



EL DERECHO

DIARIO DE JURISPRUDENCIA

GRUPO EDITORIAL EL DERECHO Y QUANTOR, S.L., EDIFICIO EL DERECHO, Lagasca, 45. 28001 Madrid. Teléf.: 914 23 29 00

Director: **EVARISTO MOLINE**

Año XVI. Número 2758

Madrid, lunes 16 de noviembre de 2009



TC TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

2009/216689

TC Sala 2ª, Sentencia 28 septiembre 2009. Ponente: D. Pascual Sala Sánchez

Déficit de motivación en materia de interrupción de la prescripción

El TC, que en esta sentencia vuelve a mantener una nueva pugna con la Sala de lo Penal del TS en materia de interrupción de la prescripción, que la doctrina aplicada por este, dejando a un lado la fijada constitucionalmente, sin realizar valoración alguna de las incidencias del caso, y condenando al abogado recurrente por delito de apropiación indebida de parte de la plusvalía generada por la venta de acciones de la papeleira Inpacsa, es contraria a las exigencias del derecho a la tutela judicial efectiva, otorgando el amparo solicitado. Formula voto particular el Magistrado D. Ramón Rodríguez Arribas.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El presente recurso de amparo se dirige contra la Sentencia de 24 de julio de 2006, dictada por la Sala Segunda del Tribunal Supremo, que desestimó el recurso de casación interpuesto contra la dictada por la Sección Primera de la Audiencia Nacional, de fecha 16 de marzo de 2004, en la que se condenaba al recurrente como autor de un delito de apropiación indebida.

Las quejas del recurrente se articulan, sustancialmente, en torno a la no apreciación por parte de los órganos judiciales de la prescripción del delito, en aplicación de una interpretación del Tribunal Supremo (conforme a la cual la mera presentación de una denuncia o querrela interrumpe el plazo de prescripción), sin razonamiento alguno respecto del caso concreto, que incumple las exigencias de motivación reforzada derivadas de la STC 63/2005, de 14 de marzo, y que resulta frontalmente contraria a la doctrina establecida por el Tribunal Constitucional (que exige, en estos casos, un acto de interposición judicial para entender dirigido el procedimiento contra una determinada persona e interrumpido

el plazo de prescripción), no respetando así el contenido de los arts. 5.1 y 7.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ). Por todo ello, articulado en los tres primeros motivos de amparo, entiende la demanda que se habría producido la vulneración de sus derechos a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE) y a la legalidad penal (art. 25.1 CE). Por último se denuncia la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) y a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE) por la insuficiente motivación de la condena y la insuficiencia de la prueba de cargo practicada.

El compareciente D. Paul se adhirió a los tres primeros motivos de recurso. El Ministerio Fiscal y el Grupo Torras, S.A., por su parte, interesan la desestimación íntegra del mismo, por entender que no concurre ninguna de las vulneraciones denunciadas. Ambos ponen de relieve que el presente caso no es equiparable al resuelto por la STC 63/2005, ya que en el presente hubo múltiples resoluciones judiciales dictadas antes de que finalizara el plazo de prescripción (como reconoce el recurso y se hace constar en la Sentencia

del Tribunal Supremo), que implican la existencia de un procedimiento dirigido contra el recurrente, quien -destaca el Fiscal- tuvo conocimiento del mismo y pudo ejercitar plenamente su derecho de defensa. E igualmente señalan que existe prueba de cargo válida y suficiente para sustentar la condena, de conformidad con el razonamiento expuesto por los órganos judiciales.

SEGUNDO.- Así centrado el objeto del recurso nuestro análisis ha de comenzar por el estudio de las vulneraciones que el demandante de amparo imputa a las resoluciones recurridas, en cuanto no apreciaron que los hechos enjuiciados estaban prescritos, y que se articulan en los tres primeros motivos de amparo. Para ello conviene recordar brevemente nuestra doctrina en relación con la citada institución.

Constituye doctrina reiterada de este Tribunal que la apreciación en cada caso concreto de la concurrencia o no de la prescripción como causa extintiva de la responsabilidad criminal es, en principio, una cuestión de legalidad que en origen corresponde decidir a los Tribunales ordinarios y que carece, por su propio contenido, de relevancia constitucional, lo que no significa que cualquiera que sea la decisión que se adopte en materia de prescripción en un proceso penal sea irrevisable a través del recurso de amparo (por todas, SSTC 63/2001, de 17 de marzo, FJ 7; 63/2005, de 14 de marzo, FJ 2; 82/2006, de 13 de marzo, FJ 10; 79/2008, de 14 de julio, FJ 2). Y ello porque, como afirmamos en la STC 157/1990, de 18 de octubre, FJ 3, y recordábamos en la STC 63/2005, de 14 de marzo, FJ 2, “la prescripción penal, institución de larga tradición histórica y generalmente aceptada, supone una autolimitación o renuncia del Estado al ius puniendi por el transcurso del tiempo, que encuentra también fundamento en principios y valores constitucionales, pues toma en consideración la función de la pena y la situación del presunto inculcado, su derecho a que no se dilate indebidamente la situación que supone la virtual amenaza de una sanción penal; a lo que añadíamos que dicho instituto “en general, encuentra su propia justificación constitucional en el principio de seguridad jurídica”, si bien, por tratarse de

SUMARIO

TC

CONSTITUCIONAL

Déficit de motivación en materia de interrupción de la prescripción **1**

TS

CIVIL

Inexistente ataque al honor en la publicación de un libro **5**

PENAL

Delito de secuestro, atentado y lesiones **6**

Delito de distribución de material pornográfico infantil **8**

ADMINISTRATIVO

Inimpugnabilidad del acuerdo para unificación de doctrina seguidos por los magistrados de diversas secciones **11**

SOCIAL

Violación del derecho de libertad sindical **12**

Inexistente concurrencia entre convenios de transporte por carretera **13**

RS RESEÑA DE SENTENCIAS **16**

INTERNET
<http://www.elderecho.com>
e-mail: clientes@elderecho.com

una institución de libre configuración legal, no cabe concluir que su establecimiento suponga una merma del derecho de acción de los acusadores (STEDH de 22 de octubre de 1996, caso *Stubbings*, § 46 y ss), ni que las peculiaridades del régimen jurídico que el legislador decida adoptar -delitos a los que se refiere, plazos de prescripción, momento inicial de cómputo del plazo o causas de interrupción del mismo- afecten, en sí mismas consideradas, a derecho fundamental alguno de los acusados”.

Por lo que se refiere a la determinación del canon aplicable para proceder en cada caso a la revisión de una decisión judicial apreciando o negando la existencia de prescripción hemos declarado que es el propio del art. 24 CE, en cuanto exige para entender otorgada la tutela judicial efectiva que la pretensión sea resuelta mediante una resolución razonada, es decir, basada en una argumentación no arbitraria, ni manifiestamente irrazonable, ni incurra en error patente (SSTC 214/1999, de 29 de noviembre, FJ 4; 63/2001, de 17 de marzo, FJ 7; 63/2005, de 14 de marzo, FJ 3; 82/2006, de 13 de marzo, FJ 10; 79/2008, de 14 de julio, FJ 2).

Ahora bien, dada la trascendencia de los valores constitucionales en juego en la aplicación del Derecho penal al que abre paso la decisión judicial desestimatoria de la prescripción extintiva de una infracción penal, recientemente hemos destacado que el estándar de las exigencias derivadas del deber de motivación es más riguroso en estos casos, hablándose de una tutela reforzada, que exige “tanto la exteriorización del razonamiento por el que se estima que no concurre el supuesto previsto en la ley, como que el mismo se manifieste a través de una motivación en la que, más allá de su carácter razonado, sea posible apreciar un nexo de coherencia entre la decisión adoptada, la norma que le sirve de fundamento y los fines que justifican la institución”.

Por tanto, la decisión “debe contener un razonamiento expresivo de los elementos tomados en cuenta por el órgano judicial al interpretar las normas relativas a esta institución -que, por otra parte, distan mucho de ser diáfanos-, en el entendimiento de que esa interpretación debe estar presidida por la ratio legis o fin de protección de dichas normas. De manera que no resultará suficiente un razonamiento exclusivamente atento

a no sobrepasar los límites marcados por el tenor literal de los preceptos aplicables, sino que es exigible una argumentación axiológica que sea respetuosa con los fines perseguidos por el instituto de la prescripción penal” (STC 63/2005, de 14 de marzo, FJ 3; reproduciéndola STC 79/2008, de 14 de julio, FJ 2).

Como recordábamos en la STC 29/2008, de 20 de febrero, FJ 10, la inteligencia del carácter reforzado del canon de enjuiciamiento constitucional aplicable en estos casos parte de la idea de que la prescripción penal afecta a los derechos de libertad del art. 17 CE, dado que la decisión judicial desestimatoria de la prescripción extintiva de una infracción penal abre paso a la posibilidad de dictar una Sentencia condenatoria que, por su propio contenido, supone la privación de bienes jurídicos protegidos constitucionalmente, pues descarta que concorra uno de los supuestos en los que el legislador ha establecido una renuncia o autolimitación del Estado al ius puniendi por el transcurso del tiempo.

“Por ello la jurisdicción constitucional no puede eludir la declaración de inconstitucionalidad en aquellos casos en los que la interpretación de la norma penal -en el de este proceso, la reguladora del instituto de la prescripción-, aunque no pueda ser tildada de irrazonable o arbitraria, lleve consigo, al exceder de su más directo significado gramatical, una aplicación extensiva o análoga en perjuicio del reo.

Y es por ello también que la expresión “(la) prescripción se interrumpirá desde que el procedimiento se dirija contra el culpable” no pueda entenderse en sentido distinto al de su claro tenor literal, es decir, en el de que es indispensable para dicha interrupción que haya comenzado un procedimiento que, al tener que estar dirigido contra el culpable -cualquiera que sea la impropiedad con que este término haya sido empleado-, no puede ser otro que el procedimiento penal o, lo que es lo mismo, el abierto o iniciado por quien tiene atribuido el ejercicio del ius puniendi del Estado en el actual estado de la legislación; esto es, el Juez”.

TERCERO.- Partiendo de las premisas anteriormente expuestas, nuestra doctrina ha concluido que la interpretación del art. 132.2 del Código penal (CP) -y del anterior art. 114 CP de 1973-, conforme a la cual la simple presentación de una denuncia o querrela, sin que medie

ningún acto de interposición judicial, interrumpe el plazo de prescripción, no respeta las exigencias de tutela reforzada antes señaladas, al no tomar en consideración, ni las exigencias derivadas de la seguridad jurídica, ni el fundamento de la institución, ni la implicación del derecho a la libertad (art. 17.1 CE).

En este sentido hemos afirmado que tal interpretación genera “indefensión e inseguridad jurídica en los querrelados” (STC 63/2005, de 14 de marzo, FJ 10, en un supuesto en que los mismos no tuvieron noticia alguna de la existencia de un procedimiento supuestamente seguido contra ellos durante los casi dos años que mediaron entre la presentación de la querrela y su admisión a trámite), y que fijar como momento interruptivo del cómputo del plazo de prescripción el de la mera recepción por parte del órgano judicial de la noticia criminis supone atender “a una circunstancia no rodeada de una publicidad y cognoscibilidad mínima y, por ello, inidónea como soporte de una interpretación constitucionalmente admisible para delimitar una institución que sirve precisamente a la seguridad jurídica” (STC 29/2008, de 20 de febrero, FJ 12).

También hemos destacado, en las Sentencias que acaban de citarse, que dicha interpretación aparece absolutamente desvinculada del fundamento de la prescripción en la renuncia del Estado al ejercicio del ius puniendi, puesto que -en el actual estado de la legislación- dicho ejercicio sólo puede ser realizado por los órganos judiciales. Y por todo ello hemos concluido que resulta imprescindible la existencia de algún “acto de interposición judicial” que garantice la seguridad jurídica y del que pueda deducirse la voluntad de no renunciar a la persecución y castigo del delito; y que sin la intermediación del Juez no podría hablarse de un procedimiento jurisdiccional abierto o iniciado, ni dirigido contra nadie.

En palabras de la STC 63/2005, de 14 de marzo, FJ 5: “De manera que será únicamente el Juez quien puede llevar a cabo esa actuación de dirección procesal del procedimiento contra el culpable que requiere el artículo 132.2 del Código penal para considerar interrumpido el plazo de prescripción del delito en cuestión. Sólo esta interpretación resulta coherente con el fundamento material de la prescripción en los principios de seguridad jurídica, intervención mínima y necesidad preventivo-general

y preventivo-especial de la pena, a los que cabría añadir la necesidad de que en todo momento el procedimiento penal aparezca rodeado de las garantías constitucionalmente exigibles, lo que únicamente ocurre a partir del momento en que interviene el órgano judicial tomando las riendas del proceso”. En el mismo sentido, STC 29/2008, de 20 de febrero, FJ 12.

Más allá de dicha exigencia, como señalábamos en la STC 29/2008, de 20 de febrero, FJ 12, la determinación de la intensidad o calidad de dicha actuación judicial para entender interrumpido el lapso prescriptivo de las infracciones penales no corresponde a este Tribunal, sino a la jurisdicción ordinaria y, particularmente, al Tribunal Supremo como órgano jurisdiccional superior en todos los órdenes, salvo lo dispuesto en materia de garantías constitucionales (art. 123 CE).

Por tanto nuestro enjuiciamiento de las decisiones en materia de prescripción en estos casos habrá de limitarse a analizar, en atención a las circunstancias de cada caso concreto, si existió algún acto de interposición judicial y si la valoración del mismo por los órganos de la jurisdicción ordinaria como suficiente para considerar existente un procedimiento dirigido contra el culpable con virtualidad para interrumpir el cómputo del plazo de prescripción es acorde con las exigencias de motivación reforzada anteriormente expuestas, en la medida en que se exteriorice un nexo de coherencia entre la decisión adoptada y el fundamento y fines de la institución.

CUARTO.- Con la doctrina anteriormente expuesta este Tribunal no pretende interpretar el art. 132.2 CP, señalando cuál es el momento en que puede entenderse que existe un procedimiento dirigido contra el culpable, pues ello excedería del ámbito de nuestra jurisdicción. Conforme a nuestra constante doctrina, que ahora reiteramos, al resolver un recurso de amparo sólo corresponde a este Tribunal decidir si han existido o no las violaciones de los derechos fundamentales que se denuncian. La función de interpretar y aplicar la legislación vigente, de acuerdo con lo establecido en el art. 117.3 CE, corresponde en exclusiva a los Jueces y Tribunales ordinarios, y en particular al Tribunal Supremo, como órgano superior en todos los órdenes, salvo en materia de garantías constitucionales (art. 123.1 CE), sin que este Tribunal pueda sustituirlos en el

ejercicio de dicha tarea (por todas, entre otras muchas, SSTC 16/1981, de 18 de mayo, FJ 2; 89/1983, de 2 de noviembre, FJ 2; 105/1983, de 23 de noviembre, FJ 1; 111/1993, de 25 de marzo, FJ 5; 31/1996, de 27 de febrero, FJ 10; 185/2000, de 10 de julio, FJ 4; 167/2001, de 16 de julio, FJ 3; 265/2006, de 11 de septiembre, FJ 5; 252/2007, de 17 de diciembre, FJ 3; 50/2007, de 12 de marzo, FJ 4).

Nuestra doctrina tan solo establece un límite a las posibilidades interpretativas de la jurisdicción ordinaria, derivado de las exigencias del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) en relación con los otros derechos fundamentales y valores constitucionales que están en juego cuando se aplica el instituto de la prescripción, señaladamente el derecho a la libertad, consagrado en el art. 17.1 CE: la exigencia de lo que hemos denominado acto de interposición judicial, que constituye un mínimo irrenunciable impuesto por los derechos fundamentales en juego. Y ello supone el ejercicio propio de nuestra jurisdicción y entra de lleno en el ámbito de nuestras competencias, dado que se trata de un derecho susceptible de tutela en el proceso de amparo y que se alegan vulneraciones concretas y efectivas del mismo, operando, por tanto, el Tribunal dentro de los límites de su jurisdicción de amparo (SSTC 167/1986, de 22 de diciembre, FJ 4; 52/1992, de 8 de abril, FJ 1; 114/1995, de 6 de julio, FJ 2; 110/2000, de 5 de mayo, FJ 3; 118/2002, de 20 de mayo, FJ 10).

No puede olvidarse que tanto los ciudadanos como los poderes públicos están sujetos a la Constitución (art. 9.1 CE), y que al Tribunal Constitucional, como intérprete supremo de la Constitución (art. 1 LOTC), corresponde decir la última palabra sobre la interpretación de la misma, en el marco de los distintos procesos constitucionales y, por supuesto, dentro de los límites de éstos, que son los de su jurisdicción (SSTC 114/1995, de 6 de julio, FJ 2; 126/1997, de 3 de julio, FJ 5; 159/1997, de 2 de octubre, FJ 6). El Tribunal Supremo es, ciertamente, el órgano superior en todos los órdenes, "salvo en materia de garantías constitucionales" (art. 123 CE).

Dicha materia y, en concreto, la definición del contenido y alcance de los derechos fundamentales corresponde en último término, a través de los diversos procesos constitucionales, a este Tribunal Constitucional, cuya doctrina han de respetar todos los órganos jurisdiccionales. A esa lógica responden las previsiones del art. 5.1 LOPJ, cuando establece que todos los Jueces y Tribunales interpretarán y aplicarán las leyes y reglamentos "según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional en todo tipo de procesos", y del art. 7.2 LOPJ cuando establece que los dere-

chos fundamentales enunciados en el art. 53.2 CE vinculan a los Jueces y Tribunales "de conformidad con su contenido constitucionalmente declarado, sin que las resoluciones judiciales puedan restringir, menoscabar o inaplicar dicho contenido".

QUINTO.- La aplicación de la doctrina anteriormente expuesta al presente caso hace necesario recordar tanto las peculiares circunstancias del mismo como la motivación ofrecida por los órganos judiciales para rechazar la existencia de prescripción:

a) Del examen de lo actuado y de las resoluciones judiciales recurridas se desprende -y ello no es objeto de discusión en el presente proceso de amparo- que los hechos por los que el recurrente resultó condenado comenzaron a ejecutarse en el año 1988, finalizando el día 29 de noviembre de 1988. Tampoco se discute que el plazo de prescripción del delito de apropiación indebida era de cinco años, conforme a lo establecido por la Audiencia Provincial en la Sentencia de instancia.

Con anterioridad al vencimiento del mismo, el día 8 de enero de 1993, se interpuso la querrela del Grupo Torras y se abrió un procedimiento en el que se dictaron una serie de resoluciones judiciales antes de concluyera el citado plazo; en concreto, el Instructor dictó un Auto inadmitiendo la querrela el día 26 de enero de 1993 y desestimó el recurso de reforma interpuesto contra él por otro Auto de fecha 16 de febrero de 1993; interpuesto recurso de apelación, el Tribunal de apelación dictó un Auto, de fecha 21 de junio de 1993, por el que anula la resolución recurrida por haberse acordado en el seno de unas "diligencias indeterminadas"; devuelta la causa al Juzgado de Instrucción, éste volvió a inadmitir la querrela mediante un Auto de fecha 9 de julio de 1993, confirmado en reforma mediante otro Auto de fecha 27 de julio. Esta segunda inadmisión fue recurrida en apelación, siendo estimado el recurso y admitida a trámite la querrela mediante Auto de fecha 11 de febrero de 1994, esto es, ya con posterioridad al cumplimiento del plazo de cinco años de prescripción.

En definitiva, y como ponen de relieve tanto el Ministerio Fiscal como quien fuera querellante en el proceso ante la jurisdicción ordinaria, en el presente caso -y a diferencia de lo que sucedía en los supuestos de las SSTC 63/2005, de 14 de marzo, y 29/2008, de 20 de febrero-, con anterioridad al vencimiento del plazo de prescripción, no sólo se habría interpuesto la querrela, sino que se habrían producido varias actuaciones judiciales en el seno de un procedimiento judicial, de cuya existencia tuvo conocimiento el recurrente, puesto que -como también destaca el Fiscal- desde el primer momento estuvo personado en las

actuaciones y ejerció su derecho de defensa, impugnando las resoluciones de las que discrepaba, rebatiendo los argumentos de contrario y aportando la documentación que estimó pertinente.

b) Constatada, pues, la existencia de "actos de interposición judicial" previos al vencimiento del plazo de prescripción, habremos de analizar a continuación la valoración de los mismos por los órganos de la jurisdicción ordinaria para comprobar si el contenido de sus resoluciones es acorde con las exigencias de motivación reforzada anteriormente expuestas.

■

"...la prescripción penal, institución de larga tradición histórica y generalmente aceptada, supone una autolimitación o renuncia del Estado al ius puniendi por el transcurso del tiempo, que encuentra también fundamento en principios y valores constitucionales, pues toma en consideración la función de la pena y la situación del presunto inculpado, su derecho a que no se dilate indebidamente la situación que supone la virtual amenaza de una sanción penal;..."

■

La Audiencia Provincial, en primera instancia, en el Auto de fecha 11 de abril de 2003, reproducido posteriormente en la Sentencia de fecha 16 de marzo de 2004, se limitó a rechazar la alegada prescripción del delito en atención a la fecha de presentación de la querrela por el Grupo Torras, sosteniendo que la presentación de la querrela interrumpe el plazo de prescripción y sin ninguna otra referencia a la actuación de los órganos judiciales.

El Tribunal Supremo, en el fundamento jurídico octavo de la Sentencia de casación -reproducido literalmente en los antecedentes de esta resolución- parte de la misma premisa, pues frente a la invocación de la

doctrina sentada en la STC 63/2005, de 14 de marzo, recuerda y transcribe los acuerdos adoptados en el Pleno no jurisdiccional de 25 de abril de 2006, y manifiesta que continúa vigente su doctrina jurisprudencial, "pese a la sentencia del Tribunal Constitucional 63/2005", conforme a la cual para determinar la interrupción del plazo de prescripción a los efectos del art. 132.2 CP basta con la mera presentación de la querrela o denuncia, prescindiendo de la exigencia de lo que este Tribunal ha calificado como acto de interposición judicial.

Ello no obstante, la Sentencia de casación considera a renglón seguido "la peculiaridad del caso", recordando todas "las incidencias por las que transcurrió el inicio de las actuaciones hasta su definitiva admisión a trámite". Dicho lo cual da cuenta de todo lo sucedido y de las resoluciones judiciales dictadas en la compleja fase de admisión de la querrela. Pero, tras enumerarlas, no realiza valoración alguna de las mismas, sino que vuelve a afirmar que, por estricto respeto al acuerdo adoptado por el Pleno, ha de concluirse que los hechos no están prescritos, atendiendo a la fecha de presentación de la querrela, fecha a la que habría de retrotraerse la decisión de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional de admitir a trámite la querrela.

Por tanto, como señala el Ministerio Fiscal, el Tribunal Supremo emplea como ratio decidendi su propia doctrina en materia de prescripción (conforme a la cual la mera presentación de la querrela interrumpe la prescripción), una doctrina contraria a las exigencias del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), conforme a la doctrina de este Tribunal Constitucional.

Y, pese a que al reconocer las peculiaridades del caso, da cuenta de la existencia de resoluciones judiciales dictadas con anterioridad a la finalización del plazo de prescripción, no realiza una valoración de la suficiencia de las mismas como actos de interposición judicial idóneos para interrumpir el cómputo de los plazos de prescripción, exteriorizando un nexo de coherencia entre la decisión adoptada y el fundamento y fines de la institución, conforme a lo exigido por nuestra doctrina. La Sentencia se limita a enumerarlas, para, a continuación, volver a afirmar su doctrina que de nuevo se remite a la fecha de presentación de la querrela.

De todo ello no cabe sino concluir que la decisión adoptada por los órganos judiciales al rechazar la prescripción del delito no satisface el canon de motivación reforzada en los términos exigidos por nuestra doctrina, vulnerando el derecho del recurrente a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE).

SEXTO.- La estimación del recurso y el otorgamiento del amparo por

vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), derivada de un déficit de motivación en la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Segunda, de 24 de julio de 2003, desestimatoria del recurso de casación interpuesto contra la de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional de 16 de marzo de 2004, nos exime de examinar las restantes vulneraciones alegadas -en concreto, la denunciada vulneración del derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE)-, en la medida en que conduce a anular la resolución recurrida y a retrotraer las actuaciones, a fin de que sean los órganos de la jurisdicción ordinaria quienes se pronuncien acerca de la suficiencia o insuficiencia de los actos de interposición judicial producidos en el caso para interrumpir el cómputo del plazo de prescripción, conforme al canon de motivación reforzada anteriormente expuesto.

FALLO

Otorgar parcialmente el amparo solicitado por D. Juan José y, en su virtud:

PRIMERO.- Declarar que se ha vulnerado su derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE).

SEGUNDO.- Restablecerlo en su derecho y, a tal fin, anular parcialmente -exclusivamente en lo referido al recurrente- la Sentencia de 24 de julio de 2006, dictada por la Sala Segunda del Tribunal Supremo, desestimatoria del recurso de casación interpuesto contra la Sentencia de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional de 16 de marzo de 2004, retrotrayendo las actuaciones al momento anterior al pronunciamiento de la primera de las Sentencias indicadas, a fin de que se dicte otra respetuosa con el derecho fundamental vulnerado en los términos expuestos en los fundamentos jurídicos quinto y sexto.

Publíquese esta Sentencia en el "Boletín Oficial del Estado".

Dada en Madrid, a veintiocho de septiembre de dos mil nueve. Guillermo Jiménez Sánchez, Presidente.- Vicente Conde Martín de Hijas.- Eugeni Gay Montalvo.- Elisa Pérez Vera.- Ramón Rodríguez Arribas.- Pascual Sala Sánchez.

VOTO PARTICULAR

Voto particular que formula el Magistrado D. Ramón Rodríguez Arribas respecto de la Sentencia dictada, el 28 de septiembre de 2009, en el recurso de amparo núm. 8817-2006.

En el ejercicio de la facultad que nos confiere el art. 90.2 LOTC y con pleno respeto a la opinión de la mayoría, expreso mi discrepancia con la Sentencia por las razones que fundo en las siguientes consideraciones:

1. Como ya dije en mi Voto particular concurrente a la Sentencia dictada en el recurso de amparo 6819-2002:

"Las Sentencias y Autos que hasta ahora (marzo de 2005) ha dictado este Tribunal en relación con la prescripción penal, así entre las mas antiguas la STC 301/1994 hasta el reciente ATC 340/2004, de 13 de septiembre, pasando por la serie de Sentencias 63, 64, 65 y 66 de 2001, han partido de una constante doctrina en la que, por un lado, se "ha señalado que la apreciación del sentido y alcance del instituto jurídico

■

*"...nuestro
enjuiciamiento de las
decisiones en materia de
prescripción en estos
casos habrá de limitarse
a analizar, en atención a
las circunstancias de
cada caso concreto, si
existió algún acto de
interposición judicial y
si la valoración del
mismo por los órganos
de la jurisdicción
ordinaria como
suficiente para
considerar existente un
procedimiento dirigido
contra el culpable con
virtualidad para
interrumpir el cómputo
del plazo de
prescripción es acorde
con las exigencias de
motivación reforzada..."*

■

de la prescripción, como causa extintiva de la responsabilidad penal, es una cuestión de legalidad, que corresponde a los órganos judiciales ordinarios y sobre cuya procedencia no puede entrar este Tribunal desde la perspectiva del derecho a la tutela judicial efectiva (SSTC 152/1987 y 157/1990)", y por otro lado "también ha afirmado que corresponde al mismo, como garante último del derecho fundamental a obtener la tutela judicial efectiva de jueces y tribunales, examinar los motivos y argumentos en que se funda la decisión judicial, al objeto de comprobar la razonabilidad constitucional

del motivo apreciado, reparando, en su caso, en esta vía de amparo, la aplicación arbitraria o carente de fundamento, así como aquella que resulte de un error patente con relevancia constitucional (SSTC 23/1987, 36/1988, 149/1989, 63/1990, 164/1990. 192/1992 y 55/1993)", conforme se recoge en la serie de Sentencias que citamos al principio".

También dije en aquella ocasión que: "En definitiva, la interpretación del precepto regulador de la prescripción penal es una cuestión de legalidad ordinaria que solo puede ser examinada en amparo con arreglo al canon del art. 24.1 CE, es decir, comprobando si existe razonabilidad y ausencia de arbitrariedad o error patente, en el caso concreto", añadiendo:

"El referido y hasta ahora invariable criterio ha supuesto que los casos que nos son sometidos, han de examinarse uno por uno, con un inevitable y obligado casuismo, sin establecer ninguna doctrina interpretativa general que, por sugestiva y acertada que se presente, puede invadir las funciones que son propias de la jurisdicción ordinaria, conforme al art. 117 CE y singularmente, de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, la que, por otra parte, en esta cuestión tampoco ha tenido un criterio uniforme".

2. Más tarde, en el Voto particular, esta vez discrepante, que formulé a la Sentencia dictada en los recursos de amparo acumulados núms. 1907-2003 y 1911-2003, en fecha 20 de febrero de 2008, insistí en el mismo criterio y separándome de la mayoría del Tribunal, dije: "Además de apartarse aún más que la STC 63/2005 de nuestra doctrina anterior sobre la naturaleza de pura legalidad ordinaria de cuanto afecta a la prescripción, cuya interpretación y aplicación no nos corresponde, apunta a la posible construcción, a favor de los responsables de un delito, de un cierto derecho a que este prescriba, cuando la institución de la prescripción a lo que sirve esencialmente es a la seguridad jurídica (art. 9.3 CE) que no genera ningún derecho fundamental constitucionalmente susceptible de amparo".

"Ciertamente es que el instituto de la prescripción pone límites temporales al ejercicio por el Estado del ius puniendi en aras de la seguridad jurídica y que no caben interpretaciones extensivas o análogas en perjuicio del reo que prolonguen el plazo de aquel ejercicio", "ni tampoco creo que sean constitucionalmente imponibles a la jurisdicción ordinaria interpretaciones tan estrictas que puedan conducir a privar a la víctima de un delito de su derecho a que el Estado actúe, dentro del plazo legal pero en toda su extensión, contra quien la convirtió en perjudicada

por una conducta ilícita, obligando incluso a prevenir los retrasos de los órganos jurisdiccionales para calcular cuantos días antes de la fecha límite del período prescriptivo ha de actuar para evitar que el delito quede impune".

"En efecto, una cosa es que el órgano jurisdiccional del Estado, encargado de la persecución de un delito, no lo haga durante el plazo prescriptivo o abandone esa persecución durante el mismo plazo, con la consiguiente presunción de renuncia del ius puniendi y otra cosa, que hay que ponderar también constitucionalmente en cada caso, es que desaparezca prácticamente el ius ut procedatur de la víctima del delito, que si bien no supone un derecho a que se siga el proceso completo, ni siquiera a que se inicie, al menos exige que una vez advertido el órgano competente, por la presentación de la denuncia o la querrela, de la posible existencia del delito, actúe en un plazo razonable, ejercitando el ius puniendi del Estado, si procede, de manera que no se reduzca sistemáticamente el plazo prescriptivo, pues también esa incertidumbre lesionaría la seguridad jurídica, que es precisamente el principio que inspira la institución de la prescripción".

3. En el presente caso se vuelve a aplicar la doctrina, de la que discrepo, en relación con el establecimiento de reglas generales de interpretación sobre la prescripción penal, reiterándose el criterio mantenido en las dos Sentencias precedentes y antes citadas acerca de la necesidad de un acto de interposición judicial para entender producida la interrupción prescriptiva, criterio que, cualquiera que sea su grado de acierto, sigo pensando que no nos corresponde establecer.

4. La insistencia en mantener mi criterio sobre la interpretación del instituto de la prescripción, partiendo de la base de que es materia reservada, con carácter general, a la jurisdicción ordinaria, especialmente a la Sala Segunda del Tribunal Supremo, y solo caso por caso a este Tribunal, aplicando nuestro canon sobre la tutela judicial efectiva, aunque sea con la exigencia de motivación reforzada, obedece a la esperanza de que alguna vez podamos modificar la doctrina que últimamente se viene sentando.

Ahora bien, ello no es obstáculo para reconocer que esa doctrina ha de ser respetada y aplicada por los órganos de la jurisdicción ordinaria, en acatamiento a lo dispuesto en el art. 5 LOPJ, sin que sea admisible, como sucede en el caso a que este recurso de amparo se refiere, que se prescinda de ella o se la discuta para no obedecerla.

Madrid, a veintiocho de septiembre de dos mil nueve.



TS Sala 1ª, Sentencia 5 octubre 2009. Ponente: D. José Ramón Ferrándiz Gabriel

Al no existir falta de veracidad

Inexistente ataque al honor en la publicación de un libro

El TS estima los recursos de casación dirigidos contra la sentencia que, revocando la de instancia, estimó la demanda en defensa de su derecho fundamental al honor, que consideró lesionado por los demandados, por medio de un libro escrito por el demandado con el título "Mujeres de ETA, piel de serpiente".

Señala la Sala que la información ha de tener por objeto hechos que, por su trascendencia social o por la relevancia de la persona en ellos implicada, puedan considerarse merecedores de difusión para el conocimiento por los demás, al fin de formar opinión pública. La veracidad recibe un tratamiento particular, por cuanto no ha de entenderse en términos absolutos y los datos declarados en la sentencia recurrida ponen de relieve la impropiedad de negar veracidad de la controvertida información, en ese sentido necesario para salvaguardar una información libre.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La sentencia recurrida estimó las pretensiones declarativa y de condena que había deducido en su demanda Dª Jone, en defensa de su derecho fundamental al honor, que consideró lesionado por los demandados, por medio de un libro escrito por D. Matías, con el título "Mujeres de ETA, piel de serpiente", y editado por Editorial Temas de Hoy, SA.

Alegó la demandante que, en uno de los apartados del libro, bajo el subtítulo "Nosotras, militantes de ETA", aparecía escrito lo siguiente: "Jone -la mujer KAS-. Parlamentaria de HB en Vitoria, ha sido enlace entre los presos etarras y la cúpula dirigente". Esa afirmación, según la demandante, no era cierta, pues no era miembro de KAS, declarada ilícita, ni había actuado de enlace entre los presos de ETA y sus dirigentes.

La sentencia de primer grado desestimó la demanda, por considerar el órgano judicial que, de conformidad con el sentido que el Tribunal Constitucional había dado a los artículos 18 y 20 de la Constitución Española, no se había producido la intromisión ilegítima denunciada.

La sentencia de apelación estimó el recurso de la demandante y, en lo sustancial, la propia demanda, pues condenó a los dos demandados a abonar solidariamente a la actora la suma de dinero por ella reclamada en concepto de indemnización.

La referida sentencia ha sido recurrida por los dos demandados. El autor del libro lo hizo mediante un recurso de casación, por dos motivos, en los que, respectivamente, denuncia la infracción de los artículos 18, apartado 1, y 20, apartado 1, letras a) y d), de la Constitución Española.

La sociedad interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación. En este las normas que afirma fueron infringidas son las mismas señaladas en los dos motivos del otro recurso, razón por la que ambos se examinarán de modo conjunto.

SEGUNDO.- En el recurso extraordinario por infracción procesal Ediciones Temas de Hoy, SA acusa, con amparo en el artículo 469, apartado 1, ordinal 2, de la Ley de Enjuiciamiento Civil, la infracción de los artículos 216, 217, 218, apartado 2, 217, en particular su apartado 6, y 316 de la misma Ley procesal, que regulan temas heterogéneos como son, por un lado, el principio de justicia rogada, la carga de la prueba, la exhaustividad, congruencia y motivación de las sentencias y, por otro, la valoración del interrogatorio de las partes.

Realmente, el motivo constituye expresión de la discrepancia de la recurrente con la valoración de la prueba efectuada en la segunda instancia sobre la veracidad e interés público de la información contenida en el libro respecto de la demandante y con la aplicación de las reglas de la

carga de la prueba sobre los referidos temas.

El recurso se desestima ya que no abre una nueva instancia que posibilite revisar la valoración de la prueba practicada -salvo por la vía del artículo 469, apartado 1, ordinal 4-, que es lo que pretende la recurrente mediante la denuncia de unos supuestos defectos internos de la sentencia recurrida. Por otro lado, las reglas de la carga de la prueba sobre la veracidad de la información y el interés público de la misma no han sido incorrectamente aplicadas por la Audiencia Provincial de Vizcaya.

Otra cosa es que dicho Tribunal haya acertado al exigir la veracidad en el grado en que es constitucionalmente exigible. Pero esto nada tiene que ver con la carga de la prueba.

TERCERO.- El Tribunal de segundo grado construyó su sentencia a modo de un silogismo en el que la premisa mayor se identifica con la afirmación, no discutida, de que atribuir a la demandante la condición de miembro de KAS y de encargada por ese colectivo de servir de enlace entre los presos etarras y la cúpula dirigente de la organización ilícita a la que pertenecen, lesiona su derecho al honor. La premisa menor, resultante de la valoración de la prueba, se construyó negativamente en los términos siguientes: "los demandados no han demostrado ni la pertenencia o integración de la señora Jone en KAS ni la acusación de que ha servido de enlace entre los presos de ETA-KAS y la cúpula dirigente de dicha organización". La conclusión no fue otra que la calificación de la ilegitimidad de la lesión del derecho subjetivo en cuestión, por quiebra, precisamente, de la exigencia de veracidad en la información.

La corrección de ese silogismo es lo que debemos valorar, claro está, a la luz del significado que a los artículos 18, apartado 1, y 20, apartado 1, letras a) y d) de la Constitución Española atribuye el Tribunal Constitucional, en ejercicio de las funciones que le otorgan los artículos 123 y 161.1.b) del referido texto y el 1.1 de la Ley 2/1.979, de 3 de octubre.

CUARTO.- Como han puesto de manifiesto las sentencias de las dos instancias, con el reconocimiento normativo del derecho al honor se pretende amparar la buena reputación de una persona, frente a expresiones o mensajes que la hagan desprestigiar en la consideración ajena, por ir en su descrédito o menosprecio -sentencias del Tribunal Constitucional números 180/1.999, de 11 de octubre, 52/2.002, de 25 de febrero, 216/2.006, de 3 de julio, y 51/2.008, de 14 de abril, entre otras-.

Se trata de un derecho eficaz erga omnes, pero no ilimitado. Antes bien, su contenido puede resultar restringido por imponer el sacrificio la necesaria protección de otros dere-

chos concurrentes e igualmente reconocidos, como ha puesto de manifiesto en numerosas sentencias, de innecesaria cita, el Tribunal Constitucional.

En ese caso de conflicto se hace preciso determinar cual de los derechos concurrentes es, a la vista de las circunstancias, el más digno de protección, conforme a las conocidas como técnicas de ponderación y proporcionalidad, que permiten valorar las razones a favor de cada uno, al fin de identificar cual es el que debe ser considerado preferente en la ocasión y de hallar el punto de equilibrio entre la preferencia y el correlativo sacrificio que resulte adecuado a la vista de las circunstancias. De otro lado, no es siempre posible separar nítidamente la narración de hechos de la expresión de pensamientos, ideas y opiniones -la cual se proyecta también en la creación literaria: artículo 20, apartado 1, letra b), de la Constitución Española y sentencia del Tribunal Constitucional 51/2.008, de 14 de abril-. Pero, en todo caso se muestra evidente que el libro a que se refiere la demanda, en el particular en dicho escrito indicado, constituye el instrumento de una información sobre una persona y unos hechos referidos a la misma, mas que un medio de expresión de juicios u opiniones del autor y, desde luego, de novelar al respecto. Ello sentado, cuando la libertad de información sea uno de los derechos enfrentados, como es lógico suponer, deberán ser tenidas en cuenta, primeramente, las condiciones que son necesarias para su protección constitucional.

Ha puesto de manifiesto el Tribunal Constitucional la posición especial que ocupa en nuestro ordenamiento la libertad de información -a la que se refieren, con buen criterio, las sentencias de las dos instancias como implicado-, en cuanto garantía de la existencia de una opinión pública libre, indisolublemente unida al pluralismo político propio del Estado democrático -sentencias números 21/2000, de 31 de enero, 62/2.008, de 23 de junio, y las que en ellas se citan-. En todo caso, la protección de ese derecho está condicionada a que la información sea veraz y se refiera a hechos con relevancia pública.

Conforme a dicha doctrina, la información ha de tener por objeto hechos que, por su trascendencia social o por la relevancia de la persona en ellos implicada, puedan considerarse merecedores de difusión para el conocimiento por los demás, al fin de formar opinión pública -sentencia 139/2.007, de 4 de junio y las que en ella se citan-. La veracidad recibe un tratamiento particular, por cuanto no ha de entenderse en términos absolutos. La sentencia del Tribunal Constitucional número 132/1.995, de 11 de septiembre, rechazó la exigencia de una plena concordancia de la información con la realidad incontrovertible de los hechos y -al igual que la posterior sentencia número

121/2.002, de 20 de mayo- identificó la veracidad con una diligente indagación que asegure la seriedad del esfuerzo informativo. Dicha doctrina ha sido reiterada en las sentencias del mismo Tribunal números 144/1.998, de 30 de junio, y 138/2.007, de 4 de junio, que insisten en que el requisito de la veracidad de la información no está ordenado a procurar la concordancia entre la difundida y la verdad material u objetiva de los hechos narrados, de manera que proscriba los errores o inexactitudes en que pueda incurrir el autor de aquella, sino que se dirige a exigir del informador un específico deber de diligencia en la búsqueda de la noticia y en su comprobación, de tal manera que lo que transmita haya sido objeto de previo contraste con datos objetivos o con fuentes informativas de solvencia.

QUINTO.- Formuladas esas consideraciones generales por su utilidad para iniciar el enjuiciamiento requerido, debemos recordar que la razón por la que el Tribunal de apelación declaró ilícitamente lesionado el honor de la demandante fue la falta de prueba de la verdad de la información divulgada por los demandados.

Pues bien, esa exigencia de veracidad, que el Juzgado de Primera Instancia había considerado cumplida - al afirmar que “el autor se desenvolvió con la diligencia exigible en la investigación... de lo relatado, a través de las abundantes fuentes documentales (públicas y privadas) sobre las que actuaron (entre ellas abundante documentación judicial)”-, ha sido elevada en la segunda instancia a un nivel excesivo, sin tener en cuenta que, como se ha expuesto, es entendida por el Tribunal Constitucional en un sentido impropio coincidente no con la certeza de lo publicado o difundido, sino con una actuación diligente del informador, a quien se exige que lo que transmite como “hecho”, si no es verdad, haya sido al menos objeto de previo contraste con datos objetivos -sentencias 6/1988, de 21 de enero, 28/1996, de 26 de febrero, 52/1996, de 26 de marzo, 3/1997, de 13 de enero y 144/1998, de 30 de junio, entre otras-; ni que, con tal interpretación, puede merecer protección una información que resulte errónea, siempre que el informador haya realizado con carácter previo a la difusión de la noticia una labor de averiguación de los hechos sobre los que versa la información con la diligencia exigible a un profesional diligente -sentencias 21/2000, de 31 de enero, 46/2002, de 25 de febrero, 52/2002, de 25 de febrero, 148/2002, de 15 de julio, 53/2006, de 27 de febrero, entre otras-.

Ello sentado, alguno de los datos declarados probados por la Audiencia Provincial en su sentencia ponen de relieve la improcedencia de negar veracidad de la controvertida información, en ese sentido necesario para salvaguardar una información

libre. Por un lado, la integración de la demandante “desde hace muchos años en los partidos políticos del entorno de Batasuna, que han ido variando de nombre”.

Por otro, la afirmación, que se dice contenida en un auto dictado por uno de los Juzgados Centrales de Instrucción, en el sentido de que la llamada Coordinadora Abertzale Socialista (KAS) dirige, junto con ETA, el complejo terrorista a que ambas se dedican coordinadamente.

Finalmente, la necesidad que, en la sentencia de 27 de marzo de 2.003, tuvo la Sala de este Tribunal Supremo prevista en el artículo 61 de la Ley 6/1.985, de 1 de julio, de acudir a la técnica del levantamiento del velo para declarar la ilegalidad de los partidos políticos Herri Batasuna y Batasuna, ante “la existencia de una unidad de sujeto real, frente al cual las distintas estructuras interpuestas vienen a ser puros ropajes jurídicos, insusceptibles de ocultar ” la realidad de una identidad efectiva de los partidos mencionados y ETA, cuya atención a sus miembros apresados es notoriamente compartida por las demás organizaciones sólo aparentemente autónomas.

Por las razones expuestas, procede estimar los dos recursos de casación.

SEXTO.- La estimación de los recursos debe ir seguida por la desestimación de la demanda, en los términos y con los pronunciamientos contenidos en la parte dispositiva de la sentencia de primera instancia.

Las costas de la apelación, que debió ser desestimada, quedan a cargo de la apelante, en aplicación del artículo 394 y 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Sobre las costas de los recursos interpuestos ante esta Sala Primera del Tribunal Supremo no formulamos pronunciamiento de condena.

Por lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español y su Constitución.

FALLO

Declaramos no haber lugar al recurso extraordinario por infracción procesal interpuesto por Ediciones Temas de Hoy, SA, contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Vizcaya, el día dos de junio de dos mil cinco.

Declaramos haber lugar a los recursos de casación interpuestos por D. Matías y Ediciones Temas de Hoy, SA., contra la sentencia referida, la cual casamos y anulamos, sin especial pronunciamiento sobre las costas de dicho recurso.

En lugar de la sentencia casada, declaramos que procede desestimar el recurso de apelación interpuesto

por D^a Jone contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia número Uno de Guernika, con fecha veintiocho de junio de dos mil cuatro.

Las costas del referido recurso de apelación quedan a cargo de la apelante.

Sobre las costas de los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal no formulamos especial pronunciamiento.

Líbrense a la mencionada Audiencia la certificación correspondiente, con devolución de los autos y rollo de apelación remitidos.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la Colección Legislativa pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Xavier O'Callaghan Muñoz.- Jesús Corbal Fernández.- José Ramón Ferrándiz Gabriel.- Antonio Salas Carceller.- Rubricado.

Publicación.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el Excmo. Sr. D. José Ramón Ferrándiz Gabriel, Ponente que ha sido en el trámite de los presentes autos, estando celebrando Audiencia Pública la Sala Primera del Tribunal Supremo, en el día de hoy; de lo que como Secretario de la misma, certifico.



2009/165989

TS Sala 2ª, Sentencia 21 julio 2009. Ponente: D. José Ramón Soriano Soriano

Diferencia entre autoría y complicidad

Delito de secuestro, atentado y lesiones

Interpone recurso de casación uno de los condenados por delito de secuestro, atentado y lesiones. Alega, entre otros motivos, que debió ser condenado como cómplice y no como autor, ya que según señala, solo cooperó en la ejecución del hecho. El TS desestima el recurso al señalar que la existencia de un “pactum sceleris” entre los cuatro partícipes con reparto de “roles” o funciones, asumidas por todos y aceptadas las que correspondieron ejecutar a los otros, les coloca a todos ellos al mismo nivel de responsabilidad penal. En realidad, continúa la Sala, confunde el papel no principal en el reparto de tareas con el hecho de constituir un mero integrante del grupo. No importa que el interés del secuestro fuera mayor para otro concertado o que la iniciativa partiera de otro o que en alguna medida realizara las funciones que otro le encomendara, lo cierto y verdad es que su aportación al hecho estaba integrada por actos esenciales, nucleares y decisivos para el éxito final del proyecto delictivo.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Los artículos 901 bis a) y 901 bis b) de la L.E.Criminal, obligan o cuando menos aconsejan alterar el orden de resolución de los motivos comenzando por los referidos a quebrantamiento de forma. Así pues, comenzaremos por el examen del 3º para proseguir, si ha lugar a ello, por el 1º y 2º.

En el tercer motivo, al amparo del art. 851-3 L.E.Cr. el recurrente aduce incongruencia omisiva o “fallo corto” por no haber dado respuesta la sentencia a una serie de cuestiones oportunamente planteadas.

1. El impugnante enumera las cinco siguientes:

a) quiénes son las otras dos personas que no están a disposición de

este Tribunal, cuando ello se sabe perfectamente, y aún más están perfectamente localizadas en Marsella.

b) quién era el acreedor de los 60.000 euros.

c) quién era el propietario de la casa donde estuvo retenido el perjudicado durante su cautiverio.

d) quién fue el “muñidor” o ideólogo del plan previamente elaborado, y qué grado de participación tuvieron las distintas personas intervinientes.

e) que personas mantuvieron en todo momento las negociaciones.

La omisión resolutoria tiene influencia, a juicio del recurrente, a la hora de determinar el grado de participación en el delito (autor o cómplice).

2. Es importante en este momento recordar los requisitos que la doctrina de esta Sala ha venido imponiendo para que pueda hablarse de este vicio sentencial.

Las condiciones exigidas son las siguientes:

a) que la omisión o silencio verse sobre cuestiones jurídicas y no sobre extremos de hecho.

b) que las pretensiones ignoradas se hayan formulado claramente y en el momento procesal oportuno.

c) que no consten resueltas en la sentencia, ya de modo directo o expreso, ya de modo indirecto o implícito, siendo admisible este último únicamente cuando la decisión se deduzca manifiestamente de la resolución adoptada respecto de una pretensión incompatible, siempre que el conjunto de la resolución permita conocer sin dificultad la motivación de la decisión implícita, pues en todo caso ha de mantenerse el imperativo de la razonabilidad de la resolución.

De tal doctrina se colige la improcedencia del motivo, que no cumple con el primero de los requisitos referenciados.

La cuestión que a su juicio no se resuelve son simples motivos de hecho, relacionados con el relato histórico de la sentencia, todos ellos referidos a la intervención en el hecho de terceras personas contra las que no se ha formulado imputación alguna y por ende no se les juzga en esta causa.

El tribunal de instancia ha actuado de forma plenamente regular, pues las pretensiones jurídicas integrantes del petitum sí han sido debidamente resueltas, cosa distinta es que no se acomoden a las expectativas del recurrente.

El motivo no puede prosperar.

SEGUNDO.- El motivo primero se formaliza al amparo del art. 5-4 LOPJ. y 852 de la L.E.Cr. al considerar infringido el art. 24 de la Constitución española en relación con el derecho a la tutela judicial efectiva, dado que las otras dos personas intervinientes en los hechos no han estado a disposición judicial no obstante estar perfectamente localizadas en otro tribunal por los mismos hechos, situación que provoca indefensión.

1. Razona el recurrente que la ausencia de dos personas que participaron en el hecho le ha impedido conocer el mismo en toda su dimensión, no habiéndose podido perfilar su intervención que fue la de mero cómplice, amén que también debió apreciarse la atenuante analógica, del mismo modo que al coprocesado, pues no se entiende cómo siendo menos relevante la actuación delictiva que la de Carmelo, a aquél se le estima y a él no.

La participación en el hecho la relega a un nivel secundario y ello lo deduce de ciertas circunstancias:

“la deuda que resultó ser el móvil del secuestro no era con el acusado recurrente; la ausencia de los otros copartícipes entorpece la prueba de ese carácter secundario de su intervención, como mero auxiliador de un plan no urdido por él; señala que no hubo intimidación al joven secuestrado cuando se le introdujo en el coche; que no participó en las negociaciones previas al secuestro ni en las llevadas a cabo durante el mismo; ni estuvo alojado en un hotel de Figueres en fechas previas al secuestro”.

2. Tampoco este motivo se halla adecuadamente planteado, porque la tutela judicial efectiva permite exigir un pronunciamiento fundado en derecho ante pretensiones que se esgrimen frente a la justicia, permitiendo la revisión de la causa por un tribunal superior (derecho a recursos) a la vez que se garantiza la ejecución del fallo.

En nuestro caso el objeto de la cognición judicial fue debidamente resuelta por el tribunal. El recurrente lo que exige son la incorporación de datos al proceso, que por razones de fuerza mayor no ha sido posible.

Tampoco la estructura de la justicia penal, por países, permite el aglutinamiento de varios procesos en uno sólo.

El delito se comete en España y Francia dada su naturaleza de infracción de ejecución permanente y consumación instantánea, conforme al principio de territorialidad de la ley penal vigente en la mayor parte de los ordenamientos penales como primer punto de conexión, por lo que en orden a la atribución de competencia resulta lógico que en Francia se juzgara el hecho de tener privado de libertad en Marsella a un joven, en tanto tal conducta era realizada por dos de los sujetos que en tal país fueron sorprendidos.

La materialización del secuestro se inició en España y también fue aquí donde se tenía que recibir el rescate como condición de la puesta en libertad del secuestrado y en tal cometido fueron detenidos los dos procesados en esta causa.

De todos modos si el recurrente estimara fundamental la aportación de algún documento de la causa francesa o la intervención de aquellos como testigos pudo haberlo solicitado y no lo ha hecho.

3. Por otra parte la denunciada ruptura de la continencia de la causa no plantea ningún problema desde la perspectiva española, pues con las pruebas obrantes en autos fue posible acreditar el hecho por el que se les condena.

Las pruebas habidas permiten acreditar la participación en concepto de autor del recurrente. Así, el tribunal contó con el testimonio del propio secuestrado, que reconoció al recurrente como una de las cuatro personas que intervino en el secuestro; la declaración del recurrente que acepta su presencia en el secuestro, mantenimiento del mismo e intento de recibir el rescate; la declaración del hermano del secuestrado, las conversaciones telefónicas, la declaración de los agentes que los sorprendieron, etc.

Con todo ello el tribunal dispuso de suficiente material probatorio para pronunciar el correspondiente fallo condenatorio. El motivo, por ello, debe rechazarse.

TERCERO.- El motivo segundo es consecuencia del anterior. En él, a través del art. 849-1º L.E.Cr., estima indebidamente aplicado el art. 28 y la inaplicación del 29 C.Penal (complicidad), al igual que la inaplicación del art. 21-6 en relación al 21-4 C.Penal referido a la atenuante de confesión de los hechos a la autoridad.

1. Las razones de la complicidad por la que debió ser condenado responden a que él “únicamente cooperó en la ejecución del hecho”.

A su vez se le condena a la misma pena que al otro interviniente a pesar de ser su participación de menor entidad, lo que debió determinar la aplicación de la atenuante analógica del art. 21-4 en relación al 21-6 C.Penal.

2. El motivo difícilmente puede merecer estimación, si nos ajustamos como es preceptivo (art. 884-3 L.E.Cr.) al tenor de los hechos probados, en los que se describe una acción propia de un autor con pleno dominio del hecho.

La existencia de un “pactum sceleris” entre los cuatro partícipes con reparto de “roles” o funciones, asumidas por todos y aceptadas las que correspondieron ejecutar a los otros, les coloca a todos ellos al mismo nivel de responsabilidad penal.

El acusado -según el “factum” ahora inatacable- actúa materialmente en la detención del menor que lo coge del brazo y le obliga a entrar al coche; interviene en la retención en Marsella a donde lo traslada; participa en el cobro del rescate, en cuyo momento es detenido por la policía en el lugar donde debió recibir el dinero, actos dolosos que nada tienen de accesorios o secundarios para la comisión del delito.

La cualificación agravatoria de abuso de superioridad personal no se estima por considerar inherente al hecho la intervención de más de una persona.

El recurrente tenía sin ningún género de dudas el dominio del hecho, como los demás intervinientes, y en cualquier momento de los 10 días en que el joven

permaneció secuestrado pudo haber puesto fin al mismo o podía incluso no haber iniciado el plan proyectado, retractándose de su inicial aceptación.

En realidad confunde el papel no principal en el reparto de tareas con el hecho de constituir un mero integrante del grupo. No importa que el interés del secuestro fuera mayor para otro concertado o que la iniciativa partiera de otro o que en alguna medida realizara las funciones que otro le encomendara, lo cierto y verdad es que su aportación al hecho estaba integrada por actos esenciales, nucleares y decisivos para el éxito final del proyecto delictivo.

El carácter de coautor o autor conjunto es patente.

3. Respecto a la estimación de la atenuante de confesión es inútil pretender beneficiarse de una atenuante cuando no se dan las circunstancias que le hacían merecedor de la aplicación de la misma.

Es indudable que la participación ha sido semejante o incluso menos relevante que la de Carmelo, pero este último colaboró con las autoridades policiales, descubriendo el lugar del secuestro, facilitando la liberación del secuestrado y la detención de los demás implicados.

Por el contrario, el impugnante ninguna actuación después de la comisión del delito llevó a cabo que fuera dirigida a la cooperación con la justicia.

En cuanto se trata de una circunstancia de naturaleza personal que supone un premio al comportamiento post delicto de un sujeto, el efecto lenitivo debe surtir efectos exclusivamente en el mismo, como señala el art. 65-1º C.Penal.

Cosa distinta hubiera sido que la causa de atenuación consistiera en la ejecución material del hecho o en los medios empleados para realizarla, que necesariamente habría alcanzado también al recurrente.

En resumidas cuentas, la participación en el hecho del otro acusado fue más relevante, pero en él concurría una atenuante que no se daba en el recurrente, lo que hizo que la necesidad de mayor pena por el grado de participación se compensara por la menor culpabilidad de la atenuación y se equiparara en sanción al impugnante, lo que resulta a todas luces razonable.

El motivo ha de claudicar.

CUARTO.- La desestimación de todos los motivos determina la expresa imposición de costas en el recurso, conforme a lo dispuesto en el art. 901 L.E.Criminal.

FALLO

Que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de ca-

sación interpuesto por la representación del procesado Narciso, contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Gerona, Sección Tercera, con fecha veintinueve de septiembre de dos mil ocho, en causa seguida al mismo por el delito de secuestro y otros, y con expresa imposición a dicho recurrente de las costas ocasionadas en su recurso.

Comuníquese esta resolución a la mencionada Audiencia Provincial de Gerona, Sección Tercera, a los efectos legales procedentes, con devolución de la causa.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Adolfo Prego De Oliver Tolivar.- José Ramón Soriano Soriano.- José Manuel Maza Martín.- Manuel Marchena Gómez.- Joaquín Delgado García.

Publicación.- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D José Ramón Soriano Soriano, estando celebrando audiencia pública en el día de su fecha la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario certifico.

2009/171701

TS Sala 2ª, Sentencia 23 julio 2009. Ponente: D. Alberto G. Jorge Barreiro

Restricción en la aplicación del subtipo agravado de uso de menores de 13 años

Delito de distribución de material pornográfico infantil

Se estima parcialmente el recurso de casación interpuesto por el acusado contra sentencia que le condenó como autor de un delito de distribución de material pornográfico infantil. El TS dicta segunda sentencia por la que deja sin efecto el subtipo agravado de la utilización de menores de trece años, puesto que el acusado se ha limitado a poseer archivos pornográficos de menores de esa edad a sabiendas de que al mismo tiempo los estaba difundiendo a otros internautas, pero en ningún caso consta prueba acreditativa de que haya utilizado a los menores de edad para elaborar el material, ni tampoco consta que haya intervenido en su producción, es más, ni siquiera se le imputan estas conductas concretas.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. El recurrente ha sido condenado por la Sección Séptima de la Audiencia Provincial de Barce-

lona, el 14 de noviembre de 2008, como autor de un delito de distribución de material pornográfico infantil, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de seis años de prisión.

La condena es impugnada en casación por el acusado, quien formula cinco motivos, alguno de los cuales contienen otros submotivos. Se deben, pues, examinar con arreglo a una sistemática jurídica razonable en orden a la resolución del recurso.

SEGUNDO. 1. Bajo el ordinal cuarto del recurso alega la defensa el quebrantamiento de forma, con cita del art. 851.1º de la LECr., por haberse consignado en los hechos probados conceptos que predeterminan el fallo y por no expresarse de forma clara y terminante cuáles son los hechos que se consideran probados. En concreto, se queja de la inclusión en el relato fáctico de la frase "con la clara finalidad de distribuir a terceros consumidores".

2. Establece numerosa jurisprudencia de esta Sala que la predeterminación del fallo que se contempla y proscribire en el art. 851.1º de la LECr. es aquella que se produce exclusivamente por conceptos jurídicos que definen y dan nombre a la esencia del tipo penal aplicado, exigiéndose para su apreciación: a) que se trate de expresiones técnico-jurídicas que definan o den nombre a la esencia del tipo aplicado; b) que tales expresiones sean por lo general asequibles tan sólo para los juristas o técnicos y no compartidas en el uso del lenguaje común o coloquial; c) que tengan un valor causal apreciable respecto del fallo; y d) que, suprimidos tales conceptos jurídicos, quede el hecho histórico sin base alguna y carente de significado penal (SSTS núm. 667/2000, de 12-4; 1121/2003, de 10-9; 401/2006, de 10-4; 755/2008, de 26-11; 131/2009, de 12-2; y 381/2009, de 14-4, entre otras muchas).

De otra parte, también se ha argumentado de forma reiterada por este Tribunal de Casación que no hay, en el sentido propio de esta expresión, consignación de conceptos jurídicos predeterminantes cuando se relatan unos hechos susceptibles de ser calificados como delito, pues ésta es precisamente la finalidad de la premisa menor del silogismo de la sentencia cuando la conclusión es un fallo condenatorio (SSTS 152/2006, de 1-2; y 755/2008, de 26-11). Por ello, en un cierto sentido los hechos probados tienen que predeterminar el fallo, pues el "factum" en cuanto integra la base de la calificación jurídica de los hechos enjuiciados es lógicamente predeterminante de ésta, salvo manifiesta incongruencia, de ahí que deba relativizarse la vigencia de este vicio formal (SSTS 429/2003 de 21-3; 249/204, de 26-2; 280/2004, de 8-3; 409/2004, de 24-3; 893/2005, de 6-7; 755/2008, de 26-11).

Además, también afirma este Tribunal que dentro del espacio de los hechos probados deben integrarse tanto los hechos externos atribuibles a la actuación de sus protagonistas como la intención que animara a los mismos, es decir, el conocimiento y voluntad que concurrieron en sus autores; esta conciencia y voluntad son hechos psíquicos, pero esta naturaleza subjetiva o psíquica no les priva de su condición de hechos que deben estar incluidos en el "factum". Por lo tanto, las expresiones tales como "...intención de acabar con la vida...", "...ánimo de lucro...", u otras semejantes, deben estar situadas en los propios hechos probados como se ha dicho con reiteración por la Sala (SSTS 1245/2006, de 17-11; 547/2006, de 18-5; 528/2007, de 28-5; 253/2007 de 26-3; 755/2008, de 26-11; y 89/2009, de 5-2).

3. En el caso que ahora se dirime no se puede afirmar que la frase que cita la parte recurrente predetermine de forma ilícita el fallo. Afirmar que el material pornográfico que se le intervino al acusado lo poseía con la intención de distribuirlo a terceros, además de al propio uso o consumo, no supone una predeterminación ilegal del fallo, pues se trata de una expresión que carece de un significado técnico jurídico y que tiene un sentido diáfano y fácilmente asequible en el lenguaje ordinario o común. No se está supliendo u omitiendo con esa frase la descripción de la conducta que se le imputa al acusado, ni tampoco se están aplicando conceptos técnicos del mundo del derecho que reemplacen la descripción natural de la acción del acusado. Simplemente se utilizan unas expresiones que, aunque aparezcan algunas de ellas recogidas en la norma penal, tienen un significado coloquial y no merman el derecho de defensa ni generan lagunas en la premisa fáctica de la sentencia. Y si bien se trata de una expresión que ha contribuido a fundamentar la decisión que se plasma en el fallo, ello resulta inevitable, ya que de no ser así la sentencia condenatoria habría de basarse en un vacío fáctico que impediría aplicar cualquier precepto penal.

Debe, por tanto, desestimarse el primer motivo de impugnación.

TERCERO. 1. El motivo que enumera con el ordinal primero la parte recurrente integra el grueso argumental del recurso. Se fundamenta en los arts. 5.4 de la LOPJ, 24.2 de la Constitución y en el 849.1º de la LECr., y lo que alega el acusado es que se ha vulnerado su derecho a la presunción de inocencia, al no constar indicios ni prueba directa que permita inferir que el destino de los archivos que se le intervinieron fuera su distribución a terceros.

2. Según doctrina consolidada del Tribunal Constitucional, el derecho a la presunción de inocencia se configura, en tanto que regla de juicio y desde la perspectiva constitucional,

como el derecho a no ser condenado sin pruebas de cargo válidas, lo que implica que exista una mínima actividad probatoria realizada con las garantías necesarias, referida a todos los elementos esenciales del delito, y que de la misma quepa inferir razonablemente los hechos y la participación del acusado en los mismos (SSTC 137/2005, 300/2005, 328/2006, 117/2007 y 111/2008). Y es doctrina reiterada del mismo Tribunal que, en la medida en que toda condena penal ha de asentarse en pruebas de cargo válidas, suficientes y concluyentes, tal suficiencia inculminatoria ha de ser racionalmente apreciada por el Juez y explicada en la sentencia, de forma que el déficit de motivación o los errores en la motivación o su incoherencia interna, puestos en relación con la valoración de la prueba y, por tanto, con la existencia de prueba de cargo, supondrían, de ser estimados, la quiebra del derecho a la presunción de inocencia (SSTC 124/2001, 186/2005, 300/2005 y 111/2008).

Por lo demás, tratándose de prueba indiciaria el Tribunal Constitucional considera vulnerado el derecho a la presunción de inocencia cuando la inferencia sea ilógica o tan abierta que en su seno quepa tal pluralidad de conclusiones alternativas que ninguna de ellas pueda darse por probada (STC 229/2003).

Por su parte, esta Sala de Casación tiene afirmado en reiteradas resoluciones que el ámbito del control casacional, cuando se denuncia la vulneración del derecho a la presunción de inocencia, se concreta en verificar si la prueba de cargo que el Tribunal utilizó para dictar la sentencia condenatoria fue obtenida con respeto a las garantías inherentes al proceso debido, y por tanto, y en primer lugar, si dicha prueba de cargo fue adquirida sin vulneraciones de derechos fundamentales; en segundo lugar, si fue introducida en el proceso y sometida a los principios que rigen el plenario, de contradicción, inmediación y publicidad; en tercer lugar, si se trata de una prueba suficiente desde las exigencias derivadas del derecho a la presunción de inocencia; y por último, si consta debidamente razonada en la motivación de la resolución, de modo que pueda verificarse el iter discursivo y comprobarse si la conclusión obtenida resulta razonable y por tanto ajena a cualquier viso de arbitrariedad (SSTS 59/2009, de 29-1; y 89/2009, de 5-2).

Asimismo se ha hecho especial hincapié en que, desde la perspectiva del control casacional del derecho a la presunción de inocencia, a este Tribunal le corresponde revisar la estructura del razonamiento probatorio de la sentencia recurrida, centrándose en comprobar la observancia de las reglas de la lógica, las máximas de experiencia y los conocimientos científicos por parte del Tribunal sentenciador (SSTS 753/2007 de 2-

10; 672/2007, de 19-7; y 131/2009, de 12-2).

Finalmente, se ha incidido en numerosas resoluciones de la Sala en que los cuatro puntos cardinales del control casacional en relación al derecho a la presunción de inocencia se concretan en verificar si existió prueba constitucionalmente obtenida, legalmente practicada, suficiente y racionalmente valorada (SSTS 987/2003, de 7-7; 845/2008, de 2-12; y 89/2009, de 5-2).

3. Los hechos que en la sentencia se le atribuyen al acusado se sintetizan en que tenía almacenados en el ordenador de su domicilio más de 3.000 archivos (3.065) con escenas de pornografía infantil, en algunos de los casos con imágenes de actos pornográficos protagonizadas por menores de 13 años de edad. A este material ha de sumarse el que se le ocupó en el ordenador que utilizaba en su lugar de trabajo: otros 72 archivos de las mismas características.

El acusado no ha negado que poseyera ese material pornográfico, pero sí ha cuestionado que lo distribuyera a terceras personas, pues siempre ha sostenido que lo destinaba únicamente a su propio uso o consumo. Sobre este interrogante se ha centrado el debate probatorio dada la relevante repercusión que tiene en la tipificación de la conducta.

El argumento nuclear que utiliza el Tribunal de instancia para inferir que los archivos pornográficos estaban también destinados a ser distribuidos a terceros es el del número o cantidad de archivos intervenidos. Parte, pues, del hecho base de un número elevado de archivos para colegir el fin de la distribución, juicio de inferencia que refuerza con la asimilación a lo que sucede en la constatación del delito contra la salud pública del tráfico de sustancias estupefacientes.

La fuerza determinante o concluyente que se le atribuye en la sentencia al indicio del número de archivos parece excesiva, ya que el supuesto de almacenamiento de archivos digitales pornográficos no es equiparable como indicio cuantitativo probatorio a lo que sucede en el ámbito del tráfico de drogas.

Pues en éste, a partir de una cantidad relevante de almacenamiento de sustancia estupefaciente, se considera razonable inferir que no se halla destinada al propio consumo, inferencia que no cabe extrapolar sin notables matizaciones y reservas al mundo de la pornografía infantil. Y ello porque en este último es hasta cierto punto habitual que el consumidor de esa clase de imágenes pornográficas sea un asiduo coleccionista de archivos de esa naturaleza, sin que el importante número de material acopiado signifique necesariamente de por sí que dedique una parte a la distribución a terceros.

Mucho más consistente se considera el argumento de que el acusado tenía instalado en su ordenador el programa informático Emule, a través del cual se le permite al usuario del ordenador descargar archivos procedentes de la Red en su ordenador, al mismo tiempo que otros internautas que tienen el mismo programa pueden “subir” a su ordenador los archivos almacenados por el acusado, concurriendo así un sistema de archivos compartidos. De hecho, los guardias civiles que realizaron el registro en la vivienda del acusado manifestaron que el ordenador de éste estaba descargando archivos procedentes de la Red mediante el programa Emule cuando entraron en el domicilio investigado. Explicaron los agentes que el ordenador del acusado se hallaba a pleno rendimiento recibiendo archivos en la carpeta de entrada (“incoming”), según pudieron comprobar los propios testigos, que hallaron archivos con pornografía infantil en la referida carpeta.

Sobre este particular tiene establecido la jurisprudencia de esta Sala, en diferentes resoluciones (SSTS 921/2007, de 6-11; 292/2008, de 28-5; 696/2008, de 29-10; 739/2008, de 12-11; 797/2008, de 27-11; y 307/2009, de 18-2), que al ser Emule un programa de archivos compartidos, para tener acceso al mismo, el solicitante debe compartir los que pone en la carpeta “incoming”; de suerte que cuanto más material comparte, más posibilidades tiene de acceder a otros archivos, porque la esencia del programa es precisamente el intercambio.

El usuario se baja unos archivos, los pone a disposición de otros usuarios, y ello le permite, a su vez, obtener otros, y así sucesivamente. Se trata de un programa caracterizado por ser apto para la comunicación y la transferencia de archivos a través de Internet incorporándose, así, sus usuarios a una red informática creada para compartir todo tipo de archivos digitales (en inglés “peer-to-peer”, que se traduciría de par a par o de igual a igual, más conocida como redes P2P). En la carpeta de descarga por defecto (“incoming”) se almacenan los ficheros descargados. Se pueden determinar las carpetas a compartir con los demás usuarios, pero hay algo común en todos, la carpeta de descarga siempre es compartida.

Ante unos elementos probatorios de una evidente carga incriminatoria como el número de archivos, el uso del programa de intercambio de archivos (Emule) y la activación de la carpeta de entrada en el momento en que los guardias civiles accedieron al domicilio del acusado, éste replica de forma reiterada en el recurso de casación con el argumento de que mediante el programa Emule descargaba o “bajaba” archivos, pero no los distribuía o “subía” a terceros ya que la velocidad de subida o de distribución “la tenía en cero”, precisa-

mente con el fin de impedir e imposibilitar el reenvío o la difusión.

Esta alegación exculpatoria no convenció al Tribunal de instancia y tampoco la considera esta Sala como argumento sólido para desvirtuar la prueba de cargo. Y ello es así porque, en primer lugar, si el sistema Emule de que se valía para descargar los archivos de internet y acopiar en su ordenador el material pornográfico se basa en el intercambio de archivos, de modo que cuantos más compartas más puede almacenar, lo cierto es que el acusado poseía más de tres mil archivos. Esto constituye un importante indicio de que compartía sus archivos con otros internautas de la Red, ya que es la única forma de conciliar razonablemente la reciprocidad del programa con la importante cifra de material pornográfico almacenado por el acusado.

En segundo lugar, cuando operaba con la carpeta de entrada (“incoming”) su ordenador compartía sus archivos con otros internautas, pues para poder descargar en su carpeta de entrada precisa tener accionada la velocidad de salida, aunque sea al mínimo. De ahí que, aunque redujera el número de archivos que subía o reenviaba a otros internautas, es claro que siempre existía un número mínimo de archivos reenviados cuando operaba con la referida carpeta.

En tercer lugar, en su declaración de la fase de instrucción (folio 75 de la causa) no se refirió en absoluto el encausado a que la causa de no distribuir material pornográfico a terceros fuera que la velocidad de salida de su ordenador la hubiera puesto a cero con ese fin. Se trata de un dato que por su singularidad y por su significación no podía fácilmente haberlo omitido. Todo apunta por tanto a que incluso como tal hecho exculpatario no parece veraz, máxime si se pondera que un olvido de esa índole no es propio de un experto en informática, condición de lo que dio muestras con sus respuestas en el curso del proceso.

Frente a estos indicios concomitantes, unidireccionales y unívocos, carece de relevancia que los agentes no hallaran correos electrónicos ni conversaciones en chats que revelaran un intercambio de material con otros internautas. Se insiste, pues, en el dato de que el programa que utilizaba para descargar material de internet y el número de archivos que tenía almacenados entrañaban, en mayor o menor medida, la distribución de material pornográfico de menores de edad a terceras personas que compartían el programa Emule.

Se desestima, pues, el motivo de impugnación con el considerar enervado el derecho a la presunción de inocencia.

CUARTO. 1. En el ordinal tercero denuncia el recurrente la existencia

de error en la apreciación de la prueba, al amparo de lo preceptuado en el art. 849.2º de la LECr., por evidenciarse a través de documentos que obran en la causa.

Para constatar el error con respecto al hecho de la distribución de los archivos pornográficos a terceros señala los siguientes documentos: informes técnicos de la Guardia Civil, de los folios 202 y ss. y 263 y ss.; el atestado que figura en los folios 31 y ss.; la diligencia de entrada y registro, en los folios 28 y ss. y 111 y ss.; y el atestado ampliatorio de los folios 152 y ss.

Y para corroborar el error sobre el presupuesto fáctico de la eximente completa o incompleta de anomalía psíquica, cita el informe de psiquiatría del Doctor Primitivo, el informe de la médico forense Tarsila, y el informe de Angelica.

2. Esta Sala viene exigiendo (SSTS de 1653/2002, de 14-10; 892/2008, de 26-12; 89/2009, de 5-2; y 148/2009, de 11-2) para que prospere ese motivo de casación (art. 849.2º LECr.), centrado en el error de hecho, los siguientes requisitos:

a) Ha de fundarse en una verdadera prueba documental, y no de otra clase, como las pruebas personales, por más que estén documentadas.

b) El documento tiene que evidenciar el error de algún dato o elemento fáctico o material de la sentencia de instancia, por su propio y literosuficiente o autosuficiente poder demostrativo directo, es decir, sin precisar de la adición de ninguna otra prueba ni tener que recurrir a conjeturas o complejas argumentaciones.

c) El dato acreditado por el documento no ha de hallarse en contradicción con lo evidenciado por otros elementos de prueba.

d) Por último, el dato acreditado documentalmente debe ser relevante, de modo que tenga virtualidad para modificar alguno de los pronunciamientos del fallo, pues si afecta a elementos fácticos carentes de tal virtualidad el motivo no puede prosperar ya que, como reiteradamente tiene dicho esta Sala, el recurso se da contra el fallo y no contra los argumentos de hecho o de derecho que no tienen aptitud para modificarlo.

3. En el caso objeto de juicio, es claro que no se cumplimentan los requisitos que se acaban de reseñar, pues los atestados policiales es claro que no tienen el carácter de documentos autosuficientes que evidencien de por sí el hecho que se pretende constatar, y presentan desde luego en este supuesto un contenido mucho más incriminatorio que exculpatario. Y lo mismo puede afirmarse de las pericias aportadas por la Guardia Civil sobre los archivos que se le ocuparon al acusado y el programa de descarga que utilizaba; y también

con respecto a la diligencia de entrada y registro, tanto por su contenido incriminatorio como por su falta del carácter de documento autosuficiente que pretende otorgársele.

Y en la misma dirección hemos de pronunciarnos sobre los informes periciales psiquiátricos que reseña en el escrito de recurso. Esos informes coinciden en que el acusado padece una pedofilia con atracción sexual por niñas, pero también se habla de personalidad normalizada y de un sentimiento de culpa acerca de su conducta, datos que difícilmente se compaginan con la acreditación palmaria del presupuesto fáctico de las eximentes alegadas.

No se está, por tanto, ante el supuesto de error probatorio que prevé el art. 849.2º de la LECr., motivo que resulta así inviable.

QUINTO. En el ordinal segundo del escrito de recurso se impugna la sentencia por infracción de ley al estimar, con base en el art. 849.1º de LECr., que no concurre el tipo penal aplicado por la Sala de instancia, es decir, el previsto en el art. 189 apartado 1 b) y apartado 3 a) del C. Penal.

Con respecto al apartado 1 b) del referido precepto, ya se ha incidido en que el acusado no sólo poseía los archivos de pornografía de menores para su propio uso, lo cual no situaría en el apartado 2 de la norma, sino que también los almacenaba con la consecuencia inherente de su distribución a terceras personas, por lo que no cabe duda de que procede subsumir su conducta en la acción de distribuir que prevé el art. 189.1 b) del C. Penal.

Muchos más problemas suscita la incardinación de la conducta del acusado en el subtipo agravado del apartado 3 a) del art. 189. Y no porque no se haya probado que algunos de los archivos contuvieran material pornográfico relativo a menores de 13 años, circunstancia que, en contra de lo que alega la defensa, resulta obvia una vez visionadas las fotografías que obran en la causa. La objeción proviene de la interpretación que en cuanto a la extensión del subtipo agravado viene haciendo esta Sala en las últimas resoluciones dictadas sobre la materia.

En efecto, este Tribunal se ha planteado en las últimas sentencias dictadas sobre el subtipo del art. 189.3 a) del C. Penal (SSTS 674/2009, de 20-5; 795/2009, de 28-5; y 592/2009, de 5-6) si la norma agravatoria, consistente en haber utilizado a menores de 13 años, era aplicable a todos los casos comprendidos en el apartado 1 b) del art. 189, o si sólo operaba en relación con aquellas actividades en las que a los menores se les haya hecho intervenir personalmente, es decir, sirviéndose directamente de personas comprendidas en esa franja de edad (personas

de carne y hueso). Y el dilema interpretativo lo ha resuelto esta Sala de Casación en el sentido de que cuando el legislador se refiere a "utilizar" menores de 13 años está aplicando el verbo "utilizar" como sinónimo de usar, aprovechar, emplear o servirse de dichos menores, y estas acciones pueden integrar directamente las conductas previstas en la letra a) del apartado 1, pero no necesariamente todas las descritas en la letra b), pues la difusión o posterior utilización de imágenes producidas por otro no significa usar o utilizar a los menores, sino difundir los soportes ya elaborados en los que sí se han utilizado menores de 13 años en persona, de forma que sería necesario establecer en cada caso, en relación con la letra b) del apartado 1, si ha concurrido o no esta utilización.

Por otra parte, acaba diciendo la reciente doctrina jurisprudencial, si la posesión para uso propio no admite el subtipo agravado y se castiga con la pena de tres meses a un año de prisión o con multa de diez meses a dos años, y la conducta básica de la posesión destinada a su difusión conlleva una pena única de prisión de uno a cuatro años, parece una exasperación punitiva excesiva alcanzar la pena de cuatro años cuando el sujeto no ha elaborado ni ha intervenido en la producción del material pornográfico (SSTS 674/2009, de 20-5; y 795/2009, de 28-5).

La proyección de las pautas precedentes al caso que ahora se enjuicia determina necesariamente la inaplicación del subtipo agravado de la utilización de menores de 13 años, puesto que el acusado se la limitado a poseer archivos pornográficos de menores de 13 años a sabiendas de que al mismo tiempo los estaba difundiendo a otros internautas. Pero en ningún caso consta prueba acreditativa de que haya utilizado a los menores de edad para elaborar el material ni tampoco consta que haya intervenido en su producción. Es más, ni siquiera se le imputan estas conductas concretas.

Así las cosas, ha de estimarse parcialmente el motivo de casación por infracción de ley y excluir en la nueva sentencia la aplicación del subtipo agravado relativo a la utilización de menores de 13 años.

SEXTO. El recurrente plantea como motivo quinto de casación el quebrantamiento de forma del art. 851.3º por no haber resuelto la Sala de instancia sobre la alegación relativa al error en que dice haber incurrido, tanto en lo que respecta a la edad de las menores como en lo que concierne a que la conducta de descargar los archivos pornográficos conllevaba la distribución a otros internautas.

Pues bien, con respecto al error relativo a la edad de los menores, además de haberse ya descartado la aplicación del subtipo agravado, también

se ha dicho que el conocimiento de ese dato resulta obvio con la simple visión de las fotos que figuran unidas a la causa.

Y en lo referente a la distribución a terceros, la parte viene a alegar un error de tipo, pues afirma que no conocía cómo operaba realmente el programa de descarga de los archivos en su ordenador, incidiendo en que ignoraba que la descarga entrañaba la puesta a disposición de otros internautas del material pornográfico que iba almacenando en su ordenador.

Los argumentos que ha venido exponiendo en su defensa el acusado durante todo el transcurso del proceso evidencian que era un perfecto conocedor del programa Emule y de sus posibilidades y derivaciones. De modo que, tratándose además de un sistema implantado a nivel general para "bajar" de la red archivos de extenso contenido y teniendo una difusión prácticamente universal, se considera inverosímil que no supiera el acusado, que es un asiduo consumidor del programa y un experto en su manejo, cuáles eran las bases de intercambio sobre que operaba y cuáles eran las contraprestaciones a que se veía comprometido con respecto a los restantes internautas de cuyos archivos se beneficiaba.

Se rechaza por tanto la concurrencia de un posible error, desestimándose así este motivo de impugnación.

SÉPTIMO. 1. Bajo el ordinal segundo denuncia la parte recurrente la existencia de error de derecho, con base en el art. 849.1º de la LECr., debido a que no se han apreciado las atenuantes de confesión y de anomalía psíquica a pesar de que concurrían los requisitos para ello.

La jurisprudencia de este Tribunal (SSTS 1076/2002, de 6-VI; 615/2003, de 3-V; 542/2004, de 23-IV; 1109/2005, de 28-IX; 1400/2005, de 23-XI; 1594/2005, de 23-XII; 683/2007, de 17-7; 755/2008, de 26-12; y 508/2009, de 13-5, entre otras) viene exigiendo como requisitos de la atenuante de confesión los siguientes: en primer lugar, que el sujeto confiese a las autoridades la comisión de un hecho delictivo o su participación en el mismo; en segundo lugar, que la confesión sea veraz, quedando excluidos los supuestos en que se sostenga una versión interesada de carácter exculpatorio que después se revela totalmente falsa; y en tercer lugar, que la confesión se produzca antes de conocer que el procedimiento, entendiendo por tal también las diligencias de investigación iniciadas por la Policía, se dirige contra él, lo que ha de relacionarse con la utilidad de la confesión.

De modo que quedan excluidos aquellos supuestos en los que la aparente confesión se produzca cuando

ya no exista posibilidad de ocultar la infracción ante su inmediato e inevitable descubrimiento por la autoridad.

En el supuesto que ahora se contempla, según se desprende del examen de la causa, no cabe la aplicación de la atenuante que postula la defensa, puesto que el acusado sólo reconoció parcialmente los hechos después de que fue sorprendido en su domicilio descargando en su ordenador los archivos con las imágenes pornográficas de las menores. Y como a continuación le fueron intervenidos los dos discos duros del ordenador y todo el material en que figuraban los archivos, es claro que carecen de eficacia atenuadora sus manifestaciones posteriores a esos indicios incriminatorios. Y más patente se muestra todavía la falta de fundamento de la atenuante del art. 21.4ª del C. Penal, si sopesamos que el acusado no admitió la distribución a terceros de los archivos pornográficos a través del programa Emule, a pesar de los caracteres de reciprocidad que presenta este sistema a la hora de compartir archivos.

Se desestima por tanto la aplicación de la atenuante de confesión.

2. En el mismo motivo segundo de casación alega la parte recurrente la infracción de ley, en aplicación del art. 849.1º de la LECr., por no haberse aplicado la eximente incompleta del art. 21.1ª o la del art. 21.6ª del C. Penal por la anomalía psíquica que - a su entender - padece el acusado debido a su pedofilia.

En la sentencia de instancia se argumenta correctamente con base en el informe de la médico forense la inaplicación de las referidas circunstancias de inimputabilidad. La perito oficial afirma, ciertamente, que el acusado ha sido diagnosticado de pedofilia con atracción sexual por niñas.

Sin embargo, una vez que lo exploró, comprobó que no presentaba una sintomatología psiquiátrica activa productiva, apreciando una personalidad normalizada con adecuada crítica de su conducta anómala en el plano afectivo-sexual (folio 22 del rollo de Sala). Y si bien parece ser que sufrió una depresión con motivo de una enfermedad mental de su mujer, tal padecimiento lo sufrió años antes de la ejecución de los hechos que se enjuician.

No padece, pues, ninguna enfermedad mental el acusado que aminore la comprensión de la ilicitud de la conducta que se le atribuye, sino que es plenamente consciente de ella a tenor del sentimiento de culpa que alberga sobre su comportamiento.

Y en cuanto a la limitación de sus facultades volitivas y a la posibilidad de autocontrolar su conducta para adecuarla a las exigencias de la norma, la pedofilia es considerada por la

psiquiatría como un trastorno o perversion sexual, como pueden serlo el exhibicionismo, el fetichismo, el sadismo y otros, estimándose que, en líneas generales, los sujetos afectados por estos trastornos tienen capacidad de querer, de entender y obrar plenas (STS 768/2004, de 18-6).

La jurisprudencia viene considerando que la pedofilia afecta a la dirección del instinto sexual per se y no supone la ausencia de los mecanismos de dirección de la conducta ni de los correspondientes frenos inhibitorios. Por sí sola, tal inclinación no determina ni exención ni atenuación alguna; para ello debe ir acreditadamente acompañada de trastornos psíquicos relevantes, como el alcoholismo, la toxicomanía o una neurosis depresiva, entre otros (SSTS 1433/2000, de 25-9; 285/2003, de 28-2; y 696/2008, de 29-10).

En nuestro caso no se ha acreditado que el acusado tuviera especialmente disminuidas sus facultades de autodominio, ni tampoco que padeciera otros trastornos psíquicos que justifiquen la aplicación de alguna circunstancia modificativa de la responsabilidad por tener afectada su imputabilidad. Por consiguiente, se desestima el motivo de impugnación y se rechaza la aplicación de la atenuante de anomalía psíquica postulada por la defensa.

OCTAVO. Los razonamientos expuestos en los apartados precedentes nos llevan a la estimación parcial del recurso, en concreto en el extremo relativo a que no procede estimar el subtipo agravado del art. 189.3.a) del C. Penal, declarándose de oficio las costas de esta instancia (art. 901 de la LECr.).

FALLO

ESTIMAMOS en parte el motivo de casación segundo, por infracción de ley, formulado por la representación de José Ramón contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección Séptima, de fecha 14 de noviembre de 2008, que condenó al recurrente como autor de un delito de distribución de material pornográfico infantil, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad, y, en consecuencia, anulamos parcialmente esta resolución, con declaración de oficio de las costas causadas en el presente recurso.

Comuníquese esta sentencia con la que a continuación se dictará a la Audiencia Provincial de instancia con devolución de la causa, interesando el acuse de recibo de todo ello para su archivo en el rollo.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos Andres Martinez Arrieta José Manuel Maza Martin Francisco Monterde Ferrer Alberto Jorge Barreiro Enrique Bacigalupo Zapater

SEGUNDA SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veintitrés de julio de dos mil nueve

En las diligencias previas núm. 4581/05, del Juzgado de Instrucción número 33 de Barcelona, seguidas por delito de distribución de pornografía infantil contra José Ramón, la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección Séptima, dictó sentencia en fecha catorce de noviembre de dos mil ocho, que ha sido casada y anulada por la dictada en el día de la fecha por esta sala integrada como se expresa. Ha sido ponente el magistrado Alberto Jorge Barreiro.

ANTECEDENTES

Se aceptan y dan por reproducidos los antecedentes de hecho y hechos probados de la sentencia dictada en la instancia.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Tal como se ha expuesto en la sentencia rescisoria, procede dejar sin efecto la aplicación del subtipo agravado del art. 189.3.a) del C. Penal, relativo a la utilización de niños menores de 13 años en el tipo de distribución de pornografía infantil. Siendo así, el marco legal punitivo queda fijado entre uno y cuatro años de prisión.

Para la individualización judicial de la pena deben sopesarse dos factores relacionados con la gravedad de la ilicitud del hecho: el elevado número de archivos pornográficos que se le intervinieron al acusado (más de tres mil), y el dato de que parte de ellos se refiriera a niñas de escasa edad. Ambos datos determinan que no se aplique la pena en su cuantía mínima, fijándose en dos años de prisión, con la accesoria ya impuesta por el Tribunal de instancia; sin que se aprecien datos personales relevantes que justifiquen por razones de prevención especial la reducción de la pena asignable por la gravedad del hecho.

FALLO

Condenamos a José Ramón como autor del tipo penal básico de distribución de pornografía infantil, previsto en el art. 189.1.b) del C. Penal, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad, a la pena de dos años de prisión, con la accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, declarándose de oficio las costas del recurso. Se mantiene el resto de los pronunciamientos del fallo condenatorio en sus términos siempre que no se oponga a lo decidido en la presente resolución.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

(...)



TS Sala 3ª, Sección: 8, Sentencia 11 mayo 2009. Ponente: D. José Díaz Delgado

Inimpugnabilidad del acuerdo para unificación de doctrina seguidos por los magistrados de diversas secciones

El TS desestima el recurso contencioso administrativo interpuesto por el Consorcio Regional de Transportes Públicos Regulares de Madrid contra la resolución del Pleno del Consejo General del Poder Judicial, que inadmitió el recurso de alzada interpuesto contra el acuerdo 3º de la Junta de Unificación de Criterios de Magistrados de la Audiencia Provincial de Madrid, relativo a la relevancia penal de la conducta de quien viaja en medio de transporte utilizando el abono de otra persona. La Sala considera que el resultado de las reuniones previstas en el art. 264 LOPJ, documentado o no, no tiene naturaleza, ni de resolución judicial, ni tampoco de acto administrativo, ya que carece de efectos jurídicos cualquier opinión que de dichas resoluciones resulte mayoritaria.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Aparecen como premisa fáctica del presente recurso contencioso-administrativo los siguientes hechos:

1º.- El día 26 de mayo de 2006, los Magistrados de las Secciones Penales de la Audiencia Provincial de Madrid, reunidos en Junta de Unificación de Criterios, aprobaron por mayoría diversos acuerdos entre los que figura con el número 3 el siguiente: "Relevancia penal de la conducta de quien viaja en medio de transporte utilizando el abono de otra persona: el Acceso por el torniquete mediante un abono perteneciente a otra persona o manipulado no integra los elementos de la falta de estafa".

2º.- A instancia del Consorcio Regional de Transportes de Madrid, dicho acuerdo se notifica a este organismo con fecha 3 de agosto de 2006.

3º.- El 1 de septiembre de 2006, el Consorcio Regional de Transportes de Madrid interpone recurso de alzada contra el acuerdo citado ante el Pleno del Consejo General del Poder Judicial (recurso de alzada núm. 246/06).

4º.- Con fecha 27 de diciembre de 2006, se notifica al Consorcio la Resolución de 15 de diciembre de 2006, del Pleno del Consejo General del Poder Judicial, por la que se inadmite el recurso de alzada, haciéndole saber que contra el mismo cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante la Sala Tercera del Tribunal Supremo dentro del pla-

zo de dos meses, contado desde el día siguiente al de su notificación.

5º.- Contra dicho acuerdo se interpone el presente recurso contencioso-administrativo.

SEGUNDO.- El artículo 264 de la Ley Orgánica del Poder Judicial dispone lo siguiente:

1. Los Magistrados de las diversas Secciones de una misma Sala se reunirán para la unificación de criterios y la coordinación de prácticas procesales.

Las reuniones se convocarán por el Presidente de la Sala, por sí, a petición mayoritaria de los Magistrados, así como en los demás casos que establezca la ley. Serán presididos por el Presidente de Sala.

2. En todo caso quedará a salvo la independencia de las Secciones para el enjuiciamiento y resolución de los distintos procesos de que conozcan.

De este precepto se desprende que estas reuniones no jurisdiccionales no tienen sino una finalidad que es la unificación de criterios y la coordinación de prácticas procesales. Al contrario de lo que sostiene la recurrente, son dos los objetos y no solamente el de coordinación de prácticas procesales, sino que en la unificación de criterios cabe perfectamente la del derecho sustantivo a aplicar, y esto con la finalidad de que distintos órganos judiciales que conocen de las mismas cuestiones, en la medida de lo posible, mantengan un mismo criterio sobre las cuestiones que resuelven, todo ello

naturalmente sin perjuicio de la función unificadora que corresponde a la jurisprudencia, pues en todo caso, esta actuará temporalmente en un momento posterior.

También se desprende de este precepto que queda a salvo la independencia de las Secciones a la hora de resolver los distintos procesos, esto es el carácter no vinculante de las resoluciones. En consecuencia, no se trata sino de un intercambio de posiciones interpretativas sobre determinados temas que afectan a todas las Secciones de una Audiencia. Intercambio que la ley ha querido facilitar, imponiendo la asistencia obligatoria a dichas reuniones cuando lo decide el Presidente o la mayoría de los Magistrados, pero dejando libertad a las distintas Secciones a la hora de resolver.

En consecuencia, carece de efectos jurídicos cualquier opinión que de dichas resoluciones resulte mayoritaria, ni respecto a quienes la realizan, ni tampoco frente a terceros. Por ello podemos afirmar que el resultado de tales reuniones, aunque resulte documentado, no es susceptible, ni de impugnación jurisdiccional, pues no es un acto judicial, ni tampoco administrativa, pues no es un acto administrativo, al no producir efecto jurídico alguno.

SEGUNDO.- Estas reuniones informativas previstas en el artículo 264 no pueden equiparse a las de las Juntas de Jueces, pues estas si deciden acuerdos de Gobierno con efectos jurídicos. Por ello el artículo 71.3 del Reglamento 1/2000, de 26 de julio del Consejo General del Poder Judicial, sobre los órganos de Gobierno de los Tribunales dispone que: "Salvo cuando se trate de propuestas dirigidas a la Sala de Gobierno del Tribunal Superior de Justicia o a otros órganos, los acuerdos serán ejecutivos, y se prevé la posibilidad de " recurrir dichos acuerdos mediante la interposición de recurso de alzada ante el Pleno del Consejo General del Poder Judicial, o de revisión, en su caso, en cuanto lo permita la naturaleza de dichos actos, de acuerdo con lo dispuesto en el presente Reglamento para la impugnación de acuerdos de las Salas de Gobierno y, con carácter supletorio, en la citada Ley 30/1992, de 26 de noviembre, con independencia de su revisión de oficio por el Pleno del Consejo General de acuerdo con los arts. 102 y siguientes de la misma Ley, en los supuestos previstos en dichas normas y por los trámites establecidos en las mismas".

En consecuencia, aun cuando desde luego no se comparta el criterio de que estamos en una relación interadministrativa de la prevista en el artículo 44 de la Ley 30/1992, es evidente que como sostiene la Abogacía del Estado, en cualquier caso, no existe acto susceptible de recurso jurisdiccional, y puesto que la propia recurrente solicita que no se resuelva

en el sentido de retrotraer las actuaciones al Consejo General del Poder Judicial, procede desestimar el presente recurso, pues el resultado de las reuniones previstas en el artículo 264 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, documentado o no, no tiene naturaleza, ni de resolución judicial, ni tampoco de acto administrativo.

TERCERO.- En consecuencia, no procede dar lugar al presente recurso contencioso-administrativo, sin hacer expresa condena en las costas procesales a la parte recurrente, al no apreciar en las partes circunstancias subjetivas de temeridad o mala fe, a tenor de lo dispuesto en el artículo 139 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

FALLO

1º. Procede desestimar el recurso contencioso-administrativo número

113/2007, interpuesto por el Letrado de la Comunidad de Madrid, en representación del Consorcio Regional de Transportes Públicos Regulares de Madrid, interpuesto contra la resolución de 15 de diciembre de 2006, del Pleno del Consejo General del Poder Judicial.

2º. - No hacer especial pronunciamiento en cuanto a las costas procesales.

Así por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Enrique Cancer Lalanne.- José Díaz Delgado.- Juan José González Rivas.- Nicolás Antonio Maurandi Guillen.- Pablo María Lucas Murillo de la Cueva.- Ramón Trillo Torres.

Publicación.- Leída y publicada que fue la anterior sentencia por el Excmo. Sr. D. José Díaz Delgado, Magistrado Ponente en estos autos, de lo que como Secretario certifico.



2009/171908

TS Sala 4ª, Sentencia 10 junio 2009. Ponente: D. Juan Francisco García Sánchez

Violación del derecho de libertad sindical

Estima el TS el recurso de casación formulado por el sindicato accionante contra sentencia que rechazó su demanda sobre tutela de derechos fundamentales. Explica la Sala que la conducta de los demandados, al excluir al actor de la comisión técnica con el fin de renegociar el sistema de clasificación profesional y de estructura retributiva en el sector metalgráfico, supone una violación del derecho fundamental a la libertad sindical, debiendo cesar en dicha conducta e indemnizar al demandante en retribución del daño causado.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El presente recurso de casación, en su modalidad de común o tradicional, lo ha interpuesto el Sindicato "Unión Sindical Obrera" (USO) contra la Sentencia dictada el día 7 de julio de 2008 por la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional en el Proceso 84/08. Dicha resolución desestimó la demanda que el expresado recurrente había planteado contra la "Asociación Metalgráfica Española" (AME) y contra los sindicatos CCOO y UGT, con la pretensión de que se declarara que la conducta de los demandados, al excluir al actor de la Comisión Técnica con el fin de renegociar el sistema de clasificación profesional y de estructura retributiva en el sector metalgráfico, suponía violación del derecho fundamental de dicho actor a la libertad sindical; solicitaba, además,

el cese inmediato del comportamiento antisindical y la condena a los demandados a abonar al demandante 1.300 euros por el daño causado.

El relato de hechos probados de la resolución que se impugna -incombatido por el recurrente- figura literalmente transcrito en el lugar oportuno de la presente y a él nos remitimos. Únicamente interesa destacar aquí que el día 30 de junio de 2005 se suscribió, por parte de (AME) -banco empresarial- y de los sindicatos CCOO y UGT -banco social- el Convenio Colectivo Interprovincial de la Industria Metalgráfica y de Fabricación de Envases Metálicos (BOE de 18 de agosto de 2005), con vigencia hasta el 31 de diciembre de 2006, si bien fue posteriormente prorrogado. Su Disposición Transitoria 5ª creó una Comisión Técnica llamada a renegociar el sistema de clasifi-

cación profesional y de estructura retributiva en el sector metalgráfico, constituyéndose tal Comisión el 19 de octubre de 2005, habiéndose reunido en varias ocasiones posteriores entre los años 2005, 2006 y 2007 en la sede de AME y con intervención de CCOO y UGT. La actora USO, concedora del Convenio y de la Comisión Técnica por él creada, nunca solicitó formar parte de ésta, si bien fue convocado -y asistió junto con CCOO y UGT- a una reunión celebrada el 13 de junio de 2007 por parte de dichos tres sindicatos y AME con motivo de la firma de la prórroga del Convenio.

También fue convocado el actor a una reunión de la Comisión Mixta Paritaria del Convenio celebrada el 22 de enero de 2008, a la que asistió, así como a la de 12 de marzo del mismo año, pero en esta última no se le permitió participar, aun sin poner en duda su representatividad, porque no había firmado el Convenio en el año 2005, en que la Comisión Técnica tenía su origen. Y ya no fue convocado a la reunión celebrada el mes de mayo siguiente, en la que se aprobó el texto definitivo del Acuerdo Marco Sobre Clasificación.

La Sala de instancia apoyó su decisión desestimatoria de la demanda, en esencia, en el hecho de que el sindicato actor no solicitó formar parte de la Comisión Técnica en el año 2005 ni tampoco impugnó su constitución ni su composición, pese a conocer desde el primer momento su existencia y también su trayectoria y actividades a lo largo de más de dos años, por lo que los juzgadores entienden que resulta razonable y ajustada a derecho la decisión de negarle formar parte de la misma en el año 2008.

SEGUNDO.- En un único motivo, conducido por la vía del art. 205.e) de la Ley de Procedimiento Laboral (LPL), denuncia el recurrente como infringidos los arts. 28.1 y 37.1 de la Constitución española, así como los arts. 83.1 y 87.1 del Estatuto de los Trabajadores (ET); el art. 2.2.d) de la Ley Orgánica de Libertad Sindical (LOLS) y el Convenio número 98 de la OIT, habiendo impugnado el recurso los dos sindicatos demandados e informado el Ministerio Fiscal en el sentido de que procede su desestimación.

Para dar adecuada respuesta a la pretensión actora, hemos de partir de la base fáctica de que el sindicato demandante estaba legitimado para negociar el Convenio colectivo del que tratamos -legitimación que, por otra parte, nadie le ha negado-, por más que decidiera no intervenir ni en su negociación ni en su firma "por considerarlo malo" (hecho probado 9). Asimismo, la Comisión Técnica creada por la Disposición Transitoria 5ª de este Convenio estaba llamada a renegociar el sistema de clasificación profesional y de estructura retributiva en el sector metalgráfico, lo

que significa que se trataba de una comisión con auténticas facultades negociadoras y no meramente aplicativa o interpretativa, pues su cometido era precisamente la aludida "renegociación".

Sentadas las dos premisas anteriores, procede aludir ahora a la doctrina constitucional contenida, entre otras, en la Sentencia del Tribunal Constitucional (STC) número 184/1991 de 30 de septiembre, que se ocupó de un supuesto en el que denunciaba violación de los derechos fundamentales reconocidos en los arts. 14 y 28.1 de la Constitución española (CE), fundada en la negativa de las partes firmantes del XI Convenio Colectivo de la «Empresa Nacional Santa Bárbara de Industrias Militares» a que el Sindicato accionante entrara a formar parte de determinadas Comisiones creadas en dicho Convenio y en su revisión, en tanto que aquél no suscribiera el Convenio Colectivo en cuestión, supuesto en el que el Tribunal concedió el amparo al aludido sindicato.

Recoge dicha Sentencia la doctrina ya sentada en algunas precedentes (fundamentalmente la STC 73/1984), de cuya doctrina resulta, en esencia y resumen, que aquel sindicato que tuviera legitimación para negociar el Convenio colectivo, aun cuando no hubiera participado en su gestación, la tiene también para participar en cualquiera de las comisiones de carácter negociador creadas por dicho convenio y, en relación con ello, razona la Sentencia que nos ocupa (F.J. 7) que, en el caso enjuiciado y refiriéndose a Comisión allí examinada, "más bien se trata de una comisión prevista para acordar (y por ello negocia) cuestiones nuevas, distintas del pacto mismo, previendo el Convenio Colectivo mediante el establecimiento de esta comisión, la posibilidad de fijar para el futuro las condiciones efectivas de seguridad e higiene en la Empresa y las medidas consiguientes o lo que es lo mismo condiciones de trabajo, que no han sido reguladas en el Convenio Colectivo, el cual tampoco prefijó en el mismo sus bases o reglas, dejando plena libertad a los integrantes de la comisión que goza de plena libertad para regular ex novo el plan de seguridad e higiene previsto.- Así las cosas -sigue razonando el TC-, ha de rechazarse que el hecho de no haber suscrito el XI Convenio Colectivo de la Empresa pueda justificar que se excluya la participación del sindicato demandante en esta comisión, sin que legítimamente se le pueda exigir que dé su previa conformidad a dicho Convenio al tratarse materialmente de llegar a acuerdos en el establecimiento de dicho plan que, además, por su propia naturaleza han de constituir una regulación general y omnicomprensiva de este aspecto de las condiciones de trabajo en la Empresa en cuestión, por lo que la actuación de dicha comisión supone una modificación de las condiciones

de trabajo, y el establecimiento de nuevas previsiones o reglas para regir las relaciones en el ámbito de aplicación del Convenio. Por ello, la comisión prevista en el art. 79 del Convenio Colectivo ha de entenderse como una comisión «negociadora» a los efectos de la doctrina establecida en la STC 73/1984, y, consiguientemente la no admisión en la misma del sindicato accionante ha lesionado su derecho a la libertad sindical del art. 28.1 CE)".

A la anterior doctrina constitucional se han ajustado las Sentencias de esta Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 13 de marzo de 1995 (rec.2441/94), 24 de mayo de 2001 (rec. 3816/00), 3 de diciembre de 2002 (rec. 6/02) y 17 de septiembre de 2004 (rec. 105/03). Y a ella habremos de atenarnos también en esta ocasión, por elementales razones de seguridad jurídica y de igualdad en la aplicación de la ley (arts. 14 y 9.3 CE).

TERCERO.- Procede, en consecuencia, la estimación del recurso, toda vez que, pese a que el sindicato actor no hubiera participado en la negociación y firma del Convenio, ello no obstante, tenía legitimación para hacerlo, lo que le otorga derecho a formar parte de la Comisión Técnica que nos ocupa, ya que la misma tiene claro carácter negociador. Ello supone la procedencia de estimar la demanda. Sin costas, por no concurrir los condicionamientos que para su atribución contempla el art. 233.1 de la LPL.

Por lo expuesto, en nombre de S. M. El Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

FALLO

Estimamos el recurso de casación, interpuesto por UNIÓN SINDICAL OBRERA contra la Sentencia dictada el día 7 de julio de 2008 por la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional en el Proceso 84/08, que se siguió sobre tutela de derechos fundamentales, a instancia del mencionado recurrente contra ASOCIACIÓN METALGRÁFICA ESPAÑOLA; contra UNIÓN GENERAL DE TRABAJADORES y contra COMISIONES OBRERAS. Casamos la Sentencia recurrida, anulando sus pronunciamientos, acordando en su lugar estimar la demanda, por lo que declaramos que la conducta aquí enjuiciada de los demandados vulnera la libertad sindical del demandante; ordenamos el cese inmediato del comportamiento antisindical, y condenamos con carácter solidario a los repetidos interpellados a abonar al expresado actor una indemnización en cuantía de 1.300 euros en retribución del daño causado. Sin costas.

Devuélvanse las actuaciones al Órgano Jurisdiccional de procedencia, con la certificación y comunicación de esta resolución.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

Publicación.- En el mismo día de la fecha fue leída y publicada la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado D. Juan Francisco García Sánchez hallándose celebrando Audiencia Pública la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario de la misma, certifico.

2009/171912

TS Sala 4ª, Sentencia 12 junio 2009. Ponente: Dª Mª Milagros Calvo Ibarlucea

Inexistente concurrencia entre convenios de transporte por carretera

Desestima el TS el recurso de casación formulado por la federación de transportes demandada contra sentencia que rechazó la demanda de oficio sobre concurrencia del Convenio Colectivo de Transporte de Viajeros por Carretera de los Servicios Discrecionales y Turísticos, Regulares Temporales y Regulares de Uso Especial con el Convenio Colectivo de Transporte de Viajeros por Carretera con Vehículos de Tracción Mecánica de más de nueve plazas.

Explica la Sala que a la firma del convenio de transporte discrecional no existía, en términos estatutarios, otro convenio con el que entrar en concurrencia ni que pudiera resultar afectado, ni es dable atribuir al convenio tachado de concurrente la condición de ámbito inferior, pues lo único que se ha logrado determinar es que se trata de ámbitos distintos.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Por la Dirección General de Trabajo de la Comunidad de Madrid se promovió de oficio demanda en la que se solicita la declaración de que el Registro del Convenio Colectivo de Transporte de Viajeros por Carretera de los Servicios Discrecionales y Turísticos, Regulares Temporales y Regulares de Uso Especial, vulnera el artículo 84 del Estatuto de los Trabajadores por existir concurrencia con el Convenio Colectivo de Transporte de Viajeros por Carretera con Vehículos de Tracción Mecánica de más de nueve plazas, incluido el conductor.

La sentencia impugnada desestimó la demanda de oficio, basando su pronunciamiento en que el Convenio de Transportes de Viajeros por Ca-

rrera de los Servicios Discrecionales y Turísticos, Regulares Temporales y Regulares de Uso Especial firmado el 19 de junio de 2006 es el primero en el tiempo, teniendo lugar en fecha posterior, 30 de junio de 2006, el registro del Convenio Colectivo de Transporte de Viajeros por Carretera.

SEGUNDO.- Recurren en casación el Letrado D. ADRIÁN BORRERO VALVERDE actuando en nombre y representación de F. ASINTRA, la Letrado Dª Mª DOLORES MORENO LEIVA actuando en nombre y representación de la FEDERACIÓN DE COMUNICACIÓN Y TRANSPORTE DE COMISIONES OBRERAS, la Letrado Dª NURIA MUÑOZ HERNÁNDEZ actuando en nombre y representación de la ASOCIACIÓN EMPRESARIAL DE TRANSPORTE INTERURBANO DE VIAJEROS EN AUTOBÚS DE MADRID (FENEBUS), habiendo desistido la COMUNIDAD DE MADRID.

Para una mejor ordenación en la decisión de los recursos procede comenzar con el análisis del formalizado por F. ASINTRA al incluir motivos que podrían afectar al relato fáctico por venir referidos a la posibilidad de error en la apreciación de la prueba.

En el primero de los motivos, formulado al amparo del artículo 205.e) de la Ley de Procedimiento Laboral, solicita la supresión en el hecho decimoquinto de la frase "acordando volver a negociar su convenio en 2005", citando como documentos en los que apoyar su revisión los folios 279 a 283, 478 a 484, 509 a 515, 535 a 542, 563 a 570, 644 y 652. La recurrente solicita la modificación porque la actual redacción estaría prejuzgando el fallo y se aparta del tenor literal de los documentos citados.

La mención genérica de los documentos invocados unida a la necesidad de llevar a cabo una prolija operación de razonamiento, impide la viabilidad del motivo, pues con arreglo a reiterada doctrina la modificación debida a error en la apreciación de la prueba requiere "a) que se concrete con claridad y precisión el hecho que haya sido negado u omitido en el relato fáctico; b) que tal hecho resulte de forma clara, patente y directa de la prueba documental o pericial obrante en autos, sin necesidad de argumentaciones o conjeturas; 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, y d) que tal hecho tenga trascendencia para modificar el fallo de instancia", según resoluciones que tiene reiteradamente declarado esta Sala en (Auto de 5 de marzo de 1992 (R. C.U.D. 1468/1991), y Sentencias de 1 de junio de 1992 (Rec. 1/1825/1991), 31 de marzo de 1993

(Rec. 1/916/1992), 4 de noviembre de 1995 (Rec. 1/680/1995), 12 de marzo de 2002, (Rec. 1/379/2001), 17 de septiembre de 2004 (Rec. 1/108/2003), 29 de diciembre de 2004 (Rec. 1/54/2004), 25 de enero de 2005, (Rec. 1/24/2003), 18 de mayo de 2005 (Rec. 1/149/2002), 22 de septiembre de 2005 (Rec. 1/193/2004), 11 de octubre de 2007 (Rec. 1/22/2007), 23 de julio de 2008 (Rec. 1/97/2007) y 5 de noviembre de 2008 (Rec. 1/74/2007) entre otras muchas).

TERCERO.- El segundo motivo del recurso de F. ASINTRA, también al amparo del artículo 205.e) propugna la adición de un nuevo hecho declarado probado que figuraría con el número de orden decimonoveno y cuyo tenor literal sería el siguiente: “DECIMONOVENO.- Ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sección Primera, se conoció demanda de Impugnación de Convenios Colectivos núm. 5/07, interpuesta por el SLT y la ASOCIACIÓN DE EMPRESARIOS DE AUTOCAR DE MADRID frente a F. ASINTRA, FENEBUS, CC.OO. y U.G.T., recayendo el día 21 de mayo de 2007 Sentencia núm. 372/07, firme en virtud de Diligencia de Ordenación de la Sala de 02 de julio de 2007 por la que, sin entrar en el fondo del asunto, acogió la defensa procesal de litispendencia en relación con la solicitud de los actores de que se declarara concurrencia prohibida, imputable al Convenio de Transporte de Viajeros con vehículo de tracción mecánica de más de nueve plazas incluido el conductor, en relación con el Convenio de Transporte Discrecional de Viajeros de la Comunidad de Madrid en las siguientes materias: todo el Título III del primero de los Convenios citados relativo a las Disposiciones Específicas para los trabajadores que realicen servicios regulares temporales, de regulares de uso especial, discrecionales y turísticos; de las Tablas Salariales y demás conceptos económicos de los Anexos I y II relativos al personal de discrecional, regular de uso especial, discrecional y turístico”.

La adición se solicita con apoyo en documentos incorporados con el escrito de formalización del recurso consistentes en Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 21 de mayo de 2007 y diligencia de Secretaría de 2 de julio de 2007 haciendo constar la firmeza de la anterior resolución.

La aportación documental se hizo mediante fotocopias, habiendo recaído providencia de esta Sala de 28 de noviembre de 2007 en la que se declara no haber lugar a la incorporación por tratarse de fotocopias, resolución que no fue impugnada.

En todo caso, en el supuesto de que los documentos fueran hábiles en cuanto a su incorporación, no cumplen con la finalidad prevista en el artículo 231 de la Ley de Procedi-

miento Laboral ni son relevantes para la resolución del debate.

El tercero de los motivos, también al amparo del artículo 205.e) de la Ley de Procedimiento Laboral postula la modificación del relato fáctico, esta vez en forma de nueva redacción para el ordinal noveno, con el fin según los términos del recurso “que quede claro que, según los documentos obrantes a los folios 24 y 25, con el preacuerdo de 15 de junio de 2006 se dieron por finalizadas las negociaciones del Convenio Colectivo, siendo el Acta de 30 de junio siguiente una mera constatación de que el preacuerdo fue ratificado por las asambleas de trabajadores y las organizaciones empresariales, y ello resulta trascendente para acreditar cual fue el primer convenio que resultó firmado.

En primer lugar no se propone una redacción concreta sino que se pide que ésta sea elaborada por la Sala, con la exigencia de “que quede claro”, lo que es una sugerencia de matiz o estilo que la Sala podría llegar o no a satisfacer a la recurrente. Con esta forma de pedir el recurso no se ajusta a las reiteradas exigencias que una consolidada doctrina impone en relación a la modificación del relato fáctico cuando resulte error en la apreciación de la prueba.

Por otra parte y aun entendiendo que bastaría con llevar al ordinal noveno los datos fácticos consistentes en las fechas 15 de junio de 2006 y 30 de junio de dicho año, así como los dos acontecimientos que respectivamente tuvieron lugar, preacuerdo en el primero y la firma previa ratificación en Asamblea, los datos aludidos constan en dicho ordinal con los mismos detalles, resultando innecesaria su repetición. Lo anterior conduce a una segunda lectura del motivo cuyo objeto no es en realidad la modificación de los hechos sino alcanzar la conclusión subjetiva deseada por el recurrente e integradora de la fundamentación jurídica, lo que definitivamente expulsa el tercer motivo del ámbito del artículo 205.d) de la Ley de Procedimiento Laboral.

CUARTO.- La cuestión que ahora se plantea tiene su origen en una situación de conflicto de la que se conocen datos al menos, desde el año 2002. Se trata de la problemática causada por el desacuerdo de una parte de los agentes sociales, tanto en el lado sindical como patronal, acerca de cual deba ser el ámbito de negociación, existiendo en parte de ellos la voluntad de negociar por separado en el ámbito de los Transportes de Viajeros por Carretera de los Servicios Discrecionales y Turísticos Regulares temporales y Regulares de uso especial.

A través del relato histórico de la sentencia impugnada y por la remisión que en ésta se hace a la Senten-

cia del Tribunal Supremo de 24 de abril de 2006 tenemos noticia de los hechos que a continuación son objeto de resumen.

En los años 200 y 2001 regía un Convenio Colectivo para todo el ámbito de transporte en la Comunidad autónoma.

El 16 de abril de 2002 se emitió un Laudo arbitral con fecha de efectos 1 de enero de 2002 a 31 de diciembre de 2005 por el que se mantenía la vigencia del contenido normativo del anterior Convenio abarcando su ámbito de aplicación la totalidad del de los transportes. En el Laudo se preveía su prórroga de año en año si no mediara denuncia de las partes.

El Laudo fue impugnado por S.L.T. y A.E.T.R.A.M. y contra la sentencia que declaró la falta de validez de una parte de aquél, formularon recurso de casación CC.OO., U.G.T., ASINTRA, ANETRA y FENEBUS recayendo sentencia de esta Sala el 24 de abril de 2006 estimatoria del recurso, en la que se declara la validez del Laudo, ya que éste no había admitido la fragmentación de la negociación por no ir acompañada de la correspondiente acreditación de representatividad por quienes sostenían la negociación en el ámbito de transportes discrecionales y otros.

Intentado en 2006 el registro de un Convenio Colectivo de Transporte por Carretera de la Comunidad autónoma de Madrid suscrito por CC.OO., U.G.T., FENEBUS y ASINTRA, se denegó hasta tanto recayera sentencia firme sobre la validez de dicha Comisión Negociadora o se dirija oficio a la jurisdicción competente impugnando dicho Convenio. Promovida demanda sobre la validez de la Comisión el 14 de marzo de 2006 por el S.L.T. recayó sentencia desestimatoria frente a la que se interpuso recurso de casación pendiente de resolver en la fecha de la sentencia recurrida.

En 2006 se constituyeron dos Comisiones negociadoras. El 20 de febrero de 2006 la formada por ASINTRA, FENEBUS, CC.OO., U.G.T. y S.L.T. con la intención de regular las condiciones laborales de todo el sector, apartándose S.L.T., por entender que los discrecionales debían negociar por separado. A dicha Comisión se le notifica por la Dirección General de Trabajo que la sentencia de 18 de marzo de 2002 ha establecido la existencia de dos ámbitos de negociación por lo que no cabe una única Comisión. La Comisión constituida el 20 de febrero de 2006, alcanza un preacuerdo el 15 de junio de 2006, ratificado el 30 de junio de 2006 para regular el transporte de viajeros por carretera de la Comunidad de Madrid, mediante vehículos de tracción mecánica de más de nueve plazas incluido el conductor, para los años 2006 y 2007. Dicho Convenio fue objeto de depósito, registro y publicación.

Otra Comisión, constituida el 19 de junio de 2006, formada por AETR-AM, ANETRA y SLT negocian el Convenio Colectivo de Transporte por Carretera de la Comunidad de Madrid para los servicios discrecionales y turísticos, regulares temporales y regulares de uso especial, aprobándose en la misma fecha el citado Convenio con efectos del 1 de enero de 2006 hasta el 31 de diciembre de 2008.

Por lo que a la validez de las dos Comisiones negociadoras se refiere, se tiene constancia de la sentencia desestimatoria de la demanda dirigida frente a la Comisión constituida el 20 de febrero de 2006, dicha sentencia se encontraba pendiente de recurso de casación en la fecha de la sentencia recurrida.

En cuanto a la Comisión constituida el 19 de junio de 2006, no se conoce impugnación de la misma. La Dirección General de Trabajo comunicó el 13 de marzo de 2006 a CC.OO., UGT, ASINTRA y FENEBUS que en el ámbito de la Comunidad no existe un sector sino dos, el de discrecionales y turísticos, regulares temporales y regulares de uso especial por un lado, y el de regulares permanentes de uso general urbano e interurbano.

Es indispensable como presupuesto previo para abordar cualquiera de los ámbitos de la censura jurídica que formulan los recurrentes tener en cuenta el objeto de la demanda de oficio promovida por la Autoridad Laboral, a la que en el acto del juicio se adhirió COMISIONES OBRERAS y no se opusieron ASINTRA ni FENEBUS. La Dirección General de Trabajo de la Comunidad de Madrid remite el Convenio Colectivo por si pudiera existir un supuesto de concurrencia de convenios, vulnerando el artículo 84 del Estatuto de los Trabajadores.

Se trata en definitiva de examinar los recursos a la luz de dicha pretensión rechazando por extemporánea y desconectada de la acción que se ejercita toda motivación no vinculada a los fines de la demanda

Procede realizar el examen de la censura jurídica llevada a cabo por cada recurrente, agrupando las citas de infracción que resulten comunes y ordenando la oposición a lo resuelto en tres grupos de materias objeto de debate, el respeto al deber de negociar, la legitimidad para negociar, y el modo de determinar la preferencia en el tiempo, dado que en cada uno de los motivos de los distintos recursos aparecen entremezcladas dichas cuestiones.

QUINTO.- El respeto al deber de negociar es objeto de especial tratamiento en el Recurso de ASINTRA y CC.OO que denuncian la infracción del artículo 89.1º del Estatuto de los Trabajadores, por figurar la obligación de negociar una vez denunciado el Convenio vigente.

Las recurrentes consideran que quienes han negociado el Convenio suscrito por AETRAM, SLT y ANETRA quebrantaron ese deber por estar constituida la Comisión negociadora del Convenio más amplio. Realmente la denuncia de infracción carece de sentido en un litigio en el que no se está exigiendo que se negocie, sino precisamente reclamando el carácter concurrente de otro Convenio cuya legalidad no se ha impugnado. Pero aun cuando fuera aquél el objeto difícilmente cabe imputar esa actitud a un sector negociador que cuenta con el precedente de lo razonado en la STS de 24 de abril de 2006, de cuyo pronunciamiento estuvieron pendientes todos los agentes implicados en las controvertidas negociaciones, la cual a su vez hacía suyos los razonamientos de la STC 136/1987 de 22 de julio.

Debe añadirse que no se trata de una parte que frente a otra imposibilita la negociación de un Convenio, sino que las dos partes legitimadas, deciden negociar en otro ámbito.

En todo caso, no siendo objeto de la reclamación la exigencia de negociar dirigida a una de las partes para llevar a cabo una negociación, es ésta una de las cuestiones sin vinculación con la demanda por lo que deberán ser desestimados los motivos y los recursos que a la misma conciernen, parte del cuarto motivo de ASINTRA y parte del único de CC.OO.

SIXTO.- La legitimidad para negociar es abordada en el motivo cuarto de ASINTRA, en el único de CC.OO. y en los dos motivos del recurso de FENEBUS, con invocación de los artículos 82, 83, 84-1, 87.2, 88 del Estatuto de los Trabajadores, 28 de la Constitución Española y 2.2.d) de la Ley Orgánica de Libertad Sindical.

A lo largo de los diferentes motivos en los recursos se insiste en la legitimación para negociar de las partes que otorgaron el Convenio cuya firma tuvo lugar el 30 de junio de 2006, pero hemos de insistir en que no se está debatiendo esa cuestión, que por otra parte, ha sido objeto de otra reclamación independiente, la demanda dirigida por el SINDICATO LIBRE DE TRANSPORTES frente a la Comisión Negociadora del Convenio de Transporte con vehículos de tracción mecánica de más de nueve plazas y sin que exista constancia como ya se ha dicho, de que al tiempo de constituirse la Comisión Negociadora del Convenio firmado el 19 de junio de 2006 para el Transporte discrecional y otros se produjera impugnación de la misma, lo que tampoco es objeto de la demanda.

Procede por lo tanto la desestimación de la parte de los motivos cuarto del recurso de ASINTRA, único del recurso de CC.OO. y de los motivos primero y segundo de FENEBUS.

SÉPTIMO.- Sobre la preferencia en el tiempo, ASINTRA y FENEBUS abordan la cuestión, ASINTRA en el motivo quinto y FENEBUS en el primero y subsidiariamente del primero y segundo, en el tercer motivo plantea la invasión en la regulación de determinadas materias.

Se denuncia la infracción de los artículos 82, 84-1 y 86-4 del Estatuto de los Trabajadores y en el recurso de FENEBUS, de los artículos 1261, 1281 y siguientes del Código Civil, con cita de la STS de 11 de julio de 2000 (Rec. 911/2000).

Ambos recurrentes insisten en la prioridad del convenio suscrito el 30 de junio de 2006, en el caso del recurso de FENEBUS acudiendo a la mención de la prueba obrante en autos, actividad que sólo puede gozar de operatividad en tanto coincida con los hechos reflejados en el relato histórico directamente o por remisión a la prueba documental, remisión que no incluye los folios 831 a 844.

También resulta ociosa la cita de los preceptos del Código civil pues la naturaleza erga omnes del Convenio Colectivo estatutario no le viene dada solamente de la fuerza del consentimiento manifestado en cualquier forma sino del cumplimiento de otros requisitos que le elevan por encima de otros acuerdos. Como reitera el Ministerio Fiscal en su informe acerca de todos y cada uno de los recursos, existe una fecha de aprobación y firma que en el caso del Convenio de Transportes Discrecionales y otros es el 19 de junio y en el de Vehículos de más de nueve plazas es el 30 de junio del mismo año, y a ella debemos estar para considerar finalizado el proceso negociador y cumplido el requisito de la firma y negociación del Convenio Colectivo, por lo que el primero no podría entrar en concurrencia con el segundo, por la sola razón temporal.

No es tampoco oportuna la cita de la STS de 11 de julio de 2000 (Rec. 911/2000) pues lo que se discute en el asunto entonces resuelto es la fecha de efectos de un Preacuerdo en el seno de un Convenio y en cuanto a la eficacia del primero dentro de la vigencia del segundo, sin que la cuestión planteada en aquel caso fuera la concurrencia con otro convenio.

Tanto en la parte de la motivación dedicada por ambos recurrentes a la preferencia creada en el tiempo como cuando FENEBUS plantea con carácter subsidiario la existencia de materias no negociables en un ámbito inferior, condición que los recurrentes atribuyen al Convenio del Transporte discrecional y otros, se predica la concurrencia en atención al ámbito de aplicación alegando lo artificial de la distinción entre los dos campos funcionales.

En definitiva se trata de insistir en el mismo y único argumento, que late a través de los recursos acompa-

ñados de anteriores líneas de argumentación ajenas al objeto de la demanda y es el de reiterar la prioridad en el tiempo del convenio suscrito el 30 de junio de 2006, frente al suscrito el 19 de junio de 2006 lo que por sí mismo excluye toda duda, como también reitera en su informe el Ministerio Fiscal.

Los recurrentes, pese a la evidencia de las fechas mantienen la previa existencia del Convenio para los vehículos de más de nueve plazas y le atribuyen la condición de afectado por otro inferior.

Tanto la alegación del carácter artificial de la distinción entre los dos ámbitos como la atribución de inferioridad al del transporte discrecional y otros requiere una valoración empírica para la que no se obtienen elementos a extraer del relato histórico.

Como se ha venido insistiendo el punto de partida es erróneo ya que a la firma del Convenio de Transporte discrecional y otros no existía, en términos estatutarios otro convenio con el que entrar en concurrencia ni que pudiera resultar afectado en las materias reservadas del artículo 84 del Estatuto de los Trabajadores. Tampoco es dable atribuir al convenio tachado de concurrente la condición de ámbito inferior pues lo único que se ha logrado determinar es que se trata de ámbitos distintos, por no mencionar la extensión del espectro representativo patronal y sindical tal como se advierte del ordinal decimotercero de los hechos declarados probados, del 75 % del SLT y 44,36 y 50, 17 autorizaciones para AETRAM y en todo caso tampoco se ha discutido (ni era objeto de la demanda), acerca de la representatividad en el sector cuya insuficiencia en su día fue el motivo para que el Laudo de 16 de abril de 2002 rechazara la fragmentación de la negociación, criterio mantenido por la sentencia de esta Sala de 24 de abril de 2006 (Rec. 97/2003).

En tanto los motivos de la recurrente constituyen una enérgica defensa de la legitimidad y por ende, de la representatividad de las partes intervinientes en el Convenio Colectivo firmado el 30 de junio de 2006, ninguna censura se ha dirigido frente a la representatividad y legitimación de quienes concurrieron el 19 de junio de 2006 a la firma del Convenio cuya declaración de concurrencia se pretende en tanto que esta cuestión fue decisiva para el signo del Laudo emitido el 16 de abril de 2002 y para el de la STS de 24 de abril de 2006.

OCTAVO.- Procede por lo expuesto, y de conformidad con el informe del Ministerio Fiscal la desestimación de los motivos analizados y al totalidad de los recursos interpuestos por el Letrado D. ADRIÁN BORREGO VALVERDE actuando en nombre y representación de FEDERACIÓN EMPRESARIAL F. ASINTRA, por la Letrado D^a MARÍA DOLORES

MORENO LEIVA actuando en nombre y representación de FEDERACIÓN DE COMUNICACIÓN Y TRANSPORTE DE COMISIONES OBRERAS, la Letrado D^a NURIA MUÑOZ HERNÁNDEZ actuando en nombre y representación de ASOCIACIÓN EMPRESARIAL DE TRANSPORTE INTERURBANO DE VIAJEROS EN AUTOBÚS DE MADRID (FENEBUS), sin que haya lugar a la imposición de las costas, en aplicación del artículo 233 de la Ley de Procedimiento Laboral.

Por lo expuesto, en nombre de S. M. El Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

FALLO

Desestimamos los recursos de casación interpuestos por el Letrado D. ADRIÁN BORREGO VALVERDE actuando en nombre y representación de FEDERACIÓN EMPRESARIAL F. ASINTRA, por la Letrado D^a MARÍA DOLORES MORENO LEIVA actuando en nombre y representación de FEDERACIÓN DE COMUNICACIÓN Y TRANSPORTE DE COMISIONES OBRERAS, la Letrado D^a NURIA MUÑOZ HERNÁNDEZ actuando en nombre y representación de ASOCIACIÓN EMPRESARIAL DE TRANSPORTE INTERURBANO DE VIAJEROS EN AUTOBÚS DE MADRID (FENEBUS), contra la sentencia de fecha 9 de abril de 2007, dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en autos núm. 1/2007, seguidos a instancia de la DIRECCIÓN GENERAL DE TRABAJO DE LA COMUNIDAD DE MADRID contra ASOCIACIÓN DE EMPRESARIOS DE TRANSPORTE EN AUTOCAR DE MADRID (AETRAM), ANETRA, SINDICATO LIBRE DE TRANSPORTES (S.L.T.), ASOCIACIÓN EMPRESARIAL DE TRANSPORTE INTERURBANO DE VIAJEROS EN AUTOBÚS DE MADRID (FENEBUS), FEDERACIÓN EMPRESARIAL F. ASINTRA, FEDERACIÓN DE COMUNICACIÓN Y TRANSPORTE DE COMISIONES OBRERAS (CC.OO.), FEDERACIÓN ESTATAL DE TRANSPORTES COMUNICACIONES Y MAR DE UNIÓN GENERAL DE TRABAJADORES (U.G.T.) y MINISTERIO FISCAL sobre PROCEDIMIENTO DE OFICIO. Sin costas.

Devuélvase las actuaciones a la Sala de procedencia, con la certificación y comunicación de esta resolución.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

Publicación.- En el mismo día de la fecha fue leída y publicada la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado D. María Milagros Calvo Ibarlucea hallándose celebrando Audiencia Pública la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario de la misma, certifico.



RESEÑA

Si desea recibir por fax el texto completo de las sentencias de las que se informa en la sección "Reseña", puede solicitarlo por teléfono (91) 423 29 00 o por fax (91) 578 16 17, indicando siempre el número de referencia de la sentencia.

TC TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

2009/216696

TC Sala 1ª, Sentencia 28 septiembre 2009.
Ponente: D. Pablo Pérez Tremps

Desconocimiento de cosa juzgada en demanda sobre recargo de prestaciones por falta de medidas de seguridad

El TC concluye que las resoluciones impugnadas han vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva de la recurrente, al haber desestimado su demanda sobre recargo de prestaciones por falta de medidas de seguridad, en virtud de una declaración de hechos probados que contradice lo declarado probado en resoluciones judiciales previas, desconociendo la eficacia de la cosa juzgada y sin acreditar razones que justificasen tal apartamiento, privando de eficacia a lo que se había decidido con firmeza en los procesos sobre invalidez y sobre accidente laboral, lesionándose la seguridad jurídica de quien se vio protegido judicialmente por las sentencias dictadas en unos procesos anteriores entre las mismas partes y en las que se había considerado acreditado el incumplimiento de medidas de seguridad en el trabajo.

TS SOCIAL

2009/150900

TS Sala 1ª, Sentencia 7 julio 2009.
Ponente: D. José Ramón Ferrándiz Gabriel

Existencia de comunidad naval con exclusión de sociedad

El TS desestima el recurso de casación presentado por los demandados contra la sentencia dictada por la AP, y la confirma. Este Tribunal, entre otros pronunciamientos, considera conforme a derecho la sentencia impugnada que declaró que entre los litigantes no ha-

bía sociedad, sino comunidad naval y que ésta no había quedado extinguida con el desguace de la anterior embarcación, al haber sido sustituida por la de nueva construcción, que quedó sometida a su mismo régimen dominical y reconoce a los demandantes la condición de titulares de la tercera parte indivisa del nuevo buque.

2009/171689

TS Sala 1ª, Sentencia 16 julio 2009.
Ponente: D. José Antonio Seijas Quintana

Nulidad de acuerdo de desafectación de elemento común

El TS desestima el recurso de casación presentado por la demandada contra la sentencia dictada por la AP, y la confirma. La Sala considera conforme a derecho la sentencia impugnada en cuanto declara la nulidad del acuerdo de la comunidad demandada acordado por mayoría sobre la desafectación de un elemento común para darle un uso privativo como es la cubierta, porque dicho acuerdo supone una modificación del título constitutivo y debe ser adoptado mediante unanimidad.

TS PENAL

2009/112108

TS Sala 2ª, Sentencia 1 junio 2009. Ponente: D. Juan Ramón Berdugo y Gómez de la Torre

Inaplicación de pena de multa en delito contra la salud pública

Se estima parcialmente el recurso de casación interpuesto por la acusada contra sentencia que la condenó por delito contra la salud pública. El TS dicta segunda sentencia por la que deja sin efecto la pena de multa impuesta a la recurrente, pues una consolidada doctrina de esta Sala tiene declarado que es presupuesto indispensable para la imposición de la pena de multa la determinación del valor de la droga, de suerte que si no consta acreditado tal dato objeto del tráfico ilícito, no resulta legalmente posible cuantificar la multa que debe determinarse a partir de tal dato, por lo que debe prescindirse de dicha pena.

2009/112112

TS Sala 2ª, Sentencia 20 mayo 2009.
Ponente: D. Perfecto Andrés Ibáñez

Inexistencia de continuidad delictiva en delito de estafa

Se estima parcialmente el recurso de casación interpuesto por el acusado contra sentencia que le condenó como autor de un delito continuado de estafa. El Alto Tribunal dicta segunda sentencia por la que deja sin efecto la continuidad delictiva que había sido aplicada, porque, sorprendentemente, la sala no discurre en lo más mínimo sobre la aplicación del art. 74 CP 95, y limitado el supuesto de hecho incriminable a la defraudación llevada a cabo en una sola ocasión, ha de decaer la aplicación de dicho precepto.

TS CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

2009/151005

TS Sala 3ª, Sección 4ª, Sentencia 1 julio 2009.
Ponente: Dª Celsa Pico Lorenzo

Suspensión cautelar del acuerdo de inscripción de la modificación de los estatutos de la federación vasca de automovilismo

El TS estima el recurso de casación interpuesto por el Abogado del Estado y por la Comunidad Autónoma del País Vasco frente al Auto del TSJ, pronunciado en la pieza separada de medidas cautelares del recurso contencioso administrativo, y que accedió a la suspensión de la resolución del Director de Deportes del Gobierno Vasco por la que se aprobó e inscribió en el registro de entidades deportivas del País Vasco la modificación de los estatutos de la federación vasca de automovilismo. La Sala considera que los motivos alegados para la suspensión acordada por el órgano "a quo", no son suficientes para conjurar el daño que para el interés general de la imagen internacional de España puede suponer la presencia de una federación deportiva en el exterior que en España posee únicamente un ámbito territorial propio, el de su Comunidad Autónoma, representando un deporte en

el ámbito internacional y produciendo una indudable confusión al poder presentarse como representante internacional de sus deportes superando su ámbito territorial y arrogándose una representación que en principio puede no poseer.

TS SOCIAL

2009/158165

TS Sala 4ª, Sentencia 22 junio 2009.
Ponente: D. Luis Ramón Martínez Garrido

Subsidio por maternidad de trabajadora tras su baja en el RETA

El TS desestima el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el demandado INSS contra sentencia que declaró el derecho de la trabajadora autónoma accionante a prestación de maternidad.

Señala la Sala que la existencia en el RETA de una situación asimilada al alta específica de dicho régimen, cual es la establecida en el art. 29 Decreto 2530/1970, de 20 agosto, por el que se regula el régimen especial de los trabajadores por cuenta propia o autónomos, que no sólo pervive, sino que es incluida en el art. 36,1 RD 84/1996, de 26 enero, que aprobó el Reglamento General sobre inscripción de empresas y afiliación, altas y bajas y variaciones de datos de trabajadores en la seguridad social, conduce a entender aplicable esta singular situación de asimilación al alta a los efectos de causar derecho al subsidio de maternidad.

2009/158177

TS Sala 4ª, Sentencia 9 junio 2009.
Ponente: D. Aurelio Desdentado Bonete

Igualdad retributiva en el cobro de complemento por trabajo en sábados, domingos y festivos

Estima el TS el recurso de casación formulado por el sindicato accionante contra sentencia que rechazó su demanda de impugnación de convenio colectivo frente a la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha.

Señala la Sala que el trabajador contratado para prestar servicios exclusivamente los sábados, domingos y festivos sólo se distingue del que ocasionalmente realiza turnos los días en que su dedicación es la propia del contrato a tiempo parcial, y dentro de éste la carga que supone el trabajar en esos días no laborales se produce con mayor intensidad, no pudiendo entenderse justificada dentro de este esquema la exclusión del complemento del artículo convencional impugnado, cuando no va acompañada de un régimen de retribución alternativo que permita compensar el mayor gravamen que supone la dedicación permanente al trabajo en esos días.