

1.2 Sección de lo Penal

Al margen de la expansión creciente de funciones del Ministerio Fiscal –legitimadas por su condición de defensor de la legalidad–, su función permanente y campo específico de actuación se sitúa en el área del Derecho penal ejercitando la pretensión punitiva dimanante de los delitos, como determina el artículo tercero, número 4 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal.

En la memoria correspondiente al pasado año, ya se hizo notar que la situación sanitaria vivida durante el año 2020, su carácter excepcional, y las dificultades operativas consecuencia de los medios técnicos disponibles, iban a dificultar, cuando no impedir, que pudiera desarrollarse de manera efectiva el trabajo a distancia, todo lo cual se haría patente cuando se produjera la reanudación, siquiera fuera de forma paulatina, del trabajo presencial, como así ha ocurrido.

Al finalizar el año 2020, en la Secretaría de la Sección de lo Penal, se habían acumulado un elevado número de asuntos, que se encontraban pendientes de reparto a los Fiscales del Tribunal Supremo, 523 correspondientes a recursos de casación contra sentencias dictadas en apelación por las Audiencias Provinciales conforme a la nueva ley; 223 correspondientes a recursos de casación contra sentencias dictadas en apelación por los Tribunales Superiores de Justicia, tramitados conforme a la nueva ley y/o recursos de casación correspondientes a asuntos tramitados con arreglo a la regulación procesal anterior; 39 que corresponden a varios temas (acumulaciones, quejas, etc....) y 2 Causas Especiales competencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo. Un total de 787 asuntos.

Durante el año 2021, la entrada de asuntos ha continuado aumentando, de forma que ingresaron durante el año un total de 5.188 recursos correspondientes a recursos de casación contra sentencias dictadas en apelación por las Audiencias Provinciales conforme a la nueva ley; 2.120 recursos de casación contra sentencias dictadas en apelación por los Tribunales Superiores de Justicia, tramitados conforme a la nueva ley, y/o recursos de casación correspondientes a asuntos tramitados con arreglo a la regulación procesal anterior; 980 asuntos que corresponden a varios temas (acumulaciones, quejas, etc.) y 29 Causas Especiales, lo que supone un total de 8.317 asuntos, a los que se suman los 787 pendientes a 31 de diciembre, con un total anual de 9.317 asuntos.

También se registraron 96 recursos preparados por el Ministerio Fiscal, 82 expedientes gubernativos y 35 diligencias de investigación penal.

Para la gestión administrativa del trabajo de la Sección de lo Penal, la plantilla de funcionarios (Gestión, Tramitación y Auxilio) asignados a la secretaría, se componía de 5 funcionarios de Tramitación y 2 de Auxilio correspondientes a la Unidad sita en Fortuny y de 2 funcionarios de Gestión, 6 de Tramitación y 2 de Auxilio correspondientes a la Unidad sita en el Tribunal Supremo.

En atención a la acumulación señalada y el aumento de asuntos registrados hasta el mes de marzo de 2021, se solicitó la designación de personal de refuerzo, petición que fue atendida por la Unidad de Apoyo y gestionada ante el Ministerio de Justicia que aprobó el refuerzo de 2 funcionarios de Gestión procesal, refuerzo que hubo de reiterarse en el mes de septiembre y que fue prorrogado en el mes de octubre de 2021, ante la permanencia de las circunstancias que justificaron su designación, lo que ha posibilitado que la Sección haya podido gestionar los asuntos que han tenido entrada a lo largo del año.

La Sección de lo Penal durante el año ha estado compuesta por 4 Fiscales de Sala Jefes y 23 fiscales del Tribunal Supremo, encontrándose, además, adscritos a la misma 5 Fiscales de Sala.

Como se ha dicho, el volumen de asuntos a los que ha tenido que hacer frente la Sección de lo Penal ha sido muy elevado y ha requerido un esfuerzo especial que es necesario reconocer, tanto a los funcionarios de los cuerpos de gestión, tramitación y auxilio que con su dedicación y buen hacer han posibilitado que los Fiscales del Tribunal Supremo hayan podido abarcar tan elevado número de asuntos, como a estos últimos a quienes fue preciso requerir un esfuerzo añadido, que se prolongó durante gran parte del año, incluso teniendo que duplicar el número de asuntos semanales asignados a cada fiscal, lo que ha permitido que no solo no haya aumentado el número de asuntos pendientes en la Fiscalía, sino que haya disminuido de forma notable.

Tal dedicación y esfuerzo merece el reconocimiento expreso para todos ellos.

Como se ha venido destacando en los últimos años, y puesto que el recurso de casación se desarrolla en dos fases diferentes, una fase de preparación, que se lleva a cabo ante el órgano que dictó la resolución que se pretende recurrir, y otra fase de interposición, que se materializa ante la Sala Segunda del Tribunal Supremo, es imprescindible una buena coordinación que posibilite la eficacia de las pretensiones que el Fiscal quiera hacer valer ante la Sala Segunda del Tribunal Supremo.

A la Fiscalía de Tribunal Supremo le compete en exclusiva la formalización del recurso, supeditado a los términos del previo escrito de preparación que, lógicamente, debe ceñirse a los motivos anunciados.

Es necesario recordar algunas pautas que, no por sabidas, se cumplen siempre, con las indeseables consecuencias que de ello se pueden derivar.

Es preciso partir de una premisa esencial: el escrito de preparación debe abrir todas las vías posibles aplicables, lógica y jurídicamente, al caso concreto. Siempre será obligado anunciar el recurso por infracción de ley del n.º 1 del art. 849 LECr., y por vulneración del precepto constitucional, art. 852 de la LECr., sin que sea preciso ni aconsejable indicar los preceptos infringidos, siendo, por el contrario, imprescindible que, en caso de tratarse de varios condenados o absueltos, se señale de manera concreta e individual, la persona o personas afectadas por el recurso anunciado.

Por otra parte, en ocasiones se pone de relieve la problemática sobre los tiempos en que la Fiscalía del Tribunal Supremo tiene conocimiento del anuncio de un recurso de casación, lo que deja muchas veces muy cortos periodos de tiempo para su interposición. Esta cuestión ha sido abordada en diversas ocasiones en las diferentes Memorias, y también ha dado lugar a la remisión de comunicaciones, no solo a la respectiva Fiscalía en los casos concretos detectados, sino también, de modo general, a la totalidad de las Fiscalías territoriales, la última en el mes de Julio de 2021 cuando los Fiscales de Sala Jefes de la Sección de lo Penal de la Fiscalía del Tribunal Supremo se dirigieron a los Fiscales Jefes Superiores, Provinciales y de Área, indicando las concretas pautas a seguir para evitar tal disfunción.

Por ello, es importante reiterar lo señalado en las mismas, y destacar que con el emplazamiento debe remitirse a la Fiscalía del Tribunal Supremo el informe que justifica la interposición del recurso. Se vuelve a insistir en ello y se recuerda una pauta de actuación que se ve facilitada si se hace uso de los medios tecnológicos y telemáticos de los que se dispone en la actualidad, sin perjuicio de que sea remitida la documentación e informe posteriormente por correo ordinario en su caso, anticipando el anuncio y el informe, pues con ello se logra que el recurso así preparado pueda ser turnado de forma inmediata al/a fiscal del Tribunal Supremo que corresponda y que este/a, pueda llevar a cabo el estudio de la cuestión que necesariamente ha de ser sometida a deliberación en la Junta correspondiente.

Para tener cabal conocimiento de la actuación de la Sección de lo Penal, no es suficiente una exposición numérica de asuntos, sino que es necesario, avanzar en el análisis de tales datos también con el fin de

visualizar la evolución de los recursos que acceden a la Sala en virtud de la reforma de la Ley procesal que incorpora la nueva modalidad de casación.

En este punto, de nuevo ha de hacerse notar qué aunque la ampliación de la casación a las infracciones de menor gravedad competencia de los Juzgados de lo Penal es un medio eficaz puesto a disposición de los fiscales, sin embargo, siguen siendo pocos los recursos anunciados por las fiscalías, cuando es lo cierto que este nuevo recurso es el adecuado para abordar los supuestos errores jurídicos y la dispersión de criterios seguidos por las distintas secciones de una misma Audiencia Provincial o de Audiencias Provinciales del mismo o diferente Tribunal Superior de Justicia.

Como se ha indicado, al ser el recurso de casación un recurso escindido en dos fases íntimamente vinculadas, pero correspondientes a distintos órganos del Ministerio Fiscal, para lograr la mayor efectividad por parte de la Fiscalía del Tribunal Supremo, es indispensable que la fase desarrollada ante los tribunales de instancia y apelación, cuente con mecanismos que permitan detectar los errores jurídicos y la dispersión de criterios referida. Para ello, se insiste en la necesidad de establecer los mecanismos internos adecuados para establecer el sistema que cada Fiscalía estime más oportuno, partiendo de la referencia positiva que aportan los sistemas de que se han dotado algunas Fiscalías y que vienen funcionando adecuadamente, acomodándolos a su respectivo volumen, bajo la supervisión del Fiscal Jefe, que concentre las notificaciones de las sentencias dictadas en apelación y posibilite, a través de la especialización en la materia, la preparación de los recursos de casación a través de esta nueva vía casacional. Con ello se evitaría la incorporación de pretensiones para que se interpongan recursos de casación en razón de motivos que no fueron oportunamente preparados o cuya preparación no fue admitida, así como el planteamiento de cuestiones *per saltum* no suscitadas en el previo recurso de apelación, en su caso.

Volver a insistir en el inexistente alcance del recurso de casación para la Unificación de doctrina en materia de menores, debido a su configuración por la Ley Orgánica de Responsabilidad Penal de los Menores, que no permite el planteamiento ante el Tribunal Supremo de cuestiones relevantes que afectarían de manera directa y notable a la especialidad y que no tienen su encaje en la muy restringida vía casacional prevista en el artículo 42 LORPM, lo que se traduce en que no se haya registrado ningún recurso en materia de menores.

Con relación al recurso de casación para la Unificación de doctrina en materia de vigilancia penitenciaria, se registraron un total de 24 recursos.

1.2.1 DATOS ESTADÍSTICOS RELATIVOS A LA ACTIVIDAD DE LAS SECCIONES DE LO PENAL DE LA FISCALÍA DEL TRIBUNAL SUPREMO

RESUMEN DE LOS ASUNTOS DESPACHADOS POR LA FISCALÍA DE LA SALA PENAL DEL TRIBUNAL SUPREMO, DEL 1 DE ENERO AL 31 DE DICIEMBRE DE 2021

| NATURALEZA DE LOS ASUNTOS REGISTRADOS EN 2021 | |
|---|-------|
| TRIBUNAL SUPREMO | |
| Conflictos jurisdiccionales | |
| – del art. 38 LOPJ | 0 |
| – del art. 39 LOPJ | 3 |
| – del art. 42 LOPJ | 0 |
| – del art. 61 LOPJ | 4 |
| SALA II DEL TRIBUNAL SUPREMO | |
| Casación | |
| Preparados por el Fiscal: | |
| – Interpuestos | 63 |
| – Desistidos | 33 |
| De parte: | |
| – Apoyados | 61 |
| – Parcialmente | 36 |
| – Inadmisión | 6.738 |
| – Impugnación | 415 |
| Quejas: | |
| – Estimando | 29 |
| – Desestimando | 146 |
| Unificación de doctrina | |
| Vigilancia Penitenciaria: | |
| – Apoyo | 2 |
| – Impugnación | 22 |
| Menores: | |
| – Apoyo | 0 |
| – Impugnación | 12 |

NATURALEZA DE LOS ASUNTOS REGISTRADOS EN 2021

| | |
|---|------------|
| Revisión: | |
| – Solicitudes de autorización e interpuestos por parte | 174 |
| – Interpuestos por el Fiscal | 6 |
| – Solicitudes procedentes del Ministerio de Justicia | 0 |
| Cuestiones de competencia | 557 |
| Indultos: | |
| – Favorables | 5 |
| – Desfavorables | 95 |
| Varios | |
| – Error judicial | 7 |
| – Insostenibles (A. J. Gratuita) | 36 |
| – Dictámenes en ejecución | 0 |
| – Nulidades | 0 |
| – Varios | 0 |
| Señalamientos | |
| – Sin Vista | 1.017 |
| – Con Vista | 21 |
| Resoluciones | |
| – Providencias | 4.042 |
| – Autos | 1.023 |
| – Sentencias | 1.345 |
| Causas especiales competencia de la Sala II del Tribunal Supremo | |
| – Denuncias | 19 |
| – Exposición razonada | 2 |
| – Querellas | 36 |
| – Incoadas | 57 |
| – Escritos de Acusación | 0 |
| – Sentencias | 0 |
| Fiscalía del Tribunal Supremo | |
| – Expedientes Gubernativos | 82 |
| – Diligencias de Investigación | 35 |

1.2.2 ANÁLISIS DE LA ACTIVIDAD DE LA SECCIÓN DE LO PENAL DEL TRIBUNAL SUPREMO

Los datos que se acaban de exponer proceden de la aplicación MINERVA FISCALIA, que se nutre de los datos inicialmente incorporados en la aplicación MINERVA del Tribunal Supremo, a los que se añaden los datos propios que origina la actividad de la Sección de lo Penal en la tramitación de los diferentes recursos y procedimientos.

Durante el año 2021, se han recibido en la Sección numerosos escritos y comunicaciones remitidas por ciudadanos, asociaciones, grupos, partidos políticos etc. Para determinar el alcance de la puesta en conocimiento de la Sección de los extremos relatados y su relevancia penal, en el ámbito competencial propio de la Fiscalía del Tribunal Supremo, ha sido necesario incoar un total de 82 expedientes gubernativos, culminando la gran mayoría de ellos en Decretos de archivo, bien por tratarse de hechos imputados a personas que no son aforadas ante la Sala Segunda del Tribunal Supremo, bien por no referir hechos constitutivos de infracción penal, o por hacerlo respecto de personas no aforadas pero señalando el lugar de su presunta comisión, lo que ha dado lugar a su remisión a las fiscalías territoriales correspondientes.

También se han incoado un total de 35 Diligencias Investigación por revestir inicialmente los hechos puestos en conocimiento de la Sección de lo Penal caracteres de infracción penal, 16 de ellas con referencia a conductas vinculadas con las actuaciones llevadas a cabo por diversas autoridades durante la pandemia causada por el virus SARS-COV. 19, concluyendo todas ellas mediante Decreto de Archivo por no resultar indicios suficientes para atribuir responsabilidad penal a las personas aforadas ante la Sala Segunda, o no constatarse indicios suficientes de la comisión de los hechos inicialmente denunciados ante la Fiscalía.

Junto a lo anterior, tiene especial interés analizar los recursos interpuestos por el Ministerio Fiscal ante la Sala Segunda del Tribunal Supremo durante el año 2021.

Por las diversas Fiscalías se anunciaron un total de 96 recursos de casación, de los que, tras la oportuna deliberación en la Junta de las respectivas unidades organizativas que integran la Sección de lo Penal, se desistió de su formalización en 34 casos. Se han interpuesto un total de 63 recursos de casación:

– Contra sentencias dictadas por las Salas de Apelación de los Tribunales Superiores de Justicia, se han formalizado 10 recursos, en los que se suscitan temas relativos a delitos contra la ordenación del

territorio, autoadiestramiento y autoadocctrinamiento terrorista, contra la salud publica en su modalidad de tráfico de drogas, estafa, daños, agresión sexual, y trata de seres humanos.

Recurso 23/2021. Dio lugar al recurso 2-10215-21 en el que se suscita la imposición de la pena de prisión permanente revisable en un supuesto en el que se enjuician tres asesinatos juzgados simultáneamente, solicitada para el tercero de los asesinatos por estimar que la pena correspondiente al asesinato de la tercera víctima ha de ser la de prisión permanente revisable por cuanto ya es incardinable en la previsión legal de que el reo de asesinato «hubiere sido condenado por la muerte de más de dos personas».

– Contra sentencias dictadas por las Audiencias Provinciales resolviendo recursos de apelación interpuestos contra sentencias dictadas por los Juzgados de lo Penal, se han formalizado 26 recursos que han abordado diversos temas por concurrir interés casacional en materia de seguridad vial, prescripción, lesiones, robo, revelación de secretos, falsedad, lesiones, etc. Deben destacarse en este grupo de recursos los siguientes:

Recursos 14/2021, 45/2021 y 46/2021, todos ellos: por infracción de ley al amparo del n.º 1 del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por indebida inaplicación del artículo 89.1 del Código Penal, en un supuesto en el que la sentencia de la Audiencia Provincial estima parcialmente el recurso de apelación interpuesto por la Defensa del penado contra sentencia de Juzgado de lo penal, en el sentido de suprimir la sustitución de la pena de 1 año y 9 meses de prisión por la expulsión del territorio español, al considerar que dicha sustitución se acordó por el Juez de lo penal sin haber existido en este caso un trámite de audiencia «en condiciones de efectividad» (*sic*) «que pueda colmar las exigencias del art. 89 del CP» (*sic*), por cuanto el juicio se celebró en ausencia del acusado. El Ministerio Fiscal argumenta que, cuando la sustitución se acuerda en sentencia (no en ejecución) el trámite de audiencia lo constituye el propio juicio oral, donde sin limitación el acusado podrá alegar lo que estime oportuno sobre su expulsión, para lo cual la solicitud de expulsión debe hacerse por la Fiscalía o Acusación Particular en conclusiones provisionales, a fin de que pueda defenderse de la misma el acusado, no siendo necesario una audiencia personal y directa del acusado como presupuesto indispensable para entrar a resolver la solicitud del/de la fiscal en conclusiones provisionales de sustitución de la pena de prisión por la expulsión del extranjero. Se entiende cumplido dicho trámite de audiencia mediante la formulación de la solicitud de expulsión en el

escrito de conclusiones provisionales y la apertura desde ese momento de un trámite que posibilita al acusado y a su defensa, en su escrito de defensa y en cuestiones previas del juicio oral, proponer prueba que contradiga la pretensión y oponer hasta la finalización del acto de juicio oral las razones contrarias a la sustitución solicitada, especialmente la existencia de arraigo en España. Se añade por el Ministerio Público que el trámite de audiencia exigido jurisprudencialmente como presupuesto previo de la decisión de expulsión no es un trámite desarticulado del proceso ni enmarcado en un procedimiento independiente y singular fuera del propio juicio, y puede hacerse sin duda alguna en el desarrollo del propio Juicio Oral.

Recurso 92/2021, por infracción de los artículos 248, 249, 130 y 131 del Código Penal en relación con el artículo 324 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y el artículo 852 del mismo texto legal, por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva y a un proceso con todas las garantías, y en el que se analizan los pronunciamientos de la Sala Segunda sobre las consecuencias del transcurso de los plazos procesales (con cita de la STS 455/2021, de 27 de mayo, que sostiene la nulidad de las diligencias intempestivas y las SSTS 368/2018, de 18 de julio, 657/2020, de 3 de diciembre, 261/2021, de 22 de marzo, 687/2021, de 15 de septiembre y 836/2021, de 11 de noviembre, que sostienen que se trata de una simple irregularidad procedimental sin efectos preclusivos para la continuación del procedimiento). Se rechaza el criterio de la Audiencia Provincial por cuanto el art. 324 LECr. no establece un nuevo motivo de sobreseimiento por el mero transcurso de los plazos máximos de instrucción, ni abarca la posibilidad de acordar efectos de la radicalidad extrema pretendida en la resolución recurrida que no se desprenden de la literalidad de la norma y carecen de cobertura legal y postula un pronunciamiento sobre los efectos de las diligencias intempestivas, entre las que se incluye la declaración del investigado, sobre la continuación del procedimiento que unifique los diferentes criterios existentes.

Recurso 51/2021, por infracción de ley, al amparo del art. 849.1 de la LECr, por inaplicación indebida del artículo 270.1 y 270.4, párrafo primero CP., cuestionando el criterio sostenido en la sentencia recurrida según el cual el artículo 270.1 del Código Penal no era aplicable al caso de autos por entender que incluir en «obra o prestación literaria, científica o artística» las retransmisiones televisivas de partidos de fútbol suponía una interpretación extensiva y contraria al reo del tipo penal y por ende rechazable. A través del recurso por infracción de ley se pretende no solo la aplicación del artículo 270.1 CP al comportamiento examinado, sino también la aplicación del artículo 286.4 CP,

por considerarse que la relación entre ambos preceptos es la propia del concurso ideal de delitos al ser distintos los bienes jurídicos protegidos: la propiedad intelectual en el primero, la competencia en el segundo, argumentándose que el recurso servirá para ilustrar sobre la controvertida relación entre ambos injustos que también divide a la doctrina.

Recurso 89/21, que dio lugar al Recurso n.º 1-6981-21. Se interpuso recurso de casación frente a la sentencia de 21 de octubre de 2021, dictada por la tercera sección (penal) de la Audiencia Provincial de Barcelona, que absolvió al acusado del delito de lesiones por imprudencia grave cometido utilizando vehículo de motor, de los artículos 152.1. 1.º y 147.1 CP. Se trataba de un recurso por interés casacional, al contradecir la doctrina del Tribunal Supremo, e interpretar inadecuadamente la reforma de la imprudencia, llevada a cabo por LO 2/19, que modificó el tenor del artículo 142 del código penal.

El acusado conducía por Barcelona una motocicleta, portando como pasajero a su hijo de 14 años. Al llegar a un cruce, el encausado, que circulaba a velocidad superior a la adecuada a las circunstancias de la vía, y sin la más mínima precaución, rebasó en fase roja el semáforo que le afectaba e invadió el cruce, colisionando la parte delantera de su motocicleta contra el lateral izquierdo de otro vehículo, que había accedido correctamente al cruce teniendo en verde el semáforo. El acusado y su hijo salieron proyectados cayendo a la calzada, sufriendo ambos, graves lesiones, ante lo que la madre del menor hizo expresa reserva de acciones civiles.

La resolución absolvió al acusado, argumentando que la reforma del artículo 142 operada por la LO 2/2019 ha incorporado una calificación de lo que debe considerarse como imprudencia grave y menos grave con la intención de devolver al texto la seguridad jurídica sustraída en la anterior reforma de 2015 al introducir el concepto de «menos grave» como calificación intermedia de los dos conceptos utilizados hasta ese momento para calificar la conducta imprudente desde el punto de vista penal, que de alguna manera puede considerarse atentatorio contra el principio de tipicidad estricta. De tal forma que, en el ámbito de la circulación se calificará como grave la conducción en que la concurrencia de alguna de las circunstancias previstas en el artículo 379 CP determinara la producción del hecho, esto es, la conducción a velocidades mayores a las allí indicadas o bajo la influencia del alcohol u otras sustancias. En el apartado segundo se ofrece a su vez una calificación de lo que se considera «imprudencia menos grave» y que se identifica con la infracción grave de las normas sobre tráfico, circulación de vehículos a motor y seguridad vial.

Afirma que del relato de hechos probados no se desprende elemento que permita calificar la conducta como constitutiva de imprudencia grave, pudiendo ser calificada, como mucho, como constitutiva de imprudencia menos grave que causó lesiones al menor, de las descritas en el artículo 147.1 del CP, siendo exigible en tal caso, incluso después de la reforma de 2019, como requisito de procedibilidad, la denuncia de la persona agraviada o de su representante legal. La ausencia de denuncia debió provocar el archivo de las actuaciones, por lo que, siendo la denuncia requisito de perseguibilidad, procede dictar sentencia absolutoria.

El Ministerio Fiscal entiende que la sentencia interpreta de modo inadecuado el artículo 142 del CP, recordando la STS 421/2020, de 22 de julio. Los supuestos de imprudencia grave no son solo los dos mencionados. Esos lo serán siempre, lo cual no significa ni que no puedan existir otros casos de imprudencia menos grave, ni que siempre que se dé una infracción grave de tráfico la imprudencia haya de ser calificada de menos grave. Son concebibles supuestos en que se constate la presencia de una infracción grave, y no estemos ante una imprudencia menos grave:

1. Bien porque el Juez o Tribunal considere que la imprudencia alcanza magnitud suficiente para colmar el concepto penal de imprudencia grave;

2. O bien, en el otro extremo, por entenderse que, aunque concurre una infracción grave viaria, la imprudencia no desborda los lindes de la imprudencia leve en sentido jurídico penal. El juez o tribunal no queda convertido en esclavo de la catalogación administrativa.

La presencia de una infracción grave supone una presunción de imprudencia menos grave. Emplaza, en principio, a incoar diligencias para esclarecer los hechos y delimitar la magnitud de la negligencia. Pero el Juez podría llegar a excluirla por factores varios no susceptibles de ser reducidos a un listado. Solo caben orientaciones o criterios que habrán de ir pensándose casuísticamente (v. gr., si la infracción administrativa grave es intencional o fruto de una negligencia). Un absoluto automatismo es rechazable. Así se deriva inequívocamente de ese inciso final; y, así, por otra parte, se constata si examinamos el listado de infracciones graves de la legislación viaria.

Teniendo en cuenta dicha doctrina, la Fiscalía del Tribunal Supremo consideró que los hechos constituían imprudencia grave. El resultado lesivo para el hijo del acusado se debió a su manera de conducir: el recurrido conducía a una velocidad inadecuada; no respetó la

fase de un semáforo en rojo, y el vehículo contra el que colisionó conducía por su vía y teniendo el semáforo en verde.

Como dice la citada STS 421/2020, existen una serie de nociones que nos guían en el esfuerzo interpretativo para delimitar los conceptos de imprudencia grave y menos grave y proyectarlos sobre la realidad social diaria. Añadiendo que «estas nociones, naturalmente, constituyen generalmente conceptos jurídicos indeterminados, que necesitan del diseño, en el caso concreto, para operar en la realidad que ha de ser juzgada en el supuesto de autos. La imprudencia grave es, pues, la omisión de la diligencia más intolerable, mediante la conducta activa u omisiva, que causa un resultado dañoso y que se encuentra causalmente conectada normativamente con el resultado, mediante la teoría de la imputación objetiva, que, partiendo de un previo lazo naturalístico, contribuye a su tipificación mediante un juicio basado en la creación de un riesgo no permitido que es el que opera como conexión en la relación de causalidad...»

Todo lo anterior permite considerar la conducta del acusado como constitutiva de una imprudencia grave. Se incumplió una prohibición expresa que no admite excepciones ni cálculos. Se violaron los principios básicos que regulan el tráfico rodado, puesto que cuando un conductor que tiene el semáforo en verde supera un cruce lo hace en la confianza de que el que tiene el semáforo en rojo va a detenerse, porque hay orden expresa de ello.

Han considerado imprudencia grave no respetar la fase roja de un semáforo las sentencias del Tribunal Supremo 421/2020, así como STS 95/1997 de 27 de enero, 27 de marzo de 1990, 11 de marzo de 1985, 14 de octubre de 1976, 9 de diciembre de 1982, 15 de marzo de 1982, entre otras.

Siendo que, como resulta evidenciado, la conducta de autos es constitutiva de una imprudencia grave, vienen en aplicación los artículos 152.1. 1.º y 147.1 del CP, de cuya conjunta virtualidad normativa resulta que los hechos son constitutivos de un delito de lesiones por imprudencia grave cometido utilizando vehículo de motor.

Aun suponiendo que la imprudencia fuera menos grave, concurriendo una infracción grave administrativa contra la seguridad del tráfico, el requisito de procedibilidad se encuentra cubierto por la actuación del Ministerio Fiscal, al ejercer la acción penal contra el recurrido, manteniendo dicha acción asimismo en el proceso de apelación. Además, el proceso se tramitó como presunto delito de lesiones por imprudencia grave, con lo que la resolución jurisdiccional de segunda instancia, que degradó dicha conducta a la consideración de menos grave imprudente, no puede provocar la sobrevenida ausencia

del requisito formal de procedibilidad, debiendo entenderse concurrente el cumplimiento de dicha exigencia procesal, por evidentes razones de seguridad jurídica (artículo 9.3 CP), ordenación regular del procedimiento (artículo 118 CE), y tutela judicial del perjudicado (artículo 24.1 CE), en cuyo interés y protección actuó el Ministerio Fiscal en el proceso (artículo 124.1 CE).

La STS 19 de abril de 2000 ha considerado que la denuncia es un requisito formal, que puede suplirse si el representante legal del menor actúa en el proceso. La madre del menor perjudicado actuó en el proceso en interés del menor, al reservar *expressis verbis* las acciones civiles correspondientes a este, siendo dicha reserva tenida por válida por el juzgado, el cual lo hizo constar en el *factum* por su relevancia jurídica procesal y sustantiva. Sostiene la referida sentencia, que en caso de menores o incapaces, la imposibilidad de realizar por ellos mismos la ponderación de los bienes en conflicto, determina que el inicio de la represión deba ser realizado por el representante legal o el Ministerio Fiscal. En exigencia de este requisito la Jurisprudencia ha declarado que basta la presencia en la causa de su representante legal para tenerlo por cumplido, esto es, de la persona que puede activar el proceso penal, lo cual supone la voluntad de perseguir un hecho delictivo que afecta a su representado. La STS de 25 de octubre de 1994 señala que, el requisito de procedibilidad afecta realmente a los denominados delitos semipúblicos, pero solo en cuanto presupuesto subsanable durante el proceso (SS 13 noviembre 1987, 24 noviembre 1983 y 20 de noviembre 1982, entre otras muchas). Se trata de un vicio procesal de simple anulabilidad susceptible de convalidación mediante la posterior actuación de la parte o partes perjudicadas. Esa actitud convalidadora se da cuando la parte perjudicada comparece en el curso del procedimiento ya iniciado, colaborando a la investigación judicial, sin mostrar reparo alguno a la continuación del proceso en respuesta al ofrecimiento de acciones que se le hace en la causa.

Por ello, en todo caso los hechos constituirían delito de lesiones por imprudencia menos grave, de los artículos 152.2 y 147.1, ambos del código penal, cometido mediante la utilización de vehículo de motor, en relación con lo prevenido en el artículo 76 a) y k) del Real Decreto Legislativo 6/2015.

En la STS n.º 316/2021, citada, se razonaba de la forma siguiente, alcanzando una conclusión que resultará aplicable al caso presente, como propugna el Ministerio Fiscal:

Se plantean tres posibles alternativas. La que mantiene la resolución recurrida, es decir, que debe entenderse consumado el hurto por

el importe total de todos los efectos, de los que dispusieron y de los que no, aunque la adición de estos últimos provoque un salto agravatorio en la calificación. La de entender que solo se ha cometido un delito por el importe de los efectos de los que efectivamente se dispuso, en este caso un delito leve del artículo 234.2 CP. Otra tercera, afrontarlo como una relación concursal entre el tipo previsto en el artículo 234.1 CP en tentativa, y la modalidad que como delito leve tipifica el artículo 234.2 CP, en este caso consumada. Y dentro de esta, habremos de decantarnos entre el concurso de delitos o el de normas.

1. La primera opción debe ser descartada en cuanto opera sobre una ficción, la disponibilidad de unos efectos que no se ha conseguido, luego faltaría, de cara a la aplicación de la modalidad agravada, tanto acción como resultado. Incurriríamos en un exceso difícilmente compatible con el principio de culpabilidad y el de proporcionalidad proyectados sobre el desvalor de la acción y el resultado.

2. Tampoco la que hemos anunciado como segunda opción proporciona una solución satisfactoria. Entender que nos encontramos ante un delito leve de hurto consumado del artículo 234.2 CP tomando en consideración exclusivamente el valor de aquello de lo que se llegó a disponer, resultaría igualmente desproporcionado, esta vez por defecto. Supondría despreciar la entidad del proyecto criminal, y que, además de lo dispuesto, hubo un intento de apoderamiento de otras prendas que superaban el límite cuantitativo de los 400 euros, en el que se ha colocado la frontera entre el delito leve de hurto y el menos grave.

3. Centrándonos en la tercera opción, ante la disyuntiva entre el concurso de delitos, que en todo caso sería ideal, o el de normas, nos decantamos por este último. Nos encontramos ante tipos de idéntica factura y significado jurídico, y ante un comportamiento también unitario en la vertiente natural y en la jurídica, de manera que el más grave los delitos concernidos absorbe de manera suficiente el desvalor.

Reiteradamente ha señalado esta Sala que, cuando el hecho puede ser encuadrado en varias disposiciones, siendo aparentemente todas aplicables, pero en realidad una de ellas capta por completo, o de manera suficiente, el contenido del desvalor del hecho y desplaza a las demás, se apreciará un concurso de normas o de leyes. Y para conocer cuál es la norma prevalente o preferente que desplaza a las demás se utilizarán los criterios propios de la teoría de la interpretación y solución de las antinomias legales, con el fin de identificar la que se ajusta lo más exactamente posible al hecho cometido, agotándolo y excluyendo así a las demás disposiciones. A tales efectos se utilizan los

principios de especialidad, subsidiariedad, consunción y alternatividad contenidos en el artículo 8 CP (por todas SSTs 97/2015 de 24 de febrero o 481/2018, de 18 de octubre, y las que en ellas se citan).

En palabras que tomamos de la STS 342/2013, de 17 de abril, el concurso de normas implica, por definición, una unidad valorativa frente al hecho cometido, de suerte que la aplicación de uno solo de los tipos que convergen en la definición del concurso, es más que suficiente para agotar todo el desvalor jurídico-penal que puede predicarse de la infracción. Forma, pues, parte de su fundamento la suficiencia de uno de los preceptos para la correcta y plena valoración jurídico-penal de la conducta. De no acoger las normas concebidas por el legislador para la solución de esos casos de colisión de preceptos penales, se correría el riesgo de incurrir en una doble incriminación del hecho, con la consiguiente quiebra del principio de proporcionalidad.

En definitiva, como dijimos en la STS 481/2017, de 28 de junio «dentro del marco punitivo que establece el legislador, los tribunales, atendiendo a la redacción de la norma y a los principios constitucionales que han de guiar de forma primordial el significado de los preceptos penales, han de acudir cuando concurren interpretaciones en conflicto a seleccionar la que concilie en mayor medida los principios y valores constitucionales con las descripciones y connotaciones que se desprenden del texto legal, tanto desde una dimensión de cada precepto como del conjunto sistemático del Código. Especialmente cuando afloran contradicciones internas tanto de índole textual como sobre todo axiológicas».

En este caso entendemos que el criterio que se acomoda en mayor medida al desvalor de la acción y la culpabilidad de los acusados, es el contemplado en el artículo 8.4 CP, que prima la mayor gravedad de la pena, lo que nos proyecta en este caso hacia el delito intentado del artículo 234.1 y 3 CP, que, al tener prevista pena privativa de libertad, frente a la de multa que lleva aparejado el delito leve del artículo 234.2 y 3, emerge como más grave. Tal opción no afecta a las responsabilidades civiles derivadas de todo el conjunto, ni impide, en la determinación de la pena, tomar en consideración como factor de relevancia, el que se produjera una disponibilidad parcial.

Con arreglo a la construcción por la que nos decantamos, refrendamos en su vigencia la tradicional jurisprudencia de esta Sala según la cual, tanto en los supuestos de autoría individual como plural, la acción delictiva alcanza la perfección, aunque no se logre la disponibilidad de la totalidad de los efectos sustraídos. Doctrina que solo modulamos en el sentido de interpretar que, en casos de consumación

parcial de un delito de hurto, también aplicable a los de estafa y apropiación indebida, no cabrá entender consumado el delito con arreglo a una calificación más grave, cuando la cuantía de los efectos respecto de los que se ha obtenido la disponibilidad parcial no alcanza la que la misma requiere. Tales supuestos se resolverán a través de las reglas del concurso de normas, entre la infracción más grave en atención al valor conjunto de todos los efectos, en grado de tentativa, y la consumada a tenor de la disponibilidad efectiva, a resolver de conformidad con la regla del artículo 8.4 CP. En este caso, entre el tipo previsto en el artículo 234. 1 y 3 CP intentado, y el delito leve del artículo 234.2 y 3 CP consumado».

En este caso se trata de dos acciones distintas, ejecutadas en momentos diferentes. Pero su integración en la figura autónoma del delito continuado hace posible valorar el supuesto como análogo a una consumación parcial, acudiendo a la misma solución acogida en la sentencia del Pleno de esta Sala tantas veces aludida.

Los hechos, pues, aplicando la regulación del concurso de normas, deben ser calificados como constitutivos de un delito continuado menos grave de hurto, intentado, de los artículos 234.1, 74 y 62 del CP, con la agravante de reincidencia. Ello supone la imposición de una pena inferior en un grado, al no apreciar razones para hacerlo en dos.

– Contra sentencias dictadas por las Audiencias Provinciales y por la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional se han formalizado 27 recursos, suscitándose diversas cuestiones relativas a delitos contra la ordenación del territorio y medio ambiente, terrorismo, contrabando, contra la salud pública en su modalidad de tráfico de drogas, malversación de caudales públicos, delito fiscal, agresiones sexuales, prevaricación, etc. Pueden destacarse los siguientes recursos:

Recurso 24/2021, por infracción de ley por aplicación indebida de los artículos 16 y 62 del Código Penal en relación con los artículos 74 del mismo texto legal y 2.1.a), 2.2.b), 2.3.b) y 3.1 y 2 de la LO 12/1995, de 12 de diciembre, de Represión de Contrabando, en la redacción introducida por la LO 6/2011, de 30 de junio, en un supuesto en el que se enjuiciaban dos conductas, entendiéndose el Ministerio Fiscal que, si bien es acertada la consideración del delito de contrabando como intentado con relación a la primera de las operaciones que se describen en el *factum*, la segunda de las operaciones integra un delito de contrabando consumado con la consiguiente repercusión penológica, tanto para los acusados que solamente intervinieron en esta segunda operación, como para aquellos que por su intervención en ambas ope-

raciones han sido condenados como autores de un delito continuado de contrabando, por cuanto según el art. 2.1 a) de la Ley de contrabando, cometen este delito los que importen o exporten mercancías de lícito comercio sin presentarlas para su despacho en las oficinas de aduanas o en los lugares habilitados por la Administración aduanera y que la ocultación o sustracción de cualquier clase de mercancías a la acción de la Administración aduanera dentro de los recintos o lugares habilitados equivaldrá a la no presentación, conducta aplicable a las labores de tabaco de conformidad con lo dispuesto en el art. 2. 3 de la Ley, de forma que no es posible, como hace la sentencia recurrida, condicionar la consumación a la disponibilidad real del material que se pretendía comercializar, cuando es suficiente la entrada en territorio nacional sin la declaración fiscal correspondiente para que la acción típica se agote, conforme a la interpretación jurisprudencial.

Recurso 25/2021, por infracción de ley del art. 849.1.º de la LECr., por indebida inaplicación del art. 225 bis. 1 y 2 del Código Penal, con relación al auto dictado por la Audiencia Provincial que consideró que los hechos objeto de la causa eran atípicos basándose esencialmente en que la investigada no podía ser considerada autora del delito en cuestión por su condición de progenitora custodia o conviviente con el menor. Se formula el recurso al amparo del art. 848 LECr., en cuanto se trata de un auto definitivo de sobreseimiento libre, dictado en apelación por la Audiencia Provincial, contra un encausado sobre el que recaía resolución judicial fundada de imputación, manteniéndose en el recurso que la normativa internacional ampara la inclusión de cualesquiera progenitores, custodios o no custodios, con custodia separada o conjunta, como posibles autores de los traslados ilícitos (inconsentidos en la terminología del Código penal) que determinan la aplicación del tipo penal de la sustracción de menores, reiterando que lo verdaderamente importante, es la protección de los derechos del menor en sus relaciones paternofiliales, y el castigo de aquellas conductas que gravemente quebranten el bien jurídico que se protege siempre que tales conductas tengan encaje legal en el tipo penal aplicado por el cumplimiento de todos los elementos típicos (objetivos, subjetivos y normativos) que el precepto penal en cuestión exige, como ocurre en el presente caso.

Avanzando algo más, no basta con conocer los recursos preparados por el Ministerio Fiscal que, correspondiendo al año 2021 ha trabajado la Sección de lo Penal, sino que conviene analizar los extremos que aportan las notificaciones a la Fiscalía de las distintas resoluciones adoptadas por la Sala Segunda del Tribunal Supremo durante el

año 2021 que, en gran parte, no se refieren a asuntos correspondientes al año 2021 sino a años anteriores.

1.2.2.1 *Análisis de las resoluciones dictadas por la Sala Segunda del Tribunal Supremo durante el año 2021*

Tomando en consideración las resoluciones dictadas de la Sala Segunda durante el año 2021, se ponen de manifiesto los siguientes extremos:

a. Sentencias:

Se han dictado un total de 1026, en Recursos de Casación y Revisión fechadas entre el 1 de enero y el 31 de diciembre de 2021, periodo durante el que también se han dictado 58 Autos de aclaración, rectificación y/o complemento de sentencia.

| SENTENCIAS | |
|--|-----|
| Dictadas en Recursos formalizados por el MF | 60 |
| Recursos de Revisión | 7 |
| – Estimados | 7 |
| – Desestimados | 0 |
| Recursos de Casación | 53 |
| – Estimados total y/o parcialmente | 40 |
| – Desestimados | 13 |
| Dictadas en Recursos formalizados por las restantes partes | 966 |
| Con apoyo de algún/os de los motivos | 151 |
| – Recursos de Revisión | 18 |
| – Estimados | 17 |
| – Desestimados | 1 |
| – Recursos de Casación | 133 |
| – Acumulación de Condenas | 48 |
| – Estimados | 47 |
| – Desestimados | 1 |
| – Restantes recursos | 85 |
| – Estimados | 68 |
| – Desestimados | 17 |
| Solicitada por MF la inadmisión o desestimación | 815 |
| – Inadmitidos o desestimados | 531 |
| – Estimados: | 284 |
| – Recursos de Revisión | 3 |
| – Recursos de Casación: | 281 |

SENTENCIAS

| | |
|---|-----|
| – Acumulaciones de Condenas | 14 |
| – Restantes recursos | 267 |
| Sentencias dictadas en Causa Especiales | 2 |
| – Condenatorias | 2 |
| – Absolutorias | 0. |
| Sentencias en razón del año del recurso: | |
| – Anteriores al año 2018 | 12 |
| – Correspondientes al año 2019 | 619 |
| – Correspondientes al año 2020 | 253 |
| – Correspondientes al año 2021 | 163 |

b. Otras resoluciones:

La Sala ha dictado también: un total de 6803 resoluciones cuyo análisis permite destacar los siguientes extremos:

| | |
|---|-------|
| Autos | 2.525 |
| – En razón del año del recurso: | |
| – Correspondientes a causas del año 2019 y anteriores | 191 |
| – Correspondientes a causas del año 2020 | 1.163 |
| – Correspondientes a causas del año 2021 | 1.171 |
| – En razón de la naturaleza de la decisión: | |
| – Inadmisión | 1.309 |
| – Queja | 171 |
| – Nulidad | 53 |
| – Error judicial | 6 |
| – Aclaración | 38 |
| – Contra Decretos LAJ | 39 |
| – En materia Vigilancia Penitenciaria | 19 |
| – Cuestiones de Competencia | 447 |
| – Cuestión Prejudicial | 1 |
| – Revisión | 209 |
| – Causas Especiales | 173 |
| – Inadmisión Querrela | 52 |
| – Inadmisión Denuncia | 22 |
| – Varios | 60 |
| Providencias Inadmisión | 4.272 |
| – Correspondientes a causas del año 2019 | 42 |
| – Correspondientes a causas del año 2020 | 2.467 |
| – Correspondientes a causas del año 2021 | 1.763 |

El mayor número de resoluciones dictadas por la Sala se han adoptado en procedimientos registrados en los años 2020 y anteriores, un 55%, frente a los correspondientes al año 2021, un 45%.

Los datos reflejan como más del 78% de los recursos formalizados por la Fiscalía son estimados total o parcialmente, frente a un 22% que son desestimados.

Del total de recursos resueltos por sentencia por la Sala durante el año 2021 formalizados por las demás partes, el Ministerio Fiscal apoyó alguno de sus motivos en un 14%, y de estos fueron estimados el 99% frente al 1% que fue desestimado.

De los recursos resueltos por sentencia por la Sala durante el año 2021 formalizados por las partes en los que el Ministerio Público había solicitado la inadmisión y/o desestimación fueron inadmitidos o desestimados un 65% frente a un 35% que fueron estimados.

Las sentencias de la Sala II, con carácter general, adolecen del defecto de omitir el contenido del informe del Ministerio Fiscal. Tal y como ocurre, en las sentencias del TC, la plasmación íntegra de su contenido contribuiría a mejorar la calidad de las resoluciones. No es el Ministerio Público una parte procesal al uso y menos en el recurso de casación. Representa la legalidad y la imparcialidad en su calidad de Magistratura postulante. Ni siquiera está condicionada su actuación ante la Sala II por la posición mantenida en la instancia o en apelación, tras la generalización del sistema de doble instancia en el ámbito penal, sino que solo la representación de la Ley y la exigencia de la Justicia mueven sus actuaciones casacionales.

Por tal motivo, no parece adecuado que las sentencias del Tribunal Supremo, abundantes en la cita repetida de doctrina consolidada, no dejen espacio para conocer la posición casacional de la Fiscalía. Se considera que, la integración en la sentencia de la elaboración doctrinal y jurídica del Ministerio Público completaría la resolución.

Naturalmente que el Tribunal podría apartarse de sus criterios, pero la calidad del informe postulante exigiría extremar los motivos para separarse de su posición casacional o confirmar con criterio más firme y consolidado la bondad de sus juicios.

En un tiempo en el que el recurso de interés casacional ha devuelto a la Sala II la razón de su nombre, Sala de lo Penal, parecería el momento de recuperar la brillantez de la elaboración dogmático-penal del Tribunal Supremo, y con ello la recuperación del mejor derecho penal, con análisis de la tipicidad, la antijuricidad, la culpabilidad y la punibilidad, lo que pasa por prestar un merecido interés a los discursos elaborados por la otra Magistratura.

1.2.3 ASUNTOS DE MAYOR TRASCENDENCIA SUSCITADOS ANTE LAS JUNTAS DE LA SECCIÓN DE LO PENAL

Gran cantidad de asuntos con relevancia jurídica y práctica se han debatido en las Juntas que celebran las dos unidades que componen la Sección, de los que no puede hacerse referencia pormenorizada.

No obstante, pueden destacarse algunos de los recursos objeto de análisis en las mismas, tanto por su trascendencia pública, como por el interés jurídico de las cuestiones debatidas.

Recurso 1/601/2020. Es el conocido como Caso de los ERE de Andalucía. Se llevó a la Junta de la Sección por los dos fiscales encargados del despacho de este asunto, que dada su gran complejidad y extensión, precisaron para ello de un periodo prolongado de tiempo para su despacho, dando cuenta de la impugnación de la totalidad de los motivos de los recursos presentados por los condenados.

El dictamen, para dar respuesta a la gran cantidad de cuestiones fácticas y jurídicas suscitadas se estructuró en diversos apartados. En el primero, bajo la denominación de cuestiones comunes, se abordaron temas suscitados por la mayoría de los recurrentes, en concreto las cuestiones relativas al Juez ordinario predeterminado por la Ley y al principio acusatorio; las relativas a la infracción de los ordinales 1.º y 2.º del art. 849 LECr.; y las relativas a aspectos generales sobre el derecho a la presunción de inocencia. Así, se estudia el procedimiento de concesión de subvenciones, describiendo el mecanismo empleado, y que se considera sencillo pero eficaz para la finalidad perseguida. Primero, mediante modificaciones presupuestarias y, posteriormente, mediante su inclusión en el presupuesto, se utilizó la partida «transferencias de financiación al IFA», y las ayudas se materializaban mediante convenios particulares suscritos entre la Consejería de Empleo y el Instituto de Fomento de Andalucía (IFA), convenios que a partir de julio de 2001 se amparaban en el Convenio Marco suscrito entre el centro directivo y el IFA. De esta forma se conseguía, por una parte, eludir los requisitos del procedimiento de subvenciones para el reparto de las ayudas respetando los principios de publicidad, libre concurrencia y objetividad y, por otra parte, evitar la fiscalización del gasto. En efecto, la intervención del IFA se limitaba, según se refleja en el Convenio Marco, a la materialización de las ayudas que concedía la Consejería de Empleo, de manera que el expediente de gasto no podía ser objeto de fiscalización previa en la Consejería porque los fondos habían sido transferidos a la empresa pública, y en esta, sujeta a control financiero permanente, solamente podía fiscalizarse el pago, puesto que el expediente se tramitaba en el centro directivo.

Se analizan las pruebas de cargo sobre el procedimiento ilegal, además de la prueba testifical y pericial, entre las que destacan los informes elaborados por los peritos de la Intervención General de la Administración del Estado (IGAE), y la numerosísima prueba documental.

Se realizan las oportunas consideraciones jurídico penales comenzando por el análisis de la noción de resolución administrativa cuestionada por todos los recurrentes, como elemento configurador del delito de prevaricación, descartando, por constituir actos reglados sometidos a la normativa administrativa, que las distintas decisiones pudieran ser consideradas como mera actuación política no sujeta al control jurisdiccional.

Finalmente, en las respuestas individualizadas a cada uno de los recursos presentados se concretan, las pruebas en que han basado las respectivas condenas.

En un apartado segundo se abordaron de manera individualizada los recursos interpuestos con especial énfasis en el tratamiento de las pruebas de cargo tenidas en cuenta por la Sentencia como base de su pronunciamiento condenatorio y aquellas otras materias no tratadas en las cuestiones comunes.

Recurso 1/5112/2021. El recurso se refiere a la absolución de un conocido jugador de fútbol del delito contra la Hacienda Pública del artículo 305.1 del Código penal del que había sido acusado junto a sus asesores fiscales.

La Junta analizó, consecuencia del recurso interpuesto por la representación procesal de la acusación particular de la Agencia Estatal de Administración Tributaria, la sentencia dictada en apelación en torno a la insuficiencia y falta de racionalidad en la motivación fáctica, como en el apartamiento manifiesto de las máximas de experiencia y en la omisión de todo razonamiento sobre algunas de las pruebas practicadas. Se impugnaba la exclusión de la concurrencia del elemento subjetivo del delito del artículo 305 del Código Penal, y entender que no existía una simulación penalmente relevante, y que se actuó en la creencia de que el artículo 92 de la Ley 35/2006, de 28 de diciembre, amparaba la falta de imputación a la base imponible del IRPF de los rendimientos percibidos de la explotación de derechos de imagen que eran objeto de la acusación, cuando la propia sentencia impugnada reconoce expresamente que los acusados actuaron en fraude de ley al acoger una actividad de negocio real con contratos reales de explotación de derechos de imagen del jugador y canalizar su imputación tributaria a través de una norma determinada que en parte no corresponde aplicar, para eludir otra norma imperativa, cual

es la que consagra el deber de imputarse en su declaración del IRPF esos rendimientos no procedentes del empleador como del capital mobiliario.

Se decidió el apoyo al motivo articulado por vulneración del artículo 24 CE que consagra la tutela judicial efectiva, al haberse efectuado una valoración irracional de la prueba, ya que la sentencia recurrida confirma el fallo absolutorio de la Sentencia de instancia por la sola circunstancia de que la simulación es una realidad tolerada al amparo del artículo 92 de la Ley 35/2006, de 28 de noviembre –para el caso de rendimientos provenientes del Club de Fútbol empleador del jugador– o que, no siéndolo –para el supuesto de rendimientos provenientes de terceros–, el acusado actuó en la creencia de que cumplía con la legislación vigente. Y este razonamiento consistente en amparar la conducta denunciada en el ámbito objetivo del artículo 92 de la Ley 35/2006 de continua referencia, le basta a la Sala para confirmar el fallo absolutorio, evitando así entrar en el análisis de las razones expuestas por las acusaciones en sus escritos de interposición de recurso de apelación.

Igualmente se apoyó el motivo por infracción de ley también formalizado, por cuanto la sentencia impugnada realiza una interpretación equivocada del artículo 92 de la Ley 35/2006 cuando sostiene que el citado precepto ampara una opacidad dentro de ciertos límites, apartándose de la función teleológica del tipo, así como de la interpretación que del mismo hace la Sala Tercera del Tribunal Supremo, ya que la interpretación del referido precepto no lleva a la conclusión alcanzada por el Tribunal de Apelación cuando parece configurar dicho precepto como una norma de suavización de la tributación en cuyo seno se ampararían simulaciones penalmente no relevantes.

La realidad es precisamente la contraria: el artículo 92 es un precepto de endurecimiento de la tributación que permite anticipar la tributación en sede del socio –esto es, porque declara antes de cobrar la renta, siempre que se den las circunstancias que en dicho precepto se indican–, sin necesidad de que la AEAT tenga la carga de probar las características de la sociedad y ello sin perjuicio de que, si la AEAT efectuase una labor de inspección en el perfil de la sociedad y probara la existencia de simulación –como sucede en el caso que nos ocupa–, se llegaría a la conclusión de que la cesión no fue real y que, evidentemente, no resultaría de aplicación el artículo 92 –esto es, el régimen de tributación por imputación– al ser nulo el contrato de cesión y, consiguientemente, faltar la relación jurídico-tributaria, siendo en su lugar aplicable un régimen de tributación por rendimientos, que es el que se aplica en el caso que nos ocupa.

Recurso 1/4912/20. El recurso se refiere a un supuesto en el que se enjuicia el acuerdo entre directivos de un club de fútbol con los jugadores de otro club de fútbol, para el pago de una determinada cantidad de dinero para influir en los resultados de la competición, acuerdo que presentaba un doble aspecto económico, ya que por una parte se contemplaba el ganar al equipo con el que jugaban la jornada 37, y por otro, que dejaran ganar en el partido que se celebraría en la jornada 38 contra el equipo al que pertenecían los directivos citados. De esta forma, con tales resultados, aunque no aseguraban la permanencia del equipo en la categoría sí aumentaban considerablemente sus posibilidades.

La Junta de la Sección abordó la cuestión suscitada por varios recurrentes acerca de la exclusión de las «primas por ganar» del tipo penal del art. 286 bis. 4 CP. Al respecto, se concluyó tras la deliberación sobre el asunto, que había de mantenerse el criterio de la sentencia recurrida, en cuanto destacaba que tales maniobras lo que pretenden es alterar de manera deliberada y fraudulenta el resultado de una competición deportiva profesional como lo es la Liga de Fútbol Profesional, pretendiendo evitar el descenso de un Club a segunda división en perjuicio de otros equipos que se encontraban en la misma situación. Dicha pretensión de alterar los resultados, y su efectividad en la práctica, es lo que justifica su existencia que, en caso contrario, las convertiría en absurdas, nada tienen que ver con las «primas» pagadas por cada club a sus propios jugadores, asimilables a los «plus de productividad» en el ámbito de la función pública, y mucho menos con la existencia de «patrocinadores» cuya intervención se encuentra relacionada con la publicidad y la imagen del propio patrocinador, que quiere vincular su marca con los valores que el club patrocinado transmite al público y, en definitiva, a los consumidores.

Recurso 1/5765/20. Se trata del denominado caso Pescanova. La sentencia analiza los hechos concluyendo que se detecta una primera fase, que se integra por la ideación de las formas ilegales de financiación y la creación ficticia de una serie de operaciones comerciales de compraventa; operaciones que traducidas legalmente serían constitutivas de un delito de falsedad en documento mercantil. Una segunda fase, consistente en que una vez puesto en marcha por el departamento de administración de la Sociedad el organigrama de qué sociedades vendían y cuales compraban evitando que se entremezclaran, se inició la propia fase de financiación bancaria a través de líneas de factoring o de pólizas de descuento bancario; lo que dio lugar al surgimiento del segundo delito del que el primero era el medio; es decir, un delito de estafa en el que los engañados por la Sociedad eran los

bancos y el mecanismo del engaño fueron esas facturas, transformadas en remesas de facturas, supuestamente vinculadas a unos inexistentes contratos de compraventa de pescado. Y, la tercera fase, trasladando a las cuentas anuales y otros documentos que debían reflejar la situación jurídica o económica de la Sociedad, una imagen con beneficios y con poca deuda financiera, muy distinta a la real, que se transmitió perfectamente al público en general y a los inversores en particular; y una vez conseguida esa buena imagen irreal, se trataba de captar inversores que les permitiera una situación financiera más relajada que la propia de la financiación bancaria, lo que efectivamente se consiguió.

La Junta analizó las cuestiones suscitadas por los recurrentes y se procedió a apoyar varios de los motivos relacionados con la responsabilidad civil que declara la Sala de instancia. El tribunal entendió que los cuatro delitos cometidos por el núcleo de acusados, presididos por su presidente como máximo responsable de la entidad, coincidían en su quehacer con la finalidad de disimular su mala situación económica para atraer inversores, lo que da lugar a la existencia de un múltiple concurso medial de delitos que se inicia con la falsedad en documento mercantil cometida por particulares del art. 392, en relación con el 390, de forma continuada; continúa con la estafa agravada de los arts. 248 y 250.1.5.^a, igualmente continuada, llega a la falsedad de cuentas anuales y otros documentos, también continuada y, concluye con la denominada estafa de inversores. Pese a lo anterior, ni Bankia –única entidad bancaria personada, que no formuló acusación contra los recurrentes– ni el Ministerio Fiscal, solicitaron su condena al pago de la responsabilidad civil declarada en favor de las demás entidades bancarias, como refleja la sentencia en sus antecedentes; por lo que, en virtud del principio de rogación el Tribunal no debió condenar al pago de la responsabilidad civil, en favor de las mismas.

De igual manera y respecto de los perjuicios causados a los inversores por el falseamiento de información económica y financiera, el Ministerio Público no solicitó su condena al pago de tales responsabilidades civiles, toda vez que existían acusaciones personadas, concurriendo alguna de ellas se limitaron a adherirse a la calificación del Ministerio Fiscal, sin formular petición expresa de condena, con otras que sí lo solicitaron de forma expresa en representación de otros inversores, por lo que al tratarse de la acción civil, ejercitada conjuntamente con la penal (art. 109 CP), que mantiene sus principios rectores de disposición y rogación, no cabe la condena al pago de indemnizaciones a los inversores que no lo pidieron expresamente.

1.2.4 RESOLUCIONES DEL TRIBUNAL SUPREMO DE INTERÉS

1.2.4.1 *Sentencias del Pleno de la Sala Segunda*

La Sala ha dictado un total de 9 sentencias de Pleno:

Sentencia núm. 314/2021 de 15 de abril de 2021, rec. Núm. 1883/2020. Se condena a un padre como cooperador necesario ex art. 28 b) CP por delito del art. 384.2 CP al coadyuvar en la conducta del hijo de ocho años de conducir, éste, un vehículo de motor mientras le grababa. Concurrencia de la cooperación necesaria en el tipo penal del art. 384.2 CP en la conducción sin permiso de conducir. El art. 384 CP tipifica un delito de peligro abstracto, en el que se considera que la mera actividad de conducir sin la autorización administrativa acreditativa de los conocimientos y habilidades para ello supone un riesgo o peligro grave para los bienes jurídicos protegidos (vida e integridad física de las personas y seguridad vial), por lo que dicha conducta, aun cuando no se produzca un resultado lesivo concreto es merecedora de sanción penal. Y los colaboradores necesarios en esta conducción serán responsables penalmente.

La circunstancia de que el menor esté exento de responsabilidad penal no impide que el garante, que debió evitar que sucediera el hecho probado, sea el que permite y ayude a que se perpetre, grabando, además, su comisión conduciendo el vehículo de motor, es decir, habiéndole permitido y ayudado el padre a que conduzca como lo hizo.

Cooperación necesaria del que colabora en que un tercero que no tiene permiso de conducir circule con vehículo de motor concurriendo el elemento subjetivo y objetivo.

Sentencia núm. 315/2021, de: 15 de abril de 2021, rec. Núm. 2014/2020. Aborda la imposibilidad de aplicar la rebaja en el tercio de la pena previsto en el art. 801.2 LECr. a la cuota diaria de la multa del art. 50.4 CP.

Cuando la LECr. fija esta opción del acusado en el juicio rápido, la rebaja en el tercio de la pena se aplica solo a las penas, sin que pueda aplicarse a la cuota de la multa, porque la pena es la multa y no su cuota diaria, que no es más que la manifestación de la ejecución de la pena.

La cuota diaria de la multa tiene como criterio de referencia la capacidad económica del penado ex art. 50.5 CP.

Sentencia núm. 317/2021, de 15 de abril de 2021, rec. Núm. 2195/2020. Relativo a un delito de incendio forestal. La propagación excluye la aplicación del tipo previsto en el artículo 354 CP para pro-

yectarse hacia el tipo básico del 352 CP. Lo que no significa que no existan casos límite en los que no resulte fácil determinar si esa propagación o dispersión del incendio ha llegado o no a producirse. Entre el momento en que el objeto incendiado combustiona autónomamente y aquel en el que puede claramente apreciarse su propagación, pueden surgir una serie de zonas difusas o fases intermedias. La pauta metodológica en esos casos, de cara a descartar la propagación que desplazaría la tipicidad hacia el artículo 352 CP no puede ser otra que la escasa significación del incendio producido.

Sentencia núm. 333/2021, de 22 de abril de 2021, rec. Núm. 1247/2019. Referida a un delito de daños y otro de obstrucción a la justicia. La cuestión versa en dilucidar «si los hechos pueden incardinarse en la acción de dañar que contempla el artículo 263 del Código Penal, o se trata de un mero deslucimiento del bien, actualmente despenalizada tras la reforma de la LO 1/2015, que derogó las faltas y, en concreto, la del artículo 626 que no se puede reubicar en otro precepto del texto punitivo tal y como sostiene la Audiencia Provincial, postulándose por el Ministerio Fiscal la interpretación de considerar el hecho probado típico del delito de daños.

La interpretación según la cual la conducta que en 1995 fue subsumida en la falta del art. 626 CP, no nos lleva, sin más, a la despenalización de la conducta por la desaparición de la figura típica. El deslucimiento de un bien que implique una pérdida de su valor o suponga una necesidad de reparación evaluable económicamente, ha de ser reconducido al delito de daños. La desaparición de la falta no implica la despenalización de la conducta, y así lo expresa la Exposición de Motivos de la reforma de 2015. Estamos en presencia de dos conductas homogéneas, de manera que despenalizada la conducta del art. 626 CP, que constituía un precepto penal especial, al contemplar supuestos en los que el resultado básico solo requería de labores de limpieza, la conducta puede encuadrarse en el delito de daños si resultan perjuicios patrimoniales y será en función de su cuantía la que llevará a la aplicación del delito o del delito leve.

Si cuando estaba vigente el art. 626 CP, la discusión se producía entre el delito de daños y la falta de deslucimiento, ahora la discusión se produce entre el delito y el delito leve y la infracción administrativa del art. 34 de la Ley de Seguridad Ciudadana, que ha de solucionarse de acuerdo a los criterios clásicos de diferenciación de las infracciones penal y administrativa en función de la gravedad de la conducta y del resultado, siendo preciso actuar, en cada caso, criterios de proporcionalidad.

El daño que se declara probado es el resultado de una acción dirigida a su producción. El daño se produce por la destrucción, por el menoscabo y por el deterioro de la cosa cuando la conducta desplegada afecta a la sustancia del bien con tal intensidad que su reparación –pues todo es susceptible de ser reparado–, comporta una lesión al patrimonio ajeno, consistente en el empobrecimiento de un patrimonio ajeno causado por el mal producido. La fachada ha sido objeto de un daño pues el bien afectado ha sufrido un menoscabo de su sustancia en la cantidad en la que se ha tasado la recuperación del bien.

Sentencia núm. 335/2021, de 22 de abril de 2021, rec. Núm. 2191/2020. Se refiere a un delito contra la propiedad intelectual. El cuestionamiento del tipo que se realiza no se refiere a la redacción vigente, y la interpretación de la tipicidad no entra en colisión con precedentes jurisprudenciales de esta Sala, ni existe contradicción con sentencias de otras Audiencias y, aunque el precepto lleva en vigor menos de cinco años, el criterio de interpretación seguido por la sentencia impugnada, el que resulta de su literalidad, no plantea dificultad en su entendimiento. La recurrente explota económicamente unos ordenadores y sus programas informáticos sin la licencia de utilización que permite su explotación comercial. Se trata de una actividad negocial, un locutorio, que posibilita el acceso a Internet a partir de ordenadores que albergan programas informáticos, hardware y software, que requieren de licencias que permitan su utilización, al tratarse de obras documentadas que son creación del espíritu con un contenido original y protegido por el ordenamiento.

El derecho penal no contiene la posibilidad de excluir por razones de oportunidad los hechos de poca significación lo que, en este caso, ni siquiera se podría plantear dada la entidad y trascendencia del bien jurídico tutelado.

Sentencia núm. 340/2021, de 23 de abril de 2021, rec. Núm. 2987/2020. Aborda el delito de sustracción de menores. Sobre la posibilidad de que el progenitor custodio sea sujeto activo del delito, si el otro progenitor también detenta la custodia: ... desde la consideración del tenor literal de la propia norma cuando describe la modalidad alternativa de traslado –art. 225.bis.2.1.º, como de su configuración modelada por el Convenio de la Haya de 1980; como en sistemática interpretación dado el bien jurídico tutelado; como en congruencia con los dos precedentes de esta Sala, el Auto de 2 de febrero de 2012 recaído en la cuestión de competencia 20540/2011 (donde se proseguía procedimiento por el traslado del menor contra uno de los progenitores que tenía su custodia por atribución legal) y la STS 870/2015, de 19 de enero de 2016 (donde recaía condena sobre progenitor que

tenía a su favor la custodia compartida del menor), ciertamente, el progenitor custodio, puede resultar sujeto activo del delito. No si la tiene en exclusiva, porque entonces no se quebrantó el derecho de custodia de ningún progenitor.

En el caso concreto, el pronunciamiento es absolutorio, pues en el período que abarcan los hechos, en un primer momento, encauzada judicialmente la crisis familiar (y no acreditado que impidiera visitas del otro progenitor con la menor) y estando a la resolución judicial, no se quebranta el bien jurídico que tutela esta tipicidad; y en el segundo período, cuando se decide judicialmente sobre la custodia del menor es otorgada en exclusiva a la denunciada.

Sentencia núm. 364/2021, de 29 de abril de 2021, rec. Núm. 1015/2020. Condena al abono de las pensiones adeudadas en el delito de abandono de familia del art. 227 CP. Naturaleza de tal pronunciamiento. Prescripción. La responsabilidad civil nacida de delito, aunque se ejercite en un proceso civil (v. gr., porque el perjudicado se la reservó), no pierde su específico régimen, lo que significa, entre otras cosas, que su plazo de prescripción no será de un año, sino de cinco (según la reforma de 2015). En principio, las acciones son lo que son, con independencia del escenario procesal en el que se hagan valer.

El art. 227.3 CP afirma rotundamente, que *«la reparación del daño procedente del delito comportará siempre el pago de las cuantías adeudadas»*. El hecho de que la ley se sienta obligada a proclamarlo explícitamente sugiere que, sin tal previsión, la conclusión debería ser otra. Eso no impide que puedan identificarse en ocasiones y acreditarse otros, perjuicios económicos ligados al impago que eventualmente podrían generar una obligación de indemnizar por conceptos diferentes a las pensiones adeudadas.

Esa obligación civil –pago pensiones– impuesta en sentencia (que en rigor puede reclamarse en el mismo proceso de ejecución en familia, aunque exista un proceso penal en trámite) no es responsabilidad civil que nazca de un delito. Se generó antes. Es una obligación nacida de la ley. No se transforma por el hecho de que su incumplimiento haya podido dar lugar a un proceso penal en el que viene a ser exigida. Sigue siendo la misma obligación, con idéntico régimen, y con idéntico obligado, aunque pueda convertirse en objeto accesorio del proceso penal.

Las pensiones que nacieron con una antelación superior a tres años a la fecha de interposición de la denuncia estaban y están civilmente prescritas. La condena al abono de las pensiones solo debe abarcar las posteriores –que son las únicas adeudadas– tal y como había declarado el Juzgado de lo Penal. Habiéndose afirmado la natu-

raleza estrictamente civil de la deuda y su condición de obligación *ex lege* –que no *ex delicto*– no suscita duda la aplicabilidad de la legislación autonómica específica (Ley 29/2002, de 30 de diciembre por la que se aprobó la primera Ley del Código Civil de Cataluña).

Sentencia núm. 355/2021, de 29 de abril de 2021, rec. Núm. 4118/2018. Condena por un delito de Estafa por venta de vivienda. Recurso del Ministerio Fiscal. Concurrencia en algunos casos del artículo 251 con el 250.1 y 2 CP. No se aprecia la existencia de razones consistentes que avalen que la agravación de las estafas que se contempla en el artículo 250.1 y 250.2 CP cedan ante la agravación de los tipos básicos contenida en el artículo 251, en los casos en que sea aplicable, dadas las características de la conducta. Todos los supuestos previstos en el artículo 251 presentan caracteres especiales respecto de los previstos con carácter muy general en el artículo 248. Y lo mismo ocurre con las previsiones del artículo 250, apartados 1 y 2. Puede tenerse en cuenta, como supuesto bien significativo, la atribución de facultades inexistentes sobre inmuebles, por valor defraudatorio superior a 50.000 euros, que están destinados a vivienda habitual del comprador, frente a cualquier otro engaño respecto a los mismos. En este segundo caso, la pena quedaría comprendida entre 4 y 8 años, mientras que en el primero lo sería entre 1 y 4 años.

Por lo tanto, y aunque ello conduzca a la aplicación más restrictiva del tipo básico (artículo 248 y 249) y a la de un primer subtipo agravado respecto del mismo (artículo 251), la correcta protección de los bienes jurídicos afectados por conductas que la norma considera más graves, aconseja considerar que, por aplicación del principio de especialidad, será aplicable en primer lugar el artículo 250.1 y 2 (pena de 4 a 8 años de prisión y multa de 12 a 24 meses), cuando concurren las circunstancias previstas en él, es decir, la 1.^a del artículo 250.1 junto con las previstas en los apartados 4.º, 5.º, 6.º o 7.º del mismo artículo.

En segundo lugar, se aplicará el artículo 250.1 (pena de 1 a 6 años de prisión y multa de 6 a 12 meses) en caso de no concurrir de la forma expuesta las circunstancias antes referidas, pero apreciando la concurrencia de cualquiera de las circunstancias de este artículo 250.1.

En tercer lugar, se aplicará el artículo 251 (pena de 1 a 4 años de prisión) cuando, no siendo aplicables los anteriores preceptos, concurren las circunstancias previstas en el mismo. De la misma forma será aplicable en los casos en que por las características de los hechos no sea aplicable el tipo general de la estafa, por no apreciarse la concurrencia del engaño.

Y, finalmente, en cuarto lugar, serán aplicables los artículos 248 y 249 (pena de 6 meses a 3 años de prisión), cuando no sean aplicables los anteriores preceptos.

De tal manera que la regulación de la estafa vendría constituida por un tipo básico y tres subtipos progresivamente agravados en atención a la gravedad de la conducta y a las necesidades de protección de los bienes jurídicos, de manera que, para resolver el concurso aparente de normas, es aplicable el principio de especialidad. En todo caso, si se reconocieran distintas especialidades sin posibilidad de optar por alguna de ellas de modo preferente, la aplicación del principio de alternatividad conduciría a la misma solución.

En el caso, al tratarse de una operación de compraventa de un inmueble destinado a vivienda habitual del comprador en la que la decisión de la compradora vino determinada por un engaño consistente en la ocultación de una carga por importe de más de 50.000 euros, puede apreciarse la concurrencia aparente del artículo 251.2.º, inciso primero, con el artículo 248, 250.1, 1.ª y 5.ª, según la redacción actualmente vigente, y 250.2, todos del CP, por lo que la pena estaría comprendida entre 4 y 8 años de prisión, además de la multa de 12 a 24 meses, resultando aplicable este último precepto como consecuencia del principio de especialidad (artículo 8.1.º CP), y, subsidiariamente, por aplicación del principio de alternatividad (artículo 8.4.º CP).

Sentencia núm. 396/2021, de 06 de mayo de 2021, rec. Núm. 275/2019. Autos dictados por la Audiencia Provincial en asuntos cuyo enjuiciamiento corresponde al Juzgado de lo Penal: cabe casación solo por infracción de ley si se trata de un auto de sobreseimiento libre (art. 637.2.º y 3.º LECrim) y el procedimiento se ha dirigido contra persona determinada mediante resolución judicial que suponga una imputación fundada (art. 848 LECrim). El recurso de casación es admisible, en cuanto: a) Se dirige contra un auto de sobreseimiento libre del art. 637.2.º LECrim. b) Ha sido adoptado por una Audiencia Provincial conociendo de un recurso de apelación. c) Se canaliza a través del art. 849.1.º LECrim. d) Existe un auto judicial (prosecución) que afirma la existencia de fundamento suficiente para imputar a una persona determinada los hechos objeto de procedimiento (auto de transformación).

Aun cuando no es exigible, pues estamos ante un auto, se aborda materia en que aparece concernido un relevante interés casacional: es un tema controvertido por la fuerza de las razones que acompañan a las posiciones enfrentadas: Uso por la persona que no es titular de una tarjeta que habilita para estacionar a personas con discapacidad.

El Ministerio Público se basa en que quien, simulando estar habilitado para ello, usa una tarjeta auténtica para estacionar un vehículo de motor en una zona de la vía pública reservada, asume la eventualidad de perjudicar a personas discapaces autorizadas para valerse de ese espacio. Al comprobar la ocupación del estacionamiento destinado a ellas, verán comprometida y muchas veces imposibilitada su necesidad de aparcar el vehículo en el que circulan, sufriendo así un incontestable perjuicio.

Estaremos normalmente ante un peligro hipotético, no real. Cubierto posiblemente por el dolo eventual (salvo que se actúe en la confianza de que eso no sucederá *in casu* porque es muy poco probable dadas las circunstancias temporales y espaciales concretas), pero sin que se perciba como real el perjuicio, como efectivo (y no meramente hipotético), salvo supuestos insólitos (se estaciona adelantándose a otro vehículo que también tiene visible la tarjeta y que avanzaba hacia el hueco que finalmente ocupa la persona no legitimada). No basta el perjuicio hipotético. El perjuicio en que está pensando el art. 393 es un perjuicio real; efectivo. Esa interpretación restrictiva viene exigida por el principio de intervención mínima que invita a no extender desmesuradamente el ámbito de la norma penal o provocar la equiparación de conductas de gravedad muy distinta con afectación del principio de proporcionalidad.

1.2.4.2 *Otras Sentencias dictadas por la totalidad de los Magistrados de la Sala Segunda que no figuran como sentencias del Pleno*

STS núm. 316/2021, de sentencia 15 de abril. Recurso núm. 4643/2019. Señala la Sala que el recurso presenta interés casacional, porque plantea una cuestión sobre la que, aunque no es de nueva incorporación en el Código, no ha sido objeto de tratamiento por la jurisprudencia de esta Sala. Si se han detectado, sin embargo, algunos pronunciamientos contradictorios entre Audiencias Provinciales, lo que reclama pautas unificadoras.

El supuesto se refiere a unos hechos en los que lo que se afirma en el relato probado, es que lo que se intentó sustraer fueron cuatro prendas por valor total de 676 euros, si bien solo se logró la disponibilidad de una de ellas valorada en 149 euros, por lo que, se plantea que no cabe estimar consumado un delito de hurto de más de 400 euros. El recurso fue apoyado por Fiscal a través de una argumentación más precisa, que es a la que atiende la Sala.

Con arreglo a la construcción por la que nos decantamos, refrendamos en su vigencia la tradicional jurisprudencia de esta Sala según la cual, tanto en los supuestos de autoría individual como plural, la acción delictiva alcanza la perfección, aunque no se logre la disponibilidad de la totalidad de los efectos sustraídos. Doctrina que solo modulamos en el sentido de interpretar que, en casos de consumación parcial de un delito de hurto, también aplicable a los de estafa y apropiación indebida, no cabrá entender consumado el delito con arreglo a una calificación más grave, cuando la cuantía de los efectos respecto de los que se ha obtenido la disponibilidad parcial no alcanza la que la misma requiere. Tales supuestos se resolverán a través de las reglas del concurso de normas, entre la infracción más grave en atención al valor conjunto de todos los efectos que se pretendieron sustraer, incluidos los que llegaron a serlo, en grado de tentativa, y la consumada a tenor de la disponibilidad efectiva, a resolver de conformidad con la regla del artículo 8.4 CP. En este caso, entre el tipo previsto en el artículo 234 1 y 3 CP intentado, y el delito leve del artículo 234 2 y 3 CP consumado.

STS núm. 323/2021, de 21 de abril. Recurso núm. 10529/2020 P. Aborda la aplicación de la agravante de disfraz en un supuesto de robo con violencia e intimidación ejecutado en un establecimiento público ocultando el rostro con una mascarilla sanitaria y un gorro.

Con carácter general, la aplicación de la agravante de disfraz, una vez impuesto el uso obligatorio de mascarillas sanitarias para prevenir la difusión y el contagio del COVID-19, exigiría algo más que la simple constatación objetiva de que el autor del hecho se ocultaba el rostro con una mascarilla sanitaria. De lo contrario, estaríamos alentando la idea de que el acatamiento del deber ciudadano de no contribuir al contagio de terceros impondría, siempre y en todo caso, la agravación del hecho ejecutado. Cobra, por tanto, pleno sentido la exigencia histórica de nuestra jurisprudencia –anotada supra que requiere una dimensión subjetiva en la aplicación de la agravante, vinculada al propósito preordenado de hacer imposible o dificultar la identificación del autor.

En el presente caso, la invocación por la defensa del carácter obligatorio del empleo de mascarilla, de suerte que la entrada en un establecimiento público sin hacer uso de ella expusiera a una sanción al recurrente, es tan legítima desde el punto de vista estratégico como rechazable para argumentar la incorrecta aplicación de la agravante de disfraz. Se da la circunstancia de que la dificultad de identificación del acusado se obtuvo mediante el uso combinado de una mascarilla sani-

taria –de uso no obligatorio en aquellas fechas– y un gorro, que provocaron el efecto de ocultar el rostro del recurrente.

El uso obligatorio de la mascarilla se impuso con posterioridad a la fecha de ejecución del hecho (8 de abril de 2020). La Orden SND/422/2020, de 19 de mayo, por la que se regulan las condiciones para el uso obligatorio de mascarilla durante la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, publicada en el BOE de 20 de mayo de 2020, obligó a la utilización de mascarillas. Esa norma reglamentaria entró en vigor el 21 de mayo de 2020 y tuvo una vigencia temporal en los términos indicados en su Disposición Final Segunda. Como derecho de excepción perdió vigencia desde las 00:00 horas del 21 de junio de 2020, al haberse dejado sin efecto la primera declaración de estado de alarma. Con posterioridad se han sucedido distintas regulaciones que, pese a su incuestionable interés jurídico, carecen de proyección práctica para dar respuesta al motivo formalizado por la defensa.

STS núm. 328/2021, de 22 de abril. Recurso núm. 715/2020. Descubrimiento y revelación de secretos, art. 197.1 CP. Empresario que accede al correo electrónico privado del trabajador. Se confirma la condena. El juicio histórico no ofrece dato alguno que respalde la idea de que el trabajador renunció anticipadamente a la inviolabilidad de sus comunicaciones privadas. No concurre legítima defensa ni error de prohibición.

La defensa es consciente de esas dificultades derivadas de la especial naturaleza del recurso de casación como recurso extraordinario que, activado por la vía del art. 849.1 de la LECrim –única admisible en el presente caso–, no tolera un razonamiento en el que el error jurídico de subsunción quiera demostrarse, no a partir de lo que refleja el hecho probado, sino a partir de lo que, a juicio del recurrente, debería haber reflejado. De hecho, no deja de ser llamativo el último intento de la representación legal del recurrente de aportar de forma extemporánea un escrito de alegaciones y un informe pericial que –según se alega– servirían para demostrar la concurrencia de la legítima defensa a que se refiere el art. 20.4 del CP. El rechazo de este complemento probatorio es obligado, en la medida en que el marco casacional repele la valoración de una prueba que, por si fuera poco, se aporta cuando ya ha sido formalizado el recurso.

STS núm. 339/2021, de 23 de abril. Recurso núm. 1665/2019. Se trata de la sentencia del conocido caso como Juana Rivas, en el que se estudia el delito de sustracción de menores del art. 225 bis CP.

Se plantean cuestiones procesales, en concreto, la aplicación del art. 271.2 LEC al proceso penal. Se refiere a un supuesto de presenta-

ción por la acusación particular e incorporada a las actuaciones de una resolución judicial de archivo del Tribunal de Cagliari, de 17 de febrero de 2020, en relación con varias querellas-denuncias interpuestas por la recurrente Juana Rivas contra F. Arcuri, ahora acusación particular. El Ministerio Fiscal, se opuso a su admisión señalando que en la actual regulación del recurso de casación penal solo se admite la aportación de sentencias o relación circunstanciada de las mismas con el escrito de preparación, en los siguientes supuestos:

a) En los recursos de casación para la unificación de doctrina en materia de menores y vigilancia penitenciaria con la finalidad de constatar la contradicción en la interpretación y aplicación de la correspondiente norma jurídica (artículo 42 de la LO 5/2000, reguladora de la responsabilidad penal de los menores introducido por la LO 8/2006, de 4 de diciembre, Disposición Adicional 5.^a de la Ley Orgánica del Poder Judicial introducida por la LO 5/2003, de 27 de mayo y Acuerdo Plenario de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 22 de julio de 2004).

b) En el recurso de casación por infracción de ley del n.º 1.º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal contra las sentencias dictadas en apelación por las Audiencias Provinciales y la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional previsto en el artículo 847 1.º b) de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, introducido por la reforma procesal operada por la Ley 41/2015, de 5 de octubre, a los efectos de acreditar el interés casacional cuando la sentencia recurrida se oponga abiertamente a la doctrina jurisprudencial emanada del Tribunal Supremo o resuelva cuestiones sobre las que exista jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales conforme a la interpretación del acuerdo plenario de la Sala Segunda de 9 de junio de 2016, acorde con los criterios de la Exposición de Motivos de la reforma procesal.

Así como que, si en el escrito de preparación solo se permite solicitar un testimonio de la resolución definitiva y manifestar la clase de recurso que se pretende utilizar (artículo 855 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal), al escrito de interposición del recurso solo se puede acompañar el testimonio de dicha resolución (artículo 874 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal) y es causa de inadmisión del recurso que el documento o documentos designados en el caso del n.º 2.º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal no hubieran figurado en el proceso (artículo 884.6.º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal).

La Sala añade que se ha de precisar que ello no impide que en algún supuesto la norma citada –271.2 LEC– derivada de su estricta

especificidad, pueda tener operatividad, como sería el caso de la existencia de una sentencia de condena que tenga relevancia de cosa juzgada material, que incorporada por esta vía, evite un innecesario recurso de revisión o como podría suceder con el acaecimiento de alguna sentencia del Tribunal Constitucional –cuya publicación no es siempre inmediata–, o alguna sentencia dictada por el TJUE o del TEDH que condicionen la interpretación de la norma aplicable; o incluso al menos en la modalidad casacional clásica cuando la resolución implique un supuesto patente de prejudicialidad que efectivamente condicione el resultado de la casación. Y que la resolución sobre la admisión y alcance en estos supuestos de aportación de las sentencias o resoluciones judiciales o de autoridad administrativa, que por su fecha no pudieron tenerse antes en consideración, indica la norma, que se decidirá, no en el momento de presentación del documento sino, en la misma sentencia. Finalmente indica la Sala que la resolución judicial italiana no deviene potencialmente condicionante o decisiva de ninguna forma, para la interpretación de la norma española, en este concreto caso el art. 225 bis CP, por lo que debe concluirse su inadmisión.

Aborda a continuación la Sala diversas cuestiones sustantivas.

El Ministerio Fiscal apoyó el motivo interesando la revocación de la sentencia de instancia y que se dictase otra por la que se condene a la acusada como autora de un delito de sustracción de menores del artículo 225 bis del Código Penal, a la pena impuesta en la instancia correspondiente a uno sólo de los delitos por los que fue condenada.

La Sala analiza el origen y la configuración del art. 225 bis, a partir del Convenio de La Haya de 1980, la Integración de la Exposición de Motivos de la Ley 9/2002, con los trabajos de su tramitación parlamentaria, y la ubicación sistemática del precepto, llevando a cabo el análisis del bien jurídico tutelado. Y concluye con la inexistencia de concurso cuando en una misma acción los menores objetos de sustracción, son más de uno, destacando que, en definitiva, el art. 225 bis, atiende al interés superior del menor, a través de la sanción del quebranto del derecho de custodia, en aras de disuadir esta conducta con penas severas y lograr en todo caso su retorno con el custodio; pero como informa el Ministerio Fiscal, no atiende a bienes personales del menor, que restan por resolver, sino a que sea encauzada su determinación a través de las vías legales establecidas; protección formal del derecho de custodia por quien efectivamente lo ejerce con un título aparentemente válido, sin exigencia de afectación a bienes personales de los menores, que determina que resulte más convincente cuando de

varios menores afectados por una misma sustracción se trata, su punición como un único delito.

1.2.4.3 *Otras sentencias de interés*

STS 858/2021, de 11 de noviembre. La Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Granada dictó sentencia el 30 de septiembre de 2019 por la que absolvía libremente al acusado de los delitos contra la salud pública cualificado por la especial gravedad, arts. 368, 369 y 370, y de cohecho, delitos de los era acusado por el Ministerio Fiscal.

El Ministerio Fiscal formalizó recurso de casación, articulado por tres motivos, por la vía de los artículos 849. 1.º y 852 LECrim., relacionando este último con el artículo 5. 4.º LOPJ. La Sentencia 858/2021, estimó el recurso, anulando la sentencia, retro trayendo las actuaciones al momento de la deliberación y redacción.

Sintetizando al máximo los hechos, el Ministerio Fiscal acusaba porque el acusado había convenido con personas, que al celebrarse en juicio se encontraban en paradero desconocido, un plan que constaba de tres desembarcos de droga en la costa granadina. El acusado se encargaría de facilitar que los dos primeros llegasen a buen fin, mientras que el tercer desembarco sería aprehendido por la guardia civil, a fin de justificar las dos anteriores entradas. Se produjeron los dos primeros y «una tercera operación en la que se intervino un total de 3.986 kilogramos de hachís, todos producto de este último desembarco, sin que se produjeran detenciones, ni figurara en el atestado, los nombres de los participantes en el desembarco».

La absolución se justificaba por la ausencia de pesaje de la droga de los dos primeros desembarcos, ausencia que impedía la aplicación del tipo de la especial gravedad, lo que, supondría declarar prescrito el delito no agravado. Por otra parte, se motivaba que la tercera operación de desembarco no sería típica porque su destino no era el tráfico, sino el de ser interceptada por la Guardia Civil. Respecto del delito de cohecho, la convicción absoluta radica en la falta de credibilidad de las personas que declararon haber realizado las entregas del dinero, 120.000 euros y un coche.

En su dimensión estrictamente jurídica, la sentencia aborda la vulneración de la tutela judicial efectiva. Entre sus consideraciones, destacamos:

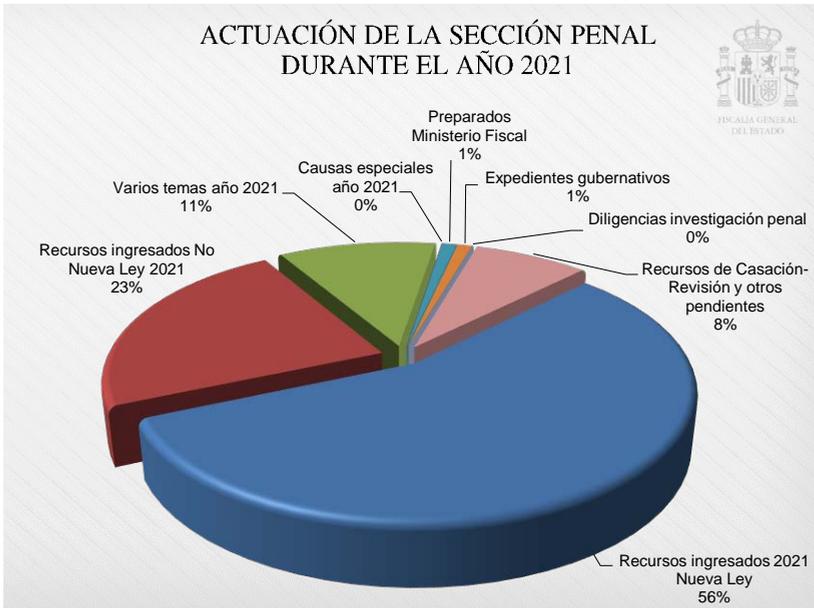
Sin embargo, como denuncian los recurrentes, esa argumentación no resulta lógica. En primer lugar, porque una construcción lógica de

la argumentación nos llevaría a la conclusión de un peso extraordinariamente importante si, como se afirma en la sentencia, la tercera operación, la que es realizada para ser «regalada al Estado», es de 4.000 kilogramos, lo que hace racionalmente suponer que las otras dos, con las que el acusado se concierta dejándoles actuar realizando el transporte, deberían ser de una cantidad sensiblemente superior. Además, esa intervención, enmarcada en un tráfico integrado en tres fases, bien podría ser considerada como acto de favorecimiento de la sustancia no intervenida. Por otra parte, el tipo agravado de la especial gravedad no sólo resulta del peso extremo del objeto del tráfico, también cabe en los supuestos de utilización de embarcaciones, y el relato fáctico refiere el empleo de una embarcación de la que desembarcan y dos «gomas», según relatan los testigos y, además, el acusado era autoridad en la lucha contra el tráfico de drogas y la cantidad era notoriamente importante, sin que sobre esas cualificaciones agravatorias se diga absolutamente nada. Por otra parte, causa cierto sonrojo declarar probado que la tercera entrega de droga, la de los 4.000 kilogramos, era un «regalo» al Estado, del que nunca podría obtener ningún beneficio, tratándose, como antes se dijo, de una conducta enmarcada en una operación de tráfico, por lo tanto, favorecedora de este.

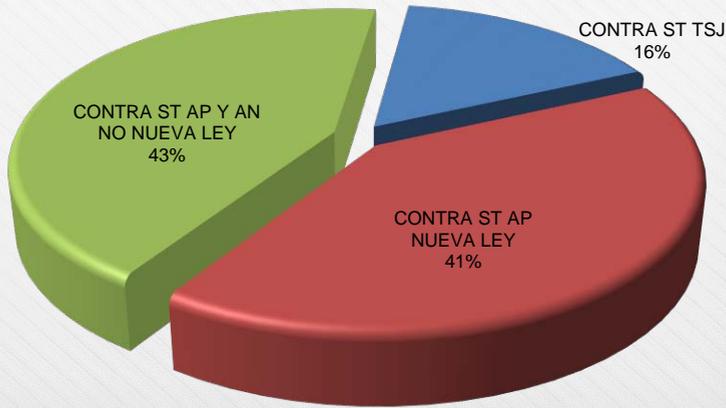
Añade:

Con relación al delito de cohecho, el tribunal de instancia no da respuesta a la concreta acusación de los 120.000 euros que se afirma en el escrito de acusación fueron recibidos por el acusado como pago de la prestación por el segundo de los alijos realizados, que efectivamente se realizó, como afirma el acusado que ocurrió. La sentencia motiva sobre el desembolso de 120.000 de la primera operación, expresando la escasa credibilidad que le merece quien afirmó haberse lo entregado, al igual que respecto de un vehículo entregado, pero nada dice de la segunda operación de desembarco que fue objeto de acusación, sin que el tribunal dé respuesta a la pretensión de condena articulada desde la acusación. Tampoco es lógica la conclusión del tribunal sobre la realización de una conducta, inequívoca de colaboración en el tráfico realizada por un funcionario, con una prestación concreta consistente en anular el mecanismo represivo, sin una contraprestación para ese funcionario. Al menos requiere un esfuerzo argumentativo superior al de la falta de credibilidad de quien asume realiza la entrega.

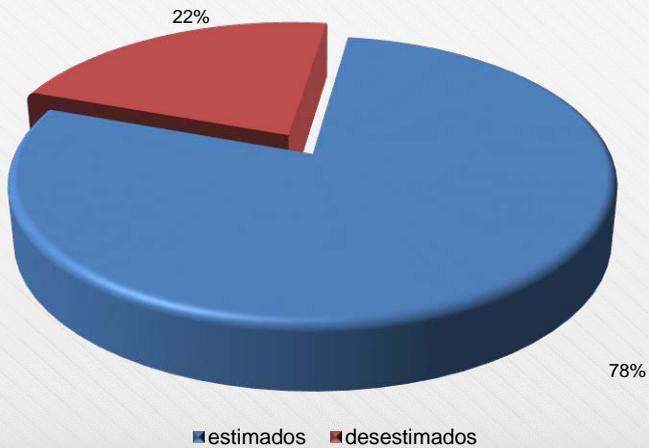
ANEXO GRÁFICO



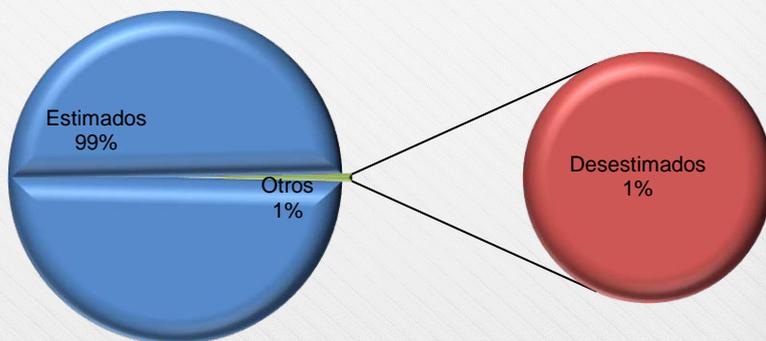
RECURSOS INTERPUESTOS POR EL FISCAL



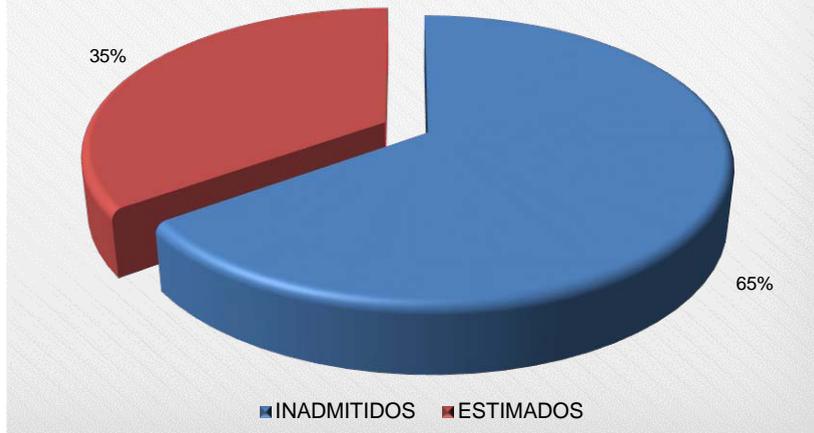
RESULTADO DE LOS RECURSOS FORMALIZADOS POR EL FISCAL RESUELTOS POR LA SALA SEGUNDA DURANTE EL AÑO 2021



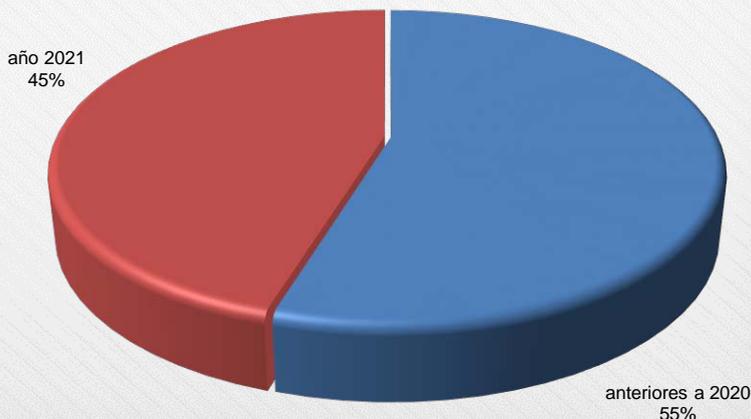
RESULTADOS DE LOS RECURSOS FORMALIZADOS
POR LAS PARTES CON APOYO DEL FISCAL
RESUELTOS POR LA SALA SEGUNDA DURANTE EL
AÑO 2021



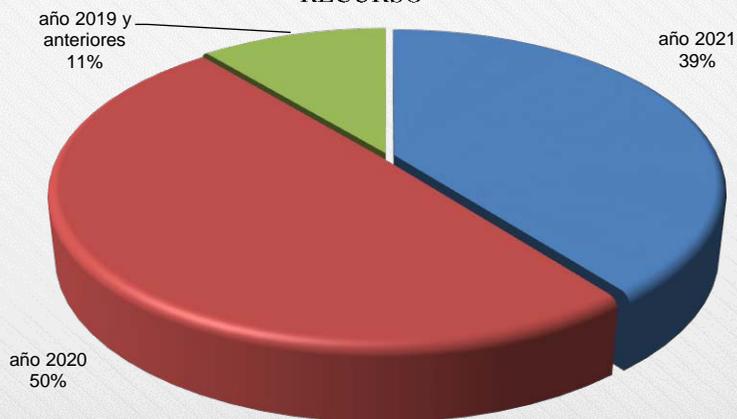
RESULTADO DE LOS RECURSOS INTERPUESTOS
POR LAS DEMAS PARTES CON SOLICITUD DE
INADMISIÓN Y/O IMPUGNACIÓN DEL FISCAL
RESUELTOS POR LA SALA SEGUNDA DURANTE EL
AÑO 2021

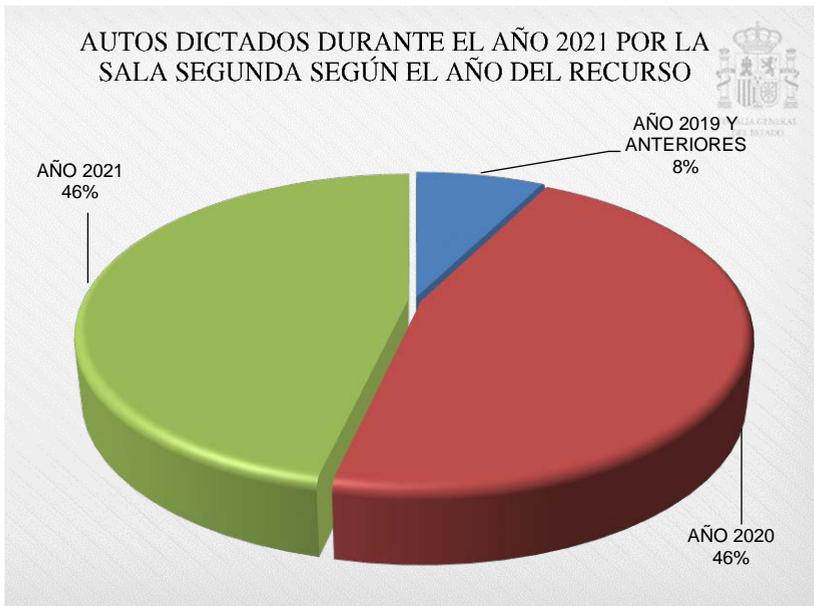
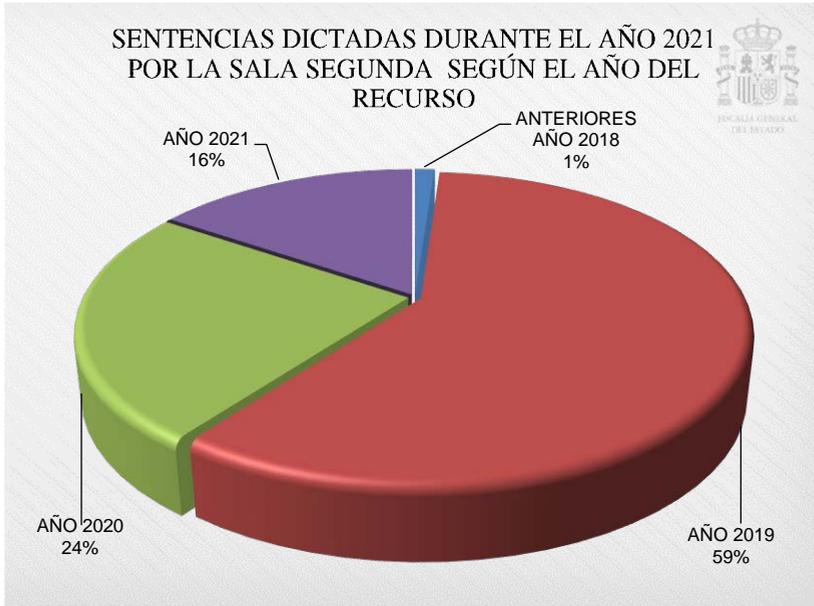


RESOLUCIONES DICTADAS EN EL AÑO 2021 POR LA SALA SEGUNDA -SENTENCIAS, AUTOS Y PROVIDENCIAS-, AÑOS 2021 Y ANTERIORES



RESOLUCIONES DICTADAS POR LA SALA SEGUNDA DURANTE EL AÑO 2021 -SENTENCIAS, AUTOS Y PROVIDENCIAS-, SEGÚN EL AÑO DEL RECURSO





PROVIDENCIAS DICTADAS DURANE EL AÑO 2021
POR LA SALA SEGUNDA SEGÚN EL AÑO DEL
RECURSO

