AL JUZGADO DE INSTRUCCIÓN DE GUARDIA DE MADRID

D./Dª.: ……..

Con DNI nº: .....

Domicilio: .....

.....

, actuando en nombre y representación propia, ante el Juzgado comparezco y como mejor en Derecho proceda

DIGO:

Que por medio del presente escrito formulo **DENUNCIA** al amparo de la DIRECTIVA (UE) 2019/1937 DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO de 23 de octubre de 2019 relativa a la protección de las personas que informen sobre infracciones del Derecho de la Unión, contra: (i) los comisarios de aguas de la Confederación Hidrográfica del Tajo: **D. JOSÉ ANTONIO DÍAZ LÁZARO-CARRASCO** Y **D. JAVIER DÍAZ REGAÑÓN JIMÉNEZ,** con domicilio a efecto de notificaciones en la sede de la CHT, Av. de Portugal, 81, 28011 Madrid, por los **delitos contra la ordenación del territorio y medio ambiente del artículo 320 C.P., falsificación de documento público del art. 390 C.P., prevaricación administrativa del artículo 404 C.P., y tráfico de influencias del artículo 428 del C.P.,**; y contra (ii) **D. ÁNGEL DEMETRIO DE LA CRUZ ANDRADE**, y su esposa, **Dª MARÍA GARCÍA GARCÍA**, con domicilio ambos a efecto de notificaciones en el juzgado Decano de Talavera de la Reina, dada la condición de fiscal decano de la sección de Talavera de la Reina del primero, por un **delito contra la ordenación del territorio y medio ambiente de los artículos 319 y 320 C.P., y tráfico de influencias del artículo 428 del C.P.;** denuncia que baso en los siguientes:

HECHOS:

PREVIO.- La DIRECTIVA (UE) 2019/1937 DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO de 23 de octubre de 2019, relativa a la protección de las personas que informen sobre infracciones del Derecho de la Unión, ha entrado en vigor el pasado 17 de diciembre de 2019 y por tanto es de aplicación en las presentes actuaciones en cuanto a los Derechos Fundamentales que en la misma se protegen, prohíbe todo tipo de represalias a los denunciantes y alertadores de corrupción, y obliga a los poderes públicos a la investigación de los delitos denunciados.

Se recoge en el informe **ASPERTIC**, que acompaño como **documento UNO** y DOY por reproducido, que la directiva de los "whistleblowers" (Directiva (UE) 2019/1937 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2019) es un ejemplo de la «soberanía» de la Unión frente a los estados y cómo la ejerce. Es de inmediata aplicación directa en cuanto a las medidas de protección y garantía de los derechos fundamentales que contempla, y reitero entre ellas la prohibición expresa de cualquier tipo de represalias contra los denunciantes de corrupción, y la introducción de una fase probatoria previa en todos los procedimientos judiciales contra denunciantes de

corrupción que garantice la inversión de la carga de la prueba que se recoge en la propia Directiva, donde sea el sospechoso de corrupción quien tenga que probar que su denuncia o querella no es una represalia por las denuncias de corrupción de las que hubiera sido objeto, y no al revés, como hasta ahora venía ocurriendo en los procedimientos judiciales por el delito de calumnias de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 207 del Código Penal, según el cual el acusado por este delito deberá probar el hecho criminal que hubiere imputado para quedar exento de toda pena.

Con la Directiva (UE) 2019/1937 de 23 de octubre de 2019 que, reitero entró en vigor el pasado 17 de diciembre, la Unión Europea ha dado un paso de gigante en la lucha contra la corrupción, estableciendo un sistema marco de protección frente a las represalias que actúa sobre dos planos distintos y que consiste fundamentalmente, de un lado, en el establecimiento de unas pautas interpretativas que sirvan para la aplicación del Derecho ya existente y también del que sea necesario crear en cada uno de los Estados para la transposición de la Directiva, y, de otra parte, animando a la creación de las infraestructuras necesarias para proteger y ayudar a los denunciantes de corrupción frente a las represalias.

Este sistema dual de protección al denunciante de corrupción parte del desarrollo de un nuevo concepto jurídico del que es tributario la Directiva, que consiste en transformar la naturaleza jurídica de la denuncia de corrupción, que de esta manera pasa de ser una simple obligación a convertirse en la manifestación del ejercicio de un derecho fundamental, en concreto los derechos fundamentales a la libertad de expresión, y a dar y recibir información.

Como consecuencia de esta *interpretación auténtica* que realiza la Directiva, la libertad de expresión y de información se erigen en el derecho fundamental del que hace uso el denunciante y alertador de corrupción, y que por tanto debe ser salvaguardado y protegido frente a las represalias que de esta forma pasan a estar prohibidas, y que por eso se convierten en antijurídicas y contrarias a Derecho.

Dice la Directiva en su considerando 31 que: *"Las personas que comunican información sobre amenazas o perjuicios para el interés público obtenida en el marco de sus actividades laborales hacen uso de su derecho a la libertad de expresión. El derecho a la libertad de expresión y de información, consagrado en el artículo 11 de la Carta y en el artículo 10 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, incluye el derecho a recibir y comunicar informaciones, así como la libertad y el pluralismo de los medios de comunicación. En consecuencia, la presente Directiva se basa en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) sobre el derecho a la libertad de expresión y en los principios desarrollados por el Consejo de Europa en su Recomendación sobre protección de los denunciantes adoptada por su Comité de ministros el 30 de abril de 2014".*

La represalia se configura así como un acometimiento a la libertad de expresión y de información del denunciante y del alertador de corrupción, que además impide o dificulta la investigación del fraude, que es el fin último perseguido por la Directiva.

En sus considerandos, la Directiva dice lo siguiente:

> **(1)** Las personas que trabajan para una organización pública o privada o están en contacto con ella en el contexto de sus actividades laborales son a

menudo las primeras en tener conocimiento de amenazas o perjuicios para el interés público que surgen en ese contexto. Al informar sobre infracciones del Derecho de la Unión que son perjudiciales para el interés público, dichas personas actúan como denunciantes (en inglés conocidas coloquialmente por whistleblowers) y por ello desempeñan un papel clave a la hora de descubrir y prevenir esas infracciones y de proteger el bienestar de la sociedad. Sin embargo, los denunciantes potenciales suelen renunciar a informar sobre sus preocupaciones o sospechas por temor a represalias. En este contexto, es cada vez mayor el reconocimiento, a escala tanto de la Unión como internacional, de la importancia de prestar una protección equilibrada y efectiva a los denunciantes.

(2) A escala de la Unión, las denuncias y revelaciones públicas hechas por los denunciantes constituyen uno de los componentes que se sitúan en el origen del cumplimiento del Derecho y de las políticas de la Unión. Ellos aportan información a los sistemas nacionales y de la Unión responsables de la aplicación del Derecho, lo que permite a su vez detectar, investigar y enjuiciar de manera efectiva las infracciones del Derecho de la Unión, mejorando así la transparencia y la rendición de cuentas.

(3) En determinados ámbitos, las infracciones del Derecho de la Unión, con independencia de si el Derecho nacional las clasifica como administrativas, penales o de otro tipo, pueden provocar graves perjuicios al interés público, en el sentido de que crean riesgos importantes para el bienestar de la sociedad. Cuando se detecten deficiencias de aplicación en esos ámbitos, y los denunciantes suelen encontrarse en una posición privilegiada para revelar la existencia de infracciones, es necesario potenciar la aplicación del Derecho introduciendo canales de denuncia efectivos, confidenciales y seguros y garantizando la protección efectiva de los denunciantes frente a represalias.

(4) Actualmente, la protección de los denunciantes en la Unión se encuentra fragmentada en los diferentes Estados miembros y es desigual en los distintos ámbitos. Las consecuencias de las infracciones del Derecho de la Unión con dimensión transfronteriza de las que informan los denunciantes muestran cómo una protección insuficiente en un Estado miembro no solo incide de forma negativa en el funcionamiento de las políticas de la Unión en ese Estado miembro, sino que puede extenderse también a otros Estados miembros y a la Unión en su conjunto.

A partir de este nuevo enfoque se entiende con toda claridad que el denunciante/alertador de corrupción que haya sido represaliado podrá utilizar, ante los poderes públicos españoles, las vías de protección de los derechos fundamentales que estable el art. 53 de la Constitución, que dice que “cualquier ciudadano podrá recabar la tutela de las libertades y derechos reconocidos en el artículo 14 y la Sección primera del Capítulo segundo (y entre ellos la libertad de expresión y de información, recogido en el art. 20) ante los Tribunales ordinarios por un procedimiento basado en

los principios de preferencia y sumariedad y, en su caso, a través del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional".

Lo anterior es más serio de lo que parece, porque, de acuerdo con esta interpretación, la vía de protección de los derechos fundamentales podrá invocarse no solo en los procedimientos promovidos por el denunciante/alertador, sino también podrá alegarse en aquellos procedimientos civiles, administrativos, e incluso penales, dirigidos en su contra.

En todos estos procedimientos el denunciante/alertador podrá pedir la protección de su derecho fundamental a la libertad de expresión y de información, haciendo uso en cualquier momento de la facultad prevenida en el art. 21.7 de la Directiva UE, que establece que: **"Dichas personas tendrán derecho a alegar en su descargo el haber denunciado o haber hecho una revelación pública,** siempre que tuvieran motivos razonables para pensar que la denuncia o revelación pública era necesaria para poner de manifiesto una infracción en virtud de la presente Directiva".

A partir de ese momento es la parte contraria quien tendrá que demostrar que no cometió ninguna represalia, salvo en los procesos contra el denunciante/alertador "relativos a difamación, violación de derechos de autor, vulneración de secreto, infracción de las normas de protección de datos, revelación de secretos comerciales, o a solicitudes de indemnización basadas en el Derecho laboral privado, público o colectivo" en los que se presumirá (*iuris et de iure*), sin prueba en contrario, que sí que hubo represalias acreditando simplemente que hubo una denuncia previa por corrupción conforme a la Directiva.

Lo que pretende la Directiva es que toda denuncia, o alerta pública, sobre infracciones del Derecho de la Unión sea necesariamente investigada, y para eso asimila a una represalia la denuncia por injurias o calumnias que el sospechoso de corrupción formule a su vez contra el denunciante o alertador, si se hacen con la finalidad de impedir esas investigaciones.

Precisamente, uno de los mecanismos de protección del denunciante de corrupción es la denuncia anónima, y así se recoge también expresamente en la Directiva (UE) 2019/1937 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2019, relativa a la protección de las personas que informen sobre infracciones del Derecho de la Unión, haciendo referencia a la introducción por la Comisión Europea del instrumento de denuncias anónimas contemplado en el Dictamen del Comité Económico y Social Europeo, sobre el informe de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones — Informe sobre la política de competencia 2017— que está plenamente operativo.

Todo esto lo dejo indicado porque, ante la falta de una previsión legal de las denuncias anónimas en el *Reglamento 1/1998 del CGPJ sobre quejas y denuncias*, y siendo evidente la notoriedad de los hechos que ahora denuncio y que D. **Fernando Presencia Crespo** decidió asumir personalmente en su condición de Juez Decano de los juzgados de Talavera de la Reina, pues las denuncias anónimas le fueron presentadas a través del expediente de queja 16/2015 dirigido a la fiscalía anticorrupción dependiente de la fiscalía general del Estado en el que se denunciaba, entre otros, el "pelotazo" urbanístico en la cesión de terrenos municipales del ayuntamiento de Pepino (Toledo) para la urbanización de lo que sería "El Gran Chaparral 2ª fase", donde luego se

construiría sin autorización de la CHT y dentro de la zona de servidumbre del "Arroyo de la Fuente o Berrenchín" afectada por el dominio público hidráulico, uno de los chalets del fiscal decano de la sección territorial de Talavera de la Reina todo ello bajo la sospecha de sobornos y blanqueo de capitales, y que fue remitida a la fiscalía superior de Castilla La Mancha quien finalmente, debido a las presiones, ordenó su archivo sin que llegara a ser objeto de ningún tipo de investigación.

Sin embargo y a pesar de su falta de investigación, la represalia inmediata a dicha denuncia del magistrado juez **D. Fernando Presencia** fue la instrucción llevada a cabo sorprendentemente por el sospechoso de corrupción, el propio fiscal decano de esta sección territorial y ahora codenunciado, **Ángel Demetrio De La Cruz Andrade**, quien consiguió que se aperturaran 2 diligencias de investigación penal en la fiscalía de Toledo, que de manera totalmente irregular fueron tramitadas por separado en dos procedimientos penales del Tribunal Superior de Justicia de Castilla La Mancha, que acabaron con dos sentencias condenatorias firmes por el delito de prevaricación judicial contra nuestro representado (que se acompañan como **documentos DOS y TRES**) por supuestamente favorecer a dos "amigos" suyos que en realidad se trataba de dos de los denunciantes anónimos de corrupción, en la mayor condena impuesta a un juez en toda la historia de nuestra democracia reciente que ha sumado un total de 20 años de inhabilitación.

Además, el mismo fiscal sospechoso de corrupción interpuso contra nuestro representado querella por el derogado e inexistente delito de calumnias por la apertura del tan referido expediente de queja 16/2015, dando lugar a las D.P. 432/16 tramitadas en el juzgado de instrucción nº 2 de Talavera (que es precisamente el juzgado del que sigue siendo titular nuestro mandante, al no haber sido publicada su inhabilitación en el Boletín Oficial del Estado), y donde se ha dictado a cargo del juez D. **Fernando Presencia** una fianza millonaria, por importe de casi 1.100.000 euros para cubrir las supuestas responsabilidades civiles y costas del procedimiento, teniendo en cuenta que el fiscal querellante ha pedido, también a modo de represalia, la cantidad de 500.000 euros por unos inexistentes daños y perjuicios (Acompañamos el auto de fianza **como documento CUATRO**).

Por todas estas razones, al amparo de la **DIRECTIVA (UE) 2019/1937 DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO de 23 de octubre de 2019,** y de acuerdo con lo dispuesto en el art. 53 de la Constitución, que dice que *"cualquier ciudadano podrá recabar la tutela de las libertades y derechos reconocidos en el artículo 14 y la Sección primera del Capítulo segundo (y entre ellos la libertad de expresión y el derecho de información, recogido en el art. 20) ante los Tribunales ordinarios por un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad y, en su caso, a través del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional"*, es por lo que al derecho del juez D. **Fernando Presencia** interesa que, de una vez, se investiguen los hechos denunciados en el tan referido expediente de queja 16/2015 tramitado en el Decanato de los juzgados de Talavera de la Reina, que a la vista de los nuevos hechos de los que, con carácter prejudicial, hemos tenido conocimiento por la sentencia dictada por la Sección 2ª de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla La Mancha (que acompañamos como **documento CINCO**), entendemos que la competencia para el conocimiento de las presentes actuaciones es el juzgado de instrucción de guardia de Madrid.

PRIMERO.- Según sus Estatutos, LA ASOCIACIÓN CONTRA LA CORRUPCIÓN Y EN DEFENSA DE LA ACCIÓN PÚBLICA (**ACODAP**), constituida en virtud de lo dispuesto por la Ley Orgánica 1/2002 reguladora del Derecho de Asociación "debe poner el acento en la publicidad de los distintos casos de corrupción, sobre todo si se sospecha de la participación en ella precisamente de las autoridades o funcionarios públicos encargados de promover o instruir las investigaciones criminales. Cualquier sospecha de que una investigación policial, fiscal o judicial, sobre delitos de corrupción está siendo evitada, paralizada o entorpecida, debe ser objeto de atención por parte de la asociación".

ACODAP, actuando las funciones encomendadas en sus estatutos para el ejercicio de la **acción pública**, tuvo conocimiento de la incoación del **Expediente Gubernativo 133/2017** (que se acompaña al presente escrito como **bloque documental SIETE**) incoado por parte de la Fiscalía de Medio Ambiente y Urbanismo, entre cuyos acuerdos adoptados figuraban los oficios remitidos al Comisario de Aguas de la CONFEDERACIÓN HIDROGRÁFICA DEL TAJO (**Expediente D- 30681**), pidiéndole información completa del referido expediente sancionador tramitado por el Organismo de Cuenca, relativo a la parcela 237 de la Urbanización "Gran Chaparral" del término municipal de Pepino (Toledo), donde el Fiscal Decano del Área de Talavera de la Reina, **Ángel Demetrio de la Cruz Andrade**, y su esposa **María García García**, construyeron ilegalmente uno de sus chalets (el otro es en el que se hicieron las notificaciones) invadiendo las zonas de servidumbre y policía afectadas por el dominio público hidráulico, perteneciente al Arroyo de la Fuente o Berrenchín.

De las contestaciones a los referidos oficios que por copia igualmente se acompañan, le consta a la Fiscalía de Medio Ambiente que el expediente sancionador D-30681 (D1556/2007), fue tramitado por los siguientes hechos: "Limpieza del cauce del Arroyo Berrenchín y obras de construcción de una vivienda en zona de policía del citado cauce, en T.M. de Pepino (Toledo), sin autorización administrativa de este Organismo", y que por resolución de fecha 6 de marzo de 2009 se acordó "la obligación de reponer las cosas a su estado anterior, de acuerdo con lo establecido en el art. 118 del texto refundido de la Ley de Aguas , salvo que sean legalizadas las obras y autorizados los trabajos denunciados a instancia del interesado", otorgando a los interesados más de ocho años después, mediante el requerimiento de cumplimiento de 31 de octubre de 2017, un plazo de TREINTA DIAS para que procedieran a la ejecución voluntaria de la antedicha Resolución sancionadora.

La Fiscalía de Medio Ambiente también requirió al organismo de cuenca para que informara sobre el motivo por el que el referido expediente sancionador "estuvo paralizado durante más de ocho años y medio".

He sabido también que ha sido dictada por la Sección 2ª de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla La Mancha la sentencia de fecha 30/04/2019, nº de Recurso 34/2018 y nº de Resolución 122/2019, declarada firme y notificada al organismo de cuenca para su ejecución en fecha 22 de julio de 2019, por la que se ha desestimado el recurso interpuesto por la mujer del fiscal de Talavera contra la resolución de fecha 6 de marzo de 2009 y el requerimiento de cumplimiento de 31 de octubre de 2017.

Finalmente, he tenido conocimiento recientemente de que la misma Fiscalía Coordinadora de Medio Ambiente y Urbanismo de Madrid mantenía abiertas diligencias informativas nº 108/2016 sobre esta misma cuestión, una "construcción ilegal sobre la zona de servidumbre del Arroyo de la Fuente o Berrenchín, situada en la Urbanización 'El Gran Chaparral' de la localidad de Pepino (Toledo)", lo que motivó la realización del informe con número 2017-100848-00000002 por parte del Equipo de Protección de la Naturaleza (**SEPRONA**), desconociendo el estado de dichas diligencias y el contenido exacto del referido informe, si bien sabemos que en el mismo ya se confirmaba la circunstancia de que en la parcela 237 de la Urbanización "Gran Chaparral" del término municipal de Pepino (Toledo), donde el Fiscal Decano del Área de Talavera de la Reina, **Ángel Demetrio de la Cruz Andrade**, y su esposa, **María García García**, construyeron ilegalmente uno de sus chalets, se invadía las zonas de servidumbre y policía afectadas por el dominio público hidráulico, perteneciente al Arroyo de la Fuente o Berrenchín.

SEGUNDO.- He decidido a presentar denuncia al amparo de la **DIRECTIVA (UE) 2019/1937 DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO de 23 de octubre de 2019,** es porque el propio Gabinete de Prensa CHTajo ha hecho públicas una serie de controvertidas notas de prensa que, de ser ciertos los que hechos que en ellas se describen, revelarían que la Confederación Hidrográfica del Tajo (CHT), a través de los comisarios de aguas ahora denunciados, formaría parte de la organización criminal que denunció D. **Fernando Presencia** en el tan referido expediente sancionador 16/2015 tramitado en el Decanato de los juzgados de Talavera de la Reina.

Todo esto lo he sabido por una publicación del diario digital "**Confilegal"**, con el siguiente contenido:

En un último intento a la desesperada, el fiscal decano de Talavera trata de que no derriben su chalet

Carlos Berbell | 19 Octubre, 2019

Ángel Demetrio de la Cruz Andrade, fiscal decano de la Sección de Talavera de la Reina, **ha hecho un último intento a la desesperada, ante la Confederación Hidrográfica del Tajo (CHT), para impedir el derribo del chalet** que posee en la localidad de Pepino, a 8 kilómetros al norte de la ciudad en la que trabaja, presentando un escrito en el que solicita la legalización de la construcción.

El mencionado escrito fue presentado por su esposa –y copropietaria–, María García García, el 10 de septiembre pasado, según ha informado la CHT a Confilegal.

Esto ha dado lugar a la apertura del expediente preceptivo, y a la paralización del derribo del chalet hasta su resolución.

«Con fecha 10/09/2019, Dª. **María García García ha presentado escrito solicitando la legalización de la vivienda objeto del expediente sancionador referenciado**. Dicha solicitud ha dado lugar a la incoación del correspondiente expediente de autorización de obras en zona de policía de cauces, por lo que la obligación de reponer impuesta en la resolución

sancionadora queda suspendida y supeditada a la resolución que se dicte en el expediente mencionado», dice la información facilitada por la Confederación.

Con la presentación de dicho escrito reconocen implícitamente que sabían que la casa había sido levantada en terreno prohibido y, por lo tanto, ilegal.

EL TSJCLM INFORMÓ A LA CHT DE LA FIRMEZA DE LA SENTENCIA

La CHT también informa que el 22 de julio pasado el tribunal de la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del **Tribunal Superior de Castilla-La Mancha (TSJCLM) les remitió la sentencia firme, por la que desestimaban el recurso interpuesto por la esposa del fiscal decano, confirmando la orden de derribo del chalet.**

Una sentencia que se había convertido en firme 7 días antes, el 15 de julio, al haber renunciado el fiscal decano y su esposa a recurrirlo ante el Tribunal Supremo ante la certeza de que sería confirmada.

El origen de dicho fallo fue el recurso contencioso-administrativo que María García García interpuso ante el TSJCLM tanto contra la resolución de la CHT de 6 de marzo de 2009 como el requerimiento de cumplimiento de demolición de 31 de octubre de 2017.

«Dictados ambos en el expediente sancionador D-30681 (D1556/2007), que fue tramitado por los siguientes hechos: 'Limpieza del cauce del Arroyo Berrenchín y obras de construcción de una vivienda en zona de policía del citado cauce, en T.M. de Pepino (Toledo), sin autorización administrativa de este Organismo'», dice la CHT.

Tras conocer el desenlace de la sentencia, la Confederación Hidrográfica del Tajo remitió un oficio, el 30 de julio, a María García García, dándole un plazo de 30 días para que repusiera las cosas «a su estado anterior», de acuerdo «con lo establecido en el artículo 118 del texto refundido de la Ley de Aguas , salvo que sean legalizadas las obras autorizados los trabajos denunciados a instancia del interesado".

Dicho de otra forma, la CHT le dio 30 días para que demoliera el chalet voluntariamente.

EL ÚLTIMO INTENTO

Frente a esa orden final, la mujer interpuso el mencionado escrito ante la CHT, el 10 de septiembre, pasado, diez días después de que prescribiera el plazo para llevar a cabo la orden de demolición, solicitando la legalización de la vivienda.

El problema que presenta una posible autorización es que parte del chalet está construido dentro de la zona de servidumbre –los cinco metros que distan desde el cauce del arroyo– y el resto en la zona de policía –100 metros desde el mismo cauce–.

«Por su ubicación, **la vivienda** de la parcela número 237 de la segunda fase de la Urbanización El Gran Chaparral **se encuentra parcialmente sobre la zona de servidumbre del dominio público hidráulico del arroyo de la Fuente o del Berrenchín y plenamente tanto dentro de la zona de policía como de la de riesgo de inundación**«, dice el informe elaborado por Ecologistas en Acción en abril de 2016 y que fue la base de su denuncia, en 2017.

En el mismo especifica, de forma muy clara, que **el chalet «se encuentra construido sobre el margen izquierdo del arroyo de la Fuente o del Berrenchín y a una distancia no superior a los 3 metros de los límites del citado margen».**

Información que coincide con el informe que el jefe del Servicio de Vigilancia del Dominio Público Hidráulico –que firma como CHTA 8357– **de la propia Confederación Hidrográfica del Tajo, fechado el 7 de febrero de 2018, en la que afirma que parte del chalet invade la zona de servidumbre en un metro.**

«El cimiento de la vivienda más próximo al cauce del citado arroyo, se encuentra a una distancia determinada, que en aquel momento se estimó en unos 5 metros, del cauce, en su margen izquierda. Se consideró que la obra respetaba la zona de servidumbre casi en su totalidad. No obstante, se apreciaba que en el extremo que en la foto se observa más alejado, unos 5 metros del muro futuro no la respetaban, **acercándose a unos 4 metros aproximadamente. Los 5 metros finales del muro formaban un chaflán que iba desde los 5 metros a los 4 metros de distancia al cauce, invadiendo así ese tramo del muro la zona de servidumbre»,** escribe el funcionario.

NO SE PUEDE CONSTRUIR EN LA ZONA DE SERVIDUMBRE

El artículo 10 del Reglamento del Dominio Público Hidráulico, aprobado por Real Decreto 849/1986, de 11 de abril, dice que en los márgenes de los cauces, sin la previa autorización, solo "podrán realizarse en caso de urgencia trabajos de protección de carácter provisional".

Podrán convertirse en permanentes exclusivamente en la zona de policía siempre que se ponga en conocimiento del organismo de la cuenca –la Confederación Hidrográfica del Tajo– «en el plazo de quince días, al objeto de que éste, a la vista de los mismos y de las circunstancias que los motivaron, pueda resolver sobre su legalización o demolición de conformidad con el artículo 78", sin que en ningún caso dicha legalización está previsto que pueda extenderse a la zona de servidumbre.

Dicho de otra forma, cualquier construcción que se halle en la zona de servidumbre hay que demolerla, por ilegal.

Y en lo relativo al resto de la construcción, también. Porque el plazo de quince días de que disponían para solicitarlo, prescribió en 2009, hace 10 años.

A requerimiento de D. Fernando Presencia, **"Confilegal"** ha proporcionado por correo electrónico el hilo de respuestas del **Gabinete de Prensa CHTajo** a que se hace referencia en su publicación:

> Estimado Carlos, en relación con el asunto de su consulta informarle que:
>
> • Con fecha 22 de julio de 2019 se recibió en este Organismo la Sentencia de fecha 30/04/2019 dictada en el Procedimiento Ordinario 34/2018 por el Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección 2, desestimando el recurso contencioso administrativo interpuesto por Dª. María García García contra la resolución de esta Confederación de 6 de marzo de 2009, así como contra el requerimiento de cumplimiento de 31 de octubre de 2017, dictados ambos en el expediente sancionador D-30681 (D1556/2007), que fue tramitado por los siguientes hechos: "Limpieza del cauce del Arroyo Berrenchín y obras de construcción de una vivienda en zona de policía del citado cauce, en T.M. de Pepino (Toledo), sin autorización administrativa de este Organismo".
> • Con fecha 30/07/2019 se remitió oficio a Dª. María García García otorgando un plazo de TREINTA DIAS para que procediera a la ejecución voluntaria de la antedicha Resolución sancionadora. Dicha resolución imponía "la obligación de reponer las cosas a su estado anterior, de acuerdo con lo establecido en el art. 118 del texto refundido de la Ley de Aguas, salvo que sean legalizadas las obras autorizados los trabajos denunciados a instancia del interesado".
> • Con fecha 10/09/2019, Dª. María García García ha presentado escrito solicitando la legalización de la vivienda objeto del expediente sancionador referenciado. Dicha solicitud ha dado lugar a la incoación del correspondiente expediente de autorización de obras en zona de policía de cauces, por lo que la obligación de reponer impuesta en la resolución sancionadora queda suspendida y supeditada a la resolución que se dicte en el expediente mencionado.
>
> Esperando que la información suministrada le sea de utilidad,
> Atentamente,
> ***Gabinete de Prensa***
> Ministerio para la Transición Ecológica
> Confederación Hidrográfica del Tajo
>
> Estimado Carlos, como le informamos en el anterior correo, Dª. María García García presentó, con fecha 10/09/2019, un escrito solicitando la legalización de la vivienda objeto del expediente sancionador referenciado. Dicha solicitud ha dado lugar a la incoación del correspondiente expediente de autorización de obras en zona de policía de cauces, por lo que la obligación de reponer impuesta en la resolución sancionadora queda suspendida y supeditada a la resolución que se dicte en el expediente mencionado. En consecuencia mientras no se resuelva el expediente citado no se puede hacer manifestación alguna al respecto. En cuanto al resto de cuestiones que nos plantea indicarle, como usted bien

sabe, que este Organismo, como no puede ser de otra manera, cumplirá con la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.
Esperando que la información suministrada le sea de utilidad,
Atentamente,
Gabinete de Prensa
Ministerio para la Transición Ecológica
Confederación Hidrográfica del Tajo

TERCERO.- Que la actuación del organismo de cuenca descrita por el Gabinete de Prensa CHTajo es muy controvertida, lo demuestra el hecho de que es la misma sentencia de la Sección 2ª de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla La Mancha la que alertaba sobre la posibilidad de que la Confederación Hidrográfica del Tajo pudiera haber incurrido en un injustificado trato de favor durante la tramitación del expediente sancionador. La sentencia es clara al dejar constancia de la irregularidad que supuso el cambio injustificado del título de imputación, indicando en los hechos descritos que ***"-sin que conste explicación alguna al respecto- se eliminó de la descripción de los hechos contenida en la denuncia, y en el informe complementario, la invasión de la zona de servidumbre, que tiene un régimen mucho más riguroso en cuanto a la autorización de obras respecto de la zona de policía****, arts. 7.3 y 9.4 del Reglamento de Dominio Público Hidráulico****".***

Dice la Sentencia que:

"1.- El 21 de septiembre de 2007 el Servicio de Guardería Fluvial levantó denuncia dando cuenta de los siguientes hechos: " Obras de limpieza de un tramo de aprox. 30 m del cauce del arroyo Berrenchín y construcción de una vivienda en zona de policía, **invadiendo parte de la zona de servidumbre** sin autorización administrativa ".

2.- El 25 de septiembre de 2007 se emitió informe complementario, donde se indicaba que la actuación había tenido lugar en la parcela nº 237 de la Urbanización "El Gran Chaparral" segunda fase, de Pepino, Toledo, la cual linda con el cauce del arroyo Berrenchín. Se decía que las obras consistían en el inicio de la cimentación de una vivienda, y se insistía en la invasión de la zona de policía y de una parte de la zona de servidumbre. Se señalaba que las obras las realizaba la empresa ORAMBA, S.A., con una autorización municipal a nombre de D.ª María García García.

3.- El 28 de septiembre de 2007 la Entidad Urbanística de Conservación El Gran Chaparral 2ª Fase denunció ante la Confederación que en la parcela nº 237 se estaban llevando a cabo labores de construcción que podrían no respetar la distancia legalmente exigible respecto del arroyo que pasaba junto a ella, con posible afectación a la legalidad y a la seguridad de personas y cosas.

4.- El 14 de enero de 2008 la Confederación inició expediente sancionador contra ORAMBA, S.A., si bien terminó archivándolo por considerar que no era autora de los hechos denunciados.

5.- El 14 de noviembre de 2008 se incoó nuevo expediente, esta vez contra D.ª María García García. En la incoación y en el pliego de cargos se decía que los hechos eran los siguientes: "POR LIMPIEZA DEL CAUCE DEL ARROYO BERRENCHÍN Y OBRAS DE

CONSTRUCCIÓN DE UNA VIVIENDA EN ZONA DE POLICÍA DEL CITADO CAUCE, EN TM DE PEPINO (TOLEDO), SIN AUTORIZACIÓN ADMINISTRATIVA". Puede observarse cómo -sin que conste explicación alguna al respecto- se eliminó de la descripción de los hechos contenida en la denuncia y en el informe complementario la invasión de la zona de servidumbre, que tiene un régimen mucho más riguroso en cuanto a la autorización de obras respecto de la de policía, arts. 7.3 y 9.4 del Reglamento de Dominio Público Hidráulico" .

Hay que tener en cuenta que el Reglamento del Dominio Público Hidráulico, aprobado por el Real Decreto 849/1986, de 11 de abril, es bastante claro sobre el régimen jurídico de las legalizaciones de obras en los márgenes de los cauces.

Después de definir en su art. 6 lo que es la zona de servidumbre (cinco metros de anchura contados desde el cauce, destinada exclusivamente para uso público), y distinguirla de la zona de policía (100 metros contados desde la zona anterior, en la que se condicionará el uso del suelo y las actividades que en él se desarrollen), establece tajantemente en el art. 7 que "con carácter general no se podrá realizar ningún tipo de construcción en la zona de servidumbre salvo que resulte conveniente o necesaria para el uso del dominio público hidráulico o para su conservación y restauración; y solo podrán autorizarse edificaciones en zona de servidumbre en casos muy justificados".

La conclusión entonces es evidente. Las edificaciones en **zona de servidumbre** que no hayan sido previamente autorizadas por el Organismo de Cuenca no se podrán legalizar después. Además de que son constitutivas del delito contra la ordenación del territorio y el medio ambiente castigado en los arts. 319 y 320 del Código Penal:

Art. 319

1. Se impondrán las penas de prisión de un año y seis meses a cuatro años, multa de doce a veinticuatro meses, salvo que el beneficio obtenido por el delito fuese superior a la cantidad resultante en cuyo caso la multa será del tanto al triplo del montante de dicho beneficio, e inhabilitación especial para profesión u oficio por tiempo de uno a cuatro años, a los promotores, constructores o técnicos directores que lleven a cabo obras de urbanización, construcción o edificación no autorizables en suelos destinados a viales, zonas verdes, bienes de dominio público o lugares que tengan legal o administrativamente reconocido su valor paisajístico, ecológico, artístico, histórico o cultural, o por los mismos motivos hayan sido considerados de especial protección.

2. Se impondrá la pena de prisión de uno a tres años, multa de doce a veinticuatro meses, salvo que el beneficio obtenido por el delito fuese superior a la cantidad resultante en cuyo caso la multa será del tanto al triplo del montante de dicho beneficio, e inhabilitación especial para profesión u oficio por tiempo de uno a cuatro años, a los promotores, constructores o técnicos directores que lleven a cabo obras de urbanización, construcción o edificación no autorizables en el suelo no urbanizable.

Art. 320

1. La autoridad o funcionario público que, a sabiendas de su injusticia, haya informado favorablemente instrumentos de planeamiento, proyectos de urbanización, parcelación, reparcelación, construcción o edificación o la concesión de licencias

contrarias a las normas de ordenación territorial o urbanística vigentes, o que con motivo de inspecciones haya silenciado la infracción de dichas normas o que haya omitido la realización de inspecciones de carácter obligatorio será castigado con la pena establecida en el artículo 404 de este Código y, además, con la de prisión de un año y seis meses a cuatro años y la de multa de doce a veinticuatro meses.

2. Con las mismas penas se castigará a la autoridad o funcionario público que por sí mismo o como miembro de un organismo colegiado haya resuelto o votado a favor de la aprobación de los instrumentos de planeamiento, los proyectos de urbanización, parcelación, reparcelación, construcción o edificación o la concesión de las licencias a que se refiere el apartado anterior, a sabiendas de su injusticia.

A esta misma conclusión se llega después de leer el artículo 10 del mismo Reglamento cuando indica que en los márgenes de los cauces, sin la previa autorización, solo *"podrán realizarse en caso de urgencia trabajos de protección de carácter provisional", que podrán convertirse en permanentes exclusivamente en la zona de policía y siempre que además se ponga en conocimiento del organismo de cuenca "en el plazo de quince días, al objeto de que éste, a la vista de los mismos y de las circunstancias que los motivaron, pueda resolver sobre su legalización o demolición de conformidad con el artículo 78"*, sin que en ningún caso dicha legalización está previsto que pueda extenderse a la zona de servidumbre.

Según el criterio de nuestros representados, ésta última sería la verdadera razón por la que, ilegalmente, "**se eliminó de la descripción de los hechos contenida en la denuncia, y en el informe complementario, la invasión de la zona de servidumbre"** dejando solo la mención a la zona de policía en referencia al chalet del fiscal decano de Talavera. Para ACODAP, el injustificado trato de favor (prevaricación administrativa, falsedad documental, y tráfico de influencias) que sugiere la sentencia de la sección 2ª de la Sala de lo contencioso administrativo del TSJCLM se produjo cuando la CHT tuvo conocimiento de la verdadera identidad y la condición de autoridad del infractor.

Ha sido ahora además, después de que se hubiera notificado la firmeza de la sentencia de la Sala de lo contencioso del TSJ de Castilla La Mancha, cuando -según D. **Fernando Presencia** - la Confederación Hidrográfica del Tajo podría haber cometido también un delito de desobediencia a la autoridad judicial si al final resultan acreditados los extremos recogidos en la nota emitida por su Gabinete de Prensa.

Si se acredita en ejecución de sentencia que es verdad que la Confederación Hidrográfica del Tajo, sin ningún tipo de justificación, ha concedido la posibilidad de legalizar unas obras de construcción que invaden la zona de servidumbre a pesar de la firmeza de la sentencia de la Sala, se evidenciaría entonces que el organismo de cuenca no solo estaría llevando a cabo actos y disposiciones contrarios a los pronunciamientos de la referencia sentencia (lo que comportaría la nulidad de los referidos actos y disposiciones de acuerdo con lo dispuesto en el art. 103.4 LJCA), sino también la posible comisión de un delito de desobediencia a la autoridad judicial (en concurso con los posibles delitos de prevaricación administrativa, contra la ordenación del territorio y tráfico de influencias, ya descritos), si se comprueba que todo ello tenía por finalidad eludir el cumplimiento de la sentencia dictada por la Sala de lo contencioso.

En su virtud,

SUPLICO AL JUZGADO que, teniendo por presentado este escrito con los documentos que se acompañan se sirva tener por interpuesta **DENUNCIA** al amparo de la DIRECTIVA (UE) 2019/1937 DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO de 23 de octubre de 2019 relativa a la protección de las personas que informen sobre infracciones del Derecho de la Unión, contra (i) los comisarios de aguas de la Confederación Hidrográfica del Tajo: **D. JOSÉ ANTONIO DÍAZ LÁZARO-CARRASCO** Y **D. JAVIER DÍAZ REGAÑÓN JIMÉNEZ,** con domicilio a efecto de notificaciones en la sede de la CHT, Av. de Portugal, 81, 28011 Madrid, por los **delitos contra la ordenación del territorio y medio ambiente del artículo 320 C.P., falsificación de documento público del art. 390 C.P., prevaricación administrativa del artículo 404 C.P., y tráfico de influencias del artículo 428 del C.P.,**; y contra (ii) **D. ÁNGEL DEMETRIO DE LA CRUZ ANDRADE**, y su esposa, **Dª MARÍA GARCÍA GARCÍA**, con domicilio ambos a efecto de notificaciones en el juzgado Decano de Talavera de la Reina, dada la condición de fiscal decano de la sección de Talavera de la Reina del primero, por un **delito contra la ordenación del territorio y medio ambiente de los artículos 319 y 320 C.P., y tráfico de influencias del artículo 428 del C.P.;** debiéndose incoar las preceptivas Diligencias Previas para el esclarecimiento de los hechos denunciados, y entre ellas, se solicite testimonio de particulares del procedimiento tramitado en la Sección 2ª de la Sala de lo contencioso administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla La Mancha bajo el Recurso nº 34/18, del expediente de Queja 16/15 del Decanato de los Juzgados de Talavera, del Expediente Gubernativo 133/2017 incoado por parte de la Fiscalía de Medio Ambiente y Urbanismo, del Expediente D- 30681 de la CONFEDERACIÓN HIDROGRÁFICA DEL TAJO, y del informe con número 2017-100848-00000002 emitido por parte del Equipo de Protección de la Naturaleza (SEPRONA) de Toledo; se reciba declaración a los denunciados; y declaración testifical (i) al denunciante, para que entre otros extremos ratifique su denuncia, (ii) al director del digital "Confilegal", D. **Carlos Berbell**, para que ratifique los correos electrónicos que han quedado reproducidos en la presente denuncia, y (iii) al Vigilante **Eloy García Delgado**, para que ratifique INFORME SOBRE DENUNCIA A TERCEROS, DEL JEFE DEL SERVICIO DE VIGILANCIA DEL D.P.H de fecha 18-10-2007; y cuantas otras diligencias se consideren necesarias para el esclarecimiento de los hechos.

Es justicia que pido en Madrid, a _____ de 2021

Firmado:_____

Como enviar tu denuncia al juzgado por medio de Correos

Presentación de escritos a través de correos

El artículo 38.4 c) de la Ley 30/1992 dispone que las solicitudes, escritos y comunicaciones que los ciudadanos dirijan a los órganos de las administraciones podrán presentarse en las oficinas de correos, en la forma que reglamentariamente se determine.

Como hacerlo

- Acudimos a Correos con la denuncia, un original y la copia.
- Solicitamos un "sobre abierto" para enviar un escrito a un juzgado, existe un kit que venden en la propia oficina.
- En el sobre escribiremos la dirección del juzgado, aunque es muy posible que el funcionario de Correos nos lo rellene directamente en su ordenador.
- Los datos son postales:

JUZGADO DE GUARDIA
Plaza de Castilla, 1
28046 Madrid

- Tienen que sellarnos el original y la copia, los dos documentos, con la fecha de presentación
- Introducir el original en el sobre y nos quedamos con la copia sellada.
- Es preferible remitirlo certificado y con acuse de recibo.
- Alternativamente podríamos llevar nuestro propio sobre con los datos ya escritos. Pero ojo, muy importante, **no cerrar el sobre**. Pues hay que introducir el original una vez que lo haya sellado el funcionario de Correos

Asociación Mediterránea de Peritos de las TIC (ASPERTIC)

La Directiva UE/2019/1937 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2019, relativa a la protección de las personas que informen sobre infracciones del Derecho de la Unión. (Directiva Whistleblowers).

ÍNDEX DE CONTINGUTS

Antecedentes....3
1) ¿Cuándo y dónde se aplicará la Directiva?....6
2) ¿Quien podrá recibir la protección por ser denunciante de corrupción?....9
3) ¿Y qué queda excluido de la directiva?....11
4) Las medidas impuestas....15
4.1) El primero es la prohibición de represalias....15
4.2) El segundo bloque son las medidas de apoyo que legalmente deben establecerse y que son exigibles por cualquier alertador de corrupción....16
4.3) El tercer bloque son las medidas de protección frente a represalias....18
4.4) El cuarto bloque, establece además medidas organizativas para hacer efectivos los bloques anteriores....20
4.5) El quinto bloque es la obligatoriedad para el estado de la creación de un nuevo régimen sancionatorio en base a los siguientes parámetros....21
5) El procedimiento de denuncia....23
5.1) Obligación de establecer canales de denuncia externa y de seguir las denuncias....28
5.2) Diseño de los canales de denuncia externa....31
5.3) Información relativa a la recepción y seguimiento de denuncias....32
6) De la alegabilidad inmediata de la directiva (UE) 2019/1937 a partir de la fecha de su entrada en vigor 34
7) No hemos inventado nada: la Norma UNE 19601:2017 Sistemas de gestión de compliance penal....36
7.1) Anexo A (informativo)....36
7.2) Anexo B (informativo)....36
7.3) Anexo C (normativo)....37
7.4) Anexo D (informativo)....37
7.5) Anexo E (informativo)....37
7.6) Anexo F (informativo)....37
8) Especial referencia a los procedimientos por delitos del entorno de las denuncias de corrupción....41
9) Incumplimientos jurídicos específicos....43
10) Conclusiones....46
Bibliografía....51

ANTECEDENTES

La Unión Europea es conocida por su obsesión en escribir derecho sobre renglones torcidos, y la directiva de los "whistleblowers" es un ejemplo de libro de cómo protege ésta sus intereses. Pero también es un ejemplo de la «soberanía» de la Unión frente a los estados y cómo la ejerce. Entró en vigor, el 17 de diciembre de 2019 y se abre un periodo de adaptación de 2 años por parte del Estado. Periodo de adaptación no es sinónimo de cese de su vigor legislativo.

Como que traerá cola el tema, diremos que la Directiva fue tramitada y repetidamente aprobada en Europa, en cada una de sus fases, durante el gobierno Rajoy (PP) y publicada en el Gobierno Sánchez (PSOE). Nadie pues deberá alegar sorpresa o desconocimiento. Eurodiputados y técnicos de ambos partidos, pero también de Ciudadanos, Podemos, PDCAT y Esquerra han estado presentes en todas las fases de realización. Muchos de los intervinentes y/o redactantes, han sido ex-magistrados, ex abogados del Estado, juristas notorios y/o altos cargos de la Administración Central. Que nadie haga pues, cara de sorprendido.

La directiva saca el foco que exclusivamente había caído sobre sobre los políticos, ampliándolo a cualquier trama, aunque no estén en ella.

La Directiva es ya directamente alegable a partir de ese día, si se cumplen determinados requisitos que deben analizarse caso a caso y ninguna norma española vigente puede interpretarse ya en contra del texto y sentido de la Directiva.

Intentaremos desmenuzar el qué, el quién, el cómo, el cuando, el porqué y el donde, para situar en su real contexto la norma, como detectives jurídico/tecnológicos que somos.

Muchos se sorprenderán, pero, además nos da la fotografía de las competencias que tendrá esa FISCAL GENERAL europea, que empezará su actividad en España a partir de octubre 2020, sin sujeción ni control del Estado, ni a su fiscalía, ni a sus jueces. Pero es que el nombre de la norma es claro como el agua: **Directiva (UE) 2019/1937 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2019, relativa a la protección de las personas que informen sobre infracciones del Derecho** (todo) **de la Unión.**

Será curioso de ver y seguir, porque la primera reacción de nuestra magistratura ha sido decir que esa figura es incompatible en sus prerrogativas con el Derecho español.

- Es una directiva **extraordinariamente importante**, pues la directiva nos dice quién tiene la soberanía de un tema determinado y nos da un procedimiento único de control y sobretodo, "sobretodo", unas bases para gestionar los conflictos de ese tema, "pasando olímpicamente", de las normativas estatales. No impone ni permite la sectorialización estatal, en el ámbito de la Directiva

- Es una directiva de **nueva generación**, porque a diferencia del resto de directivas y reglamentos, articula y vertebra la ya legislación publicada, creando un mecanismo que liberará de mucha conflictividad a los Juzgados.

- Es una directiva que no exime a nadie, por tanto, plantea la **responsabilidad directa y**

personal de jueces y magistrados, fiscales, abogados del estado, pero también de las altas instituciones del Estado y partidos políticos, colegios profesionales y medios de comunicación, de trabajadores y funcionarios, de civiles y militares, desde el nivel más bajo, al más alto. Cualquier norma que los exonere queda decaída.

- Es una directiva de nueva generación, porque **incluye prácticamente en su totalidad al tercer pilar**, el del Poder Judicial, excluyendo únicamente la fase deliberativa de las sentencias, no la sentencia ni la ejecución de la misma. Y permite asimismo que una denuncia contra un magistrado del Tribunal Supremo Español sea tramitada e investigada por una autoridad Alemana y que una autoridad Española pueda investigar al Presidente de Irlanda, pongámoslo como ejemplo.

- Es una directiva de nueva generación, que permite la denuncia anónima e **invierte la carga de la prueba**. Es el denunciado en que debe probar que no es responsable de los hechos que se imputan.,

- Es una directiva de creación de un procedimiento de **RESOLUCIÓN ALTERNATIVA DE CONFLICTOS** y de simplificación administrativa, pues los casos más usuales pueden encontrar cabida y solución; y los menos usuales una fase probatoria previa y un mecanismo para enderezar conductas desviadas.

En nuestro caso, aparecerían las referencias temáticas en los puntos

1) Como la transparencia

2) O la Protección de Datos,

3) O la ciberseguridad

Y, además de las directivas relatadas en el anexo primero, tendríamos a modo de ejemplo

1) *DIRECTIVA 2014/95/UE DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO de 22 de octubre de 2014 por la que se modifica la Directiva 2013/34/UE en lo que respecta a la divulgación de información no financiera e información sobre diversidad por parte de determinadas grandes empresas y determinados grupos*

2) *REGLAMENTO (UE) 2016/679 DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO de 27 de abril de 2016 relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento general de protección de datos) y DIRECTIVA (UE) 2016/680 DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO de 27 de abril de 2016 relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales por parte de las autoridades competentes para fines de prevención, investigación, detección o enjuiciamiento de infracciones penales o de ejecución de sanciones penales, y a la libre circulación de dichos datos*

3) *Directiva (UE) 2016/1148 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 6 de julio de 2016, relativa a las medidas destinadas a garantizar un elevado nivel común de seguridad de las redes y sistemas de*

información en la Unión

Y en la parte no modificada de las directivas y reglamentos

1) *Reglamento (CE) Nº 1205/2008* en lo que se refiere a los metadatos

2) *Reglamento de la interoperabilidad de los datos (Nº 1089/2010)*

3) *Reglamento de Servicios en Red (Nº 976/2009)*

4) *Reglamento (UE) Nº 1311/2014 por el que se modifica el Reglamento (CE) nº 976/2009 en lo que se refiere a la definición del elemento de metadatos Inspire*

5) Recientemente, la *DECISIÓN DEL CONSEJO relativa a medidas restrictivas contra los ciberataques que amenacen a la Unión o a sus Estados miembros* http://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-7299-2019-INIT/es/pdf, donde la UE asume su poder sancionador directo, más allá de los estados.

Y, finalmente dentro del marco jurídico señalado por las sentencias del TJUE, que han establecido un marco referencial de importancia continental.

Pero empecemos abriendo una panorámica que nos fotografiará la trascendencia de la norma analizada, no solo en nuestro caso particular, más pensada desde el punto DPD, perito o técnico, sino por la trascendencia genérica.

Recordemos que todo empezó impulsando en Europa como ASPERTIC (hemos de ponernos la parte de medalla que nos toca) una norma que protegiese a los denunciantes de corrupción. Pero hete aquí que, por el camino, los duendecillos traviesos que mueven Europa, decidieron sin que nadie notara, multiplicar por cien la importancia de esa norma y convertirla en **Directiva (UE) 2019/1937 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2019, relativa a la protección de las personas que informen sobre infracciones del Derecho de la Unión.** Nada que ver con la pretensión inicial, pero sí esos duendecillos escucharon muy claro que eran los jueces, y no precisamente los de primera instancia, quienes consolidaban la anómala situación del incumplimiento del Derecho de la Unión en materia de lucha contra la corrupción.

1) ¿CUÁNDO Y DÓNDE SE APLICARÁ LA DIRECTIVA?

Se aplicará en los siguientes casos, por tanto, reconocimiento explícito y positivo de qué es Derecho de la Unión:

- Cualquier contrato público, *(sea cual sea la institución implicada y la cuantía, y quien lo firme por la otra parte, persona física o jurídica)*.
- Los servicios, productos y mercados financieros *(préstamos, hipotecas, comisiones, riesgos, usura… y también alquileres)*
- Prevención del blanqueo de capitales, cumplimiento legal *(compliance)*
- Financiación del terrorismo *(designación de quien es terrorista y quien no)*
- La seguridad de los productos que puedan adquirirse dentro del territorio de la Unión *(cualquier producto que pueda adquirirse)*
- La conformidad de los productos bienes y servicios sometidos a la legislación Europea, aunque no afecte a la seguridad de los mismos.
- La seguridad del transporte, *(sea por carretera, tren, avión, fluvial o marítimo, control y vigilancia de los mismos, aduanas)*.
- La protección del medio ambiente, *(urbanismo, caza)*
- La protección frente a las radiaciones, *(clínicas, hospitales, antenas de telecomunicaciones, wifi)*
- La seguridad nuclear, *(centrales y almacenamiento y transporte de residuos)*
- La seguridad de los alimentos, *(etiquetado, caducidad, aditivos)*
- El control de los piensos y aditivos para animales.
- La sanidad animal, *(veterinaria, plagas, animales de compañía)*
- El bienestar de los animales, *(¿tauromaquia?, abandono, agresiones a los*

mismos).

- La salud pública, *(riesgos, hospitales, farmacia, medicación, política sanitaria, políticas ABQ)*.
- La protección de los consumidores de productos y servicios, incluidos los servicios prestados por el Estado *(Expresamente se cita a la Administración de Justicia, Policía, Ejercito, Hacienda)*.
- La protección de la privacidad y de los datos personales, *(transmisiones transfronterizas de datos, DPD, video-vigilancia, metadatos)* .
- La seguridad de las redes telemáticas y otras infraestructuras críticas *(agua, gas, electricidad y comunicaciones)*
- Los sistemas de información, *(procedimientos, acceso, agujeros de seguridad y resiliencia;)*.
- Cualesquiera infracciones que afecten a los intereses financieros de la Unión tal como se contemplan en el artículo 325 del TFUE *(Lucha contra el fraude, a partir de 10.000 €)*
- Todas las infracciones relativas al mercado interior, tal como se contemplan en el artículo 26, apartado 2, del TFUE *(mercado interior sin fronteras; libre circulación de mercancías, personas, servicios y capitales; mercados cautivos, dumping, vulneración de directivas sobre el trabajo)*
- Todas las infracciones de las normas de la Unión en materia de competencia *(competencia desleal, abuso de patentes, contratos de exclusiva).*
- Cualquier actividad que haya percibido ayudas otorgadas por los Estados, aunque no fuera dinero directo de la Unión. *(subvenciones, garantías bancarias, especial agencias, comisiones y organismos de control, transparencia, anti fraude, agencias de protección de datos, comisiones nacionales como la CNMC, -que tienen de tener siempre un mecanismo que controle al controlador -, Casa Real, Consejo de Estado, CGAE, CGPJ, CGPE,*

patronales, sindicatos, cofradías, clubs de futbol, fundaciones, patronatos, medios de comunicación, instituciones dedicada a Formación, asociaciones culturales, insersos o Iglesias), Consejos (Consejo de Estado), tribunales (Tribunal de Cuentas).

- Todas las infracciones relativas al mercado interior en relación con los actos que infrinjan las normas del impuesto sobre sociedades *(fiscalidades modificadas por decreto por la instalación de un proyecto empresarial)*.

- Cualquier práctica cuya finalidad sea obtener una ventaja fiscal que desvirtúe el objeto o la finalidad de la legislación aplicable del impuesto sobre sociedades. *(vacaciones fiscales, desgravaciones específicas. Iglesia Católica-Concordato)*

Finalmente, en su anexo, relaciona más de cien directivas y un buen puñado de Reglamentos que deben reinterpretarse de conformidad con la nueva norma.

Y ese es solo el mínimo exigible, donde la Unión procedimenta que debe seguirse un procedimiento de denuncia determinado, reseñado en la Directiva, y con una gestión determinada.

A partir de ahí, el Estado puede añadir más casuística, dependiendo de su asunción de competencias y se pueden añadir otras áreas que si bien están reguladas ya por el Derecho de la Unión, ésta no cree oportuna incluirla en la lista de procedimiento obligatorio de denuncia.

2) ¿QUIEN PODRÁ RECIBIR LA PROTECCIÓN POR SER DENUNCIANTE DE CORRUPCIÓN?

Ahora nos queda, después de ver las materias sujetas en el artículo anterior, ver a quién se le otorga la protección como denunciante de corrupción (whistleblower), y también, quién queda excluido, y además, qué temas quedan excluidos de esa Directiva.

No seamos tan inocentes de pensar que por no figurar en la relación señalada en el punto anterior, la materia no esté regulada o afectada, de por sí, por otra legislación de la UE, que incorpore herramientas propias de transparencia o denuncia. Se estará al análisis del caso.

1) La norma recoge en primer lugar, que la protección se extiende a todos los denunciantes que trabajen en el sector privado o público *(funcionarios, interinos, contratados laborales)* y que hayan obtenido información sobre infracciones en un contexto laboral, incluyendo, como mínimo, a:

- las personas que tengan la condición de trabajadores en el sentido del artículo 45, apartado 1, del TFUE. No solo los laborales, sino incluidos los funcionarios, interinos, policías y militares incluidos, *(es decir, esas infracciones quedan fuera de la protección de la cadena de mando)*.

- las personas que tengan la condición de trabajadores no asalariados, en el sentido del artículo 49 del TFUE, los *(empresas, autónomos y el voluntariado)*.

- los accionistas y personas pertenecientes al órgano de administración, dirección o supervisión de una empresa, incluidos los miembros no ejecutivos, así como los voluntarios y los trabajadores en prácticas que perciben o no una remuneración.

- Cualquier persona que trabaje bajo la supervisión y la dirección de contratistas, subcontratistas y proveedores.

2) También se aplicará a los denunciantes cuando comuniquen o revelen públicamente información sobre infracciones obtenida en el marco de

una relación laboral ya finalizada.

3) Se aplicará también a los denunciantes cuya relación laboral todavía no haya comenzado, en los casos en que la información sobre infracciones haya sido obtenida durante el proceso de selección o de negociación precontractual.

4) Y finalmente, un cajón de sastre, con los facilitadores, intermediarios, asesores de todo tipo, terceros que estén relacionados con el denunciante y que puedan sufrir represalias personalmente en un contexto laboral, como en compañeros de trabajo o familiares del denunciante, y también las entidades jurídicas que sean propiedad del denunciante, para las que trabaje o con las que mantenga cualquier otro tipo de relación en un contexto laboral.

Parece por el redactado, que no han querido dejar a nadie fuera

3) ¿Y QUÉ QUEDA EXCLUIDO DE LA DIRECTIVA?

1) Pues no afectará a la responsabilidad de los Estados miembros de velar por la seguridad nacional ni a su facultad de proteger sus intereses esenciales en materia de seguridad, dentro de los límites, eso sí, de:

1.1) La Directiva (UE) 2016/1148 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 6 de julio de 2016, relativa a las medidas destinadas a garantizar un elevado nivel común de seguridad de las redes y sistemas de información en la Unión

1.2) *Reglamento (UE) 2019/881 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de abril de 2019, relativo a ENISA (Agencia de la Unión Europea para la Ciberseguridad) y a la certificación de la ciberseguridad de las tecnologías de la información y la comunicación y por el que se deroga el Reglamento (UE) n.o 526/2013* («Reglamento sobre la Ciberseguridad»)

1.3) *Directiva 2009/43/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 6 de mayo de 2009 , sobre la simplificación de los términos y las condiciones de las transferencias de productos relacionados con la defensa dentro de la Comunidad*

1.4) *Reglamento (CE) n o 1987/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de diciembre de 2006 , relativo al establecimiento, funcionamiento y utilización del Sistema de Información de Schengen de segunda generación (SIS II)*

1.5) *Directiva (UE) 2018/1972 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de diciembre de 2018, por la que se establece el Código Europeo de las Comunicaciones Electrónicas*

En particular, no afectará a las denuncias de infracciones de las normas de contratación pública que estén relacionadas con cuestiones de defensa o seguridad, salvo que se rijan por los actos pertinentes de la Unión.

1.6) Recordemos que para contratación de defensa, estaríamos en que hay diversas directivas que regulan el tema como son las:

1.6.1) *Directiva 2009/81/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de*

julio de 2009 , sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de determinados contratos de obras, de suministro y de servicios por las entidades o poderes adjudicadores en los ámbitos de la defensa y la seguridad.

1.6.2) *Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública.*

1.6.3) *Directiva 2014/23/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, relativa a la adjudicación de contratos de concesión*

2) Tampoco afectará la directiva a la protección de información clasificada; pero recordemos que, en principio, cualquier información es pública, salvo que por ley o por el Consejo de Ministros la haya clasificado de conformidad con la

2.1) Ley 9/1968, de 5 de abril, sobre secretos oficiales como clasificada.

2.2) REGLAMENTO (UE) 2016/794 DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO de 11 de mayo de 2016 relativo a la Agencia de la Unión Europea para la Cooperación Policial

2.3) Reglamento (UE) 2019/881 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de abril de 2019, relativo a ENISA (Agencia de la Unión Europea para la Ciberseguridad) y a la certificación de la ciberseguridad de las tecnologías de la información y la comunicación

2.4) Al secreto profesional de los médicos y abogados, y de su personal colaborador como son los Peritos. De ese apartado, y su exclusiva limitación a esas dos profesiones, permítanseme la ironía, se escribirán monografías. Los periodistas, auditores, magistrados, fiscales y abogados del Estado, y de las diversas instituciones, no quedan dentro de la protección de la Directiva

2.5) **Al secreto de las deliberaciones judiciales** *-Administración de Justicia; Pero la exclusión lo es a solo a esa parte del trabajo de la judicatura, cualquier otra acción, actuación o trámite procesal* ***SI*** *queda pues incluido en la*

protección de la Directiva, incluidas las resoluciones fruto de esas deliberaciones, como la instrucción, sentencia o la ejecución de la misma, o aquellas acciones, manifestaciones, formaciones o intereses que sean propias del juez; incluido su elección por el CGPJ. Y no diferencia entre civil, penal, laboral, militar o administrativo.

También queda incluida, pues, la Fiscalía en todos sus aspectos y la Abogacía del Estado. Por tanto, de conformidad con la Directiva deberán establecer un procedimiento, independiente del Ministerio de Justicia, para recoger, tratar, tramitar, resolver y sancionar de manera transparente las responsabilidades personales de su actuación por infracción del Derecho de la Unión; repetimos solo queda excluida de la Directiva el "secreto de las deliberaciones judiciales".

No se excluye tampoco al Tribunal Constitucional, ni a todos los consejos (Consejo de Estado) y a tribunales ad hoc (Tribunal de Cuentas).

Tampoco excluye a la policía ni sus actuaciones, desde el Ministro del Interior para abajo, siempre que sea en el marco competencial de la Directiva. Recordemos que, al igual que los jueces, la policía tiene una extensa regulación europea que las regula.

La directiva permite perfectamente que quien tramite, investigue y dictamine que ha existido una vulneración de una Administración Española, determinando las responsabilidades personales por infringir lo protegido por la Directiva, sea un actor (autoridad) reconocido, de otro país de la Unión.

2.6) A las normas de enjuiciamiento criminal. Volvemos al caso de que, la materia ya se regula también por otras directivas, como:

2.6.1) *Directiva 2010/64/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de octubre de 2010, relativa al derecho a interpretación y a traducción en los procesos penales*

2.6.2) *DIRECTIVA 2012/13/UE DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO de 22 de mayo de 2012 relativa al derecho a la información en los procesos penales*

2.6.3) *DIRECTIVA 2012/29/UE DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO de 25 de octubre de 2012 por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos*

2.6.4) *DIRECTIVA 2013/48/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de octubre de 2013 , sobre el derecho a la asistencia de letrado en los procesos*

penales y en los procedimientos relativos a la orden de detención europea, y sobre el derecho a que se informe a un tercero en el momento de la privación de libertad y a comunicarse con terceros y con autoridades consulares durante la privación de libertad

2.6.5) *La Directiva (UE) 2016/343 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 9 de marzo de 2016, por la que se refuerzan en el proceso penal determinados aspectos de la presunción de inocencia y el derecho a estar presente en el juicio.*

2.6.6) *La Directiva 2014/42/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 3 de abril de 2014 , sobre el embargo y el decomiso de los instrumentos y del producto del delito en la Unión Europea.*

2.7) Finalmente, tampoco afectará a la acción sindical, pero exclusivamente en lo referente a ese campo de la actividad de los sindicatos. *(no por ejemplo a la formación, servicios jurídicos o a sus relaciones políticas)*.

4) LAS MEDIDAS IMPUESTAS

En las preguntas que todo detective de novela debe responder, (que, quien, cuándo, dónde y porqué). hemos hablado ya de *quién* es whistleblower, el *porqué* esa directiva, *donde y cuando* se aplicará, y nos falta definir *qué* medidas incorpora para la defensa de esa figura, la del denunciante de corrupción, o *"alertador"*, que es una palabra de lo más políticamente correcto. Y eso lo hace estableciendo cinco grandes bloques

4.1) El primero es la prohibición de represalias

Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para *(por lo tanto no pueden "ni tocar" los puntos anteriores)* prohibir todas las formas de represalias contra las personas alertadoras de corrupción, incluidas también las **amenazas de represalias y las tentativas de represalia**, relacionando específicamente las más usuales.

Recordemos que el listado sirve también para funcionarios, interinos y laborales, altos cargos y becarios:

a) Suspensión, despido, destitución o medidas equivalentes.

b) Degradación o denegación de ascensos.

c) Cambio de puesto de trabajo, cambio de ubicación del lugar de trabajo, reducción salarial o cambio del horario de trabajo.

d) Denegación de formación.

e) Evaluación o referencias negativas con respecto a sus resultados laborales.

f) Imposición de cualquier medida disciplinaria, amonestación u otra sanción, incluidas las sanciones pecuniarias.

g) Coacciones, intimidaciones *(multas)*, acoso u ostracismo.

h) Discriminación, o trato desfavorable o injusto;

i) No conversión de un contrato de trabajo temporal en uno indefinido, en caso de que el trabajador tuviera expectativas legítimas de que se le ofrecería un trabajo indefinido.

j) No renovación o terminación anticipada de un contrato de trabajo temporal.

k) Daños, incluidos a su reputación, ***en especial en los medios sociales***, o pérdidas económicas, incluidas la pérdida de negocio y de ingresos;

l) Inclusión en listas negras sobre la base de un acuerdo sectorial, informal o formal, que pueda implicar que en el futuro la persona no vaya a encontrar empleo en dicho sector.

m) Terminación anticipada o anulación de contratos de bienes o servicios;

n) Anulación de una licencia o permiso;

o) Referencias médicas o psiquiátricas.

(La norma busca establecer un listado exaustivo para evitar que cualquier estado, al regular, "se olvide" de alguna situación a efectos de intereses espúreos).

4.2) El segundo bloque son las medidas de apoyo que legalmente deben establecerse y que son exigibles por cualquier alertador de corrupción.

Y las detalla

a) Información y asesoramiento completos e independientes, que sean fácilmente accesibles para el público y gratuitos, sobre los procedimientos y recursos disponibles, de protección frente a represalias y derechos de la

persona afectada. *(Es decir, crea un turno de asistencia de oficio específico para ellos, de carácter gratuito, especializado e independientemente de que tengan o no, capacidad económica).*

b) Asistencia efectiva por parte de las autoridades competentes ante cualquier autoridad pertinente implicada en su protección frente a represalias, incluida, cuando así se contemple en el Derecho nacional, la certificación de que pueden acogerse a protección al amparo de la presente Directiva.

(Es decir, crea un turno de oficio completo de abogados, procuradores y peritos y específicamente formados, para ellos de carácter gratuito, independientemente de que tengan o no capacidad económica, que comportará además).

La única institución, independiente incluso económicamente de los poderes públicos y de las entidades privadas que ha puesto en marcha un procedimiento de acreditación y validación de denuncias de anticorrupción de acuerdo con la directiva, identificación y validación segura de los Whistleblowers, en España, es Aspertic a través de https://puntomagenta.net *, siendo sus miembros los únicos formados en los entresijos de la Directiva. Esperemos en breve tiempo nos acompañen más instituciones que puedan cumplir los requisitos debidos. Aspertic, reconocida ya en el Registro de Transperencia de la UE, ha presentado notificación a la Comisión para acreditarse como autoridad de conformidad a la presente Directiva.*

c) asistencia jurídica en los procesos penales y en los procesos civiles transfronterizos de conformidad con la *Directiva (UE) 2016/1919* y la *Directiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo*, y, de conformidad con el Derecho nacional, la asistencia jurídica en todos los otros procesos y cualquier otro tipo de asistencia jurídica o técnica procesal.

d) Además los Estados miembros podrán prestar asistencia financiera y medidas de apoyo a los denunciantes *(testigo protegido)*, incluido apoyo psicológico, en el marco de un proceso judicial.

Es decir, que si no hay turno de oficio, debe el estado pagar los

abogados, peritos, detectives, procuradores, viajes, etc. del denunciante de corrupción, por lo menos. Y aunque no sea español.

e) Las medidas de apoyo mencionadas en el presente artículo serán prestadas, según corresponda, por un centro de información *(el turno)* o por una autoridad administrativa única e independiente claramente identificada *(el defensor legal).* El concepto de Independencia es absolutamente estricto, y parece indicar que el privado controle lo público y lo público lo privado. Lo nacional por otro de fuera de las fronteras.

Habiendo entrado en vigor la Directiva, el día 17, la pregunta es ***¿Han preparado los colegios de abogados, procuradores, psicólogos, peritos, etc. dicho turno?****. Porque recordemos que la norma entró en vigor y reconoce unos derechos a unos ciudadanos; y que el Estado tenga dos años para cambiar y adaptar su normativa interna, no le quita vigor y posibilidad de alegación inmediata..*

4.3) El tercer bloque son las medidas de protección frente a represalias

a) Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para garantizar que los whistleblowers estén protegidas frente a represalias.

b) A mayor abundamiento, no se considerará que las personas que comuniquen información sobre infracciones o que hagan una revelación pública de conformidad con la presente Directiva hayan infringido ninguna restricción de revelación de información *(secretos de estado, administración o de empresa)*, y estas no incurrirán en responsabilidad de ningún tipo en relación con dicha denuncia o revelación pública, siempre que tuvieran motivos razonables para pensar que la comunicación o revelación pública de dicha información era necesaria para revelar una infracción en virtud de la presente Directiva.

c) Tampoco los denunciantes incurrirán en responsabilidad respecto de la adquisición o el acceso a la información que es comunicada o revelada

públicamente, siempre que dicha adquisición o acceso no constituya de por sí un delito. En el caso de que la adquisición o el acceso constituya de por sí un delito, la responsabilidad penal seguirá rigiéndose por el Derecho nacional aplicable.

Es decir, aunque fuera delito el cómo se consiguió el material de la denuncia, se depurará el delito, pero se continua con la denuncia.

d) Aunque esta protección está, pues, delimitada ya que no *"tapa"* las otras posibles responsabilidades de los denunciantes derivada de actos u omisiones que no estén relacionados con la denuncia o la revelación pública o que no sean necesarios para revelar una infracción en virtud de la presente Directiva, éstas seguirán rigiéndose por el Derecho de la Unión o nacional subsidiario aplicable.

e) Todo así, la misma alegación de "represalia" tiene carácter de veracidad en los procedimientos ante un órgano jurisdiccional u otra autoridad relativos a los perjuicios sufridos por los denunciantes, y a reserva de que dicha persona establezca que ha denunciado o ha hecho una revelación pública y que ha sufrido un perjuicio, se presumirá que el perjuicio se produjo como represalia por denunciar o hacer una revelación pública. En tales casos, corresponderá a la persona que haya tomado la medida perjudicial probar que esa medida se basó en motivos debidamente justificados.

Se invierte, pues, la carga de la prueba. Repetimos, ***se invierte la carga de la prueba***, es el denunciado el que tiene la obligación de justificar su conducta. Aunque sea el Jefe del Estado.

f) Se crea también un apartado de medidas provisionales indeterminadas ya que los denunciantes de corrupción tendrán pleno e inmediato acceso a medidas correctoras frente a represalias, según corresponda, incluidas medidas provisionales a la espera de la resolución del proceso judicial, de conformidad con el Derecho nacional.

g) En los procesos judiciales, incluidos los relativos a difamación, violación de derechos de autor, vulneración de secreto, infracción de las

normas de protección de datos, revelación de secretos comerciales, o a solicitudes de indemnización basadas en el Derecho laboral privado, público o colectivo, **los whistleblowers no incurrirán en responsabilidad de ningún tipo como consecuencia de denuncias o de revelaciones públicas en virtud de la presente Directiva**. Dichas personas tendrán derecho a alegar en su descargo el haber denunciado o haber hecho una revelación pública, siempre que tuvieran motivos razonables para pensar que la denuncia o revelación pública era necesaria para poner de manifiesto una infracción en virtud de la presente Directiva.

Cuando una persona denuncie o revele públicamente información sobre infracciones que entran en el ámbito de aplicación de la presente Directiva, y dicha información incluye secretos comerciales, y cuando dicha persona reúna las condiciones establecidas en la presente Directiva, dicha denuncia o revelación pública se considerará lícita.

h) Y finalmente, se les reconoce un derecho de indemnización ya que obliga a los Estados miembros a adoptar las medidas necesarias para garantizar que se proporcionen vías de recurso e indemnización íntegra de los daños y perjuicios sufridos, de conformidad con el Derecho nacional.

4.4) El cuarto bloque, establece además medidas organizativas para hacer efectivos los bloques anteriores

a) En primer lugar, la Directiva obvia ostentóreamente las "constituciones nacionales" y plantea la Carta de Derechos Fundamentales de los ciudadanos de la Unión como marco supremo ya que obliga a los estados a velar, ***"de conformidad con la Carta"***, por que las personas afectadas gocen plenamente de su derecho a la tutela judicial efectiva y a un juez imparcial, así como a la presunción de inocencia y al derecho de defensa, incluido el derecho a ser oídos y el derecho a acceder a su expediente. Esa manifestación de la Directiva, implica además, el reconocimiento de que los estados ya no son soberanos en la casuística del ámbito de la directiva, detallado en el primer artículo de este dictamen. *Eso,* ***y que el expediente sea tramitado por alguien***

plenamente independiente, y no se es independiente cuando se es nombrado por el mismo parlamento o ministro al que se debe investigar.

b) Además, las autoridades competentes deberán velar, de conformidad con el Derecho nacional, por que la identidad de las personas afectadas esté protegida mientras cualquier investigación desencadenada por la denuncia o la revelación pública esté en curso.

Es decir, plantea la responsabilidad del estado, directa o indirecta, si se "filtra" el nombre del denunciante y de los afectados, sea la filtración pública o privada; no discrimina.

4.5) El quinto bloque es la obligatoriedad para el estado de la creación de un nuevo régimen sancionatorio en base a los siguientes parámetros

a) Los Estados miembros establecerán sanciones efectivas, proporcionadas y disuasorias aplicables a las personas físicas o jurídicas que impidan o intenten impedir las denuncias, **INCLUIDAS LAS ADMINISTRACIONES PUBLICAS Y A LOS MIEMBROS DE ELLAS.**

b) O que adopten medidas de represalia contra los denunciantes de corrupción familia, amigos o intereses.

c) O promuevan procedimientos abusivos, por ejemplo querellas, detenciones o contencioso administrativos, o políticas para abrumarles con costas judiciales contra ellos.

d) O incumplan el deber de mantener la confidencialidad de la identidad de los denunciantes y su entorno

e) Pero también establecerán sanciones efectivas, proporcionadas y disuasorias aplicables respecto de denunciantes cuando se establezca que habían comunicado o revelado públicamente información falsa a sabiendas. Los Estados miembros también establecerán medidas para indemnizar los

daños y perjuicios derivados de dichas denuncias o revelaciones públicas de conformidad con el Derecho nacional.

f) Y finalmente, queda por ley, digo Directiva, la prohibición de que **no puedan limitarse los derechos y vías de recurso previstos, ni se pueda renunciar a ellos**, por medio de ningún acuerdo, política, forma de empleo o condiciones de trabajo, incluida cualquier cláusula de sometimiento a arbitraje.

Por tanto, la mejor solución, es establecer procedimientos de auditoría, preferiblemente externa, especializada, independiente y continua a fin de minimizar los riesgos.

Este régimen sancionatorio se extiende también a los gabinetes de prensa y a los medios que actúen en su consonancia, difundiendo o filtrando información contra los denunciantes de corrupción.

5) EL PROCEDIMIENTO DE DENUNCIA

Y para lograr su objetivo, establece un procedimiento tasado de denuncia para todos los casos reseñados el el punto primero, que establece obligatorio para todas la Administraciones públicas, y todas las empresas de más de 50 trabajadores. Aquí habríamos de añadir, aquellos que, sin cumplir los requisitos anteriores, por razones de materia quedarían afectados por uno o más de los ítems detallados en el punto primero, como los asesores fiscales, notarios, gestores o registradores.

Tras la aprobación y publicación de la **Directiva Europea 2019/1937 relativa a la protección de las personas que informen sobre infracciones del Derecho de la Unión**, ésta entró en vigor el 17 de diciembre de 2019. Entre las múltiples medidas que estableció la Directiva, puso en marcha la importancia y la obligatoriedad de un **canal de denuncias o buzón de denuncias**.

Desde la entrada en vigor de la Directiva, pasa a ser obligatorio el canal de denuncias para todas aquellas entidades jurídicas privadas con más de 50 empleados. También están obligadas a contar con buzón o canal de denuncias ello todas las entidades jurídicas públicas, incluidas las que sean propiedad o estén sujetas al control de una entidad jurídica pública. En este caso, los Estados miembros podrán eximir de esta obligación a los municipios de menos de 10.000 habitantes, o con menos de 50 empleados y otras entidades con menos de 50 empleados, dando un margen adaptatorio. De momento no se ha hecho.

El considerando 3 de la Directiva establece claramente que:

"En determinados ámbitos, las infracciones del Derecho de la Unión, con independencia de si el Derecho nacional las clasifica como administrativas, penales o de otro tipo, pueden provocar graves perjuicios al interés público, en el sentido de que crean riesgos importantes para el bienestar de la sociedad. Cuando se detecten deficiencias de aplicación en esos ámbitos, y los denunciantes suelen encontrarse en una posición privilegiada para revelar la existencia de infracciones, es necesario potenciar la aplicación del Derecho introduciendo canales de denuncia efectivos, confidenciales y seguros y garantizando la protección efectiva de los denunciantes frente a represalias."

Al establecer la obligatoriedad del canal de denuncias, estableció también la **Unión Europea**, la obligatoriedad de que éste fuera gestionado de **forma independiente**. Se puede entender de lo previamente referido: *"efectivos, confidenciales y seguros y garantizando la protección efectiva de los denunciantes frente a represalias"*.

Hasta tal punto es del interés de la **Unión Europea** salvaguardar la protección del denunciante e intentar evitar cualquier tipo de posible represalia que en el considerando 32 establece:

"los denunciantes deben tener derecho a protección en virtud de la presente Directiva si tienen motivos razonables para creer que la información comunicada entra dentro de su ámbito de aplicación. Los motivos de los denunciantes al denunciar deben ser irrelevantes para determinar si esas personas deben recibir protección"

Es decir, como el propio nombre de la Directiva indica, la protección de los denunciantes pasa

a ser prioritaria en el ámbito del **Derecho de la Unión Europea**.

Al hablar de la forma que deban adoptar los canales de denuncia, el considerando 33 de la Directiva establece que:

"En general, los denunciantes se sienten más cómodos denunciando por canales internos, a menos que tengan motivos para denunciar por canales externos. Estudios empíricos demuestran que la mayoría de los denunciantes tienden a denunciar por canales internos, dentro de la organización en la que trabajan. La denuncia interna es también el mejor modo de recabar información de las personas que pueden contribuir a resolver con prontitud y efectividad los riesgos para el interés público. Al mismo tiempo, el denunciante debe poder elegir el canal de denuncia más adecuado en función de las circunstancias particulares del caso. Además, es necesario proteger la revelación pública de información, teniendo en cuenta principios democráticos tales como la transparencia y la rendición de cuentas, y derechos fundamentales como la libertad de expresión y la libertad y el pluralismo de los medios de comunicación, al tiempo que se encuentra un equilibrio entre el interés de los empresarios en la gestión de sus organizaciones y la defensa de sus intereses, por un lado, y el interés de los ciudadanos en que se los proteja contra todo perjuicio, por otro, conforme a los criterios desarrollados por la jurisprudencia del TEDH."

Con respecto a **quien deba gestionar el canal de denuncias o el buzón de denuncias**, el considerando 56 de la Directiva establece:

"La elección de las personas o departamentos de una entidad jurídica del sector privado más adecuados para encomendarles la recepción y seguimiento de las denuncias depende de la estructura de la entidad, pero, en cualquier caso, su función debe permitir garantizar la independencia y la ausencia de conflictos de intereses. En las entidades de menor tamaño, podría tratarse de una función dual a cargo de un ejecutivo de la sociedad bien situado para comunicarse directamente con la dirección de la entidad, por ejemplo, un responsable de cumplimiento normativo, Delegado de Protección de Datos o de recursos humanos, un responsable de la integridad, un responsable de asuntos jurídico o de la privacidad, un responsable financiero, un responsable de auditoría o un miembro del consejo de administración."

Se persigue la efectividad y la disponibilidad del canal, pero también generar confianza en la eficacia del sistema de protección de los denunciantes y reducir la probabilidad de que se produzcan nuevas denuncias o revelaciones públicas innecesarias. Por ello la **importancia de la puesta en marcha también de canales externos.**

El legislador de la **Unión Europea** tenía claro que debería primar la efectividad de la norma para asegurar el éxito en la acción que se persigue:

"La falta de confianza en la eficacia de las denuncias es uno de los principales factores que desalientan a los denunciantes potenciales**. En consecuencia,* **existe la necesidad de imponer una obligación clara a las autoridades competentes para que establezcan canales de denuncia externa adecuados, sigan con diligencia las denuncias recibidas y, en un plazo razonable, den respuesta a los denunciantes."* (Considerando 63).

Permite la posibilidad de gestionar los canales de denuncia de forma compartida, pero

siempre que los cauces estén diferenciados.

Las personas que tengan intención de denunciar infracciones deben poder tomar una decisión fundada sobre la conveniencia, y sobre cuándo y cómo hacerlo. Por consiguiente, las autoridades competentes deben facilitar información clara y de fácil acceso sobre los canales de denuncia disponibles ante las autoridades competentes, sobre los procedimientos aplicables y sobre el personal de esas autoridades que sea responsable de tratar denuncias

Una vez clara esa necesidad de los canales de denuncia externa adecuados, pasa a ser relevante determinar **quien puede gestionar los canales externos de denuncia**. Les denomina "*autoridad competente", (por tanto, son autoridad, con todo lo que significa).* En el considerando 64 la Directiva dice que los Estados miembros deberán establecer quien podría ser autoridad competente para «*recibir la información sobre infracciones que entren en el ámbito de aplicación de la presente Directiva y seguir adecuadamente las denuncias.*

Dichas autoridades competentes podrían ser:

a) autoridades judiciales,

b) organismos de regulación o de supervisión competentes en los ámbitos específicos de que se trate, o

c) autoridades con una competencia más general a escala central dentro de un Estado miembro,

d) autoridades encargadas del cumplimiento del Derecho,

e) organismos de lucha contra la corrupción, como ***ASPERTIC***

f) defensores del pueblo".

Y no solo los enumera. También dice cuales deben ser sus capacidades. En el considerando 65 dice:

"Como destinatarias de las denuncias, las autoridades a las que se designe como competentes deben tener las capacidades y competencias necesarias para:

a) garantizar un seguimiento adecuado, también

b) para valorar la exactitud de las alegaciones formuladas en la denuncia y

c) para ocuparse de las infracciones denunciadas,

1) a través de la apertura de una investigación interna,

2) de una investigación,

3) del enjuiciamiento,

4) de una acción de recuperación de fondos u

5) otras medidas correctoras adecuadas, de conformidad con su mandato.

d) Alternativamente, dichas autoridades deben tener las competencias necesarias para remitir la denuncia a otra autoridad que deba investigar la infracción denunciada, y garantizar que haya un seguimiento adecuado por parte de dicha autoridad"

A su vez, en el considerando 66 dice que «*deben también dar respuesta a los denunciantes en lo que respecta a:*

a) las medidas previstas o adoptadas para seguir la denuncia, por ejemplo, remisión a otra autoridad, archivo del procedimiento debido a la falta de pruebas suficientes o por otros motivos, o

b) puesta en marcha de una investigación y, en su caso,

c) sus resultados o

d) las medidas adoptadas para abordar el problema planteado,

e) así como en lo que respecta a los motivos de la elección de dicho seguimiento«

Ya existen algunos órganos y organismos de la Unión Europea que disponen de canales y procedimientos de denuncias externas para la recepción de infracciones que entran en el ámbito de aplicación de esta Directiva y que prevén la confidencialidad de la identidad de los denunciantes. Entre otros, están la *Oficina Europea de Lucha contra el Fraude (OLAF), la Agencia Europea de Seguridad Marítima (AESM), la Agencia Europea de Seguridad Aérea (AESA), la Autoridad Europea de Valores y Mercados (AEVM) y la Agencia Europea de Medicamentos (EMA).*

La presente Directiva no debe afectar a dichos canales y procedimientos de denuncia externa, cuando existan, pero debe velar por que las personas que denuncien ante instituciones, órganos y organismos de la Unión se vean amparadas por unas normas mínimas comunes en materia de protección en toda la Unión.

La Directiva también considera la importancia del canal de denuncias y la casuística que se puede llegar a producir una vez puesto en marcha. En su considerando 70 dice:

"Para garantizar la eficacia de los procedimientos de seguimiento de las denuncias y de respuesta a las infracciones de las normas de la Unión de que se trate, los Estados miembros deben tener la posibilidad de adoptar medidas para aliviar las cargas que soporten las autoridades competentes como consecuencia de las denuncias de infracciones menores de disposiciones que entren en el ámbito de aplicación de la presente Directiva, las denuncias reiteradas o las denuncias sobre infracciones de disposiciones accesorias, por ejemplo, disposiciones sobre obligaciones relativas a la documentación o la notificación.

Dichas medidas pueden consistir en permitir a las autoridades competentes, tras una debida

valoración del asunto, decidir que una infracción denunciada es claramente menor y no requiere que se adopten más medidas para su seguimiento con arreglo a la presente Directiva, que no sea el archivo del procedimiento.

Los Estados miembros también han de poder autorizar a las autoridades competentes cerrar procedimientos relativos a denuncias reiteradas que no contengan información nueva y significativa con respecto a una denuncia anterior cuyo procedimiento haya concluido, a menos que nuevas circunstancias de hecho o de Derecho justifiquen una forma de seguimiento distinta. Además, en caso de un elevado número de denuncias, los Estados miembros deben poder permitir a las autoridades competentes dar prioridad al tratamiento de las denuncias de infracciones graves o de infracciones de disposiciones esenciales que entran en el ámbito de aplicación de la presente Directiva."

Y una vez dicho lo anterior, es especialmente relevante cómo esta Directiva -de una manera completamente innovadora en cuanto al Derecho de la Unión Europea- viene a establecer la necesidad de cooperación y colaboración entre las diferentes instituciones de la Unión -en particular la OLAF y la Fiscalía Europea- y al mismo tiempo establece la necesidad de intercambiar información utilizando los mecanismos de cooperación establecidos y a través de los cuales las autoridades nacionales llevan a cabo actividades de seguimiento en relación con infracciones de las normas de la Unión que tienen dimensión transfronteriza.

En particular cita ejemplos como:

a) Sistema de asistencia y cooperación administrativas establecido por la *Decisión de Ejecución (UE) 2015/1918*

b) Infracciones transfronterizas de la legislación de la Unión relativa a la cadena agroalimentaria, y la Red contra el Fraude alimentario en virtud del *Reglamento (CE) 882/2004*

c) Sistema de alerta rápida de la UE para productos peligrosos no alimentarios establecido por el *Reglamento (CE) 178/2002*

d) Red de cooperación para la protección del Consumidor en virtud del *Reglamento (CE) 2006/2004*

e) Foro de cumplimiento y Gobernanza medioambiental establecido por la *Decisión de la Comisión de 18 de enero de 2018*

f) Red europea de Competencia establecida por el *Reglamento (CE) 1/2003*

g) Cooperación administrativa en el ámbito de la fiscalidad en virtud de la *Directiva 2011/16/UE*

Pone de relieve de manera especial que "*las autoridades competentes de los Estados miembros deben aprovechar plenamente los mecanismos de cooperación existentes de este tipo cuando proceda, como parte de su obligación de seguir las denuncias relativas a infracciones que entran en el ámbito de aplicación de la presente Directiva*".

De lo que se trata y es el objetivo que persigue la Directiva es que

«Las personas que tengan intención de denunciar infracciones deben poder tomar una decisión fundada sobre la conveniencia, y sobre cuándo y cómo hacerlo. Por consiguiente, las autoridades competentes deben facilitar información clara y de fácil acceso sobre los canales de denuncia disponibles ante las autoridades competentes, sobre los procedimientos aplicables y sobre el personal de esas autoridades que sea responsable de tratar denuncias. Toda la información referente a las denuncias debe ser transparente, fácilmente comprensible y fiable con objeto de promover las denuncias y no de obstaculizarlas." (Considerando 75).

5.1) Obligación de establecer canales de denuncia externa y de seguir las denuncias

1. Los Estados miembros designarán a las autoridades competentes para recibir las denuncias, darles respuesta y seguirlas *(Ahora auditor Compliance, DPD, auditor externo/externo, en las entidades privadas es más simple)*, y las dotarán de recursos adecuados.

2. Los Estados miembros velarán por que las autoridades competentes:

a) establezcan canales de denuncia externa independientes y autónomos para la recepción y el tratamiento de la información sobre infracciones *(una administración no puede ser controlada por otra administración, al menos de su nivel, en cambio sí por un privado, o por una institución que no pueda tener posibilidad de tener intereses cruzados o paralelos, como por ejemplo haber sido designada por igual mayoría parlamentaria como fuera un pacto de partidos. Tampoco puede ser autoridad competente si se desconoce la materia, ¿podrá un auditor anti-fraude interpretar una línea de código de una librería de PYTHON, o el análisis de la leche de una vaca, o el acero que necesita la carcasa exterior de un submarino?).*El solo hecho de plantear el procedimiento en manos de un "no especialista" en el tema, plantearía la responsabilidad personal del instructor y de la institución, ya que también están sujetos al procedimiento de denuncia aquí reseñado.

b) con prontitud, y en cualquier caso en un plazo de siete días a partir

de la recepción de la denuncia, acusen recibo de ella a menos que el denunciante solicite expresamente otra cosa o que la autoridad competente considere razonablemente que el acuse de recibo de la denuncia comprometería la protección de la identidad del denunciante;

c) sigan las denuncias diligentemente;

d) den respuesta al denunciante en un plazo razonable, no superior a tres meses, o a seis meses en casos debidamente justificados;

e) comuniquen al denunciante el resultado final de toda investigación desencadenada por la denuncia, de conformidad con los procedimientos previstos en el Derecho nacional;

f) transmitan en tiempo oportuno la información contenida en la denuncia a las instituciones, órganos u organismos competentes de la Unión, según corresponda, para que se siga investigando, cuando así esté previsto por el Derecho de la Unión o nacional.

Los canales de denuncia ya están regulados parcial y previamente por:

a) *La Instrucción de Fiscalía 1/2016,*

b) *Reglamento de la Ley 10/2010, de 28 de abril, de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo.*

c) *REGLAMENTO DELEGADO (UE) 2019/758 DE LA COMISIÓN de 31 de enero de 2019 por el que se completa la Directiva (UE) 2015/849 del Parlamento Europeo y del Consejo en lo que respecta a las normas técnicas de regulación sobre las medidas mínimas y el tipo de medidas adicionales que han de adoptar las entidades de crédito y financieras para atenuar el riesgo de blanqueo de capitales y de financiación del terrorismo en determinados terceros países*

d) *La UNE 19601:2017* Sistemas de gestión de compliance penal

De ello que resulta técnicamente incomprensible que diversas agencias e instituciones *(antifraude, Protección de datos, CNMC)* , por mantener su

"chiringuito" manifiestamente tocado en sus competencias por la Directiva, quieran irrogarse el ser autoridad de ésta. Los canales de denuncia contra la administración pública, no pueden ser controlados por la misma administración pública, sino por la sociedad civil, como así se previene en las anteriores normas citadas. Es más, la experiencia negativa del Consejo de Transparencia que ha gastado más de 287.000 euros en un año en defenderse de recursos, la mayoría de administraciones públicas, que están exentas de pago de honorarios de letrados y costas, avalan la decisión de la Unión de que sean canales no controlados por la misma.

3. Los Estados miembros podrán disponer que las autoridades competentes, tras examinar debidamente el asunto, puedan decidir que la infracción denunciada es manifiestamente menor y no requiere más seguimiento con arreglo a la presente Directiva, que no sea el archivo del procedimiento. Lo anterior no afectará a otras obligaciones o procedimientos aplicables para tratar la infracción denunciada, ni a la protección prevista por la presente Directiva en relación con la denuncia interna o externa. En tales casos, las autoridades competentes notificarán al denunciante su decisión y la motivación de la misma.

4. Los Estados miembros también podrán disponer que las autoridades competentes puedan decidir archivar el procedimiento por lo que respecta a denuncias reiteradas que no contengan información nueva y significativa sobre infracciones en comparación con una denuncia anterior respecto de la cual han concluido los correspondientes procedimientos, a menos que se den nuevas circunstancias de hecho o de Derecho que justifiquen un seguimiento distinto. En tales casos, las autoridades competentes notificarán al denunciante su decisión y la motivación de la misma.

5. Los Estados miembros podrán disponer que, en caso de que haya un elevado número de denuncias, las autoridades competentes puedan seguir prioritariamente las denuncias de infracciones graves o de infracciones de disposiciones esenciales que entren dentro del ámbito de aplicación de la presente Directiva, sin perjuicio del plazo previsto en el apartado 2, letra d).

6. Los Estados miembros velarán por que cualquier autoridad que haya recibido una denuncia, pero que no tenga competencias para dar tratamiento a la infracción denunciada, la transmita a la autoridad competente dentro de un plazo razonable y de manera segura y por que el denunciante sea mantenido al corriente, sin demora, de dicha transmisión.

5.2) Diseño de los canales de denuncia externa

1. Se considerará que los canales de denuncia externa son independientes y autónomos, siempre que cumplan todos los criterios siguientes:

a) se diseñen, establezcan y gestionen de forma que se garantice la exhaustividad, integridad y confidencialidad de la información y se impida el acceso a ella al personal no autorizado de la autoridad competente;

b) permitan el almacenamiento duradero de información, de conformidad con el artículo 18, para que puedan realizarse nuevas investigaciones.

2. Los canales de denuncia externa permitirán denunciar por escrito y verbalmente. La denuncia verbal será posible por vía telefónica o a través de otros sistemas de mensajería de voz y, previa solicitud del denunciante, por medio de una reunión presencial dentro de un plazo razonable.

3. Cuando se reciba una denuncia por canales que no sean los canales de denuncia a que se refieren los apartados 1 y 2 o por los miembros del personal que no sean los responsables de su tratamiento, las autoridades competentes garantizarán que los miembros del personal que la reciban *(denuncia a través de tercero)* tengan prohibido revelar cualquier información que pudiera permitir identificar al denunciante o a la persona afectada y que remitan con prontitud la denuncia, sin modificarla, a los miembros del personal responsables de tratar denuncias.

4. Los Estados miembros velarán por que las autoridades competentes designen a los miembros del personal responsables de tratar denuncias, y en particular de:

a) informar a cualquier persona interesada sobre los procedimientos de denuncia;

b) recibir y seguir denuncias;

c) mantener el contacto con el denunciante a los efectos de darle respuesta y de solicitarle información adicional en caso necesario.

5. Los miembros del personal a que se refiere el apartado 4 recibirán formación específica a los efectos de tratar las denuncias.

5.3) Información relativa a la recepción y seguimiento de denuncias

Los Estados miembros velarán por que las autoridades competentes publiquen, en una sección separada, fácilmente identificable y accesible de sus sitios web, como mínimo la información siguiente:

a) las condiciones para poder acogerse a la protección en virtud de la presente Directiva;

b) los datos de contacto para los canales de denuncia externa previstos en el artículo 12, en particular, las direcciones electrónica y postal y los números de teléfono para dichos canales, indicando si se graban las conversaciones telefónicas;

c) los procedimientos aplicables a la denuncia de infracciones, incluida la manera en que la autoridad competente puede solicitar al denunciante aclaraciones sobre la información comunicada o proporcionar información adicional, el plazo para dar respuesta al denunciante y el tipo y contenido de dicha respuesta;

d) el régimen de confidencialidad aplicable a las denuncias y, en particular, la información sobre el tratamiento de los datos de carácter personal de conformidad con lo dispuesto en el artículo 17 de la presente Directiva, los artículos 5 y 13 del *Reglamento (UE) 2016/679*, el artículo 13 de la *Directiva (UE) 2016/680* y el artículo 15 del *Reglamento (UE) 2018/1725*, según corresponda;

e) la naturaleza del seguimiento que deba darse a las denuncias;

f) las vías de recurso y los procedimientos para la protección frente a represalias, y la disponibilidad de asesoramiento confidencial para las personas que contemplen denunciar;

g) una declaración en la que se expliquen claramente las condiciones en las que las personas que denuncien ante la autoridad competente están protegidas de incurrir en responsabilidad por una infracción de confidencialidad con arreglo a lo dispuesto en el artículo 21, apartado 2, y

h) los datos de contacto del centro de información o de la autoridad administrativa única independiente prevista en el artículo 20, apartado 3, en su caso.

6) DE LA ALEGABILIDAD INMEDIATA DE LA DIRECTIVA (UE) 2019/1937 A PARTIR DE LA FECHA DE SU ENTRADA EN VIGOR

El Derecho de la UE tiene un efecto directo o indirecto sobre la legislación de sus Estados miembros, por lo que, una vez que entra en vigor (17 de diciembre de 2019), pasa a formar parte del sistema jurídico de cada Estado miembro. La Unión Europea constituye en sí misma una fuente de Derecho. El ordenamiento jurídico se divide normalmente en Derecho primario (los Tratados y los principios generales del Derecho), Derecho derivado (basado en los Tratados) y Derecho subsidiario y si ello les comporta una incomprensión, solo deben recordar que una directiva es obligatoria para los Estados miembros destinatarios en cuanto al resultado que debe conseguirse, si bien deja en manos de las autoridades nacionales la elección de la forma y de los medios. El legislador nacional debe adoptar un acto de transposición —también denominando «medida nacional de ejecución»— para transponer la directiva en el Derecho interno y adaptar la legislación nacional a tenor de los objetivos definidos en la directiva. Ese acto de transposición confiere derechos e impone obligaciones a los ciudadanos. Los Estados miembros gozan de facultades discrecionales en la transposición de las directivas al Derecho nacional, lo que les permite tener en cuenta las particularidades nacionales. La transposición debe efectuarse en el plazo establecido por la directiva. Al transponer las directivas, los Estados miembros deben garantizar la eficacia del Derecho de la Unión. Si bien las directivas no son directamente aplicables, pese a ello el TJUE considera que determinadas disposiciones de una directiva pueden tener efectos directos en un Estado miembro sin que sea necesario que este último haya adoptado un acto de transposición previo, siempre que:

a) la directiva no haya sido transpuesta o lo haya sido de forma incorrecta;

b) las disposiciones de la directiva sean incondicionales y suficientemente claras y precisas y

c) las disposiciones de la directiva confieran derechos a los

individuos.

Cumplido ello, como es el caso, cualquier particular puede hacer valer las disposiciones de la directiva ante cualquier autoridad pública, no solo judicial, lo que algunos aún no tienen claro, conforme a ello las autoridades del Estado miembro tiene la obligación de tener en cuenta la directiva no transpuesta. (toda autoridad, ayuntamientos, diputaciones, universidades, comunidades autónomas, organismos públicos). La jurisprudencia al respecto se justifica fundamentalmente en los principios de eficacia, sanción de conductas contrarias al Tratado y tutela judicial.

Es más, el Derecho de la Unión obliga a revisar sentencias y resoluciones judiciales firmes, cuando se dan las circunstancias que se describen en el caso *Kühne & Heitz NV,* en que si un Estado miembro conocedor de la Directiva ha dictado, de forma reiterada en el tiempo, resoluciones judiciales que devienen firmes, genera responsabilidad del mismo y la obligación de la revisión.

Y, aunque no sea el caso, a partir del 17 de Diciembre de 2017 no podrá interpretarse ninguna norma vigente española en contra del texto y sentido de la directiva. La Legislación deberá aplicarse, de conformidad a la Directiva aunque no conste trasposición

7) NO HEMOS INVENTADO NADA: LA NORMA UNE 19601:2017 SISTEMAS DE GESTIÓN DE COMPLIANCE PENAL

Realmente, si hemos de buscar un antecedente de esta norma la encontraríanos en la ISO26000 y todos los trabajos que se realizaron para que fuese efectiva, incluso aquellos, que de la mano de grandes compañías, actuaron para que no prosperara o convertirla en testimonial.

ISO 26000 es una Norma Internacional ISO que ofrece una guía para Instituciones públicas y Privadas en Responsabilidad Social. Está diseñada para ser utilizada por organizaciones de todo tipo, tanto en los sectores público (Ayuntamientos, Colegios Profesionales, Organizaciones supramunicipales) como privado (Empresas, profesionales, Grupos de interés) , en los países desarrollados y en desarrollo, así como en las economías en transición. Tenemos, pues, el ámbito, la filosofía y nos falta el procedimiento.

La estructura de la *Norma UNE 19601:2017 Sistemas de gestión de compliance penal* adaptada ya al Código penal español, así como la adopción de la mayoría de prácticas contenidas en los estándares ISO 19600:2014 e ISO 37001:2016. Existe algún cambio de ubicación de contenidos respecto de estos textos, como los relativos a la evaluación de riesgos penales, que no se localizan en el *Capítulo 4:* Contexto de la organización sino en el *Capítulo 6:* Planificación. La Norma UNE incorpora 6 anexos que ayudan a su aplicación práctica. Cinco de ellos son informativos (recomendaciones de aplicación voluntaria), pero uno es normativo(exigencia a efectos de certificación):

Por tanto son procedimientos de referencia y estandarización.

7.1) Anexo A (informativo).

Es una tabla de correspondencias de los requisitos del Código penal con el contenido de la *Norma UNE 19601.*

7.2) Anexo B (informativo).

Recoge sugerencias sobre cómo ejercer la diligencia debida, tanto en socios de negocio como sobre los miembros de la organización (en particular,

sobre las personas que ocupan posiciones especialmente expuestas).

7.3) Anexo C (normativo).

Es la relación de información documentada que la organización precisa para acreditar el cumplimiento de los requisitos de la *Norma UNE 19601*. Se trata de evidencias sobre la existencia del sistema de gestión y su aplicación práctica.

7.4) Anexo D (informativo).

Incluye consejos prácticos sobre cómo impulsar modelos de Compliance penal en filiales y socios de negocio.

7.5) Anexo E (informativo).

Se recogen algunos contenidos de utilidad a la hora de redactar y aplicar cláusulas contractuales con salvaguardas de Compliance.

7.6) Anexo F (informativo).

Señala determinadas cautelas a tener en cuenta en cuanto se desarrollan restructuraciones societarias. Recuerda que, en España, la responsabilidad sobre Compliance penal:*UNE 196015 criminal* no se extingue como consecuencia de operaciones societarias. Sin ánimo de analizar detenidamente el contenido del estándar español,

En este contexto, recordemos que la norma española no recurre a conceptos jurídicos sino organizativos, como previamente hicieron los estándares ISO sobre Compliance. El concepto básico es el de “organización” y no sobre el de “persona jurídica”, lo cual acarrea consecuencias trascendentes. Así, un grupo de personas jurídicas pueden llegar a considerarse una sola organización. Podría ser el caso de los grupos empresariales aliados con instituciones, con unidad de decisión, que desarrollan sus actividades a través de múltiples personas jurídicas sin capacidades reales y dependientes del

soporte corporativo. También, una persona jurídica puede dar cabida a diferentes organizaciones. Podría ser el caso, por ejemplo, de una sola entidad mercantil desarrollando diferentes actividades o líneas de negocio, gestionadas de manera autónoma por equipos diferenciados y expuestas a riesgos penales distintos. En estos contextos, es posible plantearse la existencia de diversas organizaciones dentro de la misma persona jurídica, cada una de ellas con su propio sistema de gestión de Compliance penal.

El estándar nacional sobre Compliance penal: *UNE 196016*, el concepto de "miembros de la organización" es deliberadamente amplio y huye de los condicionantes jurídico-laborales implícitos en los términos "empleados" o "personal". En líneas generales, son miembros de la organización quienes se encuentran integrados en sus procesos, ejerciendo el mando o sujetándose a él, con independencia de la naturaleza legal de su vinculación. Sobre este colectivo, la *Norma UNE 19601:2017* prevé la aplicación tanto de medidas de diligencia debida básicas, como reforzadas para aquellos sujetos que ocupen posiciones especialmente expuestas. La categoría de "socios de negocio" abarca las personas externas con las que se vincula o pretende vincularse la organización, incluyendo a clientes, proveedores, colaboradores empresariales, etc. Podría decirse que es una categoría residual, pues toda persona que muestre vínculos con la organización pero no sea miembro de ella, debería encajar en alguna categoría subsumible como socio de negocio. También sobre este colectivo cabe aplicar medidas de diligencia debida, en las etapas de su selección, contratación y ulterior seguimiento.

Para poder eximir la responsabilidad penal de la persona jurídica, el Código penal español exige que el órgano de administración haya adoptado y ejecutado con eficacia, antes de la comisión del delito, un modelo de organización y gestión para prevenir delitos. Está refiriéndose a modelos de Compliance penal. Sin embargo, la *Circular 1/2016 de la Fiscalía General del Estado* hizo una interpretación más amplia, considerando que los modelos de organización y gestión deben procurar "cumplir con la legalidad en general y, por supuesto, con la legalidad penal pero no solo con ella". Desde una perspectiva técnica, el Código penal hace referencia a modelos específicos–

circunscritos al ámbito penal-, mientras que la Fiscalía General del Estado aboga por modelos genéricos o transversales –proyectados sobre los diversos ámbitos del cumplimiento-.

El estándar nacional sobre Compliance penal:*UNE 19617* ("Integraciones horizontales y verticales en Compliance"). Roles y responsabilidades. *La Norma UNE 19601:2017* pone cuidado en definir los roles y responsabilidades de las diferentes categorías profesionales dentro de la organización. Distingue entre los que corresponden al órgano de gobierno, el órgano de Compliance penal, la alta dirección y el resto de miembros de la organización en general. Presta especial atención a las expectativas depositadas sobre cada colectivo, a efectos de conocer sus responsabilidades organizativas en materia de Compliance. En línea con lo establecido en el Código penal, la norma española atribuye al órgano de Compliance penal cometidos de supervisión pero no necesariamente de decisión, que residen en los órganos y cargos societarios con las competencias legales para la adopción y ejecución de las decisiones oportunas. Controles La Norma *UNE 19601:2017* plantea procedimientos de diligencia debida de proyección interna (sobre miembros de la organización) y también externa (sobre socios de negocio). Igualmente, señala la necesidad de disponer controles tanto financieros como no financieros. Por este motivo, el mero control financiero que encontramos en algunas organizaciones es insuficiente a los efectos de este estándar.

Los estándares modernos sobre Compliance abogan por cultivar la integridad de las personas, en lugar de limitarse a su control. Por eso, es habitual que señalen la necesidad de actividades formativas y de concienciación. La *Norma UNE 19601:2017* sigue esta tendencia, a pesar de ser tareas no contempladas en los modelos de organización y gestión que describe el Código penal español.

Y EN LA COMPLIANCE PENAL ACTUAL, MÁS DE LA MITAD DE LOS DELITOS SON DELITOS TECNOLÓGICOS, O CON BASE TECNOLÓGICA

El órgano de Compliance penal informará sobre los aspectos que relaciona la *Norma UNE 19601:2017*. Ahora bien, es importante asegurar la inclusión de aquellos indicadores que permiten valorar el nivel de consecución

de los objetivos de Compliance penal que se haya marcado la organización.

8) ESPECIAL REFERENCIA A LOS PROCEDIMIENTOS POR DELITOS DEL ENTORNO DE LAS DENUNCIAS DE CORRUPCIÓN

Nos encontraríamos en este caso que los Tratados. Y, concretamente, del artículo 267 del *Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE)*, y normativa que lo desarrolla, y la fuerza ejecutiva del artículo 299, y **a esa fuerza ejecutiva deben someterse los tribunales i resto de la Administración españoles** sin limitación de especialidad, entendiendo que nos encontraríamos frente a una vulneración en el sentido y la forma de los derechos a la tutela judicial efectiva y a un juez imparcial (art. 47) y a la prohibición de la tortura y de las penas o los tratos inhumanos o degradantes (art. 4 CDFUE). Como la propia Carta indica, la limitación del ejercicio de estos derechos debería ser establecida por ley respetando su contenido esencial, y éste no es el caso:

Artículo 52

Alcance e interpretación de los derechos y principios

1. Cualquier limitación del ejercicio de los derechos y libertades reconocidos por la presente Carta deberá ser ***establecida por la ley y respetar el contenido esencial de dichos derechos y libertades****. Dentro del respeto del principio de proporcionalidad, solo podrán introducirse limitaciones cuando sean necesarias y respondan efectivamente a objetivos de interés general reconocidos por la Unión o a la necesidad de protección de los derechos y libertades de los demás.*

La Unión y sus instituciones, como esta directiva acredita, deben preocuparse del cumplimiento por parte de los Estados de la protección de dichos derechos y de proteger a sus ciudadanos de la vulneración por parte de los Estados de los Tratados y del resto de la legislación europea, en virtud de la cesión de soberanía de los Estados a la Unión, como así se reconoce en la Sentencia del TJUE: Van Gend & Loos de 5 de febrero de 1963 asunto 26/62.

Esta soberanía si bien está limitada al "*ámbito competencial*" (neo lenguaje de cesión de soberanía), "*los sujetos son, no solo los Estados miembros, sino también sus nacionales*" y como consecuencia, el Derecho de la Unión crea tanto obligaciones a cargo de los particulares como reconoce derechos que se incorporan a su patrimonio jurídico, derechos que nacen cuando se reconoce una norma europea de forma explícita y también "*en razón de obligaciones que el Tratado impone de manera perfectamente definida tanto a particulares como a los Estados miembros y a las Instituciones comunitarias*". La concepción como verdadero ordenamiento jurídico se reafirma en la STJUE de 15 de julio de 1964 (Caso 6/64 Costa-ENEL).

La Unión Europea celebra este año los 50 años de la Sentencia Gen & Van Der Loos. Esa sentencia viene a decir que cuando una norma se aprueba en la Unión, sea Reglamento, sea Directiva, su vigor y fuerza lo es, porque los estados han cedido su soberanía en el tema, sea total (Reglamento) o con derecho a opinar (Directiva). Pero el marco ya está fabricado, y por los principios de prevalencia, jerarquía normativa y suplencia, entra en juego la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión como valor supremo y cualquier estado, como España y sus magistrados tienen someterse y poco que opinar, pues el último tribunal es ya el TJUE de Luxemburgo.

Hemos de recordar ahora, que el Estado Español no es ya soberano por ejemplo, para designar quien le parece terrorista o quien no lo es. Debe hacerlo dentro del marco de la *Directiva (UE) 2017/541 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de marzo de 2017, relativa a la lucha contra el terrorismo y por la que se sustituye la Decisión marco 2002/475/JAI del Consejo y se modifica la Decisión 2005/671/JAI del Consejo.*

A mayor abundamiento, la referencia que hace la Directiva a la Carta lo hace especialmente pensando en el artículo 11 de la Carta cuando dice en su apartado primero:

"Art. 11

1. Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión. ***Este derecho comprende la libertad de opinión y la libertad de recibir o de comunicar informaciones o ideas sin que pueda haber injerencia de autoridades públicas y sin consideración de fronteras.***

2. Se respetan la libertad de los medios de comunicación y su pluralismo.

Evidentemente la jerarquía de normas que aquí debe seguirse es, primero, la europea, y la española subsidiariamente, en todo aquello que no contradice a la europea, que es prevalente sobre la misma. Recordando además que, al ser competencias cedidas, digámoslo de otra manera, soberanía de la UE, debe todo interpretarse según los TRATADOS, La Carta, las normas complementarias y sentencias del TJUE.

Insistimos, debe entenderse, de nuevo, el corpus jurídico español incluido dentro de un marco europeo, con multitud de sentencias del TJUE y un artículo 11 de la Carta, que en este caso es de suma importancia y pleno vigor.

9) INCUMPLIMIENTOS JURÍDICOS ESPECÍFICOS

El no cumplimiento de la Directiva a partir de su entrada en vigor comportaría:

I) La responsabilidad del Estado por los daños causados por la resolución de un órgano jurisdiccional nacional de última instancia está sujeta a las mismas condiciones. Así pues, existe una "*violación sustancial de la norma jurídica*" cuando el juez nacional ha infringido de manera manifiesta el derecho aplicable (Asunto C-224/01, Köbler contra Austria, de 30 de septiembre de 2003).

II) La responsabilidad del Estado por la interpretación de las normas jurídicas o por la apreciación de los hechos o de la prueba por parte de los tribunales superiores está recogida en la Sentencia Traghetti del Mediterráneo SpA contra la República Italiana, C-173/03 de 13 de junio de 2006.

III) La exclusión de la responsabilidad del Estado o su limitación a los supuestos de existencia de dolo o culpa grave también son contrarias al principio general de responsabilidad de los Estados miembros por violaciones del Derecho de la Unión imputables a un órgano jurisdiccional que resuelve en última instancia, tal y como se recoge en la Sentencia del asunto C-379/10, Comisión Europea contra la República Italiana, de 24 de noviembre de 2011.

IV) La Sentencia del TJUE de 26 de febrero de 2013, C-399/11, declara que según jurisprudencia reiterada, "*en virtud del principio de primacía del Derecho de la Unión, que es una característica esencial del ordenamiento jurídico de la Unión, la invocación por un Estado miembro de las disposiciones del Derecho nacional, aun si son de rango constitucional, no puede afectar a la eficacia del Derecho de la Unión en el territorio de ese Estado*".

V) En este sentido, la Sentencia del TJCE, Simmenthal de 9 de marzo de 1978 (asunto 106/77) marca el precedente a partir del cual se construyen los efectos del principio de primacía:

1) Cuando una norma interna de fecha anterior a una norma de la UE resulta incompatible, la primera resulta absolutamente inaplicable, entendiéndose tácitamente derogada (lex posterior derogat lex anterior).

2) Cuando una norma interna de fecha posterior a una norma de la UE resulta incompatible, la norma interna resultará inaplicable debido a dicha contradicción dado que el derecho de la UE impide la existencia de normas legales internas que lo contradigan.

3) El órgano jurisdiccional no debe esperar a la derogación expresa de la norma interna, de fecha anterior o posterior a la norma de la UE.

4) El órgano jurisdiccional no está obligado a plantear cuestión de constitucionalidad ante la evidencia de la incompatibilidad de la norma interna con la norma comunitaria.

5) El órgano jurisdiccional debe excluir la norma interna incompatible y aplicar la norma comunitaria.

De esta forma, en caso de confrontación, el ordenamiento jurídico comunitario es prevalente frente al nacional, al que sustituye.

VI) Según la propia norma española, "*el derecho comunitario debe aplicarse de oficio, sin incurrir en incongruencia*", y lo hace con fundamento en el artículo 218.1, pto. segundo de la Ley de Enjuiciamiento Civil, según el cual "*el tribunal, sin apartarse de la causa de pedir acudiendo a fundamentos de hecho o de Derechos distintos de los que las partes hayan querido hacer valer, resolverá conforme a las normas aplicables al caso, aunque no hayan sido acertadamente citadas o alegadas por los litigantes*".

VII) La importante Sentencia del TJUE C-416/17 de 4 de octubre de 2018 donde se fija la doctrina de que si bien en determinadas circunstancias esa cuestión prejudicial pueda no ser formulada por el órgano jurisdiccional al no estar inicialmente obligado, SÍ QUEDA OBLIGADO a formular la cuestión prejudicial de Derecho Europeo si se trata del Tribunal Supremo o de los Tribunales Superiores de Justicia o quizá incluso las Audiencias Provinciales y los propios juzgados de primera instancia e instrucción.

VIII) La Resolución del TJUE de 19 de octubre de 2018 (Asunto C-619/18) que se reconoce asimismo al TJUE que es de su competencia incluye garantizar la independencia e imparcialidad de los tribunales nacionales entre cuyas funciones se halla la aplicación del Derecho de la Unión Europea.

Así, en su auto de 19 de octubre de 2018, ordenó la suspensión de una ley que ponía en peligro la independencia de los jueces de la Corte Suprema de Polonia. Y lo hizo estableciendo lo siguiente:

"*A este respecto, debe subrayarse que la necesidad de independencia de los jueces está integrada en el contenido esencial del derecho fundamental a un proceso equitativo, que reviste una importancia capital como garante de la protección del conjunto de los derechos que el Derecho de la Unión confiere a los justiciables y de la salvaguarda de los valores comunes de los Estados miembros, enumerados en el artículo 2 TUE, en particular, del valor del Estado de Derecho [sentencia del 25 de julio de 2018, Minister for Justice and Equality (fallos del sistema judicial), C-216/18 PPU, EU:C:2018:586, párrafo 48].*

Asimismo, en la sentencia de dicho asunto de fecha 24 de junio de 2019, el TJUE declaró que las disposiciones de la legislación polaca relativas a la reducción de la edad de jubilación de los jueces del Tribunal Supremo eran contrarias al Derecho de la Unión por violar los principios de inamovilidad del juez y de independencia judicial, porque no es solo un juez nacional ES UN JUEZ DE LA UNION, con prevalencia.

IX) Esta última resolución no se elabora porque sí; nace su planteamiento del "*Documento de reflexión del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre determinados aspectos de la adhesión de la Unión Europea al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales*" publicado en Luxemburgo el 5 de mayo de 2010 donde plantea la necesidad de establecer un cauce para que el tribunal pueda pronunciarse en casos como el presente, en que se ha alegado un reenvió prejudicial y se ha negado su tramitación por parte de los tribunales estatales.

X) Sentencia del TJUE: VAN GEND & LOOS de 5 de febrero de 1963 asunto 26/62. La citada sentencia concluye, por una parte, que el derecho comunitario es autónomo respecto de la legislación de cada Estado miembro, y por otra, que "*la Comunidad constituye un nuevo ordenamiento jurídico de Derecho internacional, a favor del cual los Estados miembros han limitado su soberanía*".

Incluso un concepto tan español como el "Orden Público", ha quedado cuestionado por las sentencias K.B C-117/01 y García Avello C-148/02.

10) CONCLUSIONES

PRIMERA.- La *Directiva (UE) 2019/1937 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2019, relativa a la protección de las personas que informen sobre infracciones del Derecho de la Unión* tiene un calado muy superior a las normas que vienen redactándose desde la Unión. Podríamos decir que ya es la primera directiva *"Post Brexit",* pensada para gestionar una nueva realidad que es la puesta en marcha de un "corpus jurídico" más cohesionado de esa nueva UE. Y en esa realidad, ya no hay fronteras.

SEGUNDA.- Se crea pues una nueva figura, la de las Autoridades de control (privadas o publicas) relativa a la protección de las personas que informen sobre infracciones del Derecho de la Unión de la misma manera que se crean buzones internos y externos, estamentos que viene a fagocitar en buena parte, pero no anular, a las figuras que ya se habían creado como el del auditor de compliance o el DPD, cargos que entiendo que son compatibles con ser Autoridad de control (privada o publica) relativa a la protección de las personas que informen sobre infracciones del Derecho de la Unión, pero sobretodo fagocita esa constelación de agencias y comisiones que quedan sin práctica razón de ser, empezando por la AEPD y continuando por la CNMC, la CNMV, AEMED, AECOSAN, ANTIFRAUDE, TRANSPARENCIA, y un largo etcétera, sean estatales o autonómicas.

TERCERA.- Que la norma entró en vigor el 17 de diciembre de 2019, y por tanto, es alegable desde ese momento, planteando responsabilidades al Estado por su no aplicación. Es alegable porque concurren en ella los tres requisitos demandados por en Derecho de la Unión;

a) la directiva no haya sido transpuesta o lo haya sido de forma incorrecta;

b) las disposiciones de la directiva sean incondicionales y suficientemente claras y precisas;

y c) las disposiciones de la directiva confieran derechos a los individuos.

Y si no concurrieran, no puede aplicarse ni entenderse ninguna norma española contrariamente a la Directiva

CUARTA.- Se establece la necesidad de procedimientos de auditoria, preferiblemente externa, especializada, independiente y continua a fin de minimizar los riesgos. El propio Artículo 11 de la Carta de los Derechos Fundamentales de los Ciudadanos de la Unión, sería la que conformaría una de las características principales de esa autoridad de control, que prohíbe imperativamente a los estados controlar directa o indirectamente los procedimientos de libertad de expresión y denuncia a los intereses de la Union

QUINTA.- Es una directiva que no exime a nadie, por tanto, plantea la responsabilidad directa y personal de jueces y magistrados, fiscales, abogados del estado, pero también de las altas instituciones del Estado y partidos políticos, colegios profesionales y medios de comunicación, de trabajadores y funcionarios, de civiles y militares, desde el nivel más bajo, al más alto. En el ámbito de la Directiva, cualquier norma que los exonere queda decaída. Y no diferencia entre civil, penal, laboral, militar o administrativo. Tampoco acepta ya fronteras.

SEXTA.- La única institución, independiente incluso económicamente de los poderes públicos y de las entidades privadas que ha puesto en marcha un procedimiento de acreditación y validación de denuncias de anticorrupción de acuerdo con la directiva, identificación y validación segura de los Whistleblowers es Aspertic a través de https://puntomagenta.net , siendo sus miembros los únicos formados en los entresijos de la Directiva. Y esto no es porque seamos mejores que nadie, es que, como promotores de la Directiva, hemos estado trabajando para que el día de hoy tengamos herramientas, adaptados a la norma, desde el momento y a disposición de todos. Hemos trabajado intensamente y de forma discreta y muchos. Ahora lo hemos notificado a la Unión y al Estado Español. Esperemos en breve tiempo nos acompañen más instituciones que puedan cumplir los requisitos debidos.

SÉPTIMA.- Que el Esquema nacional de Seguridad *(ENS)* y el Esquema Nacional de Interoperabilidad *(ENI)* así como la normativa actual de Compliance y Protección de datos deberán adaptarse a esa nueva legalidad, al igual que el régimen sancionatorio deberá extenderse a los gabinetes de prensa y a los medios que actúen en su consonancia, difundiendo información o informaciones tendenciosas contra los denunciantes de corrupción

Y aquí os las presentamos, las herramientas, ya en su versión 0.8.2, y 1.1, respectivamente:

Buzón de denuncias adaptado a la directiva:

https://box.capa8.net/9797624243

Programa de auditoria continua adaptado ya a la nueva normativa

https://colibri.capa8.net/

Está ya a vuestra disposición:

OCTAVA.- El procedimiento básico planteado por la Directiva es simple:

FASE INICIAL

1) Recibo y formalización de la denuncia. Los canales que hay que tener previstos son:

a) Vía web de reclamaciones

b) Correo Electrónico a una cuenta específica

c) Denuncia telefónica, con un numero expreso ad-hoc

d) Denuncia por correo postal en una dirección física

e) Por comparecencia personal frente al instructor

2) Antes de siete días acuse de recibo, *(certificado si es posible)*.

Lleva el documento de acuse incluidos:

a) identificación del instructor,

b) petición de datos complementarios si es necesario.

Y si la documentación y los datos se entienden cumplidas,

c) también la apertura del procedimiento *(3-1)*

FASE INSTRUCTORA

3) Apertura del Procedimiento de investigación

3-1) Documento de apertura y nombramiento de instructor

3-2) Informe de las actuaciones realizadas por el instructor

3-3) Documento de ampliación de plazo para especial complejidad *(3-b)*

3-a) Plazo máximo de tres meses para la resolución que no será superior a tres meses a partir del acuse de recibo o, si no se remitió un acuse de recibo al denunciante,

3-b) En caso de especial complejidad ampliación del plazo a seis meses

FASE DE RESOLUCIÓN

4) Resolución y comunicación al denunciante (por el canal escogido) y al denunciado de la resolución *(certificado)*

Se plantean tres tipos de resoluciones:

4-1) Verificación de los hechos denunciados- Propuesta de medidas correctoras

4-2) Archivo por no ser una infracción al derecho de la Unión, ni de corrupción.

4-3) Remisión de la investigación a otra instancia *(por que es delito, para que corresponde a otra institución o empresa el tema denunciado)*

El procedimiento diseñado por la UNE 19601:2017, es mucho más elaborado.

NOVENA.- Si una empresa, institución o ayuntamiento, tiene puesto en marcha un procedimiento de denuncia interno/externo, conforme a la presente directiva, plenamente homologable en sus requisitos de confiabilidad, parece que ésta sea la estructura competente primera y prevalente para la investigación de los ítems del punto primero de este informe sobre la Directiva.

La pregunta *(con ejemplo)* es: si en un tema como puede ser el de una denuncia de Protección

de Datos de Carácter Personal *(incluido en la Directiva), ¿puede continuar instruyéndolo la Agencia Española de Protección de Datos o debe traspasarlo al servicio correspondiente para que lo instruya y decida?*. Y esa pregunta es replicable a todas las autoridades de control, de todos los países. Y la segunda pregunta es ¿puede la Agencia Española de Protección de datos, o la Comisión Nacional de la Competencia, no solo tramitar, sino sancionar a su libre albur, o es que resulta que esa sanción corresponde ya a la Unión y ha de ser conforme en su cuantiá y extensión igual en todos los estados? *(mismo delito, misma pena).*

DÉCIMA.- Entra también la Directiva hasta el fondo en la Administración de Justicia. Salva solo *"el secreto de las deliberaciones judiciales"* de la Administración de Justicia; cualquier otra acción, actuación o trámite procesal SI queda pues incluido en la protección de la Directiva, incluidas las resoluciones fruto de esas deliberaciones o aquellas acciones, manifestaciones, formaciones o intereses que sean propias del juez; incluido su elección por el CGPJ-

También queda incluida, pues, la Fiscalía en todos sus aspectos y la Abogacía del Estado. Por tanto, de conformidad con la directiva deberán establecer un procedimiento, independiente del Ministerio de Justicia, para recoger, tratar, tramitar, resolver y sancionar de manera transparente las ***responsabilidades personales*** de su actuación por infracción del Derecho de la Unión; repetimos solo queda excluida de la Directiva el "secreto de las deliberaciones judiciales".

No se excluye tampoco al Tribunal Constitucional ni a todos los consejos (Consejo de Estado) ni a tribunales ad hoc (Tribunal de Cuentas), ni tan siquiera a la Casa Real.

Posiblemente, un análisis más profundo de la directiva nos daría mayores sorpresas. Esta es solo la primera visión desde un rincón de Europa de alguien que en su momento fue promotor de la **La Directiva UE/2019/1937 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2019, relativa a la protección de las personas que informen sobre infracciones del Derecho de la Unión**. (Directiva Whistleblowers) y que ahora afirma acreditar su idoneidad al nuevo marco jurídico

Pero más importante es que estas son las "armas" que tienen los whistleblowers, y también nosotros, pero sobretodo es toda una declaración de apoderamiento del Derecho de la Unión frente a los derechos nacionales, que merece una puesta en común de todos a partir de ahora.

Firmado a 17 de diciembre de 2019

Josep Jover

Presidente de Aspertic

BIBLIOGRAFÍA

-Tratado de Funcionamiento de la UE

-Reglamento (CE) n o 1987/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de diciembre de 2006 , relativo al establecimiento, funcionamiento y utilización del Sistema de Información de Schengen de segunda generación (SIS II)

-Reglamento (CE) nº 178/2002 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 28 de enero de 2002, por el que se establecen los principios y los requisitos generales de la legislación alimentaria, se crea la Autoridad Europea de Seguridad Alimentaria y se fijan procedimientos relativos a la seguridad alimentaria

-Reglamento (CE) nº 1/2003 del Consejo, de 16 de diciembre de 2002, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 81 y 82 del Tratado

-Reglamento (CE) nº 882/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, sobre los controles oficiales efectuados para garantizar la verificación del cumplimiento de la legislación en materia de piensos y alimentos y la normativa sobre salud animal y bienestar de los animales

-Reglamento (CE) Nº2006/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de octubre de 2004, sobre la cooperación entre las autoridades nacionales encargadas de la aplicación de la legislación de protección de los consumidores («Reglamento sobre la cooperación en materia de protección de los consumidores»)

-Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento general de protección de datos)

-Reglamento (UE) 2016/794 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo de 2016, relativo a la Agencia de la Unión Europea para la Cooperación Policial (Europol) y por el que se sustituyen y derogan las Decisiones 2009/371/JAI, 2009/934/JAI, 2009/935/JAI, 2009/936/JAI y 2009/968/JAI del Consejo

-Reglamento (UE) 2018/1725 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2018, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales por las instituciones, órganos y organismos de la Unión, y a la libre circulación de esos datos, y por el que se derogan el Reglamento (CE) n.º 45/2001 y la Decisión n.º 1247/2002/CE

-Reglamento (UE) 2019/881 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de abril de 2019, relativo a ENISA (Agencia de la Unión Europea para la Ciberseguridad) y a la certificación de la ciberseguridad de las tecnologías de la información y la comunicación y por el que se deroga el

Reglamento (UE) n.o 526/2013 («Reglamento sobre la Ciberseguridad»)

-Directiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2008 , sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles

-Directiva 2009/43/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 6 de mayo de 2009 , sobre la simplificación de los términos y las condiciones de las transferencias de productos relacionados con la defensa dentro de la Comunidad

-Directiva 2009/81/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de julio de 2009 , sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de determinados contratos de obras, de suministro y de servicios por las entidades o poderes adjudicadores en los ámbitos de la defensa y la seguridad, y por la que se modifican las Directivas 2004/17/CE y 2004/18/CE

-Directiva 2010/64/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de octubre de 2010 , relativa al derecho a interpretación y a traducción en los procesos penales

-Directiva 2011/16/UE del Consejo, de 15 de febrero de 2011 , relativa a la cooperación administrativa en el ámbito de la fiscalidad y por la que se deroga la Directiva 77/799/CEE

-Directiva 2012/13/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de mayo de 2012, relativa al derecho a la información en los procesos penales

-Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2012 , por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos, y por la que se sustituye la Decisión marco 2001/220/JAI del Consejo

-Directiva 2013/48/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de octubre de 2013 , sobre el derecho a la asistencia de letrado en los procesos penales y en los procedimientos relativos a la orden de detención europea, y sobre el derecho a que se informe a un tercero en el momento de la privación de libertad y a comunicarse con terceros y con autoridades consulares durante la privación de libertad

-Directiva 2014/23/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014 , relativa a la adjudicación de contratos de concesión

-Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014 , sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE

-Directiva 2014/42/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 3 de abril de 2014 , sobre el embargo y el decomiso de los instrumentos y del producto del delito en la Unión Europea

-Directiva (UE) 2016/343 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 9 de marzo de 2016, por la que se refuerzan en el proceso penal determinados aspectos de la presunción de inocencia y el derecho

a estar presente en el juicio

Directiva (UE) 2016/680 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales por parte de las autoridades competentes para fines de prevención, investigación, detección o enjuiciamiento de infracciones penales o de ejecución de sanciones penales, y a la libre circulación de dichos datos y por la que se deroga la Decisión Marco 2008/977/JAI del Consejo

-Directiva (UE) 2016/1148 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 6 de julio de 2016, relativa a las medidas destinadas a garantizar un elevado nivel común de seguridad de las redes y sistemas de información en la Unión

-Directiva (UE) 2016/1919 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de octubre de 2016, relativa a la asistencia jurídica gratuita a los sospechosos y acusados en los procesos penales y a las personas buscadas en virtud de un procedimiento de orden europea de detención

-Directiva (UE) 2017/541 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de marzo de 2017, relativa a la lucha contra el terrorismo y por la que se sustituye la Decisión marco 2002/475/JAI del Consejo y se modifica la Decisión 2005/671/JAI del Consejo

-Directiva (UE) 2018/1972 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de diciembre de 2018, por la que se establece el Código Europeo de las Comunicaciones Electrónicas

-Directiva (UE) 2019/1937 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2019, relativa a la protección de las personas que informen sobre infracciones del Derecho de la Unión

-Reglamento (CE) nº 1205/2008 de la Comisión, de 3 de diciembre de 2008 , por el que se ejecuta la Directiva 2007/2/CE del Parlamento Europeo y del Consejo en lo que se refiere a los metadatos

-Reglamento (UE) nº 1089/2010 de la Comisión, de 23 de noviembre de 2010 , por el que se aplica la Directiva 2007/2/CE del Parlamento Europeo y del Consejo en lo que se refiere a la interoperabilidad de los conjuntos y los servicios de datos espaciales

-Reglamento (CE) n.º 976/2009 de la Comisión, de 19 de octubre de 2009, por el que se ejecuta la Directiva 2007/2/CE del Parlamento Europeo y del Consejo en lo que se refiere a los servicios de red

-Reglamento (UE) nº1311/2014 de la Comisión, de 10 de diciembre de 2014, por el que se modifica el Reglamento (CE) nº 976/2009 en lo que se refiere a la definición del elemento de metadatos Inspire

-Reglamento Delegado (UE) 2019/758 de la Comisión, de 31 de enero de 2019, por el que se completa la Directiva (UE) 2015/849 del Parlamento Europeo y del Consejo en lo que respecta a las normas técnicas de regulación sobre las medidas mínimas y el tipo de medidas adicionales que han de

adoptar las entidades de crédito y financieras para atenuar el riesgo de blanqueo de capitales y de financiación del terrorismo en determinados terceros países

-Decisión de Ejecución (UE) 2015/1918 de la Comisión, de 22 de octubre de 2015, por la que se establece el sistema de asistencia y cooperación administrativas («sistema ACA») con arreglo al Reglamento (CE) n° 882/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre los controles oficiales efectuados para garantizar la verificación del cumplimiento de la legislación en materia de piensos y alimentos y la normativa sobre salud animal y bienestar de los animales [notificada con el número C(2015) 7132]

-Decisión de la Comisión, de 18 de enero de 2018, por la que se crea un grupo de expertos en materia de cumplimiento y gobernanza medioambiental

-Decisión (PESC) 2019/797 del Consejo, de 17 de mayo de 2019, relativa a medidas restrictivas contra los ciberataques que amenacen a la Unión o a sus Estados miembros

-Sentencia Kuhne & Heitz NV contra Produktschap voor Pluimvee en Eieren del TJUE

-Sentencia NV Algemene Transport-en Expeditie Onderneming van Gend & Loos contra la Administración Fiscal Holandesa

-Sentencia del Tribunal de Justicia de 15 de julio de 1964. Flaminio Costa contra E.N.E.L.

-Sentencia del Tribunal de Justicia de 9 de marzo de 1978. Amministrazione delle Finanze dello Stato contra SpA Simmenthal

-Sentencia del Tribunal de Justicia de 30 de septiembre de 2003. Gerhard Köbler contra Republik Österreich.

-Sentencia del Tribunal de Justicia de 2 de octubre de 2003. Carlos García Avello contra Estado belga.

-Sentencia del Tribunal de Justicia de 7 de enero de 2004. K.B. contra National Health Service Pensions Agency y Secretary of State for Health.

-Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 13 de junio de 2006. Traghetti del Mediterraneo SpA contra Repubblica italiana.

-Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Quinta) de 24 de noviembre de 2011. República Italiana contra Comisión Europea.

Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 26 de febrero de 2013. Stefano Melloni contra Ministerio Fiscal.

-Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Quinta) de 4 de octubre de 2018. Comisión Europea / República

Francesa [Incumplimiento de Estado — Artículos 49 TFUE y 63 TFUE y artículo 267 TFUE, párrafo tercero — Tributación en cadena — Diferencia de trato en función del Estado de residencia de la filial de ulterior nivel (subfilial) — Devolución de retenciones en la fuente de los rendimientos del capital mobiliario que se han practicado e ingresado indebidamente — Requisitos aplicables a las pruebas aportadas para justificar la devolución — Límite máximo del derecho a devolución — Discriminación — Órgano jurisdiccional nacional que resuelve en última instancia — Obligación de remisión prejudicial.

-Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 24 de junio de 2019. Comisión Europea/República de Polonia (Incumplimiento de Estado — Artículo 19 TUE, apartado 1, párrafo segundo — Estado de Derecho — Tutela judicial efectiva en los ámbitos cubiertos por el Derecho de la Unión — Principios de inamovilidad y de independencia judicial — Reducción de la edad de jubilación de los jueces del Tribunal Supremo — Aplicación a los jueces en activo — Posibilidad de continuar ejerciendo la función jurisdiccional una vez alcanzada esa edad supeditada a la obtención de una autorización mediante decisión discrecional del Presidente de la República)

-Ley 9/1968, de 5 de abril, sobre secretos oficiales.

-Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.

-Instrucción de la Fiscalía 1/2016, sobre la intervención del fiscal en las cuestiones prejudiciales europeas.

-Norma UNE 19601:2017

-ISO 19600:2015

-ISO 37001:2016

RECURSO CASACION núm.: 1146/2016

Ponente: Excmo. Sr. D. Pablo Llarena Conde

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Josefa Lobón del Río

TRIBUNAL SUPREMO
Sala de lo Penal

Sentencia núm. 585/2017

Excmos. Sres.

D. Manuel Marchena Gómez

D. Julián Sánchez Melgar

D. Francisco Monterde Ferrer

D. Pablo Llarena Conde

D. Perfecto Andrés Ibáñez

En Madrid, a 20 de julio de 2017.

Esta sala ha visto el recurso de casación número 1146/2016 interpuesto por Fernando Presencia Crespo, representado por la Procuradora D.ª. María Dolores de Haro Martínez bajo la dirección letrada de D. Jesús Garzón Flores, contra la sentencia n.º 3/2016 dictada el 23 de mayo de 2016 por el la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha, con sede en Albacete, en el Rollo de Procedimiento Abreviado 1/2016, en el que se condenó al recurrente Fernando Presencia Crespo como responsable criminalmente en concepto de autor de un delito de prevaricación del artículo 446.3º del Código Penal. Ha sido parte recurrida el Ministerio Fiscal.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Pablo Llarena Conde.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha, Sala de lo Civil y Penal, con sede en Albacete, incoó Diligencias Previas 13/2015 por delito de prevaricación judicial, contra Fernando Presencia Crespo. Acordado continuar la tramitación de la causa, de conformidad con los previsto en los artículos 780 y siguientes de la L.E.Crim., y dado traslado a las partes, se acordó la apertura del juicio contra el Sr. Presencia Crespo y se consideró órgano competente para el enjuiciamiento y fallo la propia Sala de lo Civil y Penal del citado Tribunal Superior de Justicia. Incoado el Procedimiento Abreviado 1/2016, con fecha 23 de mayo de 2016 dictó sentencia n.º 3/2016 en la que se contienen los siguientes HECHOS PROBADOS:

«De lo actuado resulta probado y así se declara expresamente, que Fernando Presencia Crespo, magistrado, destinado en el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción número 2 de Talavera de la Reina, tramitó como Juez de Instrucción juicio de faltas con el número 81/2013, por una falta de imprudencia perseguible únicamente a instancia del perjudicado Miguel Ángel Blanco de la Rocha, que se archivaron al no constar la denuncia, ordenándose su reapertura mediante auto de 24 de abril de 2013, al recibir las actuaciones realizadas por el Juez de Instrucción número 5 de Talavera de la Reina (que ordenó la apertura de Diligencias Previas por delito de lesiones imprudentes e inhibición a favor del Juez de Instrucción número 2, mediante auto de 23 de noviembre de 2012) ante el que se personaron tanto Miguel Ángel Blanco de la Rocha en calidad de perjudicado, como la compañía de seguros Groupama Plus Ultra S. A. de Seguros. El primer auto dictado en el juicio de faltas 81/2013, el 8 de marzo de 2013, fue recurrido por Miguel Ángel Blanco de la Rocha, con la adhesión del fiscal que solicitó la incoación de diligencias previas por delitos de lesiones imprudentes y omisión del deber de socorro, mientras que la compañía aseguradora solicitó que se confirmara el auto y continuará el juicio de faltas por no apreciarse la comisión de delito. Fernando Presencia resolvió el recurso en su auto de 30 de diciembre de 2013 estimando el recurso de reforma y ordenando la incoación de Diligencias Previas, que fue realizada el 6 de marzo de 2014 con un nuevo auto, abierto por un delito de lesiones por imprudencia, que ordenaba la apertura de sus Diligencias Previas n° 137/2014, abiertas, según manifiesta en el texto, por delito de lesiones imprudentes, ordenando la declaración como imputado de Carlos Lucas Cifuentes y como perjudicado de Miguel Ángel Blanco de la Rocha. El día 24 de marzo de 2014 declaró el denunciante Miguel Ángel Blanco de la Rocha, que se limitó a recibir el ofrecimiento de acciones, a ratificar la denuncia y a manifestar que no había sido reconocido por el médico forense. El 26 de marzo de 2014 el juez Fernando Presencia tomó declaración como imputado a Carlos Lucas Cifuentes, asistido del letrado

Alberto Javier Pérez, con la intervención del abogado del denunciante Manuel Sagi Vidal, en las dependencias de su juzgado y, tras interrogarle sobre los hechos que se le atribuían, el supuesto atropello con su coche de un peatón y su fuga subsiguiente, meses atrás en el casco urbano de Talavera de la Reina, oyó la versión del imputado que se exculpó del delito de omisión del deber de socorro; diciendo que, cuando arrancó su automóvil, el cristal estaba empañado a consecuencia de la lluvia; que había tráfico bastante y la velocidad no superaba los 30 ó 40 Km/h; que no se percató del atropello y se detuvo en el paso de cebra siguiente ya que había vehículos detenidos y gente pasando por el referido paso. Seguidamente, el juez Fernando Presencia denegó por considerar que ya estaba contestada la pregunta formulada por el señor Sagi Vidal, sobre si oyó el impacto del peatón en su vehículo y el letrado formuló protesta. Seguidamente Fernando Presencia pregunto a las partes la procedencia de la transformación, del procedimiento a Juicio de Faltas; la defensa del imputado interesó la transformación a juicio de Faltas por considerar que los hechos podrían ser una falta del artículo 621.3 del código penal y en ningún caso constituir delito de omisión del deber de socorro, porque ni siquiera por la defensa del denunciante en este mismo acto se le había preguntado sobre hechos que pudieran ser constitutivos de este delito y no ser de aplicación cuando la victima se encuentra atendida sin quedar en desamparo; el señor Sagi Vidal abogado del denunciante mostró su disconformidad con la transformación del procedimiento por delito en juicio de faltas.

El juez Fernando Presencia, después de retirar la palabra al señor Sagi Vidal, letrado de la acusación particular personada, dictó resolución de forma oral acordando el sobreseimiento provisional en relación con el delito de omisión del deber de socorro y el sobreseimiento libre y transformación a falta del procedimiento por las lesiones imprudentes, sin esperar la toma de declaración del testigo presencial (que había sido identificado por el denunciante con nombre y apellidos), ni la recepción del atestado de la Policía Local (del que se daba cuenta también en la denuncia, con mención de su número: 390/2012).

Su resolución quedó documentada con el siguiente tenor "Por SSa., en este mismo acto se acuerda lo siguiente: que las presentes actuaciones se incoaron como consecuencia de un accidente de circulación con resultado de lesiones en el que además se indicaba por el denunciante que los hechos podían constituir igualmente un delito de Omisión del Deber de Socorro toda vez que, según en la propia denuncia se indica, el imputado con pleno conocimiento de lo que había ocurrido, se dio a la fuga sin atender al lesionado. Estos hechos que fueron puesto en conocimiento de este Juzgado a través de Diligencias Previas fueron calificados como constitutivos de falta de Lesiones imprudentes del art. 621-3° del Código Penal, ante dicha resolución se interpuso recurso por el denunciante al que se adhirió el Ministerio Fiscal y este Juzgado lo estimó acordando la transformación del Juicio de Faltas en Diligencias Previas, por si los hechos denunciados Pudieran ser constitutivos además del delito de Omisión del Deber de Socorro que se denunció. Sin embargo, en el mismo acto de esta declaración, de las propias manifestaciones del imputado, del contenido de las preguntas que se formularon del contrario por la defensa del denunciante, y teniendo en cuenta las

alegaciones de la defensa del denunciado, es por lo que, se considera oportuno entender que lo único que parece justificado, en todo caso, y así lo ha reconocido el imputado es la ocurrencia del siniestro que se menciona en la denuncia con el resultado de lesiones por parte del perjudicado, pero sin que en ningún caso exista ni siquiera alegación justificada de aquellas circunstancias que permitan entender que por parte del declarante haya existido omisión del deber de socorro, teniendo en cuenta en primer lugar que ni la propia defensa del denunciante ha formulado pregunta alguna relativa a la pretendida omisión del deber de socorro, y en segundo lugar resulta poco creíble en persona que pretenda su fuga después de ocurrido un siniestro el que escasos metros después de ocurrir el accidente detenga su vehículo respetando el siguiente ceda el paso".

Al día siguiente 27 de marzo de 2014 el juez Fernando Presencia dictó auto escrito en los mismos términos que su resolución oral y ese mismo día se presentó escrito por la representación del perjudicado denunciante, reiterando la práctica de la testifical del Sr. Carpeto Abad que habla presenciado los hechos y que se recabara de la Policía Municipal el parte de accidente levantado con ocasión de los hechos con el num. 390/2012; y, con fecha 7 de Abril de 2014, también presentó escrito interponiendo recurso de reforma y subsidiaria apelación, interesando la nulidad y revocación del Auto recurrido e interesando la práctica de diligencias de investigación; alegaba la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, falta de motivación, arbitrariedad, irrazonabilidad y error patente de la resolución; la infracción del artículo 779 de la ley de enjuiciamiento criminal, por haberse resuelto sin haber terminado la fase de instrucción, por no haber practicado las diligencias interesadas ni haberse resuelto sobre su admisión o no; añadiendo que existen indicios de criminalidad que obligan a practicar las diligencias interesadas; que no procede transformar en falta las lesiones imprudentes. El Ministerio Fiscal se adhirió al recurso, solicitando la práctica de las diligencias propuestas por la parte.

El Juez instructor Fernando Presencia desestimó el recurso de reforma y admitió a trámite el de apelación, mediante un auto de 27 de junio de 2014, en el que se limitaba a dar por reproducida la argumentación del auto recurrido, diciendo únicamente que "las alegaciones del recurso no desvirtúan la legalidad de la resolución impugnada, que debe ser confirmada con desestimación del recurso, dando por reproducida la argumentación del auto recurrido".

Fernando Presencia era amigo del abogado imputado Carlos Lucas Cifuentes, ambos residían en viviendas vecinas, comían y cenaban juntos habitualmente en el bar regentado por los hermanos Martín y Atanasio Gutiérrez Montero, que se encuentra próximo a los juzgados de Talavera de la Reina y, tras la visita a esta ciudad de la esposa de Fernando con varias amigas, se desplazaron juntos a Valencia, donde durmieron en casa de Fernando.

Fernando Presencia resolvió oralmente el 26 de marzo y, por escrito en autos de 27 de marzo y 27 de junio de 2014 el sobreseimiento provisional en relación con el delito de

omisión del deber de socorro y el sobreseimiento libre y transformación a falta del procedimiento por las lesiones imprudentes, atribuidas a Carlos Lucas Cifuentes, para favorecer a este y evitarle un posible juicio por hecho delictivo, sabiendo que ni se habían practicado las diligencias de prueba solicitadas, ni había decidido sobre su práctica y con conciencia de que eran imprescindibles para decidir.»

SEGUNDO.- El Tribunal Superior de Justicia de instancia emitió el siguiente pronunciamiento:

«FALLO

Que **debemos condenar** y **condenamos al Ilustrísimo señor don Fernando Presencia Crespo como responsable criminalmente en concepto de autor de un delito de prevaricación del artículo 446. 3° del código penal,** sin circunstancias modificativas de la responsabilidad; a la pena de prisión de doce meses de multa, con una cuota de diez euros por día, con un día de privación de libertad por cada dos cuotas no pagadas, inhabilitación especial por tiempo de 10 años, para el cargo de juez o magistrado, con pérdida definitiva del cargo que ostenta y de los honores que le son anejos, así como con la incapacidad para obtener durante el tiempo de la condena cualquier empleo o cargo con funciones jurisdiccionales o de gobierno dentro del Poder Judicial o con funciones jurisdiccionales fuera del mismo, condenándole al pago de las costas.

Notifíquese esta resolución indicando que contra la misma cabe recurso de casación para ante la sala segunda del Tribunal Supremo, preparándose ante esta sala dentro de los cinco días siguientes al de la última notificación de la sentencia.»

TERCERO.- El 24 de mayo de 2016, la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha con sede en Albacete, dictó auto aclaratorio de la sentencia de 23 de mayo de 2016, con el siguiente pronunciamiento:

«LA SALA ACUERDA:

Rectificando el error expuesto suprimimos en el fallo de la sentencia las palabras "de prisión".

Incorpórese esta resolución al libro de Sentencias y llévese testimonio a los autos principales.

Contra este auto no cabe recurso alguno.».

CUARTO.- Notificada la sentencia a las partes, la representación procesal de Fernando Presencia Crespo, anunció su propósito de interponer recurso de casación por infracción de precepto constitucional, por infracción de ley y doctrina legal, y por quebrantamiento de forma, recurso que se tuvo por preparado remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las actuaciones y certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.

QUINTO.- El recurso formalizado por Fernando Presencia Crespo, se basó en los siguientes MOTIVOS DE CASACIÓN:

Primero.- Amparado en el artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial por vulneración del derecho constitucional a la presunción de inocencia en relación a la inexistencia de prueba de cargo sobre las conductas tipificadas como delito y la participación en los mismos, concretamente la inexistencia de prueba de cargo respecto del delito de prevaricación recogido en el artículo 446.3 del Código Penal, por el que fue condenado Fernando Presencia Crespo.

Segundo.- Amparado en el artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, al haberse infringido un precepto penal de carácter sustantivo u otra norma jurídica del mismo carácter que deba ser observada en la aplicación de Ley penal. La infracción se produce respecto del delito de prevaricación, previsto en el artículo 446.3 del Código Penal.

Tercero.- Amparado en el artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y el artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial por vulneración del derecho constitucional a la tutela judicial efectiva respecto del principio de intervención mínima del Derecho Penal. Una cuestión capital a la hora de enjuiciar o valorar la existencia del delito de prevaricación contemplado en el artículo 446 del Código Penal, se corresponde con el conocimiento por parte del Juzgador de que con su resolución está cometiendo una injusticia o

vulnerado el Derecho, es decir, el error sobre la injusticia de la sentencia dictada.

SEXTO.- Instruido el Ministerio Fiscal del recurso interpuesto, en escrito de 5 de octubre de 2016 solicitó la inadmisión e impugnó de fondo los motivos del recurso e interesó su desestimación. Tras admitirse por la Sala, quedaron conclusos los autos para señalamiento de la vista cuando por turno correspondiera. Y, hecho el señalamiento para la vista prevenida, se celebró el día 28 de junio de 2017. Al acto compareció el letrado recurrente D. Jesús Garzón Flores en la defensa de Fernando Presencia Crespo que informó sobre los motivos, así como el Ministerio Fiscal que se ratificó en su informe de fecha 5 de octubre de 2016.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La Sala Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha, con sede en Albacete, en su Rollo 1/2016, procedente de las Diligencias Previas 13/2015 de esa misma Sala, seguidas por un presunto delito de prevaricación contra el Ilustrísimo Sr. D. Fernando Presencia Crespo, Magistrado que -cuando los hechos sometidos a proceso tuvieron lugar- estaba en ejercicio en el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción n.º 2 de Talavera de la Reina (Toledo), dictó Sentencia el 23 de mayo de 2016, en la que condenó a D. Fernando Presencia Crespo como autor responsable de un delito de prevaricación del artículo 446.3 del Código Penal, imponiéndole la pena de 12 meses multa, en cuota diaria de diez euros, e inhabilitación especial para el cargo de juez o magistrado por tiempo de 10 años, con pérdida definitiva del cargo que ostenta y de los honores que le son anejos, así como con la incapacidad para obtener durante el tiempo de la condena cualquier empleo o cargo con funciones jurisdiccionales o de gobierno dentro del Poder Judicial o con funciones jurisdiccionales fuera del mismo, condenándole al pago de la costas procesales causadas en la tramitación del procedimiento.

Los hechos en los que se funda la condena consistieron, esencialmente, en que en las Diligencias Previas 137/2014, que habían sido incoadas contra Carlos Lucas Cifuentes, en el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 2 de los de Talavera de la Reina en el que el acusado ejercía su jurisdicción, el Juez Fernando Presencia acordó sobreseer provisionalmente la causa respecto del eventual delito de omisión del deber de socorro que se indagaba (art. 641.1 LECRIM), al tiempo que declaró que las lesiones imprudentes que eran objeto de procedimiento, no podían ser constitutivas de un delito del artículo 152 del Código Penal entonces vigente, sino -en su caso- de una falta de lesiones por imprudencia leve del artículo 621.3 del mismo texto legal, acomodando el procedimiento a la naturaleza de esta infracción. Entendió el Tribunal Superior de Justicia que este conjunto de decisiones, se dictaron para favorecer al encausado en aquel procedimiento y para evitarle un posible juicio por delito, dado que el Juez instructor D. Fernando Presencia, era amigo del conductor que estaba siendo investigado, el imputado Carlos Lucas Cifuentes. Y considera probado el Tribunal Superior de Justicia, que el acusado era consciente de que las decisiones favorecedoras, las adoptaba sin haber practicado las diligencias de prueba que en aquel procedimiento habían sido reclamadas por las acusaciones, y sin resolver siquiera sobre ellas, pero teniendo el Juez plena conciencia de que las indagaciones desatendidas eran imprescindibles para poder tomar la decisión que adoptó.

SEGUNDO.- 1. El recurrente formula su primer motivo por cauce de una eventual infracción de precepto constitucional, prevista en los artículos 852 de la LECRIM y 5.4 de la LOPJ, y en relación con el artículo 24 de la CE y más concretamente por quebranto de su derecho a la presunción de inocencia.

La formulación del motivo se argumenta sosteniendo que no existe prueba que justifique la concurrencia de los elementos exigidos por el tipo penal de aplicación. Aduce el recurrente que el delito de prevaricación judicial exige de una resolución que desconozca cualquier método de aplicación jurídica aceptable, de suerte que la decisión judicial quede fuera de lo técnicamente defendible y suponga que el juez impone su voluntad o deseo, sobre la interpretación racional de la ley. Considera que tal comportamiento no se ha acreditado en el caso enjuiciado, pues más allá de la siempre posible

falibilidad humana, la intención del acusado era salvaguardar los derechos de la víctima del accidente, proporcionándole que la reparación indemnizatoria se abordara mediante el procedimiento para el enjuiciamiento de las faltas, que entiende que resultaba más ágil y favorable para la víctima que un procedimiento por delito. Añade que no hay prueba que justifique que el acusado dictara la resolución a sabiendas de su injusticia y, frente al argumento del Tribunal de instancia de que existía una relación de amistad entre el Juez instructor y el encausado favorecido, arguye que la relación que tenía el Juez Fernando Presencia con el encausado, era la escueta relación profesional que surgía de que el conductor inculpado ejerciera la profesión de abogado, sin que tuviera con él un trato más estrecho del que pueda tener con otros abogados, procuradores, letrados de la administración de justicia o, incluso, con el propio fiscal jefe que presentó la querella inicial. Y concluye el motivo argumentando que la decisión judicial en la que se hace descansar su responsabilidad delictiva, era una decisión con cobertura legal o, cuando menos, no se mostraba irrazonable conforme a la legalidad vigente.

En la vista oral practicada en sede de casación, el recurrente reforzó el motivo expresando que la sentencia de instancia no ha entrado en la realidad formal de la denuncia y en la posibilidad de que la causa tenga, por ello, un inicio viciado. Añade también la alegación de que no concurre prueba directa de la amistad entre el recurrente y el encausado, al tiempo que subraya como particularmente expresivo de no concurrir el condicionamiento de amistad que expresa la sentencia de instancia, el que el recurrente tomó posesión como Juez de Talavera de la Reina, sólo un mes antes de que entrara en su juzgado el parte hospitalario que motiva el inicio del procedimiento. Y en clara alusión al elemento intencional, volvió a recordar que la resolución se adoptó para favorecer al propio denunciante, pues entiende sabido que la motivación esencial en estas denuncias es de naturaleza económica, por lo que, a su juicio, el procedimiento por faltas, no sólo garantiza la misma indemnización que derivaría en un procedimiento por delito, sino que favorece que la acción civil derivada de los hechos enjuiciados, pueda ser resuelta con mayor celeridad. Lo que complementa afirmando que si su voluntad hubiera sido la de favorecer a un abogado, se hubiera mantenido el procedimiento por delito, pues en ese tipo de procedimientos los abogados devengan mejores ingresos.

2. Es pacífica la jurisprudencia de esta Sala al describir que cuando se alega infracción del derecho a la presunción de inocencia, nuestra función no puede consistir en realizar una nueva valoración de las pruebas practicadas a presencia del Juzgador de instancia, porque solo a éste corresponde tal función valorativa, pero sí podemos verificar que el Tribunal "*a quo"* contó con suficiente prueba de signo acusatorio, esto es, si la prueba practicada en el juicio, permitió que el Tribunal extrajera la conclusión que se combate. Una verificación que alcanza a que la prueba de cargo se haya obtenido sin violar derechos o libertades fundamentales, así como a que su práctica responda al procedimiento y supuestos para los que fue legalmente prevista, comprobando también que en la preceptiva motivación de la sentencia se ha expresado por el Juzgador el proceso fundamental de su raciocinio y que ese razonamiento de la convicción obedece a los criterios lógicos y razonables que permiten corroborar las tesis acusatorias sobre la comisión del hecho y la participación en él del acusado, sustentando de este modo el fallo de condena.

Debe recordarse también que tanto la doctrina del Tribunal Constitucional, como la de esta Sala, han reconocido la validez de la prueba indiciaria para desvirtuar la presunción constitucional de inocencia (ver, entre las recientes, la SSTS 500/2015, de 24 de julio y 797/2015, de 24 de noviembre, así como las SSTC 133/2014, de 22 de julio y 146/2014, de 22 de septiembre). A falta de prueba directa de cargo, la prueba indiciaria también puede sustentar un pronunciamiento condenatorio siempre que se cumplan determinados requisitos: a) el hecho o los hechos base (indicios) han de estar plenamente probados; b) los hechos constitutivos del delito deben deducirse precisamente de estos hechos base; c) para que se pueda comprobar la razonabilidad de la inferencia es preciso que el órgano judicial exteriorice los indicios y que aflore el razonamiento o engarce lógico entre los hechos base y los hechos consecuencia; y d) este razonamiento debe estar asentado en las reglas del criterio humano o de la experiencia común.

3. Lo expuesto expresa el ámbito de nuestro análisis en este motivo. El recurso desliza numerosas reflexiones defendiendo la corrección jurídica de la decisión que se tacha de prevaricadora o, cuando menos, su razonabilidad, o

su adecuación a cierto *usus fori* que (antes de la entrada en vigor de la LO 1/2015) calificaba como falta cualquier actuación imprudente determinante de lesiones, sometiendo por ello su persecución al régimen de denuncia previa. Pese a esta argumentación, debe adelantarse que la razonabilidad de la decisión judicial que se enjuicia en este proceso, es un juicio de valoración jurídica que debe realizarse a partir de los hechos recogidos en el *factum* de la sentencia, por lo cual, todo lo que hace referencia a la corrección o razonabilidad del auto de sobreseimiento y declaratorio de falta que se enjuicia, será objeto del segundo de los motivos de casación formulados por el recurrente, el cual se encauza en la indebida aplicación del artículo 446 del Código Penal.

Ese es el momento adecuado para su estudio, correspondiendo ahora evaluar si lo que la sentencia de instancia afirma que hizo el acusado, cuenta con material probatorio de soporte; esto es, si la prueba de cargo practicada puede aportar certeza de cuál fue el contenido de la decisión que adoptó el acusado y el contexto en que se emitió esa resolución, y si esa prueba refleja también el elemento subjetivo que el Tribunal recoge en el último párrafo de su relación de hechos probados, cuando indica que "*Fernando Presencia era amigo del abogado imputado Carlos Lucas Cifuentes, ambos residían en viviendas vecinas, comían y cenaban juntos habitualmente en el bar regentado por los hermanos Martín y Atanasio Gutiérrez Montero, que se encuentra próximo a los juzgados de Talavera de la Reina y, tras la visita a esta ciudad de la esposa de Fernando con varias amigas, se desplazaron juntos a Valencia, donde durmieron en casa de Fernando*.

Fernando Presencia resolvió oralmente el 26 de marzo y, por escrito en autos de 27 de marzo y 27 de junio de 2014 el sobreseimiento provisional en relación con el delito de omisión del deber de socorro y el sobreseimiento libre y transformación a falta del procedimiento por las lesiones imprudentes, atribuidas a Carlos Lucas Cifuentes, para favorecer a este y evitarle un posible juicio por hecho delictivo, sabiendo que ni se habían practicado las diligencias de prueba solicitadas, ni había decidido sobre su práctica y con conciencia de que eran imprescindibles para decidir".

4. Respecto del contenido de la decisión del Juez (con independencia de si se adecúa o no, al ordenamiento jurídico vigente), la prueba presentada por la acusación no puede ser más completa y prestar mejor respaldo al concreto desempeño profesional que se describe el relato de hechos probados. Obra en autos el testimonio de las Diligencias Previas llevadas por el acusado como Juez Instructor, reflejando la prueba documental el siguiente contenido:

a. El 30 de octubre de 2012, el Juzgado de Primera Instancia de Instrucción n.º 2 de los de Talavera de la Reina, recibió un parte médico-hospitalario procedente del Hospital de Nuestra Señora del Prado, en el que se participaba al Juzgado que se había dispensado asistencia facultativa a Miguel Ángel Blanco de la Rocha, por una fractura de su rótula izquierda, causada por accidente de tráfico (f. 93).

b. El 8 de marzo de 2013, el Juez dictó auto en el que ordenó la incoación del procedimiento por faltas, acordando al tiempo su archivo inmediato, por falta de denuncia previa (f. 94).

c. Tras notificarse la resolución al lesionado, interpuso recurso de reforma contra ella. El recurso defendía la improcedencia de que se archivara la causa por el motivo expresado, y aducía que en su día el lesionado había interpuesto denuncia, de la que había conocido el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción n.º 5 de Talavera de la Reina. El escrito aportaba una copia de la denuncia que presentó, además de adjuntar la fotocopia del auto que (tres semanas después del siniestro, concretamente el 23 de noviembre de 2012) había dictado el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción n.º 5 de Talavera. En esa resolución, el Juzgado se inhibía a favor del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción n.º 2 de Talavera, para el conocimiento de las Diligencias Previas que aquél había incoado con ocasión de la denuncia (f. 97 y ss).

En su recurso, el lesionado no sólo expresaba la existencia de la denuncia, sino que suplicaba la revocación del auto de incoación y archivo del juicio de faltas. Desde el relato de que el atropello tuvo lugar en un paso de cebra y que el denunciado no había parado en el lugar del siniestro, el recurso reclamaba la incoación de Diligencias Previas, por entender que los hechos eran constitutivos de un delito de lesiones por imprudencia grave del artículo 152 del Código Penal, así como de un delito de omisión del deber de socorro del artículo 195 del mismo texto legal. Reflejaba también el escrito, no tan sólo la identidad del conductor al que se denunciaba, sino la de un transeúnte (D. Fernando Carapeto Abad) que socorrió al denunciante inmediatamente después de que cayera sobre el asfalto y que fue quien avisó a la policía; terminando por reclamar el escrito y la denuncia, que se tomara declaración a todos ellos, al tiempo que adjuntaba la dirección de la residencia del testigo.

d. El 24 de abril de 2013, el acusado dictó auto de acumulación de ambos procedimientos y que continuaran como juicio de faltas, mientras no fuera resuelto el recurso de reforma que se tramitaba (f. 134).

e. El 12 de junio de 2013, el perjudicado presentó escrito en el que informaba de la operación de rótula a la que había sido sometido, así como del trombo que sufrió como consecuencia de la intervención quirúrgica y de su posterior ingreso en la unidad de vigilancia intensiva por un cuadro sincopal con pérdida de conocimiento, presentando la documentación médica que reflejaba su relato (f.138).

f. Ese mismo día, el acusado dictó providencia en la que tenía por recibido el anterior escrito y ordenaba continuar la tramitación (f. 152).

g. El 12 de julio de 2013, el Ministerio Fiscal informa el recurso de reforma interpuesto por el denunciante y, adhiriéndose al mismo,

reclama su estimación y la incoación de las correspondientes Diligencias Previas, toda vez que los hechos denunciados pudieran ser constitutivos de un delito de omisión del deber de socorro y de un delito de lesiones por imprudencia grave.

h. El 30 de diciembre de 2013, el acusado dictó auto en el que, estimando el recurso interpuesto, ordenaba la incoación de Diligencias Previas, sin especificar vía ninguna de indagación (f. 160).

i. El 6 de marzo de 2014, el acusado dicta auto ordenando recibir declaración al inculpado, así como al denunciante perjudicado (f. 162).

j. El 24 de marzo de 2014, se recibe declaración al denunciante, limitándose a ratificar la denuncia sin más indagaciones sobre los hechos. En esa misma fecha se acuerda que sea reconocido por el Médico Forense.

k. El 26 de marzo de 2014, el instructor tomó declaración al acusado, cuyo contenido íntegro aparece testimoniado en autos e incorpora las afirmaciones que se detallan en el relato de hechos probados. En esencia, el conductor encausado expresó que era un tarde lluviosa y que no vio que hubiera atropellado a nadie, sosteniendo que tampoco escuchó ningún golpe, pero que llevaba la calefacción al máximo para desempañar el parabrisas del vehículo. Sostuvo que sí detuvo su vehículo en el paso de peatones que se ubica a continuación de aquel en el que -al parecer- se produjo el atropello, y que lo hizo porque había otros vehículos detenidos.

   Al término de esa declaración, en resolución oral, el acusado acordó sobreseer las actuaciones respecto del eventual delito de omisión del deber de socorro que era objeto de investigación, por no estar debidamente justificada la perpetración del delito, así como transformar las diligencias previas en un procedimiento por falta,

por si los hechos pudieran ser constitutivos de una falta de lesiones por imprudencia del artículo 621.3 del Código Penal entonces vigente. La decisión del instructor se fundamentó en el contenido de las declaraciones del inculpado, añadiendo que nada indicaba la existencia del delito de omisión del deber de socorro, pues la representación del denunciante no había formulado ninguna pregunta al respecto y que no resultaba creíble que alguien que se dé a la fuga, vaya a detenerse en el paso de cebra siguiente (f. 174 y ss).

l. Tras esta decisión oral, el día 27 de marzo de 2014 confluyen dos actuaciones procesales: De un lado, la representación del denunciante, presentó un escrito en el juzgado, en el que de nuevo solicitaba que se tomara declaración al transeúnte testigo de los hechos, además de que se reclamara copia del atestado realizado por la policía municipal con ocasión del atropello. De otro lado, el Juez emitió Auto que documenta por escrito la decisión del día anterior y los motivos en los que se asentaba.

m. Contra esta resolución, la representación del denunciante interpuso recurso de reforma y subsidiario apelación. En un prolijo recurso (a lo largo de 29 folios), se denuncia y argumenta que el pronunciamiento del instructor está carente de motivación. El recurso detalla también las razones por las que el recurrente entiende que no puede excluirse la existencia de un delito de omisión del deber de socorro y de un delito de lesiones por imprudencia grave, y termina, no sólo reclamando la reforma de la decisión impugnada, sino que se libre oficio a la policía municipal reclamando el atestado y se tome declaración al instructor del mismo, así como al testigo ya referenciado y al denunciante lesionado, además de que éste fuera sea reconocido por el médico forense (f. 191 y ss).

n. Obra al folio 229 la recepción del informe emitido por el médico forense, con ocasión de lo acordado el 24 de marzo de 2014.

o. El 4 de junio de 2014, el Ministerio Fiscal se adhiere al recurso interpuesto por el denunciante, defendiendo argumentadamente porqué no resulta oportuno el sobreseimiento provisional de la causa por el eventual delito de omisión del deber de socorro, así como que no obran en las actuaciones los elementos que permitan calificar la imprudencia como leve.

p. El 27 de julio de 2014, el acusado dictó auto resolviendo el recurso de reforma, confirmando la resolución de 27 de marzo de 2014. La fundamentación jurídica se limita a expresar que "*Las alegaciones del recurso no desvirtúan la legalidad de la resolución impugnada, que debe ser confirmada con desestimación del recurso, dando por reproducida la argumentación del auto recurrido".*

De este modo, los elementos fácticos que sobre el contenido de la decisión se expresan en la relación de hechos probados de la sentencia de instancia, cuentan con el soporte probatorio que niega el motivo.

5. Junto a ello, en lo que hace referencia a la evaluación de si concurre prueba de cargo que fundamente el elemento subjetivo del tipo, esto es, que el acusado sabía de lo injusto de la resolución que dictaba, debe destacarse que el Tribunal de instancia extrae su inferencia de una confluencia de elementos aportados por el material probatorio.

Además de recordar que la Audiencia Provincial de Toledo revocó la resolución sobreseyente que analizamos, la sentencia de instancia constata que fue el propio acusado quien estimó el recurso inicialmente interpuesto por el denunciante, lo que supone que el acusado compartía en aquel momento que los hechos podían ser constitutivos del delito de omisión del deber de socorro y del delito de lesiones imprudentes, que hicieron preciso incoar Diligencias Previas. Confirma la sentencia que el acusado sobreseyó después el delito de omisión del deber de socorro, y que modificó la calificación jurídica de las lesiones, considerando únicamente la versión del denunciado y sin practicar unas diligencias de investigación que contrariaban la tesis del

conductor denunciado, pese a que esas diligencias le habían sido reclamadas hasta tres veces (excluye así un olvido). Añade el Tribunal que esta decisión se adoptó sin denegar la práctica de estas indagaciones, ni expresar tampoco los motivos que sustentaban la supuesta innecesariedad de las diligencias de investigación. El Tribunal de instancia indica también, que la decisión adoptada, por más que pueda ser posible en determinados supuestos, no cabía en el caso enjuiciado, pues no podía darse como segura una versión que sólo sustentaba el conductor encausado y que no se había sometido a contradicción mediante las demás vías de investigación que se ofrecían (debe observarse que el sobreseimiento por la omisión del deber de socorro, se adoptó por no haberse justificado debidamente la perpetración del delito). Expresa además el Tribunal que no resulta aceptable la tesis del juez acusado de que la decisión se adoptó por beneficiar a la víctima, cuando -de manera reiterada- el perjudicado se había posicionado en contra del pronunciamiento. Y concluye destacando que se ha probado que el acusado mantenía una estrecha amistad con el denunciado, lo que el Tribunal extrae de las declaraciones del propio conductor inculpado, así como de las declaraciones de los propietarios del establecimiento de hostelería "*El Birrete",* en el que juez y conductor solían encontrarse.

De este modo, la conclusión del Tribunal de que la decisión del acusado vino impulsada por favorecer a Carlos Lucas Cifuentes, evitándole un posible juicio por un hecho delictivo, descansa en datos objetivos reflejados por el material probatorio aportado por la acusación, respondiendo el juicio de inferencia a unas reglas de evaluación racional que constata este Tribunal.

Y en ese contexto, la estrecha amistad que la sentencia proclama que unía al acusado y al conductor inculpado, constituye un elemento crucial para inferir que una eventual decisión judicial que discrepe del ordenamiento jurídico, pueda estar impulsada por el voluntarismo que reclama el tipo penal de la prevaricación judicial.

Asumiendo esta constatación, el recurso defiende que la prueba practicada no refleja la amistad que se proclama. En su desarrollo argumenta que el acusado negó esa estrecha amistad, habiendo manifestado en el acto

del plenario que sus encuentros con Lucas Cifuentes en el bar *El Birrete,* eran semejantes a los encuentros que tenía con otros abogados o profesionales, incluyendo el fiscal jefe que le denunció. Añade el recurso que los dueños del establecimiento de hostelería, nunca declararon haber oído que los supuestos amigos conversaran sobre un posible favorecimiento en el proceso. Indica también, que el conductor inculpado declaró en el plenario como testigo y describió que sólo son conocidos, expresando que su vecindad deriva del simple comentario, hecho cuando iba a instalarse en su nuevo destino, de que en su casa había un piso en alquiler. Añade que no se ha acreditado que Lucas Cifuentes durmiera en una ocasión en la residencia que el Juez tiene en Valencia, alegando que cualquier manifestación que hayan podido hacer los propietarios del bar *El Birrete* sobre esta cuestión, no es sino un testimonio de referencia que resulta inválido. Y termina aduciendo, con ocasión de la vista celebrada para la resolución de este recurso, que es particularmente expresivo de no concurrir el condicionamiento de amistad que expresa la sentencia de instancia, el que el recurrente tomara posesión como Juez de Talavera de la Reina, sólo un mes antes de que tuviera entrada en su juzgado el parte hospitalario que motivó el inicio del procedimiento en el que el Juez supuestamente favoreció al abogado encausado.

Las alegaciones no desvirtúan la solidez del juicio de inferencia realizado por el Tribunal de instancia. El contenido de la prueba practicada proyecta: 1) La estrecha amistad que el recurso niega, 2) Que la amistad no surgió con posterioridad a la decisión que se enjuicia y 3) Que la vinculación afectiva existía en el momento en que se adoptó la decisión de sobreseimiento y transformación a falta, siendo ese el momento que permite construir la inferencia de favorecimiento, frente a la irrelevancia de cual pudiera ser su relación en el momento del siniestro, un año antes.

Así, Martín Gutiérrez Montero, propietario del establecimiento *El Birrete,* no describe los banales encuentros profesionales que el recurrente sostiene. En el acto del plenario, el testigo describió que el acusado comía y cenaba en el bar a diario, siendo acompañado frecuentemente por Carlos Lucas Cifuentes. Refiriéndose a los años 2013 y 2014 (la decisión que analizamos se adoptó en marzo de 2014 y fue confirmada por el recurrente a

finales de julio de 2014), Martín Gutiérrez expresó que el Juez y el abogado eran amigos, sin que la relación con el resto de la curia fuera tan estrecha. Afirmó que esa afectuosa relación sólo la mantenía el juez con dos o tres abogados, habiendo ocasiones en las que se quedaban juntos en el bar hasta la una y media o las dos de la madrugada, precisando incluso que en diversas ocasiones se les unía algún otro amigo que nada tenía que ver con su actividad profesional. Y -a pregunta de la propia defensa- aclaró que el Juez y el abogado le relataron que, un fin de semana, se habían ido juntos a Valencia y se habían hospedado en casa del Juez.

Su hermano Atanasio Gutiérrez Montero expresó que, por estar el bar *El Birrete* frente al edificio de los juzgados, era frecuente que el Juez y otros profesionales de la justicia, acudieran a su establecimiento. Indicó que el acusado comía y cenaba allí con cierta habitualidad, siendo también frecuente que lo hiciera con Carlos Lucas Cifuentes, detallando que el Juez tenía como amistades a dos personas, que identificó como Lucas Cifuentes y Fernando Blage.

Por último, el propio conductor encausado en su día, el abogado Carlos Lucas Cifuentes, si bien sostuvo que su relación con el juez era la propia de la cortesía y el desenvolvimiento profesional, admitió que durante el año 2014 eran vecinos, así como que comían y cenaban juntos, confirmando que fueron juntos a Valencia un fin de semana para estar con unas amigas, alojándose en la casa que el acusado tiene en Valencia.

6. Y no puede cerrarse la evaluación del elemento intencional, sin ponderar la reiteración del pronunciamiento judicial que ahora enjuiciamos. Como se verá, son varios los elementos que reflejan la desviación de la decisión judicial respecto de la previsión normativa, concretamente: 1) Que la decisión se tomara sin haberse desarrollado una investigación real; 2) Que el contenido de la decisión fuera contrario a lo que la instrucción sugería y 3) La ausencia de argumentos jurídicos sustanciales que pudieran prestar un mínimo soporte al contenido de la resolución judicial y, aun algunos de ellos, que resultan falsos en sus afirmaciones. En ese contexto, que el acusado reiterara su decisión, pese a un recurso en el que la Acusación Particular y el

Ministerio Fiscal destacaban de manera extensa y pormenorizada los defectos que se han indicado, excluye cualquier error u olvido y patentiza que lo que sustenta la decisión, no era sino la decidida voluntad de favorecer al encausado que recogen los hechos probados; más aún cuando el recurso se desestima, sin ninguna motivación respecto de las objeciones que tan extensamente se realizaron.

7. Y este resultado valorativo no puede verse alterado por la alegación de que la decisión estaba inspirada en la voluntad de agilizar para el denunciante el ejercicio de la acción civil, pues su personación como acusación particular entrañaba el ejercicio conjunto de una acción penal y la resolución judicial rechazaba la tesis acusatoria que sustentaba. Resultando igualmente sorprendente que se afirme que no puede apreciarse que la decisión judicial tuviera un ánimo de favorecer al conductor encausado, sobre la alegación de que el conductor era abogado y que si la intención hubiera sido beneficiarle, se hubiera mantenido un procedimiento por delito, dado que este tipo de procedimientos devenga para el abogado el cobro de unas costas procesales de cuantía más importante. De un lado, es fácilmente observable que la actuación judicial no pretendía mejorar la vida profesional del encausado proporcionándole mejores ingresos, sino que aspiraba a favorecer su posición procesal como sujeto pasivo de la investigación. En segundo lugar, el encausado era el obligado a pagar la minuta que se invoca, de suerte que el mantenimiento del procedimiento por delito, añadía el perjuicio económico que se expresa y que la decisión judicial evitó.

El motivo debe desestimarse, sin que se expresen o aprecien razones concretas que invaliden la querella inicial presentada por el Ministerio Fiscal.

TERCERO.- Su segundo motivo de impugnación se formaliza por infracción de ley, al amparo del artículo 849.1 de la LECRIM, por entender indebidamente aplicado el artículo 446.3 del Código Penal.

Aduce el recurrente que la sentencia dictada por la Sala de lo Civil y Penal del TSJ de Castilla la Mancha, incurre en una manifiesta infracción al subsumir los hechos probados en el artículo 446.3 del Código Penal,

entendiendo que el delito de prevaricación entraña el dictado de una sentencia o resolución judicial manifiestamente injusta, que no acontece en el caso enjuiciado.

El recurso denuncia que se ignora si el acusado ha sido condenado por declararse el sobreseimiento provisional de las actuaciones respecto del eventual delito de omisión del deber de socorro, o por declararse falta los hechos respecto de las lesiones causadas o, únicamente incluso, por haberse adoptado estas decisiones de manera *prematura.* En todo caso, el recurrente niega la injusticia de la resolución en los términos que ya se han adelantado, y que fueron además concretados en el acto de la vista oral del recurso.

Expresa que no concurrió un concierto previo para el resultado procesal resultante, ni se aprecia un resultado dañoso en la medida en que la resolución fue revocada por la Audiencia Provincial de Toledo. Niega el recurso que la *Justicia o Injusticia* de una resolución deba medirse desde la revocación de la decisión judicial, pues sería equivalente a sustentar que cualquier criterio judicial que resulte finalmente revocado, integraría el tipo penal. Y describe que la decisión adoptada por el recurrente, responde a un criterio judicial sustentable, por varios motivos: a) Por la existencia de un *usus fori* que incoaba el procedimiento por faltas, en supuestos de lesiones derivadas de la circulación de vehículos a motor; b) Porque el sobreseimiento fue adoptado por no estar debidamente justificada la perpetración del delito de omisión del deber de socorro, pero que, al ser un sobreseimiento provisional, permitía la reapertura del proceso en la eventualidad de que aparecieran nuevos indicios de su perpetración y c) Porque la declaración de que los hechos pudieran ser constitutivos de falta, no impide que el procedimiento se transforme en Diligencias Previas, si constante su enjuiciamiento aparecieren elementos que sugieran la naturaleza delictiva de los hechos. Culmina el recurso expresando que la Audiencia Provincial de Toledo sólo tachó la decisión de prematura y carente de motivación, sin que optara por deducir testimonio por un presunto delito de prevaricación, defendiendo que ese hubiera sido su proceder, de haber entendido que la resolución era radicalmente injusta.

1. Con respecto al delito de prevaricación judicial del artículo 446 del Código Penal, en el reproche que contiene al juez o magistrado que dicte -a sabiendas-, una sentencia o resolución injusta (sin exigir concierto o resultado ninguno), nuestra jurisprudencia recoge que el examen de la satisfacción de los elementos del tipo penal, debe realizarse sobre las concretas resoluciones judiciales, analizadas en sí mismas; recordando por ello que la prueba testifical, en estas causas, cede capacidad probatoria, pues el núcleo de la tipicidad es la resolución y esta se documentada (STS 228/2015, de 21 abril).

La jurisprudencia de esta Sala, desde su sentencia 2/99, de 15 de octubre, viene destacando también que el delito de prevaricación judicial es un delito de técnicos en derecho, y que, por ello, las adjetivaciones de que la desviación de la decisión respecto del derecho debe resultar "*esperpéntica*", "*apreciable por cualquiera*", u otras expresiones semejantes, resultarán oportunas para otros funcionarios públicos, pero no para los jueces, que tienen la máxima cualificación jurídica y no pueden ser tratados como el resto de colaboradores de la Administración; previniendo incluso del subterfugio de acompañar la decisión, que se sabe injusta, de argumentos encubridores del carácter antijurídico del acto.

Hemos indicado además que la injusticia de la resolución no debe ser contemplada desde un plano subjetivo, esto es, que requiera que el juez aplique el Derecho o dirija el procedimiento conscientemente en contra de su convicción respecto del Derecho aplicable (STS 102/2009 de 3 de febrero), sino objetiva. Debe tratarse de una resolución injusta, lo que exige la aplicación del Derecho sustantivo o procesal de forma que no resulta objetivamente sostenible. En todo caso, destacado que la falta de acierto en la legalidad no es equivalente a injusticia. La legalidad la marca la ley y la interpretación que de la misma realice el órgano dispuesto en la organización de tribunales como superior en el orden jurisdiccional de que se trate, pero la injusticia supone un plus, esto es, una acción a sabiendas de la arbitrariedad de la decisión judicial adoptada (STS 101/2012, de 27 de febrero).

En todo caso, hemos matizado la imprecisión que en esa objetivización pueden introducir algunas normas inconcretas del ordenamiento jurídico, desde la que se ha denominado teoría de los deberes; es decir, cuando se

contempla el ejercicio de facultades discrecionales del juez, la decisión prevaricadora surge si el juzgador sobrepasa el contenido de su autorización y decide desde consideraciones ajenas a la Ley, o apartándose del método de interpretación y valoración previsto en el ordenamiento o que resulta usual en la práctica jurídica. La sentencia 101/2012, de 27 de febrero, compendiaba nuestra jurisprudencia sobre la cuestión en los siguientes términos: «En la interpretación de la injusticia de la resolución esta Sala ha acudido a una formulación objetiva de manera que, como dijimos en la STS 755/2007, de 25 de septiembre, puede decirse que tal condición aparece cuando la resolución, en el aspecto en que se manifiesta su contradicción con el derecho, no es sostenible mediante ningún método aceptable de interpretación de la Ley (STS núm. 1497/2002, de 23 septiembre), o cuando falta una fundamentación jurídica razonable distinta de la voluntad de su autor (STS núm. 878/2002, de 17 de mayo) o cuando la resolución adoptada -desde el punto de vista objetivo- no resulta cubierta por ninguna interpretación de la ley basada en cánones interpretativos admitidos (STS núm. 76/2002, de 25 de enero)». Cuando así ocurre, se pone de manifiesto que el sujeto activo del delito no aplica la norma dirigida a la resolución del conflicto, sino que hace efectiva su voluntad, sin fundamento técnico-jurídico aceptable.

En cuanto al elemento subjetivo del tipo, concretado en la expresión típica "*a sabiendas*", nuestra jurisprudencia proclama la exigencia de que el sujeto activo tenga conciencia del total apartamiento de la legalidad y de las interpretaciones usuales y admisibles en derecho, lo que debe ser evaluado desde la consideración de que el Juez es técnico en derecho y un profundo conocedor del ordenamiento jurídico.

2. La exigencia de un apartamiento de la decisión respecto del derecho, exige siempre la contemplación de la norma que haya podido ser desatendida o conculcada. Y en el caso que enjuiciamos, no se trata del marco regulador de la decisión inicial de incoación del procedimiento, tras la recepción de un parte hospitalario en el que se detallan diversas lesiones derivadas de la circulación de vehículos a motor. El recurso parece remitir en ocasiones a este momento inicial, fundamentalmente cuando alega que era práctica forense habitual que, tras la recepción de un parte hospitalario refiriendo la existencia de lesionados por atropello o colisión de vehículos, se

incoara el procedimiento por faltas. No obstante, la decisión que determina el delito de prevaricación que se combate, no es aquella que ordenó incoar un procedimiento por faltas, así como su inmediato sobreseimiento por ausencia de denuncia previa, sino que lo es la resolución que dio por finalizado el proceso por delito que el Juez terminó incoando después.

El Tribunal de instancia ha condenado al acusado por el contenido antijurídico de la decisión en la que acordó el sobreseimiento de unas Diligencias Previas que instruía, así como por declarar falta unos hechos imprudentes que, hasta entonces, habían sustentado un pronóstico de tipicidad delictivo. Pese a que acaeciera tras diversas vicisitudes procesales, el 30 de diciembre de 2013 (más de un año después de la recepción del parte hospitalario), el acusado estimó un recurso que defendía la eventual naturaleza delictiva de los hechos objeto de procedimiento, ordenando la incoación de Diligencias Previas, por si los hechos pudieran ser constitutivos de alguno de los delitos contemplados en el artículo 757 de la LECRIM (Procedimiento Abreviado).

Esta decisión del instructor, obligaba a abordar cuantas actuaciones estuvieran encaminadas a averiguar la perpetración del delito, así como esclarecer las circunstancias que pudieran influir en su calificación y la culpabilidad de quienes puedan ser los responsables. Así lo establecen para el Procedimiento Abreviado, con la remisión que incorpora, los artículos 758 y 299 LECRIM, concretándose de manera específica para este procedimiento, en el artículo 777 de la Ley procesal, al indicar que "*El juez ordenará a la Policía Judicial o practicará por sí las diligencias necesarias encaminadas a determinar la naturaleza y circunstancias del hecho, las personas que en él hayan participado y el órgano competente para el enjuiciamiento";* empleándose para ello *"…los medios comunes y ordinarios que establece esta Ley, con las modificaciones establecidas en el presente Título".* Y resulta evidente para cualquier investigación mínimamente rigurosa, que el descubrimiento de lo verdaderamente acontecido, puede no alcanzarse si exclusivamente se considera la versión de la persona sospechosa. Su relato debe ser contrastado con otras versiones, así como debe evaluarse su concordancia con otras fuentes de prueba. Esa es la finalidad natural del

proceso de investigación y de los distintos instrumentos de prueba con los que -según la propia norma jurídica- puede contar el juez para alcanzar tal meta.

En el caso presente, la consideración del Juez de que los hechos podían ser constitutivos de un eventual delito de omisión del deber de socorro del artículo 195 del Código Penal, así como de unas lesiones eventualmente causadas por imprudencia grave del artículo 152 del mismo texto punitivo, fijaba como contenido de las Diligencias Previas incoadas: a) Respecto del delito de omisión de deber de socorro, si efectivamente se había producido una situación de desamparo en la víctima del accidente y el grado de peligro al que podía haber estado sometida, así como las posibilidades y condiciones que tuvo el acusado para socorrerle o para recabar el auxilio de otros. b) En lo atinente a las lesiones por imprudencia, eran dos los elementos que habían de aclararse en orden a determinar si las lesiones podían ser constitutivas de delito o de falta. De un lado, la naturaleza de la imprudencia. La responsabilidad por delito pretendida por la acusación precisaba de la concurrencia de una imprudencia grave, mientras que de ser ésta leve, determinaría la responsabilidad por una falta de lesiones por imprudencia leve del artículo 621.3 del CP. De otro lado, habían de escudriñarse las consecuencias lesivas derivadas del siniestro, pues unas lesiones que merecieran la consideración de menos graves, serían constitutivas de una falta del artículo 621.1, por más que la imprudencia de la que derivaran fuera grave. Añadiéndose a este objeto, la averiguación de la autoría y la determinación del alcance de las lesiones a efectos de una eventual responsabilidad civil.

3. Siendo este el objeto de la investigación para ambos delitos, la singularidad de limitar la indagación a recabar la versión del denunciado, no hace sino sugerir que quien dirige la investigación ha abandonado el compromiso de querer averiguar lo verdaderamente acontecido. No ofrece otra lectura que -estando identificado el testigo-, el acusado renunciara a oír en declaración al transeúnte que vio el accidente, auxilió al lesionado, tomó la matrícula del vehículo causante del atropello y avisó a la policía. Y tampoco puede interpretarse de otro modo que el Juez tomara su decisión sin contraponer la versión que sobre el siniestro tuviera el lesionado, o sin reclamar siquiera un atestado policial que se sabía confeccionado, cuando el artículo 292 de la LECRIM destaca el atestado como el instrumento mediante

el cual los funcionarios de la Policía Judicial informan al Juez de los hechos por ellos averiguados.

De otro lado, la decisión no sólo se precipitó respecto de cualquier indagación, sino que resultaba contraria a los pocos indicadores que se habían recabado. El encausado excusó su conducción diciendo que no fue consciente del atropello, bajo la explicación de que estaba lloviendo y llevaba el parabrisas empañado (cuestión no confirmada sin la recepción del atestado), añadiendo que tampoco escuchó ningún golpe, pero sugiriendo que pudo ser por el ruido del ventilador de una calefacción que funcionaba al máximo de potencia. La instrucción contaba así con el incontrovertido reconocimiento del conductor de que no se detuvo en el lugar del siniestro y de que abandonó el lugar donde sobrevino. Y, en lo que hace referencia al juicio de subsunción típica de las lesiones, el juzgador decidió declarar que la imprudencia podría ser constitutiva de una falta de lesiones por imprudencia del artículo 621.3 del Código Penal entonces vigente (lesiones por imprudencia leve), sin indagar nada de los términos en los que se produjo el atropello y desconociendo que el encausado admitía que pudo sobrevenir sobre un paso de peatones.

Al abúlico contenido de la investigación, y a unos marcadores contrarios a la decisión adoptada, se añade la banal argumentación que sustentaba la decisión. El delito de omisión del deber de socorro, se sobreseyó por no acreditarse la perpetración del delito, lo que resulta esperable si la versión del inculpado, no se advera o contrasta con el atestado o con los testigos que sustentaban la realidad contraria. Y el único elemento con el que se refuerza a la versión del conductor, es el argumento de que la representación procesal del denunciado, no había formulado ninguna pregunta sobre ese delito, lo que -además de irrelevante-, resulta contrario a lo acontecido, pues durante la declaración sumarial del conductor, la acusación particular le preguntó si había escuchado algún ruido en el paso de peatones dónde acaeció el atropello, rechazando el Juez la pregunta por estar ya contestada. Y nada se expresa en la decisión de porqué se entiende que la imprudencia tenía la consideración legal de leve, en orden a considerar los hechos constitutivos de una falta de lesiones del artículo 621.3 del Código Penal.

4. La radical desatención del derecho aplicable, así como la tergiversación de los argumentos de sobreseimiento y la ausencia de cualquier argumentación judicial respecto a la declaración de falta, muestran la correcta aplicación del delito previsto en el artículo 446.3 del Código Penal, visto que el proceder judicial estaba impulsado por la intención de favorecer al conductor encausado Carlos Lucas Cifuentes, tal y como se recoge en unos hechos probados que, como se ha visto, responden a una racional valoración del material probatorio aportado por las acusaciones. Más aún cuando la decisión se reitera por el Juez, eludiendo la expresión de la más mínima motivación respecto a los minuciosos alegatos que sustentaron el recurso contra la decisión sobreseyente inicial.

Y a estos efectos, resulta irrelevante que cuando la Audiencia Provincial revisó en apelación la decisión judicial prevaricadora, no contemplara la eventualidad de este delito y no mandara deducir testimonio de lo acontecido. No sólo la jurisprudencia de esta Sala ha destacado que el delito se comete con independencia de que otros jueces, relacionados con el proceso en que se comete la prevaricación, no estimasen que ésta hubiera tenido lugar (STS 2/1999 de 15 de octubre), sino que hay elementos que impiden calibrar las razones por las que no se produjo esa reacción jurisdiccional de oficio. De un lado, se ignora el conocimiento que pudo tener la Audiencia Provincial sobre los condicionantes fácticos y probatorios con los que el Juez había adoptado su decisión, sin conocer con precisión los testimonios que acompañaron al recurso de apelación interpuesto contra la decisión sobreseyente. Por otro lado, el pronóstico de la eventual comisión de este delito, exigiría que la discordancia entre la decisión adoptada y el ordenamiento jurídico, viniera impulsada por una intencionalidad del juez o magistrado, que resulta difícil inferir cuando se desconocía la relación de amistad de aquel tenía con el beneficiado.

Irrelevante es también que la decisión respecto del delito de omisión del deber de socorro, consistiera en su sobreseimiento provisional. Como dijimos en la STS 75/2014, de 11 de febrero, la jurisprudencia ha señalado que el sobreseimiento provisional de unas diligencias penales de instrucción puede ser objeto de reapertura del procedimiento cuando nuevos datos o elementos,

adquiridos con posterioridad, lo aconsejen o lo hagan preciso. En la Sentencia de 10 de octubre de 2012 , recordamos que una resolución que suponga reabrir un procedimiento en el que ha recaído un auto de sobreseimiento firme, se supedita a que se aporten nuevos elementos de prueba no obrantes en la causa. De esta manera, dijimos en la STS 189/2012 de 21 de marzo, el sobreseimiento provisional tiene dos aspectos. Uno, cuando el auto adquiera firmeza, no resulta modificable sin más. Dos, el auto autoriza su modificación, sometido a la condición de aportarse nuevos elementos de comprobación. Dicho en otras palabras, resulta técnicamente impensable que la investigación pudiera ser reabierta para practicar unas diligencias de investigación que ya estaban a disposición del juzgador cuando la decisión sobreseyente fue adoptada.

Por último, carece también de contenido de descargo, el alegato de que la falta de lesiones por imprudencia leve, podría haberse reevaluado con posterioridad como delictiva, justificando una futura incoación de Diligencias Previas. Si bien es cierto que incoado un procedimiento como falta, podía reconducirse al trámite del Procedimiento Abreviado cuando aparecían pruebas que apuntaran a la comisión de un delito, esa posibilidad procesal quedaba limitada a los supuestos de incoación inicial de juicio de faltas, y no a aquellos supuestos -como el enjuiciado-, en los que se hubiera seguido un procedimiento de depuración de responsabilidad por delito, que hubiera culminado con auto firme declaratorio de falta, en los términos expresados en el artículo 779.1.2ª de la LECRIM.

El motivo se desestima

CUARTO.- Se formula un tercer motivo, amparado en el art. 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y el art. 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, por vulneración del derecho constitucional a la tutela judicial efectiva respecto del respecto del principio de intervención mínima del Derecho Penal.

El recurrente expresa que la resolución enjuiciada se dictó en la creencia de que era absolutamente justa y conforme con la legalidad y el

Derecho, sosteniendo que ello hace que el comportamiento enjuiciable no corresponda a la vía penal.

Según el principio de intervención mínima, el Derecho Penal debe tener carácter de última ratio por parte del Estado para la protección de los bienes jurídicos. Por ello, el Derecho penal debe utilizarse en los supuestos de ataques importantes a bienes jurídicos de singular entidad e importancia (carácter fragmentario del Derecho penal) y sólo cuando no haya más remedio, por haber fracasado ya otros mecanismos de protección que resulten menos gravosos con los derechos subjetivos de la persona (naturaleza subsidiaria del derecho punitivo). De este modo, el principio de intervención mínima, o de "*ultima ratio",* va dirigido al legislador y no al aplicador de la norma, quien sólo cuando los términos del legislador no fueron claros, asume el principio como criterio de evaluación interpretativa, sabiendo el juez que la opción normativa del legislador hubo de ser la de menor expansividad de la norma penal. De este modo, la cuestión suscitada en el motivo, resulta ajena al principio que se invoca, remitiéndonos a lo que ya se ha reflejado en la sentencia, respecto de la insostenibilidad jurídica de la decisión adoptada y de los motivos que determinaron al acusado a su adopción.

El motivo se desestima.

QUINTO.- La desestimación del recurso conlleva la condena en costas al recurrente, de conformidad con las previsiones del artículo 901 de la LECRIM.

F A L L O

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido

Declarar no haber lugar al recurso de casación interpuesto por la representación procesal de Fernando Presencia Crespo, contra la sentencia n.º 3/2016 dictada el 23 de mayo de 2016, por la Sala Civil y Penal del Tribunal

Superior de Justicia de Castilla-La Mancha, con sede en Albacete, en el Rollo 1/2016, condenando al recurrente al pago de las costas causadas en la tramitación del recurso.

Comuníquese esta resolución al citado Tribunal Superior de Justicia a los efectos procesales oportunos, con devolución de la causa que en su día remitió, interesándole acuse de recibo.

Notifíquese esta resolución a las partes haciéndoles saber que contra la misma no cabe recurso alguno, e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

Manuel Marchena Gómez Julián Sánchez Melgar Francisco Monterde Ferrer

Pablo Llarena Conde Perfecto Andrés Ibáñez

RECURSO CASACION núm.: 2282/2017

Ponente: Excmo. Sr. D. Luciano Varela Castro

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Juan Antonio Rico Fernández

TRIBUNAL SUPREMO
Sala de lo Penal

Sentencia núm. 554/2018

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Miguel Colmenero Menéndez de Luarca

D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre

D. Luciano Varela Castro

D. Andrés Palomo Del Arco

Dª. Susana Polo García

En Madrid, a 14 de noviembre de 2018.

Esta sala ha visto el recurso de casación nº 2282/2017, interpuesto por **D. Fernando Presencia Crespo,** representado por el procurador D. Eusebio Ruiz Esteban, bajo la dirección letrada de D. José María Garzón Florez, contra la sentencia dictada por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Castilla-La Mancha, con fecha 17 de julio de 2017. Ha intervenido el Ministerio Fiscal.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Luciano Varela Castro.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Castilla-La Mancha, ha visto la causa nº 1/2017, procedente de las Diligencias Previas 23/2016 de la misma Sala, seguidas por un presunto delito de prevaricación cometido en el ejercicio de su cargo, contra D. Fernando Presencia Crespo, Magistrado del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 2 de Talavera de la Reina (Toledo). La sentencia dictada contiene los siguientes **hechos probados:**

«Del examen de la prueba practicada en el acto del juicio oral, se consideran acreditados los siguientes hechos:

PRIMERO.- Que el día 26 de agosto de 2014 el Sr. D. Fernando Presencia Crespo, mayor de edad y sin antecedentes penales, desempeñaba el cargo de Magistrado de Juzgado de Primera Instancia e Instrucción n° 2 de Talavera de la Reina (Toledo).

SEGUNDO.- Ese mismo día se presentó querella Juzgados de Talavera de la Reina, formulada representación procesal de D. Rafael Jesús Domec contra D. Juan Carlos Vázquez Higueruela, por un delito de estafa (Testimonio DP 1186/13).

TERCERO.- En la querella se relataba que, tras la compra en documento privado el día 7 de agosto de 2006 por parte del Sr. Domec, de un local y un anejo al mismo, al Sr. Vázquez, quien era administrador de la mercantil Hervaor S.L, este último, el 26 de agosto de 2008, aprovechando que aún constaba como titular registral de la finca en cuestión, concertó con el Banco Pastor un préstamo hipotecario sobre dicha finca, por importe de 136.78,02 €, el cual fue novado en dos ocasiones en fechas 29 de diciembre de 2009 y 24 de mayo de 2013. En dicha querella se solicitaba como diligencias la toma de declaración como investigado del Sr. Vázquez y la solicitud al Banco Pastor de las escrituras de préstamo hipotecario y las sucesivas novaciones del mismo, de los documentos que sirvieron de base a las firmas de las respectivas escrituras, así como de un certificado del destino dado por la empresa Hervor S.L al dinero recibido en concepto de préstamo. Junto con la querella se aportaba determinada documentación, entre ella, el documento privado de compraventa de la finca. (Testimonio DP 1186/13).

CUARTO.- El Sr. Presencia Crespo, como titular del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción n° 2 de Talavera de la Reina, el día 30 de diciembre de 2013 admitió a trámite la querella e incoó al efecto las D.P. 1186/13, acordando la práctica de todas y cada una de las diligencias interesadas.

QUINTO.- El día 26 de marzo de 2014, el hoy acusado, como instructor de la causa, tomó declaración a D. Juan Carlos Vázquez Higueruela como investigado. En su declaración, el Sr. Vázquez negó la firma del contrato de compraventa aportado con la querella. Afirmó que la hipoteca se constituyó con la anuencia del comprador para que éste se subrogara en la misma, aunque después no se hizo, todo ello con la finalidad de con el dinero del préstamo hacer frente al pago de precio diferido de la venta, finalidad que -afirmó- la entidad bancaria tenía conocimiento. En este mismo acto la representación de Juan Carlos Vázquez aportó

determinados documentos, entre ellos, otro contrato en el que se documenta la misma operación de venta, afirmando la autenticidad del mismo y cuestionando la del contrato de compra-venta presentado por el comprador-querellante.

SEXTO.- Los contratos de compraventa a que se refiere el ordinal anterior difieren únicamente en la fecha y en las condiciones de pago.

SÉPTIMO.- Una vez terminada la declaración del querellado, Sr. Vázquez Higueruela, el Juez Instructor, en presencia del mismo, acordó en ese acto el sobreseimiento provisional de las actuaciones y el archivo de las mismas, sin esperar al resultado de la práctica de diligencias ya acordadas (como la información solicitada al Banco Pastor), argumentando que "de acuerdo con lo dispuesto en el art. 641.1 de la LECrim al considerar que no queda debidamente justificada la perpetración del delito objeto de la querella a la vista de los documentos aportados en este mismo acto por el propio querellado y los argumentos dados por el mismo, de cuya declaración resultan indicios bastantes para entender que el documento que se acompaña a la querella y en el que se justifica el supuesto delito de estafa haya sido confeccionado con el exclusivo objeto de soportar la fundamentación fáctica del propio escrito de querella sin ajustarse a la realidad de lo acontecido entre los litigantes, a cuya realidad se ajusta desde luego con más claridad el documento que se presenta en este mismo acto por el querellado, teniendo en cuenta a su vez los demás documentos que se acompañan en este mismo actor y que dan a entender que la hipoteca y sus novaciones se otorgaron por el querellado con pleno conocimiento del querellante y para facilitar la financiación del contrato de compraventa. Siendo que además de acuerdo con la redacción actual de la LECrim. Y de la doctrina del Tribunal Constitucional que impide al acusado convertirse en acusador serías dificultades jurídicas para que en este mismo procedimiento puedan realizarse diligencias de averiguación sobre la falsificación de las firmas que se imputan al querellante y existiendo datos suficientes para entender verosímil la versión dada por el querellado y no así la del querellante resulta procedente el archivo de las presente actuaciones, dejando libertada a las partes para que en su caso puedan seguir las acciones que tengan por conveniente por el delito de falsedad documental y estafa procesal a los que se ha hecho mención en este mismo acto. Por las mismas razones y dejando libertad a las partes se niega el libramiento de los testimonios que ha sido interesado hasta tanto sea requerido dichos testimonios por la autoridad judicial en causa penal que se acredita. Todo ello sin perjuicio de la documentación de esta resolución en Auto que será notificado a las partes a partir de cuyo momento empezará a correr en su caso los plazos para la interposición de los recursos que se estimen conveniente. Que la parte querellante se reserva la posibilidad de recurrir."

OCTAVO.- Terminada la declaración del Sr. Vázquez, el Juez instructor, a solas con D. Jesús Camacho García Muro, Letrado del querellante, le manifiesta que desista de la querella porque si no se verá obligado a iniciar procedimiento penal contra su cliente por un delito de falsedad.

NOVENO.- La referida resolución oral es documentada de forma escrita diecisiete meses después mediante Auto de 18 de agosto de 2015, contra el que, tanto la acusación particular como por el Ministerio Fiscal, formularon recurso de apelación ante la Audiencia Provincial de Toledo, que por Auto de 25 de febrero de 2016 estimó los recursos y ordenó proseguir la investigación. La Audiencia Provincial entendió que "sin necesidad de mayores matizaciones,

examinados detenidamente ambos contratos (la mayor diferencia lo está en el precio que falta por abonar y en las cantidades entregadas), considera absolutamente necesario que se exija de las partes la aportación de "ambos" documentos que cada uno asevera ser originales, y que con los mismos se practique la correspondiente pericial caligráfica; y con ella, junto con el resto de pruebas practicadas o por practicar, se dicte la resolución que proceda con libertad de criterio".

DÉCIMO.- El Magistrado Sr. Presencia Crespo, al acordar oralmente el día 26 de marzo de 2014 el sobreseimiento del delito de estafa y el archivo de las actuaciones, y al documentar dicha resolución mediante Auto de 18 de agosto de 2015, sabía y era consciente, dada su condición de técnico en Derecho, de que para adoptar la resolución de sobreseer resultaba absolutamente indispensable esperar al resultado de la práctica de diligencias acordadas, especialmente la información solicitada al Banco Pastor; sabía y era consciente de que antes de sobreseer era necesario investigar qué contrato era el suscrito por las partes, una vez puesta en tela de juicio por el querellado en su declaración la autenticidad del contrato de compra-venta aportado con la querella y la existencia, por aportación en ese mismo acto, de otro contrato de compra-venta sobre el mismo inmueble entre las mismas partes, pero de fecha y contenido diferente. Con tal comportamiento el juez querellado perseguía favorecer al querellado Sr. Vázquez, evitándole un juicio por estafa.

NOVENO.- El Sr. Presencia Crespo y el querellado Sr. Vázquez, mantenían una relación de amistad.»

SEGUNDO.- La Audiencia de instancia, dictó el siguiente pronunciamiento:

«**FALLAMOS.-** Que debemos **condenar y condenamos** al Ilustrísimo señor don Fernando Presencia Crespo como responsable criminalmente en concepto de autor de un delito de prevaricación del artículo 446. 3° del Código Penal, sin circunstancias modificativas de la responsabilidad; a la pena de multa con una duración de 12 meses y una cuota diaria de diez euros por día, con un día de privación de libertad por cada dos cuotas no pagadas, inhabilitación especial por tiempo de 10 años, para el cargo de Juez o Magistrado, con pérdida definitiva del cargo que ostenta y de los honores que le son anejos, así como con la incapacidad para obtener durante el tiempo de la condena cualquier empleo o cargo con funciones jurisdiccionales o de gobierno dentro del Poder Judicial o con funciones jurisdiccionales fuera del mismo, y al pago de las costas.»

TERCERO.- Notificada la sentencia a las partes, se preparó recurso de casación, por infracción de ley, precepto constitucional y quebrantamiento de forma, por el procesado que se tuvo por anunciado, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo, las certificaciones necesarias para su substanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.

CUARTO.- La representación del recurrente, basa su recurso en los siguientes motivos:

1º.- Al amparo del artículo 5.4 de la LOPJ por vulneración de los derechos establecidos en los art. 14, 15, 17 y 18 de la C. E. referentes a la Igualdad, Integridad Moral, Interdicción de Tratos Inhumanos y Degradantes, Libertad Personal y Honor.

2º.- Al amparo del artículo 5.4 de la LOPJ por vulneración del derecho fundamenta establecido en el art. 24.2 de la C. E. en su vertiente al derecho a un proceso con todas las garantías.

3º.- Al amparo del artículo 5.4 de la LOPJ por vulneración del derecho fundamenta establecido en el art. 24.2 de la C. E. en su vertiente al derecho a un Juez imparcial: Imparcialidad Objetiva. Y por Quebrantamiento de Forma al amparo del nº 6 del art. 851 de la LECRIM por haberse dictado sentencia por un Magistrado cuya recusación, intentada en tiempo y forma y fundada en causa legal, se hubiese rechazado.

4º.- Al amparo del artículo 849.1 y 852 de la LECRIM por Infracción de Ley e Infracción de Precepto Constitucional en atención a la indebida inclusión de juicios de inferencia en los hechos probados.

5º.- Al amparo del artículo 849.2 de la LECRIM por Infracción de Ley por error de hecho en la apreciación de la prueba.

6º.- Al amparo del artículo 849.1 de la LECRIM por Aplicación Indebida del art. 446.3º del C. Penal.

QUINTO.- Instruido el Ministerio Fiscal del recurso interpuesto, la Sala lo admitió, quedando conclusos los autos para el señalamiento de fallo cuando por turno correspondiera.

SEXTO.- Hecho el señalamiento para la vista, se celebró ésta y la votación prevenida el día 23 de octubre de 2018.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Formula el primer motivo de casación al amparo del artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, por vulneración de los derechos establecidos en los artículos 14, 15, 17, y 18 de la Constitución, en relación con el derecho a la integridad moral, a la interdicción de tratos inhumanos y degradantes, a la libertad personal, y el derecho al honor.

1. Alega que se han llevado a cabo represalias contra el recurrente por sus denuncias de corrupción contra el Fiscal Decano de la adscripción de Talavera de la Reina, D. Ángel Demetrio de la Cruz Andrade, y desde que, el día 5 de junio de 2015, el Decanato de los Juzgados de Talavera de la Reina remitiera su expediente de queja 6/2015 denunciando las anteriores circunstancias ante la Fiscalía Anticorrupción, se puso en marcha una «trama de represalias» contra el Juez Presencia, sometido así a lo que califica de «acoso moral» para enervar la eficacia de sus denuncias de corrupción, encubrir las posibles responsabilidades penales de los partícipes en ella, y desacreditar a los denunciantes.

El recurrente postula que de esa premisa deriva la consecuencia de nulidad de los tres informes del Fiscal Decano de la adscripción de Talavera de la Reina, *D. Ángel Demetrio de la Cruz Andrade,* redactados como represalia por aquella denuncia. Tales informes son de fechas:19 de junio de 2015 (folios 5 y 5 vuelta de los numerados a mano, del expediente disciplinario 5/2016); 27 de julio de 2015 (folios 12 a 15 de los numerados a mano, del expediente disciplinario 5/2016); y el de fecha sin especificar remitido por fax el día 22 de octubre de 2015 (folios 36 y 37 de los numerados a mano, del expediente disciplinario 5/2016).

También predica el recurrente nulidad del Auto de fecha 16 de septiembre de 2016 dictado en las D.P. 23/16 (a raíz de querella del Fiscal Superior de Castilla-La Mancha contra el aquí recurrente) por el que el Presidente del

Tribunal Superior de Justicia de Castilla La Mancha, *D. Vicente Rouco* Rodríguez, acuerda «su propia abstención», y la declara firme. Funda la queja en que en el mismo se hayan incluido imprecaciones, juicios de valor, y opiniones de descrédito sobre el ahora aquí recurrente que, añade, así consiguió «predeterminar y vincular jurídicamente con sus opiniones personales» sobre el recurrente «a todos los demás componentes de la misma Sala».

2. Convenimos con el Ministerio Fiscal en la calificación de tales alegaciones como marginales a lo que realmente constituye el objeto del recurso. En todo caso, como aquél dice en su impugnación, no existe dato que determine siquiera indiciariamente que los hechos que se ponen de manifiesto en el referido Auto hayan podido *influir* en alguna manera en las decisiones tomadas con posterioridad por el Instructor de las Diligencias o por cualquiera de los miembros de la Sala.

Además es especialmente atinada la observación del impugnante del motivo en el sentido de que, sobre la procedencia de la nulidad prevista en el artículo 238.3º de la Ley Orgánica del Poder Judicial, sería preciso la concurrencia de dos requisitos: **a)** que se prescinda total y absolutamente de las normas esenciales del procedimiento o se actúe con infracción de los principios de audiencia, asistencia y defensa y **b)** que efectivamente se haya producido indefensión, una verdadera vulneración del derecho de defensa, de la posibilidad de que el interesado haya podido alegar y defender sus derechos en el concreto proceso. Ambos requisitos han de concurrir de manera conjunta y, además, han de haber producido perjuicio real y efectivo para los intereses del afectado (SSTC 149/87 y 126/91 y STC 155/1988). Circunstancias que en absoluto concurren en el presente supuesto, como se deriva de un simple examen de las actuaciones.

3. La periférica teoría conspiratoria dibujada en el motivo no encuentra encaje en el marco del debate casacional. Ciertamente éste admite como justificación la vulneración de un precepto constitucional, tal como indica el artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Ahora bien no *cualquier* vulneración sino solamente aquella que se *vincula causalmente con el resultado*

de la resolución de instancia y de tal manera que, por esa vinculación, la apreciación de ilicitud constitucional suponga la exclusión como material atendible el que fue utilizado para justificar la sentencia impugnada.

Y tal consecuencia, como dejamos expuesto que afirma el Ministerio Fiscal, requiere o bien la vulneración de principios esenciales del procedimiento y, acumuladamente, que genere indefensión, o bien que el contenido mismo de la decisión sea incompatible con un precepto constitucional.

Excluida la constatación de sesgo en la libre formación de criterio de los juzgadores, o que los informes del Ministerio Fiscal o el auto del Magistrado abstinente impidieran abordar algún medio de defensa por el recurrente y, desde luego, siendo obvio que la condena de un acto considerado prevaricador sea contrario a la Constitución, es claro que el motivo era, no solamente rechazable, sino inadmisible.

El motivo se rechaza.

SEGUNDO.- El segundo de los motivos se formula al amparo del artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, por vulneración de derecho fundamental reconocido en el artículo 24.2 de la Constitución Española, en su vertiente del derecho al proceso debido, con todas las garantías.

1.1. Concreta la queja, en la actuación del Ministerio Fiscal en diligencias pre-procesales que tilda de ilegales. **A)** En referencia a las practicadas por la Fiscalía de la adscripción de Talavera como Diligencias Informativas (folios 35 a 37 del referido expediente) precedentes del expediente disciplinario 5/2015 instruido al recurrente por el Promotor de la Acción Disciplinaria. La ilicitud derivaría de que se practicaron sin competencia para llevar a cabo diligencias de *indagación disciplinaria* contra un Magistrado en ejercicio, en las que además se tomó declaración a dos testigos sin observar los principios de contradicción y defensa. **B)** También en las practicadas como Diligencias Preliminares *preparatorias de la recusación* que contra el recurrente formuló la Fiscalía en las Diligencias Previas de las que dimana el presente procedimiento. **C)** Y, en tercer

lugar, en las llevadas a cabo como *precedente de la querella* de la Fiscalía contra el recurrente, que dieron origen al posterior proceso penal en el Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha y que se practicaron por el Fiscal jefe de Toledo, D. Luis Ibañez Cuesta, como Diligencias de Investigación Penal *nº 30/2016,* no sólo sin respetar los principios de contradicción y defensa en la practica de las pruebas testificales, sino, además, sin competencia para ello y más allá del carácter preliminar que consiente el articulo 5.3 del EOMF. Por ello, afirma, deben ser consideradas NULAS en esta fase casacional por violación del derecho fundamental a un proceso con todas las garantías instituido en el artículo 24.2 de la Constitución, en la medida que pretendan preconstituir pruebas esenciales del posterior procedimiento penal.

1.2. Por aplicación de la doctrina del «fruto del árbol envenenado» (art. 11.1 LOPJ) solicita que se declare la nulidad de todas las pruebas practicadas en el juicio.

Solicita del Tribunal se pronuncie sobre la cuestión prejudicial administrativa suscitada por la STS Sala Tercera, Sección 4ª, nº. 1.229/2017 de fecha 12/07/2017 en relación con las «diligencias preprocesales» incoadas por la Fiscalía y que dieron lugar posteriormente a la incoación del expediente *disciplinario* 5/2015; así como de las *diligencias informativas* (sin especificar) abiertas por el propio Fiscal Decano de la adscripción territorial de Talavera de la Reina, (que llegó a recibir declaración a dos testigos, sin la presencia del investigado); que luego se transformaron en las Diligencias de Investigación nº 57/2015, de la Fiscalía de Toledo; que a su vez se transformaron en las diligencias de investigación nº 6/2015, de la Fiscalía superior de Castilla-La Mancha y a la posterior querella presentada por el Ministerio Fiscal contra nuestro representado; declarando la nulidad de las referidas diligencias de investigación, así como de las pruebas que se deriven de las mismas.

Esta Sala debería pronunciarse, según el recurrente, además, sobre la cuestión prejudicial administrativa suscitada por la sentencia de 6 noviembre 2012, Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4ª, dictada en unificación de doctrina, a propósito de la *caducidad e inicio de nuevo expediente sancionador*, resultando procedente la declaración de caducidad y

archivo de las actuaciones seguidas como *expediente 5/2016*, sin que sea valida y eficaz su transformación en otro expediente disciplinario; declarando la nulidad del Acuerdo del Promotor de la Acción Disciplinaria de fecha 16 de agosto de 2016, y en consecuencia, la nulidad del expediente disciplinario 20/2016.

Todo ello de conformidad con la doctrina del «fruto del árbol envenenado».

2. Desde luego resulta de insuperable dificultad relacionar las actuaciones del Ministerio Fiscal, a que se contrae el motivo, vinculadas con el seguimiento de actuaciones disciplinarias contra el recurrente, e incluso las encaminadas a la formulación de recusación con la cuestión del seguimiento del proceso debido en referencia a la causa penal en que recayó la sentencia aquí objeto de impugnación casacional. La argumentación del motivo nos deja ayunos de razones para establecer tal vinculación y, desde luego, el amparo procesal para formular esas pretensiones en el marco de la casación.

La cuestión suscita ya plena perplejidad cuando se adentra en la pretensión de solicitar que dictemos no se sabe bien que tipo de resolución respecto a una cuestión prejudicial al parecer suscitada por otra Sala (de competencia en lo contencioso administrativo) en relación con los efectos de la caducidad de un expediente seguido en otro ámbito contra el aquí penado.

Finalmente, en relación con las Diligencias de investigación nº 30/2016 incoadas por la Fiscalía Provincial de Toledo a efectos de fundamentar los hechos que en ella se hacían constar (la presunta comisión de un delito de prevaricación en el marco de las Diligencia Previas no 1186/2013) , se acuerda y practican la toma de declaraciones testificales de determinadas personas que quedan unidas a las mismas. Tales testimonios fueron reproducidos posteriormente en el plenario. Pero, como dice el Ministerio Fiscal en la impugnación del motivo, la Sala sentenciadora se apoya para inferir el ánimo que guió al acusado, a la hora de tomar la resolución calificada como prevaricadora, no en aquellos materiales preprocesales, sino en la prueba practicada en juicio oral.

Si, además, añadimos la presunta ilicitud en el acceso por el Ministerio Fiscal a tales fuentes, luego usadas como medio de prueba en el juicio oral, no se acredita que sea fruto de actos vulneradores de derechos fundamentales, es claro que el motivo evidencia su banal artificiosidad.

El motivo se rechaza.

TERCERO.- 1. El tercero de los motivos denuncia vulneración del artículo 24 de la Constitución en cuanto garantiza el derecho a un juez imparcial. Alega que el juzgador no ha sido objetivamente imparcial porque ha concurrido a dictar sentencia quien, pese a haberse intentado su recusación en tiempo y forma, ésta no fue estimada. Invoca al respecto también por ello lo que dispone el artículo 851.6 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal

1.1. Considera que en relación con el artículo 73.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial en los casos de competencia del Tribunal Superior de Justicia (Sala de lo Civil y Penal) **el instructor**, por más que integrado en la Sala de lo Civil y lo Penal, no puede formar **parte de la Sala que haya decidido la admisión** de la querella.

Plantea la nulidad de las Normas sobre Composición, Funcionamiento y Asignación de Ponencias entre los Magistrados de la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha.

Estima que en las diligencias Previas 23/2016, de las que dimana la causa origen de este recurso, fue designado Magistrado instructor delegado **el Sr. Salinas Verdeguer,** pero sin dejar de formar parte de la Sala de Admisión. De lo que resultaría al final que el Sr. Salinas Verdeguer se nombró así mismo instructor especial delegado, dictó el Auto de admisión a trámite de la querella, y dictó también, esta vez en solitario, el Auto de incoación de Diligencias Previas.

Añade a los anteriores reproches la que denomina *contaminación tangencial* de los miembros del Tribunal que ha conocido del enjuiciamiento y fallo de la causa seguida en la Sala de lo Penal del Tribunal Superior de Justicia de

Castilla-La Mancha como Diligencias Previas 23/16 y Procedimiento Abreviado 1/17.

1.2. Respecto a la extensión de las exigencias de imparcialidad al juez competente para la instrucción previa al juicio oral se ha pronunciado, con referencia a España, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos recaída en la demanda del denominado caso VERA contra España (Demanda n°74181/01 en la que dictó la sentencia de 6 de enero de 2010). El Sr Vera expuso dudas que tuvo por legítimas en cuanto a la imparcialidad del Juez Central de Instrucción nº 5 de la Audiencia Nacional dadas las malas relaciones que mantenía con éste y la relación del Juez instructor con el objeto del procedimiento litigioso. Invoca el artículo 6 § 1 del Convenio).

El Tribunal recuerda, en primer lugar, que la exigencia de imparcialidad se refiere en principio al «tribunal» que se caracteriza en sentido material por su papel judicial: resolver cualquier cuestión que dependa de su competencia, teniendo como base normas de derecho y el resultado de un procedimiento reglado (ver, particularmente, Strivay, Simon y Simon c. Beìlgica (dec.), nº 44559/98, 45038/98 y 45083/98, 5 de septiembre de 2002 ; H. c. Beìlgica, 30 de noviembre de 1987, § 50, serie A nº 127, y Sramek c. Austria, 22 de octubre de 1984, § 36, serie A nº 84). Se plantea, antes de nada, la *cuestión de si tal es el caso de un Juez encargado de una instrucción penal y si los principios que rigen la exigencia de imparcialidad deben serle aplicados de la misma manera que a los jueces del fondo o de enjuiciamiento* y, particularmente, en consideración a la naturaleza de la fase de instrucción (Mitterrand c. Francia (dic.), nº 39.344/04, 7 de noviembre de 2006).

El Tribunal recuerda que, en repetidas ocasiones, ha considerado que las garantías del artículo 6 se aplicaban al conjunto del proceso, incluidas las fases de investigación preliminar y de instrucción judicial (ver, particularmente, las sentencias Imbrioscia c. Suiza, 24 de noviembre de 1993, § 36, y Pandy c. Beìlgica, nº 13583/02, § 50, 21 de septiembre de 2006) en la medida en que su incumplimiento inicial tiene el **riesgo de comprometer gravemente el carácter equitativo del proceso.** No hay que olvidar que el Convenio tiene por objeto «proteger derechos no sólo teóricos o ilusorios, sino concretos y efectivos»

(Airey c. Irlanda, 9 de octubre de 1979, § 24, serie A nº 32) y que la jurisprudencia del Tribunal **no se desinteresa de las fases que se celebran antes del juicio oral**. Así, el artículo 6 -especialmente su párrafo 3- puede ser relevante antes de que conozca el Juez sentenciador **si, y en la medida en que, su incumplimiento en esa fase previa entraña el riesgo de comprometer gravemente la equidad del proceso** (Imbrioscia, ya citada, § 36). Tal como ha señalado la jurisprudencia del Tribunal, el derecho enunciado en el párrafo 3 c) del artículo 6 constituye un elemento, entre otros, de la noción de proceso equitativo en materia penal a la que se refiere el párrafo 1 (Imbrioscia, ya citada, § 37, Brennan c. Reino Unido, nº 39.846/98, § 45, CEDH 2001-X, y Salduz c. Turquía [GC], nº 36.391/02, § 50, 27 de noviembre de 2008).

1.2.1. Es verdad que el artículo 6 § 1 del Convenio garantiza el derecho a un «tribunal independiente e imparcial» y que la noción de «tribunal» no se extiende al Juez de Instrucción, que no está llamado a pronunciarse sobre lo procedente de una «acusación en materia penal».

No obstante, en la medida en que los actos llevados a cabo por el Juez de Instrucción influyen directa e inevitablemente sobre el desarrollo y, por tanto, sobre la equidad del procedimiento posterior incluido el proceso propiamente dicho, el Tribunal considera que, aunque **algunas de las garantías procesales contempladas por el artículo 6 § 1 del Convenio pueden no aplicarse en la fase de instrucción**, las exigencias del derecho a un proceso equitativo en su sentido más amplio, implican necesariamente que el Juez de Instrucción sea imparcial (ver, mutatis mutandis, Micallef c. Malta [GC], nº 17056/06, § 86, 15 de octubre de 2009). El Tribunal ha subrayado, por otro lado, la importancia de la fase de la investigación para la preparación del proceso, en la medida en que las pruebas obtenidas durante esta fase determinan el marco en el cual, la infracción imputada será examinada en el proceso (Can c. Austria, nº 9300/81, informe de la Comisión del 12 de julio de 1984, § 50, serie A nº 96).

En el caso allí enjuiciado a la luz de las especificidades del derecho español al respecto, y el Tribunal concluye que el artículo 6 § 1 es aplicable al procedimiento de instrucción llevado a cabo, en este caso por el Juez Central de Instrucción nº 5 de la Audiencia Nacional. Ahora bien se añade en la citada

sentencia: «*133. El Tribunal observa que cuando el procedimiento fue reenviado al Tribunal Supremo, se designó un Magistrado de la Sala de lo Penal como instructor. Constata que el nuevo Juez instructor designado, hizo repetir ante él todas las declaraciones de las personas que implicaban a J.B. y al demandante, así como las declaraciones de este último en presencia de todas las partes y en presencia de sus respectivos abogados.*»

Y excluye la reticencia acerca de la imparcialidad a pesar de que el Juez Instructor delegado ante la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo ya conocía a las personas que debían ser citadas a declarar y continuó y concluyó la línea de investigación iniciada por el primer Juez de Instrucción. La razón de la subsanación se expone así: **El Tribunal resalta, no obstante, que las partes tuvieron la posibilidad de confirmar o contradecir sus declaraciones**, tanto ante él como **en el curso del juicio oral ante el Tribunal Supremo, con respeto de todas las garantías debidas**. En consecuencia, considera con el Tribunal Constitucional, «[que] **no es posible deducir, como hace el actor, una pretensión de nulidad de la instrucción emprendida por el Magistrado mencionado del Tribunal Supremo derivada del hecho de que los actos procesales realizados por el titular del Juzgado Central de Instrucción núm.. 5 de la Audiencia Nacional estuviesen, a su juicio, teñidos de parcialidad» .**

La secuencia de hitos procedimentales, en el asunto de que proviene este recurso de casación, expuesta por el Ministerio Fiscal en su impugnación del motivo, parte de la comunicación del Promotor de la Acción disciplinaria del Consejo General del Poder Judicial, con el acompañado testimonio del expediente disciplinario 5/2016 contra el recurrente aquí, y de la querella presentada pocos días después por el Ministerio Fiscal. A ello siguió la constitución de la Sala de lo Civil y lo Penal integrada por D. Vicente Rouco Rodríguez y tres Magistrados más. De entre ellos, el Magistrado **Sr. Salinas Verdeguer es designado ponente**. D. Vicente Rouco acuerda su propia abstención, que la Sala estimó justificada.

Conforme al artículo 73 de la Ley Orgánica del Poder Judicial la Sala de lo Civil y lo Penal es competente para b) la instrucción y el fallo de las causas

penales contra jueces, magistrados y miembros del Ministerio Fiscal por delitos o faltas cometidos en el ejercicio de su cargo en la comunidad autónoma, siempre que esta atribución no corresponda al Tribunal Supremo.

De conformidad con el apartado 4 "Para la instrucción de las causas a que se refieren los párrafos a) y b) del apartado anterior **se designará de entre los miembros de la Sala**, conforme a un turno preestablecido, un **instructor** que no formará parte de la misma *para enjuiciarlas".*

Así pues, la incompatibilidad legal del Magistrado instructor se predica de esa función como acumulada a la de enjuiciar. En modo alguno de la integración en la Sala, ni siquiera cuando decide la admisión. Ciertamente ello no impide que, como ocurre en esta Sala Segunda del TS, cuando entiende en causa de aforados, el turno de posibles instructores se integre por quienes no integran la Sala que decide la admisión. Pero esa exquisita prevención no es absolutamente necesaria dada la compatibilidad de las funciones de admitir una querella e instruir la causa penal subsiguiente. Basta advertir que esa es la norma no cuestionada cuando un juzgado de instrucción recibe, primero, admite, después, y, finalmente, instruye la causa que tiene su origen en una querella o en una denuncia ante aquél presentada.

Por otra parte, como salva la expuesta doctrina del TEDH, ante la situación del sistema procesal español que considera singular, cualquier tacha de sospecha sobre la parcialidad del instructor se conjura si no cabe dudar de que el enjuciamiento oral se mantuvo indemne ante cualquier transferencia de noticias recibidas en dicha instrucción, quedando en dicho juicio oral salvaguardada la posibilidad de contradicción con publicidad que evita toda indefensión

Este aspecto del motivo se rechaza.

2. Afirma el motivo que todos los Magistrados componentes de la Sala de admisión en las presentes Diligencias Previas 23/2016 seguidas ante la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha, y muy

especialmente en el Magistrado instructor por su doble condición, estaban incursos en causa de abstención y recusación.

La razón de ello es que todos los Magistrados componentes ahora de la Sala de admisión -incluido el instructor- participaron en la instrucción y en la decisión de las *Diligencias Previas 13/2015 seguidas también ante la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha,* existiendo entre ambas diligencias una evidente *analogía o relación* entre sí, cuando no una identidad o indivisibilidad en los hechos enjuiciados. Así derivaría del artículo 219.11 de la Ley Orgánica del Poder Judicial en relación con lo que ha denominando el recurrente y con dudosa fortuna alguna sentencia «*contaminación tangencial*».

Alude a una resolución del Consejo General del Poder Judicial que predica un objeto ***idéntico o indivisible*** con los dos transcritos procedimientos penales seguidos ante el Tribunal Superior de Justicia de Castilla La Mancha como Diligencias Previas 13/2015 y 23/2016. La identidad o indivisibilidad de los hechos es tal que el Consejo General del Poder Judicial decidió tramitar un solo expediente -el 5/2016, que caducó y luego se reaperturó como el 20/2016- y que luego, por mor de la referida identidad o indivisibilidad, se suspendió.

Es evidente que lo que el Consejo General del Poder Judicial, órgano carente de funciones jurisdiccionales, predique a este respecto resulta absolutamente intrascendente para un órgano jurisdiccional y, desde luego, para esta Sala Segunda.

Que al mismo sujeto se le incoen varias causas por el mismo delito no implica que respecto de cada una de ellas haya de conocer un tribunal distinto aunque aquel delito sea siempre prevaricar en ejercicio de funciones jurisdiccionales.

Y el recurso no expone las identidades concretas que supongan de manera necesaria que lo decidido respecto a una de ellas determine el sentido de lo que haya de decidirse en la otra. No describe cual sea el hecho sobre el que versó la causa derivada de actuaciones del recurrente en Diligencias previas 1137/2014 que dio lugar a la sentencia 3/2016. Y ello nos impide saber si

procede o no compartir el juicio acerca de si ambas causas se siguen por hechos que sean «los mismos e indivisibles». Tampoco se nos expone quienes dictaron aquella sentencia 3/2016 ni la fundamentación dada por los allí juzgadores.

Por ello la formulación de esta queja se revela gratuita y rechazable.

CUARTO.- El cuarto motivo acumula la invocación de infracción de ley ordinaria (artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal) y de precepto constitucional (artículo 852 ibídem) con fundamento en un único reproche: *incluir en la declaración de hechos probados juicios de inferencia.*

Alude el motivo al contenido del hecho probado Décimo que da cuenta de tres perspectivas de naturaleza subjetiva: **consciencia** de la necesidad de esperar a resultados de determinadas diligencias antes de decidir sobreseer (en dos) y de cual era la **intención** del acusado (la tercera).

1. Parece referirse a la inclusión como hecho probado del aserto siguiente: el acusado «**sabia y era consciente**, dada su condición de técnico en derecho, de que para adoptar la resolución de sobreseer resultaba absolutamente indispensable *esperar al resultado de la práctica de diligencias* acordadas, especialmente la información solicitada al Banco Pastor».

Y ello porque, en su parecer, los elementos internos (sic) del tipo deben seguir el cauce revisor de los juicios de valor ya que no son propiamente hechos. Y tal cauce estima que es el del artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

De tal aserto discrepa, además, el recurrente porque estima que para sobreseer no se requiere esperar a la práctica de «todas» las diligencias, aunque se hubieran declarado pertinentes al admitir la querella.

Pues bien, como dijimos entre otras en nuestra STS nº 144/2013 la afirmación de que concurre el elemento subjetivo del tipo constituye una **premisa fáctica** de la calificación y **no un juicio de valor** ni, menos aún, una calificación del hecho imputado. De ahí que el lugar que debe ocupar su

enunciado en el objeto del veredicto sea el de los hechos a que se refiere el artículo 52.1 a) de la Ley Orgánica del Tribunal del Jurado.

Ampliamente en nuestra STS nº 245/2013 expusimos la doctrina jurisprudencial al efecto: *Como expusimos en nuestra Sentencia de 19 de diciembre de 2012, resolviendo el recurso 199/2012: Ciertamente no ha faltado una abundante jurisprudencia que venía residenciando el control casacional de la proclamación de tales elementos subjetivos dentro de la casación por infracción de ley, al amparo del artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, fruto quizás de una confusión de los conceptos, juicio de valor e inferencia.*

En otras Sentencias de esta Sala, como la de 5 de mayo de 2011, resolviendo el recurso 10467/2010, se ha recordado que la prueba de cargo ha de venir referida al sustrato fáctico de todos los elementos tanto objetivos como subjetivos del tipo delictivo, pues la presunción de inocencia no consiente en ningún caso que alguno de los elementos constitutivos del delito se presuma en contra del acusado (SSTC 127/1990 de 5 de julio, FJ 4; 87/2001 de 2 de abril, FJ 9; 233/2005 de 26 de septiembre, FJ 11 ; 267/2005 de 24 de octubre, FJ 4 ; 8/2006 de 16 de enero, FJ 2 y 92/2006 de 27 de marzo , FJ 2). Y también que los elementos subjetivos sólo pueden considerarse acreditados adecuadamente si el enlace entre los hechos probados de modo directo y la intención perseguida por el acusado con la acción se infiere de un conjunto de datos objetivos que revelan el elemento subjetivo a través de una argumentación lógica, razonable y especificada motivadamente en la resolución judicial (SSTC 91/1999 de 26 de mayo, FJ 4; 267/2005 de 24 de octubre, FJ 4; 8/2006 de 16 de enero, FJ 2). Más concretamente, nuestro control de la razonabilidad de la argumentación acerca de la prueba indiciaria puede llevarse a cabo tanto desde el canon de su lógica o coherencia (siendo irrazonable cuando los indicios constatados excluyan el hecho que de ellos se hace derivar o no conduzcan naturalmente a él), como desde el de su suficiencia o carácter concluyente, excluyéndose la razonabilidad por el carácter excesivamente abierto, débil o indeterminado de la inferencia (por todas, SSTC 145/2005, de 6 de junio, FJ 5 ; 328/2006 de 20 de noviembre, FJ 5)".

El Tribunal Constitucional ha señalado en ocasiones (STC 214/2009 , entre otras), que «... la presunción de inocencia sólo queda desvirtuada cuando se han probado todos y cada uno de los elementos de carácter fáctico del tipo delictivo, tanto objetivos como subjetivos (recientemente, STC 91/2009 de 20 de abril, FJ 5) ». Y más recientemente, en la STC nº 126/2012 , ha insistido en que «... también el enjuiciamiento sobre la concurrencia de los elementos subjetivos del delito forma parte, a estos efectos, de la vertiente fáctica del juicio que corresponde efectuar a los órganos judiciales, debiendo distinguirse del mismo el relativo a la estricta calificación jurídica que debe asignarse a los hechos una vez acreditada su existencia».

De ahí que en la Sentencia de este Tribunal Supremo de 12 de Marzo del 2012, resolviendo el recurso 11925/2011 , se reitere que sobre la naturaleza de premisa fáctica que cabe predicar del elemento subjetivo del delito poco cabe dudar. La doctrina constitucional ha recordado reiteradamente como la garantía constitucional de presunción de inocencia abarca dicho elemento. Por ello respecto del mismo ha de cumplirse la necesaria prueba que permita tener por veraz el aserto de su concurrencia. Aserto que, como los que tienen hechos por objeto, es susceptible de ser tildado de verdadero o de falso. De ahí que su lugar de proclamación deba ser precisamente en la descripción del hecho probado.

En la misma línea el TEDH proclama la naturaleza de los elementos subjetivos como de naturaleza factual. Así la STEDH de 25 de octubre de 2011, (caso Almenara Álvarez contra España) rechaza que el órgano de apelación se limite a una nueva valoración de «elementos de naturaleza puramente jurídica» cuando lo que examina es «la intencionalidad del demandante (penado) en el momento de vender algunos de sus bienes inmobiliarios» y es que el TEDH afirma que al decidir al respecto lo que hace es pronunciarse «sobre una cuestión de hecho» (párrafo 47). Y añade (en los párrafos 48 y 49) que, al examinar las intenciones y el comportamiento del penado demandante ante el Tribunal Europeo, el órgano jurisdiccional examinó cuestiones «de naturaleza factual» por lo demás «decisivos para la declaración de la culpabilidad» debiendo al respecto sujetarse a las exigencias del proceso equitativo garantizado en el artículo 6.1 del Convenio.

Y en la Sentencia de este Tribunal Supremo de 25 de Enero del 2012, resolviendo el recurso: 932/2011, se invoca la STEDH de 22 de noviembre de 2011 (caso Lacadena Calero contra España) en la sobresale que el Tribunal considere de forma reiterada que la verificación de la voluntad defraudatoria del acusado es un tema de naturaleza sustancialmente factual, arrinconando así en el curso de la argumentación las tesis relativas a la concepción de los hechos psíquicos como juicios de valor que han de excluirse de la premisa fáctica de la sentencia para insertarlos como criterios normativos en la fundamentación jurídica; tesis que eran sostenidas por la Sentencia del Tribunal Constitucional y por la de esta Sala, pero que el TEDH rechaza por generar efectos en el ámbito probatorio contrarios al art. 6 del CEDH.

Esta tesis ha venido a recogerse en Sentencias mas recientes del Tribunal Supremo como la nº 840/2012 de 31 de octubre, que levanta acta de que en nuestra Jurisprudencia, al día de hoy, se entiende, de una forma mayoritaria, que los elementos del tipo subjetivo, entre ellos la intención del sujeto, son también hechos. De naturaleza subjetiva, pero hechos al fin y al cabo. Y por ello, quedan comprendidos en el ámbito de la presunción de inocencia, aunque el sistema seguido para su acreditación presente ordinariamente aspectos inferenciales más fuertemente de lo que ocurre cuando se trata de hechos objetivos, que, en general, son más susceptibles de acreditación mediante lo que generalmente se conoce como prueba directa, aunque en sí misma también implique una inferencia. Pero el recurso a este medio de acreditación no los convierte en elementos de tipo jurídico, sino que conservan su naturaleza fáctica.

Más recientemente en ese sentido la STS nº 916/2012 de 28 de noviembre.

Respecto a la exigencia de espera, antes de dictar el sobreseimiento nos referiremos al estudiar otro motivo del recurso.

2. Otra inclusión de la que disiente el recurso es la de que el Magistrado Sr. Presencia Crespo, **sabía y era consciente** de que antes de sobreseer era *necesario investigar que contrato era el realmente suscrito por las partes.*

Porque ello es incoherente, en el parecer del recurrente, con que la propia sentencia afirme según se recoge en los hechos probados de la propia sentencia, que el acusado sobreseyó las actuaciones *sin tener duda* alguna de que el contrato suscrito por las partes fue el aportado por el querellado, y no el aportado por el querellante.

Respecto de estos apartados reiteramos lo dicho en cuanto al anterior: correcta ubicación, dentro de la sentencia, del aserto sobre la realidad del elemento subjetivo de consciencia y remisión a otro motivo sobre la exigencia de no determinar el sobreseimiento.

3. Tampoco, sigue alegando el recurrente, debería haberse incluido como hecho probado la conclusión sobre otro dato subjetivo: «Con tal comportamiento el Juez querellado perseguía favorecer al Sr. Vázquez, evitándole un juicio por estafa».

Mal podría querer beneficiar el ahora recurrente al entonces querellado si el que era querellante resultaba el único beneficiado en el convencimiento del Juez allí instructor y ahora recurrente.

Como dijimos resulta intachable la inclusión de esa consciencia subjetiva en el relato de lo probado. Nos remitimos al motivo sobre tipicidad para dilucidar si concurre en el hecho imputado.

Por todo ello, con independencia de la consideración que merezca los relativo a la concurrencia de tales datos subjetivos, es evidente que la ubicación de su afirmación en el hecho probado era la única correcta.

El motivo se rechaza.

QUINTO.- En el motivo quinto denuncia que la sentencia de instancia haya incurrido en un error de hecho en la valoración de la prueba, al amparo del artículo 849.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

1. Un primer error en el relato de lo probado, argumenta el recurrente, sería el de que los contratos de compraventa presentados por ambas partes en el procedimiento al que se refiere la prevaricación imputada, difirieran únicamente en la fecha y en las condiciones de pago.

Las estipulaciones del contrato presentado por el querellante, hacen referencia a un contrato de compraventa con pago al contado en forma mixta, con parte del precio en efectivo y la otra parte por compensación, y es un convenio sin cláusula resolutoria.

Sin embargo, el contrato presentado por el querellado se trata de una compraventa con parte del precio aplazado, con cláusula resolutoria. De la documentación que aportó el querellado, que no resultó impugnada de contrario, resultaba acreditado que durante el desenvolvimiento del contrato la parte vendedora llegó a ejercitar una cláusula resolutoria y dio por resuelto el contrato.

Por el contrario, afirmar el recurrente, el contrato acompañado a la querella no era más que un burdo «montaje» a base de páginas redactadas por el querellante sin la firma del querellado, al que se le había incorporado de forma manipulada la última página de otro contrato que sí que tenía la firma del querellado.

Ahora bien el cauce casacional utilizado exige que se invoque un documento que, por sí solo, sin acudir a elaboraciones vía interpretación y sin necesidad de complementos en otros medios, que tampoco aporten información contraria, lleven a una conclusión de que el relato de lo probado deba ser rectificado o complementado con afirmaciones o supresiones trascendentes para el sentido del fallo. Tales cualidades no concurren en sendos *documentos que recogen los contratos de compraventa* de querellante y querellado. Estos *no constituyen el documento que prueba sino precisamente el documento que ha de ser objeto de prueba.* Lo que les inhabilita como funcionales a la pretensión casacional aquí utilizada.

El motivo en este aspecto se rechaza.

2. Es falso, afirma el recurrente, que terminada la declaración del Sr. Vázquez, el Juez instructor, a solas con D. Jesús Camacho García Muro, letrado del querellante, le manifestara que desistiera de la querella porque si no se vería obligado a iniciar procedimiento penal contra su cliente por un delito de falsedad.

Falta el documento que por sí solo acredite tal falsedad del dato indicado que la sentencia declara probado.

También se rechaza el motivo en este aspecto.

3. No es cierto, acaba alegando en este capítulo el recurrente, que el Sr. Presencia Crespo y el querellado Sr. Vázquez hubieran tenido tiempo de forjar ninguna amistad en el momento de los hechos, toda vez que nuestro representado llevaba escasamente seis meses en su nuevo destino cuando fue presentada la querella.

Obviamente es clamorosa la ausencia de un documento que avale esta protesta por lo que es inadmisible por el cauce del artículo 849.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

También en este aspecto se rechaza el motivo.

SEXTO.- 1. Finalmente en el motivo sexto plantea la cuestión de la tipicidad de los hechos declarados probados afirmando, al amparo del artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que se vulnera el artículo 446.4º del Código Penal que no debería ser aplicado.

Porque no ha derivado del hecho un «resultado materialmente injusto» que resulta exigido por el tipo penal de prevaricación. La consecuencia inmediata de ello es que una omisión no puede cubrir el injusto de un delito de prevaricación, que por definición es un delito de resultado.

En los hechos probados de la sentencia se hace descansar el reproche del injusto, no sobre una acción, sino sobre una omisión, esto es, dictar la resolución

que se cuestiona *sin esperar al resultado de la práctica de diligencias acordadas.*

Por aquella razón una omisión, a los efectos del delito de prevaricación, debería reputarse inocua.

También cabe recordar como justificación de esta queja lo alegado en el motivo cuarto. La viabilidad del sobreseimiento como adecuada resolución judicial dictada por el acusado ya que no era necesario esperar al resultado de diligencias, incluso habiendo sido ordenadas éstas al admitir el acusado a trámite la querella. Ello porque al acordar sobreseer ya disponía de información suficiente para dilucidar la pertinencia del sobreseimiento ordenado. Y en consecuencia tampoco era necesario esperar a una pericia sobre la discriminación de cual de los contratos aportados era el falso si el juzgador ya estaba convencido de cual lo era. Finalmente no acepta la atribución de que al sobreseer buscaba el beneficio del ante él acusado porque precisamente, en su convencimiento, siendo falso el contrato aportado por el entonces querellante, éste era el realmente beneficiado de la precipitada clausura de toda actividad investigadora en ese procedimiento.

2. En nuestra STS nº 79/2012 de 9 de febrero expusimos ampliamente la doctrina jurisprudencial acerca del delito de prevaricación judicial. Son líneas fundamentales de la misma las siguientes:

a) Por un lado: *En un sistema democrático como el regulado en la Constitución española, el Poder judicial se legitima por la aplicación de la ley a la que está sujeto, y no por la simple imposición de sus potestades. De manera que el Estado de Derecho se vulnera cuando el juez, con el pretexto de aplicación de la ley, actúa solo su propia subjetividad concretada en una forma particular de entender la cuestión a resolver.*

Desde esta perspectiva, la previsión legal del delito de prevaricación judicial, no puede ser entendida en ningún caso como un ataque a la independencia del Juez, sino como una exigencia democrática impuesta por la necesidad de reprobar penalmente una conducta ejecutada en ejercicio del poder judicial que,

bajo el pretexto de la aplicación de la ley, resulta frontalmente vulneradora del Estado de Derecho.

b) *El elemento del tipo objetivo consistente en la injusticia de la resolución no se aprecia cuando se produce una mera contradicción con el derecho.*

Por el contrario, la jurisprudencia, …..ha venido insistiendo en que la injusticia requerida por el artículo 446 del Código vigente exige una absoluta colisión de la actuación judicial con la norma aplicada en el caso, de tal forma que la decisión cuestionada no pueda ser explicada mediante ninguna interpretación razonable efectuada con los métodos usualmente admitidos en Derecho.

Igualmente, ……. la determinación de tal injusticia no radica en que el autor la estime como tal, sino que en clave estrictamente objetiva la misma merezca tal calificación cuando la resolución no se encuentra dentro de las opiniones que pueden ser jurídicamente defendibles.

Y según se decía en la STS nº 102/2009, FJ 5º, la teoría objetiva «...es complementada por la teoría de la infracción del deber que salva las críticas a la formulación objetiva respecto de las normas de contenido impreciso. En estos supuestos y en los de decisiones sobre facultades discrecionales se afirma la posibilidad de decisión prevaricadora **cuando el juez excede el contenido de la autorización, cuando el juez decide motivado por consideraciones ajenas al ordenamiento jurídico, o cuando el juez se aparte del método previsto en el ordenamiento».**

Esta configuración del elemento del tipo objetivo viene a rechazar al mismo tiempo la teoría subjetiva de la prevaricación, según la cual se apreciaría el delito poniendo el acento en la actitud o la convicción del juez al resolver, y prescindiendo de que la resolución sea objetivamente conforme a la ley. Desde este punto de vista es evidente que «...la injusticia objetiva de la resolución no puede ser eliminada recurriendo a la subjetividad del autor, dado que el Juez debe aplicar el derecho y no obrar según su propia idea de la justicia», (STS 2/1999). Por lo tanto, no puede admitirse que una resolución sea justa solo

porque el juez que la dicta, sin referencia alguna a criterios objetivos, así la considere.

En cuanto al elemento subjetivo, plasmado en la expresión «a sabiendas», no es otra cosa que la inclusión expresa del dolo, en el sentido de que el autor debe tener plena ***conciencia del carácter injusto de la resolución que dicta.***

No se trata de un elemento subjetivo integrado en el elemento objetivo relativo a la injusticia. Es decir, la resolución no se reputa injusta porque el juez la considere así. Lo que importa, desde el punto de vista atinente al tipo objetivo, es que lo acordado no es defendible en Derecho ni podría llegarse a ello por alguno de los métodos de interpretación de las normas admitidos en Derecho.

El elemento subjetivo, por el contrario, se refiere al conocimiento de esos elementos del tipo objetivo. Basta con que el juez sepa que la resolución no es conforme a derecho y que a ella no llegaría empleando los métodos usuales de interpretación, sino solamente imponiendo su propia voluntad, su deseo o su criterio sobre la interpretación racional de la ley.

3. En el caso que ahora juzgamos se evidencia la ausencia de cualquier aval en la norma a la insólita decisión de sobreseimiento adoptada por el acusado. No solamente por la zafia inclusión como resolución verbal en el acta de la declaración del investigado de casi imposible presencia en caso alguno en la praxis judicial. Más aún, si cabe, por la argumentación: en una causa seguida por falsedad y estafa se llega a la convicción de que o el querellante o el querellado han incurrido en tal delito, pero se decide no investigar cual de los dos puede resultar criminalmente responsable. Ni el más lego en Derecho puede compartir esa exótica argumentación.

De ahí el acierto de la recurrida al afirmar los tres elementos de naturaleza subjetiva a que acabamos de hacer referencia. Nada más lógico que inferir que el acusado, jurista que llegó a superar unas no fáciles pruebas para acceder a la carrera judicial, tenía que saber que era necesario no dejar sin culminar la investigación de la falsedad indudablemente cometida. Incluso de ser imputable al querellante, ya que precisamente de ello podría derivar la exoneración del

acusado y a uno y otro correlativos objetivos ha de atender imparcialmente el acusado instructor de acomodarse al mandato del artículo 2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Ciertamente también es razonable inferir la motivación que llevó al acusado a tomar la decisión prevaricadora de sobreseer. Pero en todo caso ello es periférico y circunstancial a los efectos del recurso. Y ello porque el «motivo» subjetivo de la decisión prevaricadora no forma parte de los elementos que la consumación del tipo penal impone.

Por otra parte ni el comportamiento es omisivo (dejar de perseguir) ya que la conducta típica es la activa de resolver contra Derecho, ni puede decirse inocua ya que de la misma deriva una evidente lesión del derecho a la tutela judicial del querellante.

Por todo ello este motivo también se rechaza.

SÉPTIMO.- De conformidad con el artículo 901 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal deben imponerse al recurrente las costas derivadas del recurso.

F A L L O

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido

Desestimar el recurso de casación formulado por **D. Fernando Presencia Crespo,** contra la sentencia dictada por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Castilla-La Mancha, con fecha 17 de julio de 2017. Con expresa imposición de las costas causadas en el presente recurso.

Comuníquese dicha resolución al mencionado Tribunal, con devolución de la causa en su día remitida.

Notifíquese esta resolución a las partes haciéndoles saber que contra la misma no cabe recurso e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

Miguel Colmenero Menéndez de Luarca

Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre

Luciano Varela Castro

Andrés Palomo Del Arco

Susana Polo García

ADMINISTRACION DE JUSTICIA

JDO.1A.INST.E INSTRUCCION N.2
TALAVERA DE LA REINA

-

C/ MERIDA Nº 9 - 2ª PLANTA
Teléfono: 925 72 74 10/13/12 **Fax:** 925 82 63 69
Correo electrónico:

Equipo/usuario: AGR
Modelo: 459500

DPA DILIGENCIAS PREVIAS PROC. ABREVIADO 0000432 /2016
N.I.G: 45165 41 2 2016 0003442
Delito/Delito Leve: INJURIA
Denunciante/Querellante: ANGEL DEMETRIO DE LA CRUZ ANDRADE, MINISTERIO FISCAL
Procurador/a: JOSE LUIS CORROCHANO VALLEJO,
Abogado: FRANCISCO JAVIER GONZALEZ DE RIVERA,
Contra: FERNANDO PRESENCIA CRESPO
Procurador/a: EUSEBIO RUIZ ESTEBAN
Abogado: JESUS GARZON FLORES

A U T O

En TALAVERA DE LA REINA, a treinta de mayo de dos mil diecinueve.

ANTECEDENTES DE HECHO

UNICO.- En el presente procedimiento abreviado por el Ministerio Fiscal se ha presentado escrito de acusación contra FERNANDO PRESENCIA CRESPO por la comisión en concepto de autor de un delito de denuncia falsa del art. 453.1.1º Cp, solicitando se le impongan las penas de 18 meses de prisión y multa de 20 meses con una cuota diaria de 12 Euros, con responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago y la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufrago pasivo, así como pago de las costas del procedimiento.

Por el Procurador de los Tribunales D. José Luis Corrochano Vallejo, en nombre y representación de Ángel – Demetrio de la Cruz Andrade, en calidad de acusación particular, se presentó escrito de acusación contra FERNANDO PRESENCIA CRESPO por:

1º La comisión en concepto de autor de un delito continuado de acusación y denuncia falsa previsto en el art. 456.1.1º Cp en relación con el art. 74 Cp, solicitando se le impongan las penas de 3 años de prisión y multa de 36 meses a razón de 150 Euros día, con responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago, y

Firmado por: ALFONSO GOMEZ RODRIGUEZ
04/06/2019 14:05
Minerva

Firmado por: IGNACIO RAMIREZ MONTALVO
04/06/2019 14:07
Minerva

Código Seguro de Verificación E04799402-MI:Wb5q-y6zh-crfQ-5cje-Q Puede verificar este documento en https://www.administraciondejusticia.gob.es

accesorias de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo y para empleo y ejercicio de profesión u oficio colegiado que exija la titulación o licenciatura de derecho, durante el tiempo de la condena;

2º La comisión en concepto de autor de un delito de acusación y denuncia falsa previsto en el art. 456.1.1º Cp en relación con el art. 301 Cp, solicitando se le impongan las penas de 2 años y 1 mes de prisión y multa de 25 meses a razón de 150 Euros día, con responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago;

3º La comisión en concepto de autor de un delito continuado de calumnias con publicidad previsto en los arts. 206, 206 y 211 Cp, solicitando se le impongan las penas de 3 años de prisión y multa de 36 meses a razón de 150 Euros día, con responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago;

En todo, con las accesorias de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo y para el desempeño de cargo o empleo público durante el tiempo de la condena; solicita la acusación particular se condene al acusado a que indemnice a Ángel – Demetrio de la Cruz Andrade en la cantidad de 500.000 Euros y que se le condene a divulgar la sentencia, conforme a lo dispuesto en el art. 216 Cp, debiendo publicarla a su costa durante quince días seguidos en los medios de comunicación digitales Confilegal, Extraconfidencial y La Voz de Talavera, así como en un noticiario de la cadena de televisión 13Tv y en los correos o portales corporativos del Consejo General del Poder Judicial y del Ministerio Fiscal; y, por último, se le condene al pago de las costas del procedimiento.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Dispone el artículo 783.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal que, solicitada la apertura del juicio oral por el Ministerio Fiscal o la acusación particular, el Juez debe acordarla, salvo en los supuestos en que estime procedente el sobreseimiento, que no concurren en el presente caso, debiendo resolver al mismo tiempo sobre las medidas cautelares procedentes, tanto respecto de la persona del acusado, como de los bienes de las personas eventualmente responsables civiles.

SEGUNDO.- No habiendo variado las circunstancias que determinaron en su momento la medida cautelar de libertad provisional, procede ratificar la medida que viene acordada en las presentes actuaciones.

ADMINISTRACION DE JUSTICIA

TERCERO.- De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 589, de aplicación al Procedimiento Abreviado conforme al artículo 758, y en el artículo 783.2, todos de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, desde que resulten indicios de criminalidad contra una persona, se mandará que preste fianza bastante para asegurar las responsabilidades pecuniarias que en definitiva puedan declararse procedentes, decretándose el embargo de sus bienes en cantidad suficiente para asegurar dichas responsabilidades si no se prestare la fianza exigida, resolviéndose al acordar el Juez de Instrucción la apertura del juicio oral sobre la adopción, modificación, suspensión o revocación de las medidas interesadas por el Ministerio Fiscal o la acusación particular, tanto en relación con el acusado como respecto de los responsables civiles, a quienes, en su caso, exigirá fianza, si no la prestare el acusado en el plazo que se le señale, así como sobre el alzamiento de las medidas adoptadas frente a quienes no hubieran sido acusados.

CUARTO.- En cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 783.2, párrafo segundo, de la misma Ley, debe señalarse en la resolución abriendo el juicio oral el órgano competente para el conocimiento y fallo de la causa y, en este caso, en atención a la pena pedida procede señalar juzgado de lo Penal nº 3 de Toledo, con sede en Talavera de la Reina, conforme a lo dispuesto en el artículo 14.3 Y 4, según su caso, de la LECRIM.

QUINTO.- Por último, en cuanto al emplazamiento al investigado, se deberá estar a lo dispuesto en el artículo 784.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

PARTE DISPOSITIVA

1.- SE DECRETA LA APERTURA DEL JUICIO ORAL, en el presente procedimiento y se tiene por formulada la acusación contra FERNANDO PRESENCIA CRESPO por la comisión en concepto de autor de un delito continuado de denuncia falsa, un delito de denuncia falsa y un delito continuado de calumnias con publicidad.

2.- SE RATIFICA LA LIBERTAD PROVISIONAL DEL ACUSADO FERNANDO PRESENCIA CRESPO.

Con testimonio de este particular, fórmense las piezas de situación que, en su caso, procedan si no lo hubiera sido ya con anterioridad.

ADMINISTRACION DE JUSTICIA

3.- REQUIERASE AL ACUSADO para que en el plazo de UNA AUDIENCIA preste fianza en cantidad de **1.098.666 Euros** para asegurar las responsabilidades pecuniarias que, en definitiva, pudieran imponérsele/s, en cualquiera de las clases señaladas en los artículos 591 y 783.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, con el apercibimiento de que de no prestarla se le/s embargarán bienes en cantidad suficiente para asegurar la suma señalada. Con testimonio de este particular, procédase a la formación de las correspondientes piezas separadas si no lo hubiera sido ya con anterioridad.

4.- Se declara órgano competente para el conocimiento y fallo de la presente causa juzgado de lo penal nº 3 de Toledo, con sede en Talavera de la Reina.

5.- Tras la notificación de la presente resolución, procédase de conformidad con lo dispuesto en el artículo 784.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Contra este auto no cabe recurso, excepto en lo relativo a la situación personal del acusado, en que cabe recurso de reforma ante este Juzgado en el plazo de TRES días.

Así lo manda y firma D. ALFONSO GOMEZ RODRIGUEZ, MAGISTRADO-JUEZ del JDO.1A. INST. E INSTRUCCION N.2 de TALAVERA DE LA REINA. Doy fe.

EL MAGISTRADO-JUEZ **EL LETRADO DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA**

La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sólo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutela o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda.

Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes.

ADMINISTRACION
DE JUSTICIA

FALLAMOS

1- Desestimamos el recurso contencioso-administrativo planteado.

2- No hacemos imposición de costas.

Notifíquese, con indicación de que contra la presente sentencia cabe interponer recurso de casación ante la Sala Tercera del Tribunal Supremo, debiéndose preparar ante esta Sala en el plazo de 30 días con cumplimiento de los requisitos del art. 89.2 LJCA.

Así, por esta nuestra Sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

ADMINISTRACION DE JUSTICIA

Si de las copias que aporta el actor nos vamos a la misma Sede Electrónica, las cosas son todavía más claras. En el plano que indica sobre pantalla (parte inferior derecha) escala 200 m (y en impresión, 1:20,000) el cauce aparece claramente dibujado al sur de la laguna y pasando junto a la parcela 237. En el de escala 100 m (en impresión, 1:10,000), se ve, igualmente, diáfano. El de escala 50 m (en impresión 1:5,000), e inferiores, coinciden con el tipo de plano del documento 7 antes aludido, donde no se representan estos accidentes.

Si superponemos, como hizo la demandante, a los planos las ortofotos del PNOA, los resultados no son tampoco favorables a la posición de aquélla, pues puede observarse con gran claridad el cauce saliendo de la laguna en su parte sureste, y luego la señal de vegetación típica pasando junto a la propiedad de la recurrente y prolongándose hacia el sur.

Por otro lado, la parte, en apoyo de su pretensión de inexistencia del cauce, afirma que la zona constituye un entorno urbano colmatado por la edificación. Sin embargo, las fotografías aéreas que aporta permiten observar que, aunque desde luego la vivienda se integra en una urbanización, precisamente no parece que existan construcciones junto al arroyo -al menos en esa zona al sur de la laguna- salvo la de la recurrente, estando sin edificar las parcelas colindante al oeste y toda la zona al sur de la parcela del actor, por donde sigue discurriendo el arroyo.

Por tanto, no puede admitirse tampoco este alegato sobre la inexistencia del arroyo. Todo ello sin perjuicio, desde luego, de que si existe alguna otra edificación incumpliendo las distancias respecto del arroyo, deba por supuesto la Confederación actuar igual que actúa con la demandante, pues la actuación de la Administración pública en defensa del interés general y del demanio público debe ser de oficio y uniforme en su criterio, y no singularizada en atención a denuncias de particulares, al margen de que tengan mayor o menor repercusión pública.

OCTAVO.- Debe pues desestimarse el recurso contencioso-administrativo, sin que proceda hacer imposición de costas a la vista de las dudas que presenta el caso, en particular en lo relativo a la cuestión de la notificación de la resolución, punto en el que se ha dado la razón a la actora, aunque ello no influya en el sentido del fallo.

Vistos los preceptos citados y demás de pertinente aplicación,

atravesar una calle. Al folio 10 puede verse ya el progreso de la obra con levantamiento de muro parece que de hormigón.

En segundo lugar, al folio 11 consta que el 28 de septiembre de 2007 la Entidad Urbanística de Conservación El Gran Chaparral, 2ª Fase, denunció ante la Confederación que en la parcela 237 se estaban llevando a cabo labores de construcción que podrían no respetar la distancia legalmente exigible respecto del arroyo que pasaba junto a ella, con posible afectación a la legalidad y a la seguridad de personas y cosas. No se entiende que dicha Entidad pueda realizar semejante denuncia -que la actora ni siquiera comenta en la demanda- si no existe arroyo alguno.

En fin, al folio 12 consta un plano titulado Proyecto de Plan de Ordenación El Gran Chaparral donde puede observarse una línea punteada antes, en y después de la laguna artificial existente en la urbanización, que corre por el lugar donde se dice que existe el arroyo.

Frente a este material probatorio, el interesado aporta una serie de planos y fotografías aéreas obtenidos de la Sede Electrónica del Catastro (documentos 5 a 10 de la demanda), de las que, afirma, se deriva la inexistencia de cualquier cauce público. Esta es la única prueba, en contra de las que obran en el expediente, que se aportan por la demandante.

Lo primero que hemos de señalar es que la aportación de este material habilita a la Sala para la consulta directa de la citada Sede Electrónica del Catastro; y advertiremos de que la calidad documental de las copias aportadas es inferior a la que puede apreciarse directamente consultando la Sede.

Dicho esto, observamos que en el documento 5 no es posible observar ningún cauce dibujado sobre el plano; que en el 6 sí parece existir dibujado un cauce saliendo de la laguna; que el documento 7 es un plano en el que no aparecen cartografiados este tipo de accidentes -no aparece siquiera la laguna- de modo que no prueba nada; y que las fotos aéreas 8 y 9 permiten observar la típica vegetación de ribera que se forma siguiendo la línea del cauce, tanto junto a la parcela de la interesada como hacia el sur (salvo en las vías públicas, que como vimos más arriba se salvan por el arroyo a base de tuberías), e incluso se puede ver -ahora sin vegetación- el canal, al norte de la parcela, tal como sale de la laguna, aunque no coincida exactamente en cuanto a longitud E/O con el dibujo del cauce que se aprecia en el plano 6, donde aparece más centrado respecto de la laguna.

ADMINISTRACION DE JUSTICIA

SÉPTIMO.- *Sobre la existencia del cauce.*

Por último, la demandante afirma que en el lugar no hay cauce de arroyo alguno, como se prueba, dice, a partir de las fotografías extraídas de la Sede Electrónica del Catastro que aporta. Se trata, dice, de una urbanización colmatada por la edificación, en la que por tanto no hay lugar para cauce alguno. Además, no consta deslinde de dicho supuesto cauce.

Comenzando por el último de los alegatos, el relativo al deslinde, conviene decir, citando ahora la sentencia de esta Sala dictada en el recurso contencioso-administrativo 384/2015, que, aunque es cierto que en diversas sentencias anteriores hemos destacado la importancia de un deslinde para poder sancionar en materia de aguas (así, recursos 264/2012 , 245/2009 , 1074/2008), lo cierto es que siempre lo hemos afirmado así cuando hay dudas fundadas sobre la configuración, recorrido o naturaleza del cauce implicado, pero no en otro caso. Esto es, el deslinde no es un requisito constitutivo para que el dominio público hidráulico exista o pueda y deba ser defendido por la Administración, pero su ausencia puede ser relevante a favor del sancionado cuando hay dudas sobre la existencia misma del cauce. Ahora bien, tales dudas, como vamos a ver, no concurren en el presente caso.

Limitándonos a las pruebas existentes en el expediente administrativo (pues una vez concluido se aportaron elementos adicionales por Ecologistas en Acción, que no van a ser analizados por no formar parte del expediente sancionador), podemos observar, como elementos probatorios relevantes, en primer lugar, la denuncia misma formulada el 21 de septiembre de 2007, según la cual se habían realizado "*obras de limpieza de un tramo de aprox. 30 m del cauce del arroyo Berrenchín y construcción de una vivienda en zona de policía, invadiendo parte de la zona de servidumbre sin autorización administrativa*"; así como el informe complementario posterior, donde se indicaba que la actuación había tenido lugar en la parcela nº 237 de la urbanización El Gran Chaparral segunda fase, parcela que, se decía, linda con el cauce del arroyo Berrenchín, aclarándose que las obras consistían en el inicio de la cimentación de una vivienda con invasión de la zona de policía y de una parte de la zona de servidumbre. Además de ello, se incorporaba una fotografía del lugar exacto que, si bien al folio 5 del expediente no es legible, sí lo es al folio 35, donde pueden verse las obras de cimentación a la derecha y el arroyo perfectamente claro en la parte central inferior, pudiéndose observar incluso, en el mismo centro de la fotografía, las tuberías que le permiten

sería imprescriptible- sino de la zona de policía, es lo cierto que el art. 327 del Reglamento de Dominio Público Hidráulico establece un plazo de 15 años para la acción de reposición de las cosas a su estado anterior, plazo no transcurrido en este caso.

SEXTO.- *El carácter de urbano del suelo sobre el que se construyó.*

En el apartado de "hechos" de la demanda la actora señala que la construcción se realizó sobre una parcela adquirida como suelo urbano según las normas urbanísticas aprobadas, habiéndose obtenido todas las licencias municipales requeridas.

Curiosamente esta afirmación se realiza sin luego desarrollarse jurídicamente de ninguna forma y sin sacar ninguna conclusión ni consecuencia explícita. No obstante, dado que la afirmación, aunque desnuda, se hace, analizaremos si de la misma puede extraerse alguna consecuencia jurídica relevante para el caso.

En primer lugar, en cuanto a la obtención de las licencias municipales, hay que tener en cuenta que el art. 9 del Reglamento de Dominio Público Hidráulico señala que la autorización para construir en la zona de policía "*será independiente de cualquier otra que haya de ser otorgada por los distintos órganos de las administraciones públicas*", de modo que la obtención de las licencias municipales es cuestión ajena a la de esta autorización.

En segundo lugar, es cierto que el art. 78 del mismo Reglamento dispone: "*Para realizar cualquier tipo de construcción en zona de policía de cauces, se exigirá la autorización previa al Organismo de cuenca, a menos que el correspondiente Plan de Ordenación Urbana, otras figuras de ordenamiento urbanístico, o planes de obras de la Administración, hubieran sido informados por el Organismo de cuenca y hubieran recogido las oportunas previsiones formuladas al efecto*". De modo que si el Plan Parcial o el instrumento correspondiente fue informado por la Confederación, y la construcción se atuvo a dicha norma, cosas ambas que desconocemos, es posible que la autorización no fuera precisa. Como la recurrente no plantea nada en este sentido, nada podemos otorgarle desde este punto de vista. En cualquier caso, si se diera la circunstancia prevista por el artículo citado, es en la vía de posible legalización, a la que expresamente aludía la resolución dictada, donde habría de ser esgrimida.

ADMINISTRACION DE JUSTICIA

Esto es lo que sucede en el caso de autos. La propuesta de resolución tiene un contenido equivalente al del pliego de cargos: los hechos son exactamente los mismos, con una descripción literalmente idéntica, y se propone imponer la misma medida sobre la que ya se advirtió a la interesada en el pliego de cargos, sin que nada se añada ni se quite, ni por supuesto se conteste a alegato alguno de la interesada, pues ninguno hizo, o se aporte algún matiz o aspecto jurídico o fáctico novedoso. En tales circunstancias, la omisión de la notificación de la propuesta de resolución no causó indefensión de ninguna clase, y por tanto no ocasiona nulidad, puesto que el art. 63.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, señala que "*el defecto de forma sólo determinará la anulabilidad cuando el acto carezca de los requisitos formales indispensables para alcanzar su fin o dé lugar a la indefensión de los interesados*".

QUINTO.- *Caducidad del expediente administrativo.*

El siguiente alegato de la demanda afirma que el expediente caducó, dado que se inició el 14 de noviembre de 2008, y no se notificó la resolución hasta el 31 de octubre de 2017, siendo así que la duración máxima entre esos dos momentos no debería haber superado el año según la normativa de aplicación.

El alegato no puede ser estimado. El art. 58 de la Ley 30/1992, tras detallar cuál es la forma en que se deben efectuar las notificaciones para que sean eficaces, señala: "*Sin perjuicio de lo establecido en el apartado anterior, y a los solos efectos de entender cumplida la obligación de notificar dentro del plazo máximo de duración de los procedimientos, será suficiente ... el intento de notificación debidamente acreditado*". Aunque hemos concluido más arriba que la notificación de la resolución en 2009 no llegó a ser perfecta, dada la insuficiencia de contenido de los edictos publicados, y por ello hemos eliminado las consecuencias propias de toda notificación (el comienzo del plazo para recurrir, en particular), debe tenerse en cuenta que para la concreta cuestión de la caducidad existe, como acabamos de ver, una regla especial que considera suficiente, para que la caducidad no se produzca, el intento de notificación. Y una vez la caducidad no se produjo, al cerrarse con ese intento el cómputo del plazo máximo, ya no puede producirse después.

Por otro lado, tampoco concurre prescripción alguna, pues aunque aquí la Confederación no invoca la invasión del dominio público hidráulico -caso en el que la acción

legalmente y no puede considerarse correctamente comunicado el acto hasta que la interesada se ha dado expresamente por notificada a base de recurrir el acto, o que ha sucedido a raíz de la notificación del requerimiento de cumplimiento, en 2017.

Por tanto, puede considerarse válidamente impugnada la resolución de 6 de marzo de 2009 y entrarse a examinar los diversos alegatos planteados en contra de la misma.

TERCERO.- *La notificación del acuerdo de incoación.*

La recurrente considera nulo el procedimiento administrativo porque no se notificó el acuerdo de incoación (folio 38) según reclaman las normas reglamentarias de aplicación al caso.

Se rechaza el alegato. En el pliego de cargos notificado a la interesada (folio 39) se contiene no solo la referencia al acuerdo de incoación, sino absolutamente todos los elementos y datos que dicho acuerdo contiene, de modo que debe considerarse correctamente notificado dicho acuerdo.

CUARTO.- *Falta de notificación de la propuesta de resolución.*

Se invoca la nulidad del procedimiento por falta de notificación de la propuesta de resolución.

Puede comprobarse en el expediente que, en efecto, la propuesta de resolución no se notificó. Ahora bien, hemos declarado innumerables veces que la propuesta de resolución no es de imprescindible notificación -o al menos su falta de notificación no causa indefensión ni, por tanto, nulidad alguna- cuando no incorpora elemento alguno adicional a los que contenía el pliego de cargos, ni da respuesta a alegatos del expedientado oportunamente expuestos, a cuya contestación pueda a su vez replicar aquél en las alegaciones subsiguientes a la propuesta de resolución. Pues en tales casos no pasa de ser este trámite una mera reiteración de la anterior audiencia que se diera con el pliego de cargos, y por ello su omisión no puede conllevar indefensión alguna, sin la cual no hay nulidad (art. 63 Ley 30/1992, de 26 de noviembre).

ADMINISTRACION DE JUSTICIA

Por lo que respecta al primer motivo, la demandante señala que la Confederación debió investigar en el Ayuntamiento ante el fracaso de la notificación, y que, de haberlo hecho así, habría averiguado que se había empadronado precisamente en la vivienda construida en la parcela 237, donde podía haber sido hallada.

Es cierto que los Tribunales, incluido el Tribunal Constitucional, hemos reiterado que la Administración no cumple suficientemente con un formulario intento de notificación en un determinado domicilio, cuando es razonablemente posible la averiguación de otro en el que intentarlo. Ahora bien, en el concreto caso de autos no puede estimarse el alegato, por las tres razones siguientes: 1º.- En primer lugar, la Confederación ya investigó en su momento en el Ayuntamiento acerca del lugar de residencia de la interesada, obteniendo el domicilio en el que se practicó -exitosamente- la notificación del pliego de cargos, que la interesada recibió personalmente, sin que parece que tuviera ningún interés en el expediente, ya que no formuló alegaciones; a la vista de esta situación, no parecía obligado reiterar el trámite investigador como reclama la recurrente; 2º.- En segundo lugar, aunque la Confederación hubiera realizado investigaciones en el Ayuntamiento antes de pasar a la notificación edictal, nada hubiera obtenido, pues los intentos de notificación que dieron como resultado "ausente" se realizaron en marzo y mayo de 2009, y el empadronamiento no tuvo lugar hasta julio; 3º.- Por último, el requerimiento de 31 de octubre de 2017 se notificó exitosamente -y la interesada se da expresamente por notificada en su demanda- en el mismo domicilio de Tres Cantos el 4 de diciembre de 2017 (folios 108 y 109), de modo que difícilmente puede considerarse un domicilio inhábil.

Más éxito debe tener el segundo alegato. De acuerdo con el art. 58.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, la notificación debe contener el texto íntegro de la resolución, con indicación de si es o no definitivo en la vía administrativa, la expresión de los recursos que procedan, órgano ante el que hubieran de presentarse y plazo para interponerlos. Esta regla es perfectamente aplicable cuando la notificación se haga "*por medio de un anuncio publicado en el Boletín Oficial del Estado*" (art. 59.5), pues sigue siendo notificación y por tanto regirse por sus reglas; es más, el art. 60.2 deja claro que la publicación de un acto también debe contener los mismos requisitos.

En el caso de autos únicamente se publicó el nombre y NIF de la interesada y el número de expediente, de modo que se incumplieron las reglas de notificación previstas

establecido en el art. 118 del texto refundido de la Ley de Aguas, salvo que sean legalizadas las obras o autorizados los trabajos denunciados a instancia del interesado". Este es uno de los actos recurridos en el presente recurso contencioso-administrativo.

8.- Intentada la notificación personal de la anterior resolución en el domicilio de Tres Cantos, por dos veces, con resultado de "ausente", los días 19 de mayo de 2009 y 1 de junio de 2009, y declarada la caducidad del envío en el servicio de Correos, la Administración publicó edictos en el BOE el 22 de junio de 2009 y en el tablón de anuncios del Ayuntamiento de resolución Cantos desde el 1 de julio al 13 de julio de 2009.

9.- Ninguna otra actuación consta en el procedimiento durante casi ocho años, hasta que el 21 de marzo de 2017 se remite por ECOLOGISTAS EN ACCIÓN de Talavera de la Reina un escrito a la Confederación Hidrográfica del Tajo interesándose por el estado del expediente. Posteriormente se presentó por dicha asociación un informe pericial que confirmaba la existencia de la infracción legal, y se pidió la eficacia de la resolución dictada en su día por la Confederación Hidrográfica. También constan requerimientos de información por parte de la Fiscalía General del Estado al hilo de las denuncias de ECOLOGISTAS EN ACCIÓN, entidad que, por último, también presentó una denuncia ante el Ayuntamiento, como obra igualmente en el expediente.

10.- El 31 de octubre de 2017 se dirigió requerimiento a Dª María García García para que diera cumplimiento a la resolución de 6 de marzo de 2009. El requerimiento se dirigió a la dirección de Tres Cantos antes señalada y fue recibido por el yerno de la interesada el día 4 de diciembre de 2017 (folio 109 del expediente). Este requerimiento es el otro de los actos administrativos recurridos en el presente recurso contencioso-administrativo.

SEGUNDO.- *La notificación de la resolución de 6 de marzo de 2009.*

La Sra. García García afirma en su escrito de demanda que aún está en plazo y condiciones de recurrir contra la resolución de 6 de marzo de 2009, dado que en su momento no fue correctamente notificada, y ello por dos motivos: uno, porque no se apuraron las posibilidades de buscar a la interesada cuando la notificación en el domicilio de que se disponía resultó infructuosa; y otra, porque la publicación en BOE y tablones municipales no fue correctamente hecha.

ADMINISTRACION DE JUSTICIA

2.- El 25 de septiembre de 2007 se emitió informe complementario, donde se indicaba que la actuación había tenido lugar en la parcela nº 237 de la urbanización El Gran Chaparral segunda fase, de Pepino, Toledo, la cual linda con el cauce del arroyo Berrenchín. Se decía que las obras consistían en el inicio de la cimentación de una vivienda, y se insistía en la invasión de la zona de policía y de una parte de la zona de servidumbre. Se señalaba que las obras las realizaba la empresa ORAMBA, S.A., con una autorización municipal a nombre de D.ª María García García.

3.- El 28 de septiembre de 2007 la Entidad Urbanística de Conservación El Gran Chaparral 2ª Fase denunció ante la Confederación que en la parcela 237 se estaban llevando a cabo labores de construcción que podrían no respetar la distancia legalmente exigible respecto del arroyo que pasaba junto a ella, con posible afectación a la legalidad y a la seguridad de personas y cosas.

4.- El 14 de enero de 2008 la Confederación inició expediente sancionador contra ORAMBA, S.A., si bien terminó archivándolo por considerar que no era autora de los hechos denunciados.

5.- El 14 de noviembre de 2008 se incoó nuevo expediente, esta vez contra D.ª María García García. En la incoación y en el pliego de cargos se decía que los hechos eran los siguientes: "POR LIMPIEZA DEL CAUCE DEL ARROYO BERRENCHÍN Y OBRAS DE CONSTRUCCIÓN DE UNA VIVIENDA EN ZONA DE POLICÍA DEL CITADO CAUCE, EN TM DE PEPINO (TOLEDO), SIN AUTORIZACIÓN ADMINISTRATIVA". Puede observarse cómo -sin que conste explicación alguna al respecto- se eliminó de la descripción de los hechos contenida en la denuncia y en el informe complementario la invasión de la ***zona de servidumbre,*** que tiene un régimen mucho más riguroso en cuanto a la autorización de obras respecto de la de policía, arts. 7.3 y 9.4 del Reglamento de Dominio Público Hidráulico.

6.-El 26 de noviembre de 2008 se le notificó a la Sra. García García, personalmente, en su domicilio de Tres Cantos (Madrid), el pliego de cargos, ofreciéndole la posibilidad de formular alegaciones y proponer prueba. No se formularon alegaciones.

7.- Redactada propuesta de resolución, que no se notificó a la expedientada, el 6 de marzo de 2009 se dictó resolución en la que se consideraba prescrita la infracción, pero vigente "*la obligación de reponer las cosas a su estado anterior, de acuerdo con lo*

ADMINISTRACION
DE JUSTICIA

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- D.ª María García García interpuso recurso contencioso-administrativo contra la resolución de la Confederación Hidrográfica del Tajo de 6 de marzo de 2009, expediente sancionador D-30681 SRS/AVT, por la cual se resolvía imponer "la obligación de reponer las cosas a su estado anterior, de acuerdo con lo establecido en el art. 118 del texto refundido de la Ley de Aguas, salvo que sean legalizadas las obras o autorizados los trabajos denunciados a instancia del interesado"; así como contra el requerimiento de cumplimiento de 31 de octubre de 2017, referencia D-1556/2007.

SEGUNDO.- Recibido el expediente administrativo, se dio traslado del mismo al demandante, quien formuló su demanda, en la cual, tras exponer los hechos y fundamentos que entendió procedentes, terminó solicitando la estimación del recurso contencioso-administrativo planteado.

TERCERO.- La Administración presentó contestación a la demanda, y en ella, tras exponer a su vez los hechos y fundamentos jurídicos que entendió aplicables, solicitó una sentencia desestimatoria del recurso.

CUARTO.- Practicada únicamente prueba documental, se señaló votación y fallo para el día 26 de marzo de 2019.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- *Exposición del contenido del expediente administrativo.*

1.- El 21 de septiembre de 2007 la Guardería Fluvial levantó denuncia dando cuenta de los siguientes hechos: "*Obras de limpieza de un tramo de aprox. 30 m del cauce del arroyo Berrenchín y construcción de una vivienda en zona de policía, invadiendo parte de la zona de servidumbre sin autorización administrativa*".

ADMINISTRACION DE JUSTICIA

T.S.J.CAST.LA MANCHA CON/AD SEC.2 ALBACETE

SENTENCIA: 10122/2019

Recurso núm. 34 de 2018

Toledo

SENTENCIA Nº 122

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN 2ª.

Iltmos. Sres.:

Presidenta:

D.ª Raquel Iranzo Prades

Magistrados:

D. Jaime Lozano Ibáñez

D. Miguel Ángel Pérez Yuste

D. Ricardo Estévez Goytre

En Albacete, a treinta de abril de dos mil diecinueve.

Vistos por la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha, los presentes autos número **34/18** el recurso contencioso administrativo seguido a instancia de **D.ª MARÍA GARCÍA GARCÍA**, representada por el Procurador Sr. López Ruiz y dirigida por el Letrado D. Francisco Javier González de Rivera Rodríguez, contra la **CONFEDERACIÓN HIDROGRÁFICA DEL TAJO,** que ha estado representada y dirigida por el Sr. Abogado del Estado, sobre **EXPEDIENTE SANCIONADOR;** siendo Ponente el Iltmo. Sr. Magistrado D. Jaime Lozano Ibáñez.

Firmado por: JAIME LOZANO IBAÑEZ 06/05/2019 11:05 Minerva
Firmado por: JOSE PEDRO RUBIO PATERNA 06/05/2019 12:28 Minerva
Firmado por: RICARDO ESTEVEZ GOYTRE 06/05/2019 21:56 Minerva
Firmado por: RAQUEL IRANZO PRADES 07/05/2019 14:11 Minerva
Firmado por: MIGUEL ANGEL PEREZ YUSTE 08/05/2019 10:58 Minerva

Código Seguro de Verificación E04799402-MI:Wzai-f3HG-re3V-khbp-N Puede verificar este documento en https://www.administraciondejusticia.gob.es

FISCALIA GENERAL DEL ESTADO

Fiscal de Sala
Medio Ambiente y Urbanismo

REGISTRO FISCALÍA DE MEDIO AMBIENTE
Salida
011 Nº 201700017441
29/12/17 10:52:24

OFICIO

S/REF : Expediente D-30681

N/REF : E. Gubernativo nº 133/2017

FECHA: 26 de diciembre de 2017

ASUNTO : Denuncia anónima hechos corporación municipal de PEPINO y FISCALIA AREA TALAVERA DE LA REINA

DESTINATARIO: SR. D. JUSTO MORA ALONSO-MUÑOYERRO
Comisario de Aguas de la CONFEDERACION HIDROGRAFICA DEL TAJO
Avenida de Portugal nº 81
28071 MADRID

Por el presente acuso recibo de su escrito firmado electrónicamente en fecha 15.12.2017 en el que nos remite información relacionada con la situación de la vivienda unifamiliar sita en la parcela nº 237 de la Urbanización Gran Chaparral Fase 2 del término municipal de Pepino (Toledo).

Del mismo resulta que en fecha 14.11.2008 se incoó contra Dª MARIA GARCIA GARCIA Expediente D-30681 en virtud de denuncia del Servicio de Vigilancia del D.P.H. de fecha 21.9.2007 por los hechos consistentes en "Limpieza del cauce del Arroyo Berrenchín y obras de construcción de una vivienda en zona de policía del citado cauce, en T.M. de Pepino (Toledo), sin autorización administrativa de este Organismo". También que en fecha 6.3.209 se dictó Resolución imponiendo la obligación de reponer las cosas a su estado anterior, de acuerdo con lo establecido en el art. 118 del Texto Refundido de la Ley de Aguas, salvo que sean legalizadas las obras o autorizados los trabajos denunciados a instancia del interesado. Y por último, que en fecha 31.10.2017 se ha requerido a la denunciada para que proceda a la ejecución voluntaria de la citada Resolución.

Dada la situación expuesta, solicito que **con la mayor urgencia posible** : A) nos remita copia íntegra del Expediente D-30681 incoado en fecha 14.11.2008 contra Dª MARIA GARCIA GARCIA; B) si se confirma que -como parece resultar de la información que nos ha remitido- el Expediente ha estado paralizado desde que se dictó en fecha 6.3.209 Resolución imponiendo a la Sra. GARCIA GARCIA la obligación de reponer las cosas a su estado anterior hasta que en fecha 31.10.2017 se ha requerido a la misma para que proceda a la ejecución voluntaria de la citada Resolución, nos informe del motivo de esa inactivad durante más de ocho años y medio, y C) informe de cualquier novedad que se produzca en la tramitación del Expediente D-30681.

Por otra parte, en nuestro Oficio de fecha 27.9.2017 -del que se acompaña copia- se hacía referencia a que teníamos noticias de que la Asociación ECOLOGISTAS EN ACCION de Talavera de la Reina interpuso en relación a la situación de la vivienda unifamiliar sita en la parcela nº 237 de la Urbanización Gran Chaparral Fase 2 del término municipal de Pepino (Toledo) una denuncia ante esa Confederación Hidrográfica del TAJO en escrito de fecha 7 de octubre de 2015. A la vista de que en la información que nos ha remitido en su escrito firmado electrónicamente en fecha 15.12.2017 no se hace referencia alguna a esa denuncia, solicito nos informe si la Asociación ECOLOGISTAS EN ACCION ha interpuesto alguna denuncia en esa Confederación en relación a la vivienda referida y, caso afirmativo, qué trámite se ha dado a la misma.

Atentamente,

EL FISCAL DE SALA DE MEDIO AMBIENTE Y URBANISMO.

P.O. EL FISCAL ADSCRITO.

Fdo. D. José Martí García.

FISCALIA GENERAL DEL ESTADO

Fiscal de Sala
Medio Ambiente y Urbanismo

REGISTRO FISCALÍA DE MEDIO AMBIENTE
Salida
011 Nº. 201700013210
27/09/17 13:07:50

OFICIO

N/Ref : E. Gubernativo nº 133/2017

FECHA: 27 de septiembre de 2017

ASUNTO : Denuncia anónima hechos corporación municipal de PEPINO y FISCALIA AREA TALAVERA DE LA REINA

DESTINATARIO: CONFEDERACION HIDROGRAFICA DEL TAJO
Avenida de Portugal nº 81
28071 MADRID

En la documentación aportada en nuestro Expediente Gubernativo nº 13/17, resulta acreditado que la Asociación ECOLOGISTAS EN ACCION de Talavera de la Reina interpuso en relación a la situación de la vivienda unifamiliar sita en la parcela nº 237 de la Urbanización Gran Chaparral Fase 2 del término municipal de Pepino (Toledo) denuncia ante el Ayuntamiento de Pepino y ante esa Confederación Hidrográfica del TAJO en escritos de fecha 7 de octubre de 2015 (se acompaña copia de la denuncia interpuesta ante el Ayuntamiento, al no estar aportada a nuestras actuaciones la denuncia ante la Confederación).

Por otra parte, se adjunta noticia de prensa en la que se hace referencia a que en relación a esa vivienda unifamiliar la C. H. del TAJO incoó en fecha 14.11.2008 un expediente sancionador nº D 3068 en el que se impuso una sanción económica y posteriormente en Resolución de fecha 6.3.2009 se ordenó demoler la vivienda.

En consecuencia, por el presente solicito nos informe si se ha incoado en esa CONFEDERACIÓN algún expediente en relación a dicha vivienda unifamiliar, debiendo en caso afirmativo identificar el expediente e informar de los hechos que dieron lugar a su incoación y su estado de tramitación.

Atentamente,

EL FISCAL DE SALA DE MEDIO AMBIENTE Y URBANISMO.

P.O. EL FISCAL ADSCRITO.

Fdo. D. José Martí García

MINISTERIO
DE AGRICULTURA Y PESCA,
ALIMENTACIÓN Y MEDIO AMBIENTE

REGISTRO FISCALÍA DE MEDIO AMBIENTE
Entrada
011 Nº. 201700025607
22/12/17 12:09:46

CONFEDERACIÓN HIDROGRÁFICA DEL TAJO

O F I C I O

S/REF: E. Gubernativo nº 133/2017

N/REF: D-1556/2007
(30681)

ASUNTO: INFORME SOBRE SITUACION VIVIENDA UNIFAMILIAR.

CD28006748!0001802687

FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO
FISCALÍA COORDINADORA DE MEDIO AMBIENTE Y URBANISMO
FISCAL DE SALA
C/ ORTEGA Y GASSET 57, 3ª
28006 - MADRID

En contestación a su oficio de fecha 27 de septiembre de 2017, adjuntando documentación aportada en su Expediente Gubernativo nº 13/17, se informa que, una vez revisados los archivos del Servicio de Régimen Sancionador ce este Organismo, en relación con la vivienda unifamiliar sita en la parcela nº 237 de la Urbanización Gran Chaparral Fase 2 del término municipal de Pepino (Toledo), se han localizado los expedientes sancionadores siguientes:

D-29367/A
Incoado con fecha 14/01/2008 contra ORAMBA, S.A., en base a denuncia del Servicio de Vigilancia del Dominio Público Hidráulico de fecha 21/09/2007, por los siguientes hechos: "Limpieza del cauce del Arroyo Berrenchín y obras de construcción de una vivienda en zona de policía del citado cauce, en T.M. de Pepino (Toledo), sin autorización administrativa de este Organismo".
Con fecha 29/10/2008 se dictó Resolución acordando sobreseer el expediente sancionador al haberse comprobado que la entidad denunciada no era titular de la parcela en que se efectuaron las obras denunciadas.

D-30681
Incoado con fecha 14/11/2008 contra Dª. MARIA GARCIA GARCIA, en base a denuncia del Servicio de Vigilancia del D.P.H. de fecha 21/09/2007, por los siguientes hechos: "Limpieza del cauce del Arroyo Berrenchín y obras de construcción de una vivienda en zona de policía del citado cauce, en T.M. de Pepino (Toledo), sin autorización administrativa de este Organismo".
Se dictó Resolución con fecha 06/03/2009 imponiendo la obligación de reponer las cosas a su estado anterior, de acuerdo con lo establecido en el artículo 118 del Texto refundido de la Ley de Aguas, salvo que sean legalizadas las obras o autorizados los trabajos denunciados a instancia del interesado.
Con fecha 31/10/2017 se ha requerido a la denunciada para que proceda a la ejecución voluntaria de la citada Resolución.

Avda. de Portugal, 81
28071 Madrid
Tel.: 91-5350500
Fax: 91-4700304

DOCUMENTO FIRMADO ELECTRÓNICAMENTE
El Comisario de Aguas - Mora AlonsoMuñoyerro Justo, firmado el 15/12/2017
CSV. MA0091829E31F7067C1F3264711513331332
Verificación en https://sede.mapama.gob.es

MINUTA

MINISTERIO
DE AGRICULTURA Y PESCA,
ALIMENTACIÓN Y MEDIO AMBIENTE

CONFEDERACION
HIDROGRÁFICA
DEL TAJO

O F I C I O

S/REF
N/REF: D-1556/2007
(30681)
ASUNTO: EJECUCIÓN DE RESOLUCIÓN DE EXPEDIENTE SANCIONADOR

CD2800674810001787031

MARIA GARCIA GARCIA
C/ Laurel, 85, BAJO
28760 - TRES CANTOS (MADRID)

Como continuación del expediente sancionador de referencia D-1556/2007 (30681), incoado contra MARIA GARCIA GARCIA, por "Limpieza del cauce del Arroyo Berrenchín y obras de construcción de una vivienda en zona de policía del citado cauce, en T.M. de Pepino (Toledo), sin autorización administrativa de este Organismo", en el que se dictó resolución con fecha 6 de marzo de 2009, y de acuerdo con lo preceptuado en los artículos 118 del Real Decreto Legislativo 1/2001, de 20 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Aguas y 323 del Reglamento del Dominio Público Hidráulico, se le requiere para que en el plazo de TREINTA DÍAS contado a partir de la notificación de este escrito, proceda a la ejecución voluntaria de la antedicha Resolución, cuya fotocopia se adjunta.

Asimismo, de acuerdo con los artículos 323 y 338.2 del citado Reglamento del Dominio Público Hidráulico, se le apercibe de que en caso de no atender este requerimiento se procederá por esta Confederación Hidrográfica del Tajo a la ejecución subsidiaria a su cargo.

Teléfono de información sobre expedientes sancionadores: 91 354 19 24

Avda. de Portugal, 81
28071 Madrid
Tel.: 91-5350500
Fax: 91-4700304

DOCUMENTO FIRMADO ELECTRÓNICAMENTE
El Comisario de Aguas - Ballarin Iribarren Ignacio, firmado el 31/10/2017
CSV: **MA0091321A4788300198408558150910737 5**
Verificación en https://sede.mapama.gob.es

Código seguro de Verificación : GEISER-5023-5825-066d-470f-af38-a196-7212-9977 | Puede verificar la integridad de este documento en la siguiente dirección : https://sede.administracionespublicas.gob.es/valida

JUSTIFICANTE DE REGISTRO EN OFICINA DE REGISTRO

Oficina:	Oficina Madrid Registro General de la Confederación Hidrográfica del Tajo - O00002136
Fecha y hora de registro en	30/11/2017 13:55:02 (Horario peninsular)
Fecha presentación:	30/11/2017 13:55:02 (Horario peninsular)
Número de registro:	O00002136s1700023713
Tipo de documentación física:	Documentación adjunta en soporte PAPEL (u otros soportes)
Enviado por SIR:	No

Interesado

NIF:	06970889A	Nombre:	María García García
País:	España	Municipio:	Tres Cantos
Provincia:	Madrid	Dirección:	C/ Laurel 85
Código Postal:	28760	Teléfono:	
Canal Notif:	Dirección postal	Correo	
		Observaciones:	

Información del registro

Tipo Asiento:	Salida
Resumen/Asunto:	Procedimiento sancionador
Unidad de tramitación origen/Centro directivo:	Confederacion Hidrografica del Tajo - E00134403 / Confederacion Hidrografica del Tajo
Ref. Externa:	70599-S753930
Nº. Expediente:	D-1556/2007

Adjuntos

Nombre:	Resolución ejecución voluntaria.xsig.pdf
Tamaño (Bytes):	336.234
Validez:	Original
Tipo:	Documento Adjunto
Hash:	CBFAE9F4EB8961932710OD1C8210626C4511ED4A5A2B8EE718F9217141BA2538F470BA600B6BD7C9F3E9C25F785231CBD3B5648F52BDE8E5FF25428AFDC0EADA
Observaciones:	

El registro realizado está amparado en el Artículo 16 de la Ley 39/2015.

De acuerdo con el art. 31.2b de la Ley 39/15, a los efectos del cómputo de plazo fijado en días hábiles, y en lo que se refiere al cumplimiento de plazos por los interesados, la presentación en un día inhábil se entenderá realizada en la primera hora del primer día hábil siguiente salvo que una norma permita expresamente la recepción en día inhábil.

ÁMBITO-PREFIJO	CSV	FECHA Y HORA DEL DOCUMENTO
GEISER	GEISER-5023-5825-066d-470f-af38-a196-7212-9977	30/11/2017 13:55:02 (Horario peninsular)
Nº REGISTRO	DIRECCIÓN DE VALIDACIÓN	VALIDEZ DEL DOCUMENTO
O00002136s1700023713	https://sede.administracionespublicas.gob.es/valida	Original

MINISTERIO
DE MEDIO AMBIENTE,
Y MEDIO RURAL Y MARINO

CONFEDERACIÓN
HIDROGRÁFICA
DEL TAJO

MINUTA

O F I C I O

S/REF.
N/REF. D-30681 SRS/AVT
FECHA Madrid, 6 de Marzo de 2009

ASUNTO
-NOTIFICACION DE RESOLUCION-EXPEDIENTE SANCIONADOR

AL CONTESTAR INDIQUE D.N.I./C.I.F.
Y Nº EXPEDIENTE (N/R)

Dª. MARIA GARCIA GARCIA
c/ Laurel, 85 - Bajo
28760 TRES CANTOS (MADRID)

CONFEDERACION HIDROGRAFICA DEL TAJO
REGISTRO GENERAL
10 MAR. 2009
SALIDA Nº 6929

Con esta fecha el Presidente de la Confederación Hidrográfica del Tajo ha dictado la siguiente resolución:

Con fecha 14/11/2008 esta Confederación acordó incoar procedimiento sancionador contra Dª. MARIA GARCIA GARCIA en base a denuncia de S. de Vigilancia del D.P.H. de fecha 21/09/2007, formulándose pliego de cargos por los siguientes hechos:

"LIMPIEZA DEL CAUCE DEL ARROYO BERRENCHIN Y OBRAS DE CONSTRUCCION DE UNA VIVIENDA EN ZONA DE POLICIA DEL CITADO CAUCE, EN T.M. DE PEPINO (TOLEDO), SIN AUTORIZACION ADMINISTRATIVA DE ESTE ORGANISMO."

Notificado pliego de cargos sin que la imputada presentara alegaciones en plazo legal, de la valoración de la prueba obrante en el expediente se desprende:

Del examen de la denuncia, fotografía e informes del Servicio de Vigilancia se aprecia la existencia de los hechos imputados y la responsabilidad de la denunciada por los mismos.

Por lo que se declaran

HECHOS PROBADOS: LIMPIEZA DEL CAUCE DEL ARROYO BERRENCHIN Y OBRAS DE CONSTRUCCION DE UNA VIVIENDA EN ZONA DE POLICIA DEL CITADO CAUCE, EN T.M. DE PEPINO (TOLEDO), SIN AUTORIZACION ADMINISTRATIVA DE ESTE ORGANISMO.

CALIFICACION JURIDICA: La infracción aparece prescrita, si bien persiste:

- La obligación de reponer las cosas a su estado anterior, de acuerdo con lo establecido en el art°. 118 del texto refundido de la Ley de Aguas, salvo que sean legalizadas las obras o autorizados los trabajos denunciados a instancia del interesado

RESPONSABLES: Dª. MARIA GARCIA GARCIA.

A tenor de lo dispuesto en los arts. 117 y 30 del texto refundido de la Ley de Aguas, la Autoridad Competente para resolver este expediente sancionador es el Presidente de la Confederación Hidrográfica del Tajo.

Por todo lo anteriormente expuesto, en virtud de las competencias que tiene conferidas,

CORREO ELECTRÓNICO:

AVDA. DE
PORTUGAL, 81
28071 MADRID
TEL.: 91 535 05 00
FAX: 91 470 03 04

ESTA PRESIDENCIA RESUELVE : Imponer a la infractora:

- La obligación de reponer las cosas a su estado anterior, de acuerdo con lo establecido en el art°. 118 del texto refundido de la Ley de Aguas, salvo que sean legalizadas las obras o autorizados los trabajos denunciados a instancia del interesado.

.

EL COMISARIO DE AGUAS

Fdo.: José Antonio Díaz Lázaro-Carrascc.

c/c

Recursos.-La presente resolución pone fin a la vía administrativa y es inmediatamente ejecutiva, pudiendo interponer potestativamente **RECURSO DE REPOSICIÓN** ante esta Confederación, en el plazo de **UN MES**. Con carácter alternativo puede interponer **RECURSO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO** ante el Tribunal Superior de Justicia correspondiente a su domicilio o de Madrid, en el plazo de **DOS MESES**. Los referidos plazos se computan a partir del día siguiente al de la notificación o públicación de esta resolución.

Formas y plazos de cumplimiento.-

Otras obligaciones: Las restantes obligaciones que se pudieran haber impuesto (solicitar autorización, restituir las cosas a su estado anterior, etc.) deberán ser cumplidas en el plazo de **UN MES** a partir del día de la notificación de la presente resolución, quedando apercibido el infractor de que transcurrido el referio plazo de ejecución voluntaria sin que hayan cumplido dichas obligaciones, si fuera necesario, se procederá, a costa del mismo, a la ejecución subsidiaria por parte de la Administración.

MINISTERIO DE MEDIO AMBIENTE,
Y MEDIO RURAL Y MARINO

CONFEDERACION HIDROGRAFICA DEL TAJO
Avda. de Portugal, 81
28071 - MADRID ----------
C.I.F. Q-28-17005-H

ILMO. SR. COMISARIO - 1 -

6 de Marzo de 2009

EXPEDIENTE	FECHA DENUNCIA	INFRACTOR	MOTIVO SANCION	CAUCE	T.M. PROVINCIA	IMPORTE MULTA	IMPORTE DAÑOS	REPONER LEGALIZ	OTRAS OBLIGACIONES
16937/ C	10/05/2008	EXPLOTACIONES AGROCELE, S.L.	Las obras en cauce	GUADARRAMA (RIO)	BARGAS (TOLEDO)				
29229/ F	26/09/2008	ARENEROS MONTALBAN, S.L.	La extracción de áridos en zona policía	TAJO (RIO)	PUEBLA DE MONTALBAN (LA) (TOLEDO)	360,60		SI	
30575	28/08/2008	D. EMILIANO DOMINGUEZ MUÑOZ	Las obras	SIN CODIGO	CEBREROS (AVILA)			SI	
30580	08/06/2008	Dª. VASILICA LILIANA PRAJOVSCHI	La acampada	BUENDIA (EMB)	SACEDON (GUADALAJARA)	240,40			
30581	08/06/2008	D. ANTON SORIN PRASOVSCHI	La acampada	BUENDIA (EMB)	SACEDON (GUADALAJARA)	240,40			
30582	07/06/2008	D. MINCHO DIMITROV MINCHEV	La acampada	BUENDIA (EMB)	SACEDON (GUADALAJARA)	240,40			
30629	26/09/2008	Dª. MARTA RODRIGUEZ PAYO	Las obras en zona de policía	ELJAS (RIO)	ELJAS (CACERES)	240,40		SI	
30676	17/09/2008	D. FERNANDO SANCHEZ SANCHEZ	Los trabajos en cauce	TAMUJOSO (AYO)	BUENAVENTURA (TOLEDO)	465,68		SI	
30681	21/09/2007	Dª. MARIA GARCIA GARCIA	Las obras	BERRENCHIN (AYO)	PEPINO (TOLEDO)			SI	

Esta Presidencia acuerda con esta fecha resolver los mencionados expedientes en los terminos arriba extractados, lo que comunico para su traslado a los interesados.

EL PRESIDENTE DE LA CONFEDERACION
HIDROGRAFICA DEL TAJO

Fdo.: José María Macías Márquez.

**MINISTERIO DE MEDIO AMBIENTE,
Y MEDIO RURAL Y MARINO**

CONFEDERACION HIDROGRAFICA DEL TAJO
Avda. de Portugal, 81
28071 - MADRID ----------
C.I.F. Q-28-17005-H

EXPEDIENTE	FECHA DENUNCIA	INFRACTOR	MOTIVO SANCION	CAUCE	T.M. PROVINCIA	IMPORTE MULTA	IMPORTE DAÑOS	REPONER LEGALIZ	OTRAS OBLIGACIONES
30682	26/09/2008	LASABE, S.L.	Las obras	GRANDE (AYO)	CILLEROS (CACERES)	6.020,62		SI	
30682/ A	26/09/2008	LASABE, S.L.	Las obras	SIN CODIGO	CILLEROS (CACERES)	617,04		SI	
30699	08/10/2008	COMPLAZU, S.L.	Las obras en zona de policía	SALADO (AYO)	BARAJAS DE MELO (CUENCA)			SI	

Esta Presidencia acuerda con esta fecha resolver los mencionados expedientes en los terminos arriba extractados, lo que comunico para su traslado a los interesados.

EL PRESIDENTE DE LA CONFEDERACION
HIDROGRAFICA DEL TAJO

Fdo.: José María Macías Márquez.