidades necesarias para el cumplimiento de la misión de la Unión. Inmunidades reconocidas a los miembros del Parlamento Europeo. Inmunidad de desplazamiento. Inmunidades durante el período de sesiones. Suspensión de la inmunidad por el Parlamento Europeo. Solicitud de suspensión de la inmunidad presentada por un tribunal nacional. Sec. TJUE [STJUE C-502/19 – 19/12/19](#)

VIVIENDA

- Guarda y custodia compartida. Asignación a uno de los progenitores del uso indefinido de una vivienda común que no es vivienda familiar. Sec. Civil [STS 654/19 – 11/12/19](#)

AUTORES

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

