

1.2 Sección de lo Penal

Una vez superada la situación sanitaria padecida durante el año 2020, la vuelta a la normalidad fue la característica del año 2021 que ha continuado durante el año 2022, lo que ha tenido su reflejo en el número de asuntos que han ingresado en la Sección de lo Penal de la Fiscalía del Tribunal Supremo.

Una circunstancia que merece ser destacada es que, durante el año 2022, el Código Penal se ha visto modificado hasta en ocho ocasiones: Ley Orgánica 4/2022, de 12 de abril (art. único), por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, para penalizar el acoso a las mujeres que acuden a clínicas para la interrupción voluntaria del embarazo que incorporó un nuevo artículo 172 quater; Ley Orgánica 6/2022, de 12 de julio (art. único), complementaria de la Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación, de modificación de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, que modificó los arts. 22.4.^a y 510; Ley Orgánica 9/2022, de 28 de julio (Disposición Final sexta), por la que se establecen normas que faciliten el uso de información financiera y de otro tipo para la prevención, detección, investigación o enjuiciamiento de infracciones penales, de modificación de la Ley Orgánica 8/1980, de 22 de septiembre, de Financiación de las Comunidades Autónomas y otras disposiciones conexas y de modificación de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, que modificó el art. 234 apartado 2; Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual (Disposición final cuarta), que introdujo una profunda reforma de los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales que modifica los arts. 36.2, 3 y 4, 83. 2, 172 ter 1 y 5, 173.1 y 4, modifica la rúbrica del Título VIII del Libro II, modifica el Capítulo I del Título VIII del Libro II, arts. 178, 179 y 180, modifica el Capítulo II del Título VIII del Libro II, arts. 181, 182, 183, 183 bis, suprime el Capítulo II bis del Título VIII del Libro II, modifica los arts. 184, 189 ter, modifica el Capítulo VI del Título VIII del Libro II, arts. 190, 192, 192, 3, 194, introduce el art. 194 bis, modifica al art. 197. 7, y el art. 443.2; Ley Orgánica 11/2022, de 13 de septiembre (artículo único), de modificación del Código Penal en materia de imprudencia en la conducción de vehículos a motor o ciclomotor, que modifica los arts. 142.4, 152.2 y 382, apartado 1; Ley Orgánica 13/2022, de 20 de diciembre (artículo único), por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, para agravar las penas previstas para los delitos de trata de seres humanos desplazados

por un conflicto armado o una catástrofe humanitaria, que modifica el art. 177 bis. 4 y Ley Orgánica 14/2022, de 22 de diciembre (artículo primero), de transposición de directivas europeas y otras disposiciones para la adaptación de la legislación penal al ordenamiento de la Unión Europea, y reforma de los delitos contra la integridad moral, desórdenes públicos y contrabando de armas de doble uso, que modifica los arts. 173. 1, 248, 249, 252. 1, 253. 1, 262. 3, 285. 5, introduce un nuevo art. 288 bis, modifica los arts. 311. 2, modifica la rúbrica de la sección 4.^a del Capítulo II del Título XVIII del Libro II, y los arts. 399 bis, añade un nuevo art. 399 ter, modifica los arts. 400, 432, introduce un nuevo art. 432 bis, modifica el art. 433, introduce un nuevo art. 433 ter, modifica el art. 434, añade un nuevo art. 438 bis, suprime el Capítulo I del Título XXII del Libro II, integrado por los artículos 544 a 549, modifica los arts. 557, 557 bis, suprime los arts. 557 ter y 559 y modifica el art. 573 bis.4.

Esta circunstancia es relevante habida cuenta el calado de algunas de las reformas operadas y las consecuencias que se han derivado tanto en el aspecto de gestión administrativa en la Secretaría de la Fiscalía, como respecto del trabajo a desarrollar por los/as fiscales de la Sección Penal.

Si en el año 2021 se registró la entrada de un total de 8.260 y se dio salida a un total de 7.900 asuntos, quedando pendientes de despacho 360 asuntos, durante el año 2022 se ha registrado la entrada de un total de 8.527 asuntos y la salida de un total de 7.934 asuntos, resultando que a fecha 31 de diciembre de 2022 quedaban pendientes de despacho un total de 593 asuntos.

Aun a riesgo de ser reiterativos, vuelve a ser necesario hacer referencia a dos aspectos que han sido objeto menciones específicas en las Memorias de los últimos años, porque continúan produciéndose, en algunos casos, pautas de actuación que dificultan la operatividad de la Sección de lo Penal del Tribunal Supremo.

En primer lugar, se ha de insistir en la necesidad de lograr la máxima coordinación entre las fiscalías territoriales a quienes compete la primera fase de las que integran el recurso de casación, esto es, la de preparación ante el tribunal de instancia o de apelación, y la Fiscalía del Tribunal Supremo, a quien corresponde su interposición, para evitar, en lo posible, las indeseables consecuencias que se pueden producir, por cuanto la preparación del recurso deviene esencial para su ulterior desarrollo.

El escrito de preparación debe abrir todas las vías posibles, lógica y jurídicamente, que resulten de aplicación en el caso concreto. Con carácter general, siempre será obligado anunciar el recurso por infrac-

ción de ley al amparo del n.º 1 del art. 849 LECrim., (por otra parte, única vía casacional posible respecto de las sentencias dictadas en apelación por las Audiencias Provinciales y la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional) y también por vulneración del precepto constitucional, art. 852 de la LECrim., al margen de los supuestos en los que se pretenda interponer el recurso denunciando quebrantamiento de forma o error de hecho en la apreciación de la prueba, sin que sea preciso ni aconsejable indicar los preceptos sustantivos que se consideren infringidos, siendo, por el contrario, imprescindible que, en caso de tratarse de varios condenados o absueltos, señalar de manera concreta e individual, la persona o personas afectadas por el recurso anunciado.

En segundo lugar, la necesidad de coordinación se torna también decisiva para evitar que, por defecto en la pronta comunicación a la Fiscalía del Tribunal Supremo del anuncio de la preparación del recurso, se consuma parte del plazo para su interposición, cuestión sobre la que se han remitido en los últimos años diversas comunicaciones, no solo a la respectiva fiscalía en los casos concretos en que tal situación ha sido detectada, sino también, de modo general, a la totalidad de las fiscalías territoriales, indicando las concretas pautas a seguir para evitar que pueda verse afectada la formalización de aquellos recursos de casación cuya interposición resulte procedente.

También es necesario recordar que aunque la ampliación del acceso al recurso de casación a las infracciones de menor gravedad competencia de los juzgados de lo penal es un medio eficaz puesto a disposición de los y las 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 de 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. Es por ello que resulta necesario que se doten las fiscalías territoriales, cuando resulte aconsejable, de mecanismos que permitan detectar tales errores jurídicos y la dispersión de criterios, partiendo de la referencia positiva que aportan los sistemas de que se han dotado algunas fiscalías y que vienen funcionando adecuadamente, ajustándolos a las particularidades propias de cada una, bajo la supervisión de la jefatura, que permita concentrar la notificación 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, hasta ahora, notoriamente infrautilizada.

Y aunque resulte un tópico, nuevamente se ha de 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 anunciado por parte de las fiscalías en esta materia.

Con relación al recurso de casación para la Unificación de doctrina en materia de Vigilancia Penitenciaria, es de destacar que, en el año 2022, se formalizaron por el Ministerio Fiscal dos recursos de casación, los números 47/2022 y 48/2022, que dieron lugar a los recursos de casación números 8/20191/2022 y 8/20212/2022 de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, que han sido resueltos por la Sala mediante las sentencias n.º 965/2022 y 966/2022 respectivamente, ambas de 15 de diciembre, en las que, acogiendo el criterio expuesto por el MF en su recurso, establece como doctrina legal unificada referida a los supuestos en casos de delitos graves, con respecto a la decisión de progresión a clasificación que faculte la excarcelación del interno, como sucede con el tercer grado, ya sea adoptada por el órgano administrativo o lo sea por el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria, que cuando sea recurrida por el MF, dicho recurso producirá efecto suspensivo, que se mantendrá hasta la resolución por el órgano *ad quem*, Tribunal sentenciador, con carácter preferente y urgente, bien del referido efecto o bien del fondo de la cuestión.

Un último aspecto es necesario resaltar y que fue objeto de una comunicación que se dirigió a la Unidad de Apoyo en el mes de julio de 2022, que hace referencia a la circunstancia de que cada vez es más frecuente en el despacho de los Recursos de Casación, que se haya de informar en asuntos en los que se hace constar que el expediente ha sido itinerado a la Sala Segunda, resultando por tanto necesario acudir a dicho expediente, especialmente cuando la cuestión que se ha de abordar hace referencia a la vulneración de Derechos Fundamentales acaecidos durante la instrucción y enjuiciamiento de la causa, para constatar determinados aspectos concretos que pueden hacer referencia a las actuaciones que se produjeron durante aquellos trámites, diligencias probatorias, aportación documental, solicitudes formuladas por las partes, etc.

Siendo la consulta de tales expedientes absolutamente necesaria en muchos casos para resolver las cuestiones suscitadas en el Recurso de Casación, al intentar acceder al expediente itinerado, se han detectado determinadas circunstancias que dificultan de forma notoria el

despacho de los recursos de casación competencia de la Sección de lo Penal de la Fiscalía del Tribunal Supremo.

La conveniencia de disponer de un sistema de búsqueda y filtrado de los acontecimientos de que se componen los expedientes digitales sería una herramienta de gran utilidad para el despacho ordinario de los asuntos que se asignan a los Fiscales del Tribunal Supremo.

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 SECCIÓN DE LO PENAL DE LA FISCALÍA DEL TRIBUNAL SUPREMO, DEL 1 DE ENERO AL 31 DE DICIEMBRE DE 2022

NATURALEZA DE LOS ASUNTOS REGISTRADOS EN 2022	
TRIBUNAL SUPREMO	
Conflictos jurisdiccionales	
– del art. 38 LOPJ	0
– del art. 39 LOPJ	3
– del art. 42 LOPJ	1
– del art. 61 LOPJ	10
SALA II DEL TRIBUNAL SUPREMO	
Casación	
Preparados por el Fiscal:	
– Interpuestos	74
– Desistidos	22
De parte:	
– Apoyados	83
– Parcialmente	25
– Inadmisión	6.256
– Impugnación	416
Quejas	
Preparados por el Ministerio Fiscal:	
– Estimando	0

NATURALEZA DE LOS ASUNTOS REGISTRADOS EN 2022

– Desestimando.....	32
– Desierto.....	2
– Pendiente.....	1
De parte:	
– Estimando.....	15
– Desestimando.....	142
Unificación de doctrina	
Vigilancia Penitenciaria:	
Interpuestos por el Ministerio Fiscal:	
– Estimando.....	2
De parte:.....	
– Apoyo.....	2
– Impugnación.....	31
Menores:	
De parte:	
– Apoyo.....	0
– Impugnación.....	17
Revisión:	
– Solicitudes de autorización e interpuestos por parte.....	140
– Interpuestos por el Fiscal.....	5
– Solicitudes procedentes del Ministerio de Justicia.....	0
Cuestiones de competencia.....	515
Indultos	
– Favorables.....	1
– Desfavorables.....	34
Varios	
– Error judicial.....	8
– Insostenibles (A. J. Gratuita).....	25
– Dictámenes en ejecución.....	0
– Nulidades.....	0
– Varios.....	0
Señalamientos	
– Sin Vista.....	1.440
– Con Vista.....	23

NATURALEZA DE LOS ASUNTOS REGISTRADOS EN 2022

Resoluciones

– Providencias de Inadmisión	5.646
– Autos	811
– Sentencias	1.020

NATURALEZA DE LOS ASUNTOS REGISTRADOS EN 2022

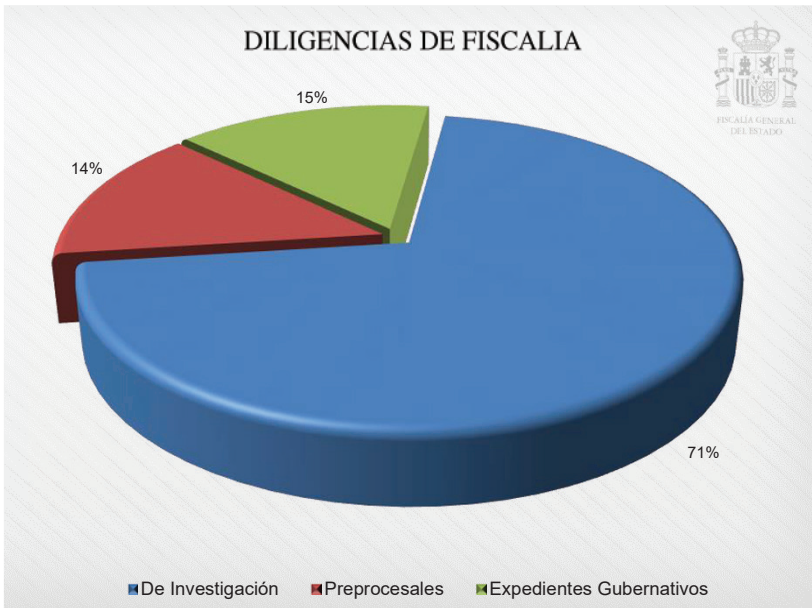
Causas especiales competencia de la Sala II del Tribunal Supremo

– Denuncias	42
– Exposición razonada	6
– Querellas	35
– Incoadas	83
– Escritos de Acusación	1
– Sentencias	1

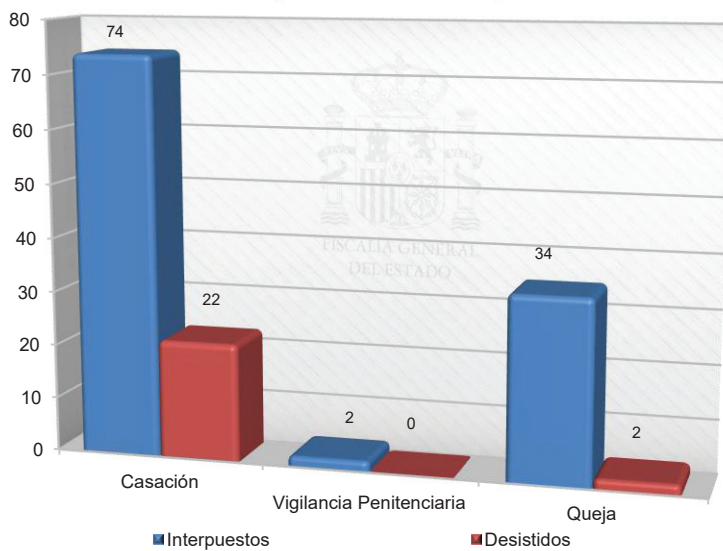
Fiscalía del Tribunal Supremo

– Expedientes Gubernativos	16
– Diligencias de Investigación	75
– Diligencias de Investigación	15

Gráficamente, se muestran los datos anteriores de la siguiente manera:

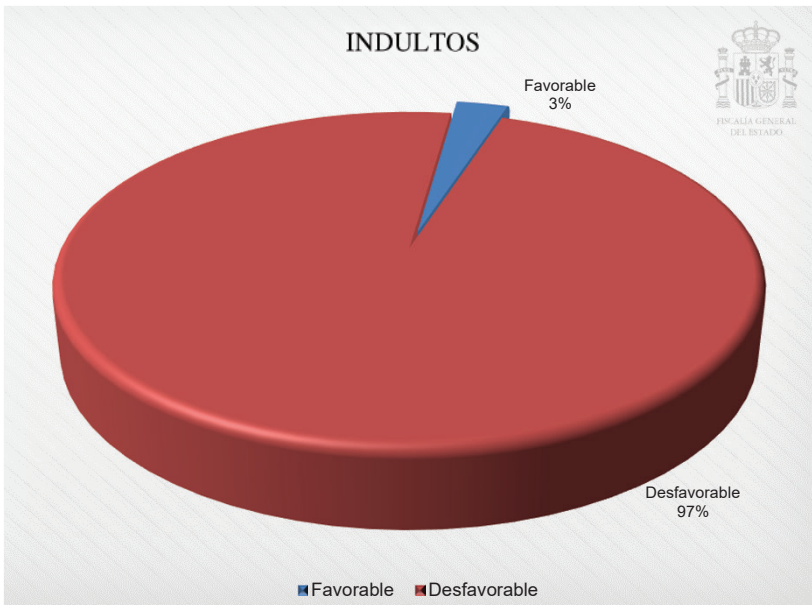
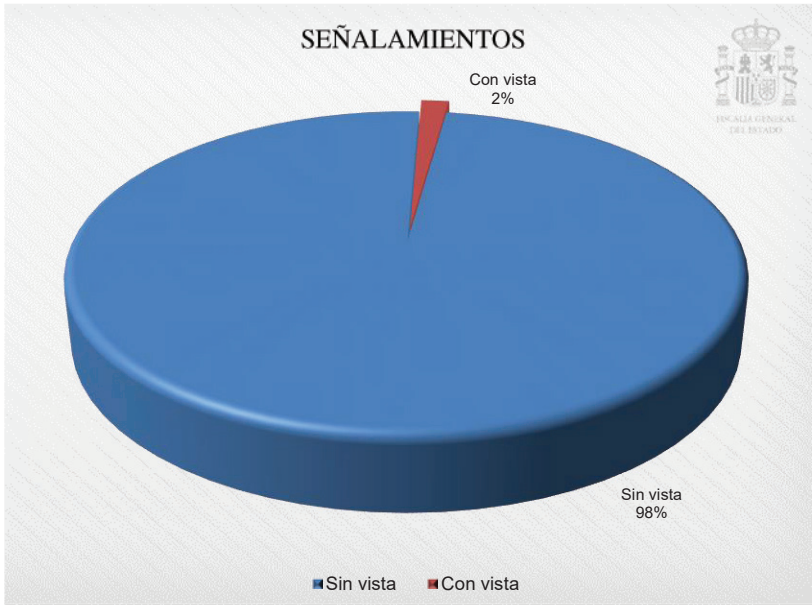


RECURSOS DEL MINISTERIO FISCAL



RECURSOS PREPARADOS POR LAS PARTES





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 Fiscalía, 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.

La Circular 2/2022, de 20 de diciembre de la Fiscalía General del Estado, sobre la actividad extraprocesal del Ministerio Fiscal en el ámbito de la investigación penal ha establecido las pautas y criterios que han de seguirse con respecto a las diligencias de investigación preprocesal que pueden abrirse por parte del MF, de conformidad con lo señalado en el art. 9 del Real Decreto 305/2022, de 3 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento del Ministerio Fiscal.

Como consecuencia de ello, la Sección de lo Penal de la Fiscalía del Tribunal Supremo ha ajustado los procedimientos que se incoan a los parámetros establecidos en tales disposiciones, razón por la cual, las diligencias de investigación iniciadas en el año 2022 han sido un total de 75, aunque inicialmente se habían registrado como Expedientes Gubernativos 40 asuntos. A fecha 31 de diciembre de 2022 se había acordado el archivo de todas ellas salvo en una que continua en tramitación.

Se incoaron 15 diligencias preprocesales todas ellas finalizadas antes del 31 de diciembre de 2022 y 16 Expedientes Gubernativos referidos a extremos de los señalados en el art. 9 del Reglamento del Ministerio Fiscal.

Los recursos anunciados por el MF fueron un total de 132, de los cuales los cuales 98 corresponden a recursos de casación, y 36 a recursos de queja. De los recursos de casación, se desistió de su interposición en 22 casos, y se interpusieron 74 recursos de casación y 2 recursos de casación para la unificación de doctrina en Vigilancia Penitenciaria. Los recursos de queja ascendieron a 34, de los cuales se interpusieron 32, y no se formalizaron 2.

Por lo que respecta a los recursos formalizados por el Ministerio Fiscal, pueden destacarse por su relevancia los siguientes:

– Contra sentencias dictadas por los Tribunales Superiores de Justicia.

Recurso 119/22. Se interpone por infracción de ley, al amparo del art. 849.1 de la LECrim., por aplicación inadecuada del error de prohibición vencible del artículo 14 del Código Penal. En el recurso se

incide en la contradicción que representa condenar a un juez como autor de un delito de prevaricación judicial dolosa y, al mismo tiempo, apreciar la concurrencia de un error de prohibición vencible, pues tal situación es imposible: prevaricación judicial dolosa y error de prohibición son incompatibles. O la prevaricación judicial es culposa o el error de prohibición vencible debe desaparecer. Esta última es la opción por la que se opta. Un magistrado, especialista en el conocimiento del derecho administrativo no puede ignorar que la providencia dictada, concatenada con otras muchas que le siguen en unidad natural de acción, representaba una decisión inasumible con cualquier método de interpretación del derecho y que obedecía, según la sentencia, al único propósito de utilizar arbitrariamente el proceso como forma de lesión de intereses particulares y generales del propio procedimiento.

Se expone en el recurso que el error de prohibición encaja en el ámbito de la culpabilidad. Es una cuestión jurídica y no un hecho que deba ser respetado dado el cauce seleccionado, de forma que es perfectamente posible corregir el derecho, pues el error de prohibición es parte integral de la culpabilidad que queda constituida por la imputabilidad, el conocimiento del carácter antijurídico de la conducta – donde se estudia la no concurrencia de cualquier forma de error de prohibición y la exigibilidad de una conducta distinta – ámbito que permite estudiar si concurren las eximentes completas o incompletas, causas de inculpabilidad, de miedo insuperable y de estado de necesidad en conflicto de bienes jurídicos iguales y siempre que no quede afectado algún derecho fundamental–. El estado de necesidad en conflicto de bienes jurídicos desiguales es causa de justificación–.

Por ello se argumenta en el recurso la absoluta incompatibilidad entre el dolo directo de la prevaricación del artículo 446.3 CP y la apreciación del error de prohibición que supone desconocer por ignorancia el contenido de la norma, puesto que, si realmente el juez estaba equivocado, el tipo penal aplicable debiera haber sido el del artículo 447 CP.

Recurso 129/22. Se formalizó un único motivo por vulneración de precepto constitucional, al amparo de los arts. 5.4 LOPJ y 852 LECrim, por infracción del derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24.1, en relación con los arts. 9.1 y 3 y 120.3 CE, en su vertiente del derecho a obtener una respuesta razonable con proscripción de toda arbitrariedad de los poderes públicos.

Se formaliza el recurso por considerar que la valoración probatoria de la sentencia 2/2021 del TSJ de Cataluña, que excluye el dolo de desobediencia y absuelve a los acusados del delito de desobediencia

del art. 410.1 CP, está alejada del canon constitucional de valoración racional de la prueba (STS 210/2020, de 21 de mayo). La sentencia excluye la presencia del dolo directo, resaltando que en este delito no cabe el dolo eventual, concluyendo que no se puede hablar de que los acusados tuvieran conocimiento y quisieran desobedecer el mandato del Tribunal Constitucional, que no era claro y específico, siendo posible más de una interpretación derivada de las propias sentencias objeto de los incidentes de ejecución (SSTC 259/2015, de 2 de diciembre; 136/2018, de 13 de diciembre y 98/2019, de 17 de julio), que es la que hicieron los cuatro acusados, siguiendo la interpretación realizada por el Secretario General y el Letrado Mayor del Parlamento de Cataluña, puesto que en las propuestas de Resolución sólo se quería hablar de la autodeterminación como mera proclama política, de futuro, pero sin intención de materializarla en una nueva legislatura, la XII, después de nuevas elecciones, que nada que ver tenía con la anterior legislatura XI; y ello, teniendo en cuenta las numerosas resoluciones del Tribunal Constitucional anterior al inicio del «proceso», que permitían hablar del derecho de decidir en abstracto, contando dicha sentencia con un voto particular, que apuesta por la condena al concurrir los requisitos del delito de desobediencia del art. 410.1 CP.

Se pretende trasladar a la Sala que el razonamiento de la sentencia de la mayoría está falto de fundamento, de acuerdo con las propias reflexiones del Tribunal Constitucional, ya que es el propio Tribunal Constitucional el que aprecia (ATC 9/2020, de 28 de enero) que «el Parlamento de Cataluña ha vuelto a vulnerar el orden constitucional y estatutario, al admitir a trámite la mesa de la cámara la propuesta de resolución «de respuesta a la sentencia del Tribunal Supremo sobre los hechos del 1 de octubre». Su contenido objetivamente contrario a la Constitución no era difícil de constatar, a la vista de la STC 259/2015 y de los requerimientos y advertencias contenidos en las providencias de 10 y 16 de octubre de 2019 sobre los incidentes de ejecución promovidos respecto de las resoluciones 534/XI y 546/XII, pronunciamientos todos ellos que la mesa conocía antes de admitir a trámite esa iniciativa parlamentaria.

– Contra sentencias dictadas por las Audiencias provinciales resolviendo recurso de apelación interpuestos contra sentencias dictadas por los juzgados de lo penal, así como contra sentencias dictadas por las Audiencias provinciales y la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional.

Recurso 20/2022. Se formalizó un único motivo al amparo del art. 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por vulneración del

derecho a la tutela judicial efectiva. El MF formuló acusación contra un único acusado al considerarle autor de cuatro (4) delitos fiscales relativos al IRPF de los ejercicios de los años 2006, 2007, 2008 y 2009, de dos (2) delitos fiscales relativos al Impuesto de Patrimonio de los años 2006 y 2007, así como autor de cuatro (4) delitos fiscales relativos al Impuesto de Sociedades de los ejercicios de los años 2005, 2006, 2007 y 2008 de una Sociedad de la que poseía el 100% de las participaciones sociales.

La sentencia de 11 de enero de 2022, dictada por la Sección Segunda de la Audiencia provincial de Madrid, absolvió al acusado de tales delitos, al considerar que no se había acreditado que el acusado hubiera permanecido en España más de 183 días en el año 2006, ni tampoco en los años 2007, 2008 y 2009.

En el recurso se analiza al tratarse de delitos fiscales por simulación de residencia fiscal, el concepto de residencia fiscal de las personas físicas, delimitado en el art. 9 de la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y de modificación parcial de las leyes de los Impuestos sobre Sociedades, sobre la Renta de no Residentes y sobre el patrimonio (LIRPF). La acusación del MF se sustentaba en el art. 9.1.b), por entender que el acusado durante todos estos ejercicios ha tenido el núcleo principal o centro de sus intereses económicos en territorio español; que, adicionalmente, en los años 2007 y 2008, el acusado había permanecido más de 183 días en España, dándose en estos dos años ambos requisitos a) y b) del art. 9.1 LIRPF y, a mayor abundamiento, su esposa y sus hijos menores de edad residían en nuestro país en esos años, si bien el motivo principal para considerarlo residente fiscal en España, fue entender acreditado que él mismo tenía el centro principal de sus intereses económicos en España. Sin embargo, la sentencia en sus hechos probados no contiene mención expresa alguna al centro de los intereses económicos del acusado y tampoco hay referencia a sus vínculos familiares, hechos todos ellos que determinarían la residencia fiscal del acusado en nuestro país, o, en su caso, la falta de ella.

La ausencia de referencia al centro de sus intereses, así como a sus vínculos familiares, supone no haberse pronunciado el hecho probado sobre la totalidad de los hechos objeto de acusación que conforman el concepto de residencia fiscal, y que son subsumibles, por tanto, en los delitos por los que se acusaba, lo que implica un defecto de forma de la sentencia que genera indefensión al MF y vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva.

Recurso 40/22. Se formalizó un único motivo por cuanto a pesar de que la sentencia de la Audiencia reconoce la homogeneidad de los

delitos de administración desleal y apropiación indebida, no condena al acusado por el delito de apropiación indebida cometido, a juicio del propio Tribunal sentenciador, con el único y simple argumento de que «en esta alzada nos está vedada la condena por apropiación indebida ya que la cuestión no ha sido objeto de recurso», incurriendo, al no condenar por apropiación indebida, en infracción de ley por indebida aplicación del art. 253 CP.

Se analiza en el recurso conforme a la doctrina jurisprudencial, que no existe obstáculo legal para condenar en la instancia, en apelación o en casación por delito distinto del que ha sido objeto de acusación, siempre que concurren los siguientes requisitos:

- Que ambos delitos, por el que se acusa y el delito por el que se condena sean homogéneos.
- Que el delito por el que se condena no sea más grave que el delito objeto de acusación.
- Que no exista mutación esencial del hecho por el que se condena, sino solo una distinta valoración jurídica del hecho, respetando la identidad del bien jurídico protegido.
- Así como que si la condena por un delito distinto, delito homogéneo, no es más grave que el que ha sido objeto de acusación en la primera instancia se produce en fase de recurso (apelación o casación) no será necesario para ello que las acusaciones interpusiesen a su vez un recurso de apelación o casación (contra una sentencia que acogía su pretensión) o se adhiriesen al interpuesto por las defensas en previsión de la hipotética estimación de alguno de sus motivos. Esto solo será exigible cuando se detecten problemas del principio acusatorio por falta de homogeneidad de los delitos objeto de la acusación y la condena, o para supuestos de *reformatio in peius*, cuando la pena para el delito de acusación sea más grave que el de la condena.

Se destaca en el recurso que, respecto de la homogeneidad de dichas figuras delictivas, el delito de administración desleal del nuevo art. 252 y el delito de apropiación indebida del art. 253, en su redacción posterior a la reforma por L.O. 1/2015 son delitos homogéneos según se declara por la Sala Segunda del Tribunal Supremo cuando en STS núm. 491/2021 de 3 junio. RJ 2021\2647 se afirma, para hechos cometidos después de la reforma, que la acusación por un delito de apropiación indebida habilita una condena por delito de administración desleal según ha declarado reiteradamente la jurisprudencia al tratarse de figuras homogéneas, de forma que la Audiencia provincial incurrió en un claro apartamiento de la doctrina de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, resolviendo la revocación de la sentencia de

primera instancia y la absolución del acusado, contrariamente a las posibilidades de que disponía, una vez asumido el relato de hechos probados y declarado su tipicidad, extremo que confiere relevante interés casacional para este recurso encauzado por la vía de la estricta infracción de ley.

Recurso 45/2022. El MF recurre por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva por cuanto en una primera sentencia de la Audiencia provincial de 2018, en sentido absolutorio para todos los acusados, fue recurrida por el fiscal en casación por quebrantamiento de forma y vulneración del derecho a la tutela judicial siendo estimado dicho recurso por la Sala Segunda que casó la misma y en la segunda sentencia devuelve la causa a la Audiencia provincial para que, con idéntica composición, dicte nueva sentencia que se ajuste al esquema formal exigido por el canon constitucional que define el derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión, de forma que la nueva resolución debe descartar, la fórmula genérica de dar por no probados los hechos alegados por la acusación, y ha de proceder a un análisis individualizado de las fuentes de prueba y de los elementos sobre los que se apoya el pronunciamiento absolutorio, descartando las contradicciones advertidas en el tratamiento jurídico penal que se adjudica al secreto profesional que se dice vulnerado.

La Audiencia provincial al dictar la nueva sentencia donde antes se absolvía al acusado de todos los delitos por los que venía siendo acusado por el Ministerio Fiscal, ahora le condena como autor responsable de un delito de falsedad documental con la circunstancia atenuante de dilaciones indebidas muy cualificada, cuando el mandato del Tribunal Supremo, de conformidad con la petición fiscal, se limitaba, tras anular la anterior sentencia, a que la Sala motivara adecuadamente el pronunciamiento absolutorio.

El MF entiende que, técnicamente, se ha producido, desde su posición de parte, una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva por incongruencia respecto de la acción ejercitada y la pretensión deducida en su momento. En conclusiones provisionales elevadas a definitivas, solicitó el fiscal la condena, pero una vez dictada sentencia en la instancia, el recurso de casación interpuesto se basó en quebrantamiento de forma y vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva en su modalidad de derecho a una resolución coherentemente motivada, y su petición fue que se dictara una nueva resolución que subsanara los defectos de motivación, por lo que estima que en esta segunda sentencia, se produce una extralimitación antijurídica, un quebrantamiento grave de las normas y garantías procesales, y una

incongruencia absoluta con las peticiones formuladas por el Ministerio Fiscal vulneradoras de su derecho a la tutela.

Recurso 95/22. El recurso se formaliza al amparo del art. 852 de la LECrim., por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, a un proceso con todas las garantías y a utilizar todos los medios de prueba pertinentes, establecido en el art. 24.1 de la C. E, analizando la finalidad del sistema de plazos del art. 324 de la LECrim., razonando que resulta inimaginable, vista la finalidad de la ley, que esta contemple entre los efectos del transcurso de los plazos que la declaración del investigado, en los casos en que sea acordada y por tanto practicada una vez transcurrido los plazos máximos, lleve aparejada una suerte de causa de extinción de la responsabilidad criminal que conduzca al sobreseimiento de la causa o, llegado el caso, al dictado de una sentencia absolutoria.

Se analizan también las consecuencias de la declaración de los investigados acordada realizada fuera de plazo, razonando que la única diligencia imprescindible para poder cerrar la fase de instrucción es la declaración del investigado, su práctica durante la fase sumarial resultará ineludible en la medida en que supone una garantía para el investigado, alejando así la posibilidad de acusaciones sorpresivas (arts. 779.4 LECrim en procedimiento abreviado y 388 LECrim para la indagatoria del procesado en sumario; y SSTC 128/93, 273/93, 277/93, entre otras). Pero que esa declaración se efectúe fuera de plazo no supone necesariamente una causa de archivo. Lo único que implica es que no cabrá fundar la prosecución de la causa en el contenido o en datos aportados en esa declaración. Pero si las otras diligencias practicadas en plazo permiten fundar el juicio de imputación, la declaración tardía del investigado constituye una irregularidad procedimental, pero no convierte en ilícitas las diligencias de prueba, ni afecta a la integridad del proceso.

También se analiza la fijación del *dies a quo* razonando que los precedentes doctrinales y jurisprudenciales permiten rechazar la tesis del Tribunal sentenciador que nace, tanto de una defectuosa valoración de los efectos de la irregularidad que aprecia sobre el momento en que declararon los investigados, como del error en la determinación del *dies a quo* del plazo de instrucción fijado en el art. 324 LECrim., porque no se puede tomar como plazo inicial el de incoación del procedimiento cuando este todavía no se había dirigido contra persona concreta alguna.

Finalmente se analizan los efectos de una imputación tardía, sosteniendo que tampoco puede anudarse a la imputación tardía los efectos radicales que se extraen de la resolución recurrida, ya que para que

dicha imputación tardía o extemporánea produzca los efectos invalidantes que le adjudica la sentencia de apelación es necesario acreditar que ha provocado una indefensión real y efectiva y no meramente formal, conculcando de forma irresoluble el derecho de defensa, lo que no acontecía en el caso concreto por cuanto el auto de sobreseimiento no comprometió el derecho de los investigados a conocer con prontitud la existencia de una imputación dirigida contra ellos y la apertura de un procedimiento de investigación de los hechos presuntos sobre los que se asentaba, ya que cuando se decidió el sobreseimiento se ordenó que se investigaran, no hechos y personas que ya estuvieran identificadas, sino hechos diferentes y personas desconocidas, máxime cuando en el caso, llegado el momento se activó su derecho de defensa que pudieron ejercitar con plenitud y cuando la causa se prorrogó dada la complejidad de la instrucción, ninguna objeción plantearon las defensas, como tampoco lo hicieron al inicio del juicio oral, cuando el Presidente del Tribunal planteó de oficio las posibles consecuencias de la supuesta extemporaneidad de las declaraciones ni protestaron por haberse practicado diligencias de investigación estando sobreseída la causa.

– Con relación a los recursos de queja formalizados por el Ministerio Fiscal. Fueron un total de 36. Es de hacer notar que la gran mayoría de estos recursos proceden de la misma causa (Procedimiento Abreviado 2301/2016 del Juzgado de Instrucción núm. 18 de los de Valencia), como consecuencia de haber acordado el juzgado de instrucción de Valencia en auto de fecha 19 de octubre de 2021 la continuación por los trámites del procedimiento abreviado que fue recurrido por uno de los investigados y que determinó que la sección cuarta de la Audiencia Provincial de Valencia estimando dicho recurso acordarse el sobreseimiento provisional de la causa respecto del delito de blanqueo de capitales que se les atribuía y el archivo de las actuaciones por dicho delito, quedando subsistente el resto de los pronunciamientos contenidos en el auto de transformación en procedimiento abreviado. En total fueron 33 los recursos de queja que se formalizaron por cuanto se dictó auto de sobreseimiento provisional individualizadamente por cada uno de los investigados, siendo finalmente resueltos la totalidad de los recursos mediante autos de la Sala Segunda del Tribunal Supremo en los que se acordó la irrecurribilidad en casación de los referidos autos reiterando el criterio de que «Sólo cabe tal recurso frente a Autos en los casos expresamente previstos por la Ley, entre los que no se encuentran las resoluciones de un Tribunal que, al

resolver recursos contra autos del Instructor, decretan un sobreseimiento provisional».

1.2.3 ANÁLISIS DE LAS RESOLUCIONES DICTADAS POR LA SALA SEGUNDA DEL TRIBUNAL SUPREMO DURANTE EL AÑO 2022

Tomando en consideración las resoluciones dictadas de la Sala Segunda durante el año 2022, se ponen de manifiesto los siguientes extremos:

a. Sentencias:

Se han dictado un total de 1.019 sentencias entre el 1 de enero y el 31 de diciembre de 2022, en Recursos de Casación y Revisión (pese a que conste que la última sentencia del año lleve el número 1021/2022, ya que no constan registradas en la base de datos ninguna sentencia con los números 503/2022 y 857/2022; figuran dos sentencias con el mismo número, 41/2022 y otras dos sentencias (n.º 891/2022 y 893/2022) son la misma, recaída en el rec. núm. 1/5116/2020.

SENTENCIAS	
Dictadas en Recursos formalizados por el MF:	
– Estimados	40
– Desestimados	27
Dictadas en Recursos formalizados por las restantes partes:	
Apoyados por el MF:	
– Estimados	116
– Desestimados	24
Impugnados por el MF	
– Estimados	216
– Desestimados	593
En Recursos de revisión:	
Apoyados por el MF:	
– Estimados	26
– Desestimados	3
Impugnados por el MF:	
– Estimados	1
– Desestimados	1

SENTENCIAS

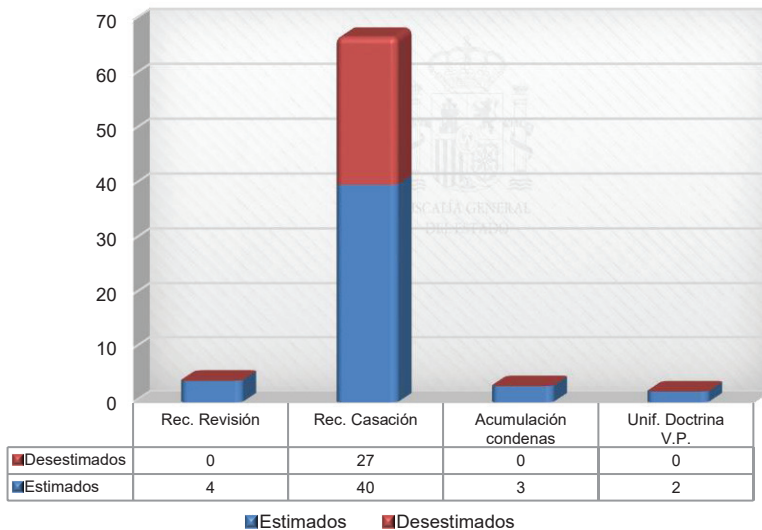
En Acumulaciones de Condenas:	
Apoyados por el MF:	
– Estimados	33
– Desestimados	22
Impugnados por el MF:	
– Estimados	4
– Desestimados	31
Unificación Doctrina Vigilancia Penitenciaria:	
– Estimados total y/o parcialmente	2
– Desestimados	1
Unificación Doctrina Menores:	
– Estimados total y/o parcialmente	0
– Desestimados	1
Sentencias dictadas en Causa Especiales::	
– Condenatorias	1
– Absolutorias	0
Sentencias dictadas atendiendo al año del recurso::	
– Del año 2018 y anteriores	3
– Correspondientes al año 2019	11
– Correspondientes al año 2020	585
– Correspondientes al año 2021	311
– Correspondientes al año 2022	108

b. Otras resoluciones:

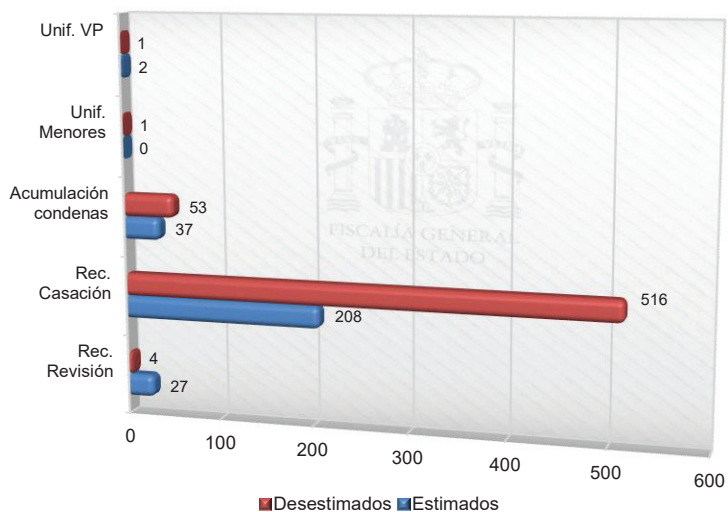
La Sala ha dictado también: un total de 811 Autos y 5.646 Providencias de Inadmisión.

Gráficamente los datos se mostrarían del siguiente modo:

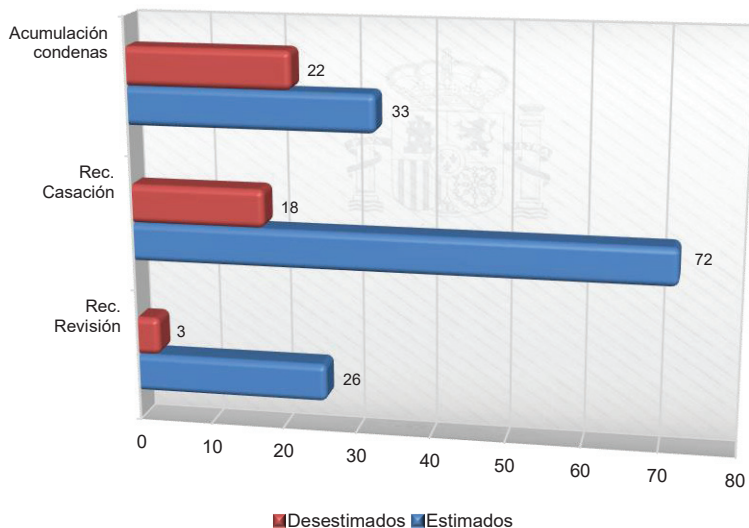
SENTENCIAS DICTADAS EN RECURSOS INTERPUESTOS POR EL MINISTERIO FISCAL



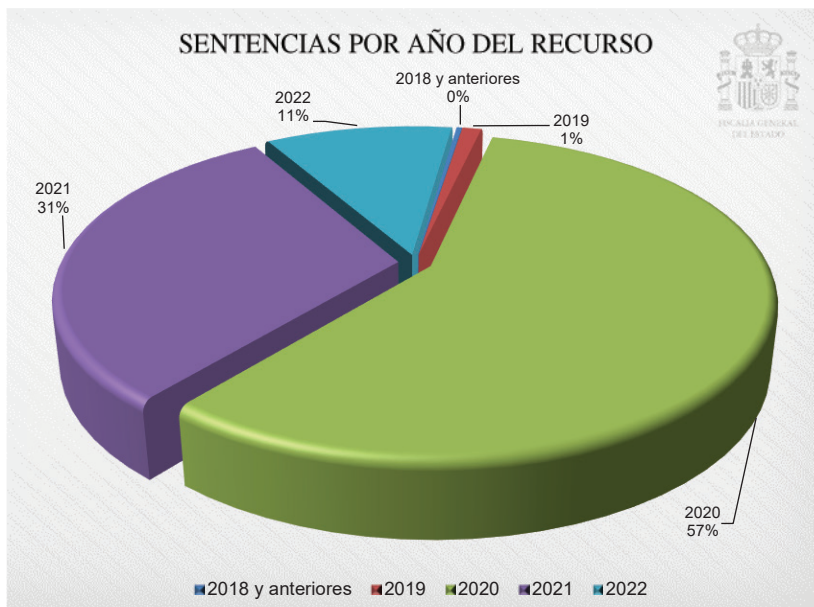
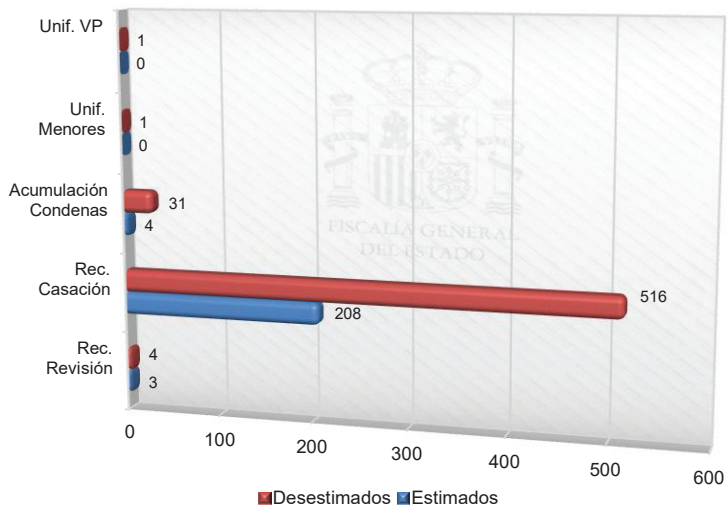
SENTENCIAS DICTADAS EN RECURSOS DE LAS DEMÁS PARTES POR TIPO DE RECURSO

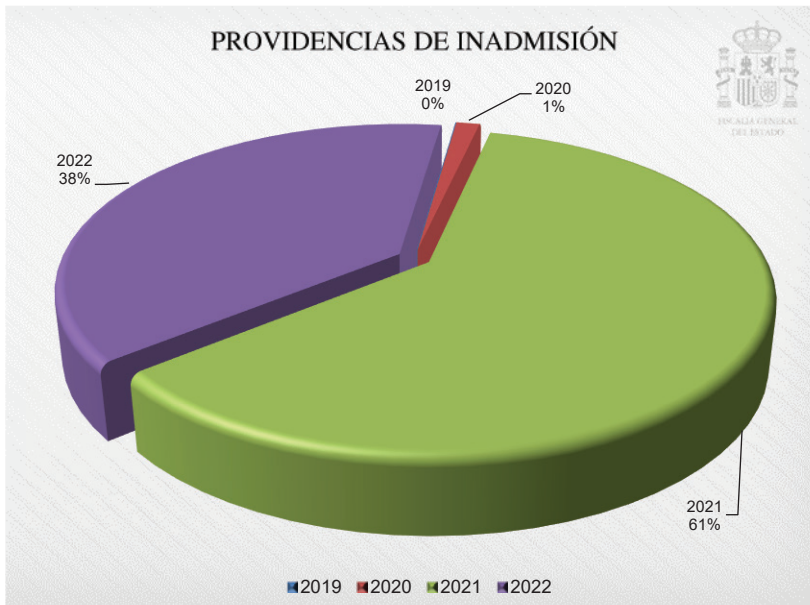


SENTENCIAS DICTADAS EN RECURSOS DE LAS DEMÁS PARTES APOYADOS POR EL MF



SENTENCIAS DICTADAS EN RECURSOS DE LAS DEMÁS PARTES IMPUGNADOS POR EL MINISTERIO FISCAL

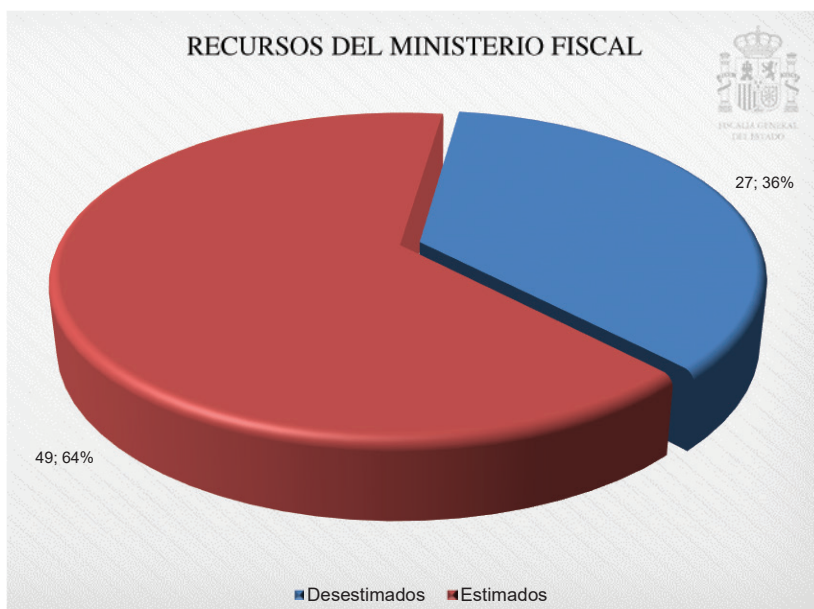




El mayor número de sentencias dictadas por la Sala se han adoptado en procedimientos registrados en los años 2020 (57%) y 2021 (31%) frente a los correspondientes al año 2022 (11%).

De la misma forma, respecto de las providencias de inadmisión la mayor parte –un 61%– corresponden a recursos registrados en el año 2021, siendo los referidos a recursos registrados en el año 2022 un 38%.

Los datos reflejan como el 64% de los recursos formalizados por el MF son estimados total o parcialmente, frente a un 27% que son desestimados. Estas cifras reflejan también una variación respecto a lo observado en el año 2021, que fueron del 78% y del 22%, respectivamente.



Las sentencias de la Sala Segunda continúan, con carácter general, omitiendo el contenido del informe del Ministerio Fiscal, tal y como se indicó en la memoria del pasado ejercicio, de forma que como ya se ha puesto de manifiesto, no siendo el MF una parte procesal al uso y menos en el recurso de casación, en tanto que representa la legalidad y la imparcialidad en su calidad de Magistratura postulante, pues 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 sólo la representación de la Ley y la exigencia de la Justicia mueven sus actuaciones casacionales, de forma que, integrada en la sentencia la elaboración doctrinal y jurídica del Ministerio Público, sería mucho más completa la resolución.

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 22 sentencias de Pleno:

– Sentencia núm. 89/2022. Rec. núm. 1/895/2020. Se analiza la aplicación del art. 203 CP, tratándose de una cuestión que suscita inte-

rés casacional por no existir sobre ella jurisprudencia del Tribunal Supremo, existiendo criterios contradictorios entre distintas Audiencias provinciales. Destaca la sentencia que a la vista de la doctrina constitucional que recoge la sentencia, nos encontramos, como se ha indicado, con que el recurrente accedió a la zona de despachos privados, en concreto al despacho privado de la Sra. Letrada contra la voluntad de ésta. Esta circunstancia era conocida por el mismo pues así se lo indicó la secretaria del despacho.

Se trataba de un recinto cerrado en el que la perjudicada y otros compañeros desarrollaban su actividad profesional. El despacho personal era de acceso claramente restringido, solo accesible obviamente a compañeros o empleados con los que mantuviese una relación de confianza o terceros previamente autorizados. El derecho fundamental a la intimidad del que era acreedora la Sra. Letrada y el hecho de que el despacho personal lógicamente servía a la custodia de los expedientes de clientes que contienen datos sensibles que deben ser preservados, confería a aquella «el poder jurídico» de imponer a terceros el deber de abstenerse de entrar en su interior sin su permiso. En nuestro caso, tal derecho le facultaba a excluir la entrada en su despacho del acusado, como así se lo hizo saber a través de su secretaria. Por ello la invasión injustificada de tal espacio por parte de aquel, entrando en dependencias de acceso restringido, puso en riesgo efectivo el bien jurídico protegido por el tipo penal previsto en el art. 203.1 CP, esto es la intimidad de la Sra. Letrada. Consecuentemente con ello debe considerarse su conducta penalmente relevante.

– Sentencia núm. 90/2022. Rec. núm. 1/1526/2020. Se trata de un caso en el que existen en la jurisprudencia menor dos posiciones contrarias con respecto a la ajenidad de los objetos depositados en los puntos limpios.

La primera es una línea jurisprudencial que considera que los bienes que se encuentran en el interior de los «puntos limpios» deben ser considerados bienes ajenos. Entre ellas se encuentra la sentencia recurrida, sentencia de 18 de noviembre de 2019, dictada por la Sección Primera de la Audiencia provincial de Cantabria, y la sentencia de la Audiencia provincial de Madrid (Sección 30), 285/2018, de 4 de mayo.

La segunda línea afirma que los bienes depositados en los «puntos limpios» son bienes abandonados, entre ellas se encuentra la sentencia de la Audiencia provincial de Toledo (Sección 2.^a), 38/2014, de 7 de mayo.

Concluye la sentencia que un punto limpio es un lugar al que se llevan los objetos de los que los particulares o empresas desean des-

prenderse, mas no se trata de simple basura, sino de materiales o equipos, destinados en principio a ser reciclados, de forma que sus componentes van a ser clasificados y remitidos a diferentes centros de tratamiento en los que se les darán nuevos usos. Por tanto, estamos ante objetos con valor económico real y que ni mucho menos han sido abandonados. Los dueños entregan el bien a la empresa encargada de la gestión del punto limpio, que, mediante el cobro de un canon, más la obtención de un rendimiento económico derivado de la venta de las partes aprovechables, sufraga sus gastos, lo cual sería imposible si cualquiera se dedicare a apoderarse de aquello que de valor encuentra.

Los efectos depositados en un punto limpio no quedan a la libre disposición de los ciudadanos pues no están físicamente abandonados en un lugar de libre acceso, sino en un espacio cerrado, de acceso prohibido y protegido.

– Sentencia núm. 91/2022. Rec. núm. 1/329/2020.

Se analiza un supuesto de Daños Informáticos del art. 264 CP. El MF solicitó su inadmisión. La Sala aborda la existencia de interés casacional por dos razones: a) la Sala sólo ha tenido ocasión de pronunciarse sobre los daños informáticos, salvo involuntaria omisión, en su STS 220/2020, de 22 de mayo y b) la nueva redacción del Código Penal ha introducido la hiperagravación específica de *extrema gravedad de los hechos*, lo que podría modular la acepción tradicionalmente asignada a la *gravedad de la acción y del resultado*, así como a la agravante específica de generar daños de *especial gravedad*.

La Sala reitera su doctrina destacando que la gravedad de la acción no debe observarse a partir del mecanismo que se emplee para llevar a término la acción típica, pues el propio legislador plasma la punición de la conducta con independencia de cuál sea el medio que se emplee para borrar, dañar, deteriorar, alterar, suprimir o hacer inaccesibles los datos informáticos, los programas informáticos o los documentos electrónicos ajenos, habiendo previsto como una agravación específica cuando el autor actúe por medio de programas informáticos concebidos o adaptados principalmente para cometer la acción, o cuando emplee para ello una contraseña, un código o un dato de acceso al sistema de información para cuyo uso no estuviera el sujeto activo legítimamente autorizado (art. 264.2.5.^a, en relación con el artículo 264 ter del Código Penal).

La gravedad de la acción viene determinada por el daño funcional que el comportamiento genere, resultando atípicas todas aquellas actuaciones que, pese a satisfacer objetivamente alguna de las modalidades de obrar previstas en el tipo penal, resulten cualitativa o cuantitativamente irrelevantes para que el servicio o el sistema operen de

manera rigurosa. Solo si la función digital deviene imposible o si se trastoca de manera relevante la utilidad o facilitación que introduce, la actuación dolosa de pervertir el sistema puede llegar a merecer el reproche penal.

En todo caso, la tipicidad exige además que la disfunción electrónica genere un resultado realmente gravoso para el titular de los instrumentos digitales. Nuestra sentencia anteriormente citada, atendiendo a que el supuesto que resolvíamos consistió en la eliminación de unos datos después recuperados de la «papelera de reciclaje» y compartiendo la posición sustentada en la Circular de la Fiscalía General del Estado n.º 3/2017, proclamaba que la gravedad típica se alcanza cuando es imposible recuperar la operatividad del sistema o cuando su recomposición es difícilmente reversible sin notables esfuerzos de dedicación técnica y económica.

– Sentencia núm. 92/2022. Rec. núm. 1/1593/2020.

Se aborda un supuesto referido a un delito de daños cualificado por incendio al referirse a un contenedor destinado a la recogida de papel. El interés casacional lo arguye el Ministerio Fiscal que expresó la existencia de pronunciamientos contradictorios en Audiencias Provinciales en la interpretación del presupuesto fáctico de la agravación por la afectación de los daños a bienes de dominio o uso público.

En el caso de la casación no se discute la titularidad privada de los contenedores. Los bienes no son de dominio público y tampoco aparecen expresamente afectados al dominio público a través de un acto administrativo que así lo exprese. De conformidad con la legislación específica, Ley de Bases del Régimen Local, arts. 79 y siguientes, y la Ley 33/2003 del Patrimonio de las Administraciones públicas, los contenedores ni son de dominio público ni aparecen afectados a la administración pública. Sin embargo, el presupuesto típico de la agravación no solo es el dominio público, también el uso público o comunal del bien sobre el que recae la acción.

El legislador penal al señalar la agravación no la refiere exclusivamente a la titularidad pública, por título dominical o por afectación, de un concreto bien, sino que lo referencia, como alternativa al dominio, al uso público o comunal. Esa alternativa permite ampliar la protección a los bienes que son destinados al cumplimiento de las competencias públicas, siendo indiferente que ese desarrollo de una competencia esencial la realice la Entidad Local o una empresa concesionaria, pues se trata de una opción de gestión de una competencia pública. Lo relevante es el destino del bien, el uso público o comunal, sobre el que recae la acción dirigida por la causación de daños. La

elección del contenedor no es casual, sino elegida para perjudicar el servicio público que desarrolla.

Desde la perspectiva expuesta, el contenedor sobre el que se realiza una acción de destrucción, que aparece dispuesto para la recogida de residuos, en el desarrollo de una competencia que el ordenamiento jurídico atribuye a la Administración tiene la consideración de bien de uso público o comunal y rellena la tipicidad del art. 263.2.4 del Código Penal.

– Sentencia núm. 105/2022. Rec. núm. 1/495/2021.

Conducción bajo los efectos de bebidas alcohólicas por quien ha sido privado judicialmente del permiso de conducir. Concurso ideal de delitos. El MF había solicitado su inadmisión, si bien tras nuevo traslado respecto de la posible existencia de interés casacional, interesó su estimación y solicitó que se considere que existe un concurso ideal de delitos.

El caso concreto analizado presenta particularidades no despreciables, que fueron debidamente ponderadas en su informe por el fiscal. El acusado no solo conducía un vehículo de motor bajo los relevantes efectos de la previa ingesta de bebidas alcohólicas (artículo 379.2) sino que, además, lo hacía quebrantando la resolución judicial por la que había sido privado del permiso o licencia (artículo 384, párrafo segundo). Si este último precepto no existiera, es claro que su comportamiento sería reconducible, por lo que a la vulneración de la pena que le fue impuesta respecta, a las previsiones contenidas en el artículo 468 del Código Penal (quebrantamiento de condena, castigado, en el caso, con una pena de multa). Ello permite comprender que esta modalidad delictiva, contemplada en el artículo 384 –la conducción, tras haber sido privado cautelar o definitivamente del permiso o licencia–, presenta una naturaleza pluriofensiva. De una parte, la conducta se reputa bastante para la creación de un riesgo abstracto en la seguridad del tráfico, habida cuenta de que su conductor incurrió ya en un motivo serio para desconfiar de su habilidad para hacerlo; y, de otra, se lesiona también el bien jurídico relativo a la protección del cumplimiento de las resoluciones judiciales, en tanto se desatiende lo definitiva o cautelarmente ordenado por la autoridad judicial. En estos casos, la antijuridicidad de la conducta no se agota, por eso, en la creación de un riesgo abstracto para la seguridad del tráfico, contemplado en exclusiva en el artículo 379.2, sino que lesiona también un bien jurídico diverso: «un solo hecho constituye dos o más delitos», por emplear la terminología utilizada en el artículo 77.1 del Código Penal, cuando regula el llamado concurso ideal propio.

Partiendo de este mismo criterio (una sola acción) y de la naturaleza pluriofensiva del delito previsto en el artículo 384 del Código Penal, la Fiscalía General del Estado, en su Circular 10/2011, de 17 de noviembre, concluye que, a su parecer, «entre los delitos del artículo 384 y los de los artículos 379, 380 y 381: concurso ideal».

Concluye la sentencia que la cuestión debe resolverse con aplicación de las reglas relativas al concurso ideal de delitos y no con las que regulan el concurso real.

– Sentencia núm. 126/2022. Rec. núm. 1/3976/2020.

El Ministerio Fiscal impugnó el recurso. Lo que se plantea es si el perjuicio causado por el accidente al originar una imposibilidad para seguir atendiendo a la hija discapacitada, como venía haciendo, derivada de las lesiones y de las secuelas que padece, cuya existencia no se discute es indemnizable y con arreglo a qué preceptos del Real Decreto Legislativo 8/2004, en la redacción dada al mismo por la Ley 35/2015, teniendo en cuenta las previsiones expresas de los artículos 1.4 y 33.5 de aquella norma, siendo ésta la única cuestión que presenta interés casacional.

Parte la sentencia de que los daños y perjuicios causados deben ser indemnizados en su totalidad, así como que la indemnización debe ser fijada con arreglo a las normas contenidas en el Real Decreto Legislativo 8/2004. Y, añade, que la interpretación de los preceptos concretos de la ley que se integran en el sistema o en los subsistemas que contiene, ha de efectuarse de forma que conduzca a la satisfacción de aquellos principios.

En relación con el caso concreto, es posible añadir como consideración de partida, que resultaría poco coherente entender que, si resulta indemnizable un perjuicio derivado de lesiones temporales consistente en los gastos necesarios para que queden atendidas las personas especialmente vulnerables de las que el lesionado se ocupaba (artículo 142), no lo sea el perjuicio derivado de esa misma situación cuando aquellas lesiones se han concretado ya en secuelas, una vez finalizado el proceso curativo. Conclusión que, en el caso, se refuerza si se tienen en cuenta las previsiones contenidas en la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, de 13 de diciembre de 2006, ratificada por Instrumento de 23 de noviembre de 2007 (BOE del 21 de abril de 2008).

Queda acreditado, en primer lugar, que la lesionada prestaba de forma completa las atenciones y cuidados que precisaba su hija discapacitada. En segundo lugar, que durante el periodo de estabilización de las lesiones se han efectuado gastos en la contratación de enfermeras para la atención de la hija discapacitada durante el periodo que se

recoge en la sentencia, que se han indemnizado en la cantidad de 60.884,84 euros, que la parte recurrente no discute. Y, en tercer lugar, también queda acreditado, y tampoco se discute, que la lesionada no puede, tras las secuelas, seguir prestando la atención que requiere su hija, por lo que será necesario prolongar la asistencia de profesionales, en una extensión temporal que se ha fijado en dos años y que tampoco se discute.

La cuestión, pues, es, si esos gastos, cuya necesidad es clara, como lo es su relación causal con las secuelas padecidas, son indemnizables. Y en caso positivo, con arreglo a qué normas.

La indemnización por ese concepto no puede apoyarse en el artículo 142, que se refiere a los daños o perjuicios temporales, es decir, los producidos hasta el final del proceso curativo cuando las lesiones se convierten en secuelas.

Pero tampoco puede prescindirse de las disposiciones del Real Decreto legislativo, para acordar la indemnización sobre la base de las normas que establecen los principios de reparación íntegra del daño.

En las normas aplicables se contienen previsiones que tienden a indemnizar todos los perjuicios causados, de conformidad con los principios antes mencionados.

Así, en lo que aquí interesa, se contempla la indemnización por lucro cesante, y se hace referencia expresa al cálculo del mismo cuando se trata de personas dedicadas a las tareas del hogar de la unidad familiar (artículos 127 y 131). También se hace referencia expresa a los casos de imposibilidad total o parcial de continuar con el mismo trabajo al que se venía dedicando la persona lesionada (artículo 129). La posibilidad de acudir a estos apartados de la ley es planteada por la parte recurrente, aunque la limita al supuesto de dedicación a las tareas del hogar.

En el caso, sin embargo, la dedicación de la lesionada a la atención a su hija discapacitada no puede englobarse dentro de las tareas del hogar, teniendo en cuenta que el grado de discapacidad de la hija a la que venía atendiendo asciende al 95%, lo que requiere una atención y dedicación especial, intensa y constante, no exenta de una cierta especialización técnica, bien diferenciada de lo que generalmente puede entenderse como tareas del hogar.

Esa dedicación debe ser valorada a estos efectos como su trabajo habitual, que la lesionada desempeñaba de forma cuasi profesional hasta que las lesiones, primero, y las secuelas después, se lo impidieron.

– Sentencia núm. 546/2022. Rec. núm. 1/4192/2021.

En este caso, el recurso del Ministerio Fiscal no fue acogido.

Se trataba de considerar si la emisión televisiva de los partidos de fútbol de las competiciones organizadas por la Liga de Fútbol reproducidas sin autorización de ésta, que era la que ostentaba los derechos de explotación, ni de sus cesionarios, en determinados establecimientos públicos que tenían instalados aparatos para reproducirlas ilegalmente constituían un delito leve contra el mercado y los consumidores del artículo 286.4 CP o bien un delito contra la propiedad intelectual del artículo 270.1 CP.

Los fallos de las Audiencias y Juzgados de lo penal eran oscilantes entre una y otra calificación y se imponía en interés casacional que el TS unificara la discrepante doctrina.

En un recurso modélico por su exhaustividad y sistemática según la Sala II, el MF incorporaba consideraciones referidas al bien jurídico, al sujeto pasivo y a los elementos del tipo –art. 270 del CP– cuya aplicación se reivindicaba. Se trataba –en sus palabras– de un «... tipo delictivo mixto alternativo», calificable como «... norma penal parcialmente en blanco, pues, aunque hay que tener en cuenta que sigue siendo necesario acudir a otras normas, principalmente a la Ley de Propiedad Intelectual para completar su contenido, el papel de ésta sería meramente auxiliador».

Razonaba el fiscal que, el legislador quiso en la reforma de 2015 introducir «... una nueva posible conducta típica en este delito, mediante la inclusión en su tipo de injusto de la posibilidad de que el mismo se cometa por quien de “cualquier otro modo explote económicamente” algunos de los objetos materiales a los que el mismo alude, lo que introduce una modalidad comisiva tan amplia en esta figura, que además de convertir al resto de posibles modalidades comisivas de este delito en meras referencias ejemplificativas de esta última, orillando el sistema de *numerus clausus*, también hace factible que se puedan incardinar en su tipo de injusto aquellas actividades de explotación que antes parecían permanecer al margen del mismo por no estar incluidas entre las que expresamente mencionaba, como sucedía, por ejemplo, con la de transformación de obras ajenas contemplada en el art. 21 TRLPI».

Frente a algunas posiciones doctrinales que estiman que las retransmisiones audiovisuales de partidos de fútbol no son incluíbles en el concepto de prestaciones, pues no puede predicarse de ellas su condición artística, científica o literaria, el fiscal sostiene que a la conclusión contraria puede llegarse por varios caminos.

De una parte, porque la fórmula «... de cualquier otro modo explote directa o indirectamente» no es contraria al principio de legalidad, «... aunque ciertamente acabe con la enumeración “*numerus*

clausus” anterior de las actividades típicas –reproducir, plagiar, distribuir y comunicar públicamente–, pues responde al natural propósito de evitar espacios de atipicidad ante los avances tecnológicos sofisticados de afectación virtual de los derechos de explotación, respetando los principios de “lex previa, scripta y certa”».

Por otro lado, «... el concepto obras y prestaciones y su adjetivación «literaria, artística y científica», (tampoco) permite excluir como objeto del delito los llamados derechos afines de propiedad intelectual, entre los que profesarían las grabaciones audiovisuales de acceso condicionado y las transmisiones de las entidades de radiodifusión».

En apoyo de su tesis, el fiscal invoca la Circular 8/2015 de la Fiscalía General del Estado: «... con ocasión de la reforma operada por la LO 1/2015 se incluye como objeto de protección en dicho tipo penal las prestaciones. Aunque no existe ni en la LPI ni en la legislación civil una definición específica de qué haya de entenderse por tales (...) es pacífica la doctrina que entiende que el término prestaciones se refiere a los derechos afines reconocidos en el Libro II de la LPI y que son distintos de los derechos de propiedad intelectual en sentido estricto. El libro II contempla como tales derechos afines los derivados de las interpretaciones artísticas (art. 105 a 113) que corresponden a los artistas, intérpretes o ejecutantes; los relativos a las producciones fonográficas y grabaciones audiovisuales (art. 114 a 125) que corresponden a los productores de los mismos; los de las transmisiones o emisiones realizadas por las entidades de radiodifusión (arts. 126 y 127) y las meras fotografías».

Sería, por tanto, a través del concepto de «prestaciones», como noción sustantiva y diferenciada de los derechos estrictos de la propiedad intelectual, como se podría –a juicio del MF– incluir los hechos en el espacio típico que ofrece el art. 270.1 del CP: «... esta ampliación expresa del objeto material del delito en el que ya, sin duda alguna, se incorporan las grabaciones audiovisuales y las transmisiones de las entidades de radiodifusión, permitirá proteger tales prestaciones aunque ni la grabación ni la transmisión tuvieran por objeto una obra intelectual, pues aquéllas merecen protección de manera autónoma y con independencia de cuál sea su contenido; así, por ejemplo, las retransmisiones de un evento deportivo, de un concurso, de un debate, etc. Ello resulta, en referencia a los derechos de los productores de grabaciones audiovisuales, de los arts. 120 y ss. LPI, que tras definir qué se entiende por tales reseñan los derechos que corresponden al productor de las mismas y, en lo que respecta a las entidades de radiodifusión, del art. 126 que especifica cuáles son los derechos exclusivos de éstas».

No obstante, esos razonamientos, consideró la Sala II que la fijación del espacio de tipicidad de una norma penal no puede prescindir de lo que el precepto en cuestión verdaderamente anuncia. Y lo que el art. 270.1 del CP define como objeto del delito, en todo o en parte, es «una obra o prestación literaria, artística o científica». Y como venimos razonando, las grabaciones audiovisuales –en este punto la Sala coincide con la tesis del MF y la Liga de Fútbol Profesional– son verdaderas prestaciones que han de gozar de la tutela jurídica que dispensan los derechos de la propiedad intelectual. Pero de lo que ahora se trata no es de cuestionar si esas grabaciones han de incluirse en el concepto de obra o en el concepto de prestación. Lo que centra nuestro interés es definir si la reproducción, el plagio, la distribución, la comunicación pública y, en fin, cualquier otro modo de explotación de esas grabaciones han de ser tuteladas penalmente y, por tanto, con encaje típico en el art. 270.1 del CP.

– Sentencia núm. 547/2022. Rec. núm. 1/1615/2021.

El recurso fue interpuesto por el Ministerio Fiscal por indebida inaplicación de los arts. 48.1 y 57.1 del CP.

Razona el MF que la sentencia dictada en apelación por la Audiencia provincial de Barcelona, sin alterar el relato de hechos probados, mantiene la condena del acusado como autor de un delito contra la integridad moral del art. 173.1 del CP a la pena de 15 meses de prisión, inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo y abono de responsabilidad civil, ha dejado sin efecto la pena acordada en la sentencia del juzgado de lo penal consistente en la prohibición de acudir al lugar del delito, esto es a la red social Youtube, por cinco años. La sentencia descarta la aplicación de la pena de prohibición de acudir al lugar del delito por dos razones: los hechos no tuvieron lugar en la red social Youtube sino en la vía pública y dicha pena no está prevista en el art. 48 en relación con el art. 57 CP.

En el desarrollo del motivo sostiene el Ministerio Público que el tramo de los hechos que acaecieron en la vía pública «... no fue otra cosa que un acto más del iter de la ejecución del delito iniciado en Youtube y que continuó posteriormente, respondiendo a sus planes iniciales, con la inserción del vídeo en el canal personal del acusado en la red social Youtube, donde se desarrollaron los actos nucleares del delito contra la integridad moral, al someter a la víctima a humillación y vejación de forma masiva e indiscriminada ante millones de internautas al difundir el contenido de la grabación hecha en la vía pública».

Razona la sentencia que el delito no circunscribió su ejecución a la referencia locativa que ofrecía la calle Minería de Barcelona. El ver-

dadero escenario del ataque a la dignidad de la víctima fue un escenario virtual, telemático, que proyectó sus efectos más allá del lugar en el que malvivía la víctima y en el que intentaba obtener las limosnas que le permitieran la supervivencia.

El MF hace valer la idea de que la exclusión de la pena accesoria pretendida sólo puede responder a la consideración de que la privación del derecho a acudir a determinados lugares en que se haya cometido el delito, plasmada en el artículo 48.1 únicamente comprende lugares físicos, no espacios digitales o virtuales.

La cuestión, por tanto, se debe reconducir a si puede tener la consideración de «lugar de comisión del delito», a los efectos del artículo 48 del CP, no sólo los lugares o espacios físicos sino también los espacios virtuales de encuentro y comunicación que se crean en Internet.

La Sala no puede identificarse con una concepción histórica del lugar de ejecución del delito que sólo entiende por tal un espacio físico, geográfico y perfectamente perceptible por los sentidos. El delito en su forma más convencional convive ahora con nuevas formas de ciberdelincuencia en las que su ejecución se desarrolla enteramente en redes telemáticas que, por definición, no son inmovilizables en un espacio físico perfectamente definible.

En definitiva, la Sala no detecta una interpretación contra reo del art. 48 del CP cuando la primera sentencia de instancia considera que un delito como el reflejado en el relato de hechos probados puede entenderse cometido en Internet y es susceptible de generar la prohibición de volver a acceder a la red social en la que ese delito se ideó, se desarrolló y se divulgó. Las redes sociales pueden ser también el lugar de ejecución del delito. Se estima recurso del MF.

– Sentencia núm. 551/2022. Rec. núm. 1/3622/2020.

El MF interesó la inadmisión del recurso.

Delito contra la Seguridad Social (art. 307 CP). Defraudación mediante la elusión del pago de la cuota empresarial en el periodo 2013-2015. Matrimonio que constituye dos sociedades, una sin bienes ni funciones conocidos que da de alta a 17 trabajadores en la Seguridad Social y la otra con actividad de explotación turística sin trabajadores dados de alta en la Seguridad Social, pero que se vale de los de la primera y en cualquier caso no se hace efectiva la cuota empresarial, lo que considere estrategia suficiente para apreciar el fraude, que se niega en el recurso con la alegación de que no se pagó por imposibilidad, y planteando la cuestión como un caso legítimo de agrupación de empresas, que se rechaza acudiendo a la teoría de los actos neutrales.

El recurso se quiere presentar como una decisión legítima que una empresa, contrate los servicios de otra, por ser esto frecuente en el ámbito empresarial, frecuencia no hemos de negar; sin embargo, con ello se nos está planteando el tratamiento de los llamados actos neutrales, porque, si bien, en abstracto, tal modo de actuar en dicho ámbito pudiera ser legítimo, ello no quita para que, por ello, se acuda al mismo como mecanismo de fraude, y se utilice para la realización de una actividad delictiva, en función de la finalidad y la manera como se enfoque esa instrumentalización, y en este sentido, en relación con dicha doctrina sobre los actos neutrales, podemos traer a colación un breve párrafo de la STS 165/2013, de 26 de marzo de 2013, con cita de otras, entre ellas la 34/2007, de 1 de febrero de 2007, en la que, en relación con dichos actos, dijimos que «en general la Sala se ha inclinado por un criterio mixto como elemento diferenciador de actos neutrales de los que no lo son, exigiendo que el sujeto conozca la verdadera naturaleza y finalidad del acto, y que este, objetivamente sirva, y coadyuve a la facilitación del delito, lo que supone un aporte necesario a tal fin», y ello porque su conocimiento por parte del sujeto de su verdadera naturaleza y finalidad excluye la neutralidad, doctrina que viene al caso, puesto que esa diversificación de empresas con la que operaban los condenados, era la maniobra de la que se valieron para obstruir el control sobre su actividad defraudatoria.

La mercantil, dedicada a la limpieza general de edificios, dada de alta en el Sistema General de la Seguridad Social desde el 9 de septiembre de 2004, contaba con 17 trabajadores; la otra empresa, de baja en la Seguridad Social y sin contar con trabajadores, sin embargo se venía dedicando a la explotación de un complejo de apartamentos, y ello lo hacía valiéndose de los trabajadores de aquella mercantil, con lo que había trabajadores que prestaban servicios a ambas empresas, y no se hacía frente a la cotización empresarial a la Seguridad Social, la realidad es como se explica en la sentencia de instancia, que solo cabe pensar en que las dos empresas se encontraban totalmente vinculadas, cuyos socios y administradores eran las mismas personas, el matrimonio condenado; por ello que sea razonable hablar de una confusión patrimonial entre ellas, o unidad económica, que formalmente se diversifica a efectos defraudatorios, y, en consecuencia, que no podamos compartir la tesis que se plantea en el recurso, de que estamos ante un caso de agrupación ordinaria de empresas, sino que fue el instrumento de que se valieron los recurrentes para ocultar determinadas bases de cotización y con ello eludir el pago de las correspondientes cuotas a la Seguridad Social.

En cuanto a la interpretación del plazo de cuatro años que establece el art. 307.2 para el cálculo de los 50.000 euros que, como importe total defraudado, ha de superarse para ser delito, bien si ha de esperarse a que transcurran esos cuatro años, como interesa el recurrente, o se han de contar de fecha a fecha, desde que se deja de ingresar la primera cuota, opción por la que se decanta el Tribunal. La argumentación discurre por la idea de considerar esa cantidad una condición objetiva de punibilidad, no un elemento del tipo, como tal no precisa ser abarcada por el dolo del autor, de manera que como el fraude tiene lugar desde que se elude el pago de la primera cuota, es cuestión de ir sumando, sin más, hasta llegar a los 50.000 euros en un plazo máximo de 4 años, pero sin necesidad de esperar a que se cumplan, si la cantidad se supera en un tiempo inferior. Inviabilidad de desistimiento y posibilidad de regularización, como excusa absolutoria.

En reciente STS 477/2022, de 18 de mayo de 2022, la Sala ha señalado que esos diferentes límites cuantitativos relativos de los distintos tipos penales en materia de fraude a la Administración pública, se trata de condiciones objetivas de punibilidad y no de un elemento del tipo, con particular atención al delito de fraude a la Seguridad Social, respecto del cual decíamos que «incluso, la doctrina más especializada recuerda a tal respecto con relación al art. 307 CP que esta cuantía, a partir de la cual la conducta sería constitutiva de delito, es una condición objetiva de punibilidad que exime de pena a la conducta defraudatoria que ha sido típica, antijurídica y culpable.

No será necesario, en todo caso, esperar a que transcurran los cuatro años, porque, frente a la opinión del recurrente (porque dentro de ese periodo de cuatro años bien se pudo desistir o regularizar la deuda), señala la Sala que no cabe la posibilidad de desistimiento del delito en cualquier momento anterior a que concurran esos cuatro años, puesto que se considere la regularización como una excusa absolutoria, o no, es algo ajeno al tipo delictivo; se trataría de una causa personal de exclusión de la punibilidad por reunir las características propias de esta categoría, en la medida que concurre al margen de los elementos del tipo y que por razones de política criminal el legislador ha decidido que la pena no se cumpla. En consecuencia, no cabiendo el desistimiento, por cuanto que el delito quedó consumado, y no habiendo tenido lugar, tras su consumación, la regularización de la situación deudora ante la Seguridad Social, tampoco este particular del motivo ha de ser atendido, y, en consecuencia, se desestima todo él.

– Sentencia núm. 553/2022. Rec. núm. 1/1808/2020.

El MF interesó la inadmisión del recurso.

Delito de quebrantamiento de medida cautelar de prohibición de comunicarse con la víctima. art. 468.2 CP. Mensaje incorporado a una red social. La estructura típica de este delito no incluye ningún añadido vinculado al propósito de menoscabar la intimidad de la persona favorecida por la medida de protección dictada con carácter cautelar. Pero tampoco se resiente el juicio de tipicidad por el hecho de que el mensaje que quebranta la prohibición de comunicarse con la expareja se incorpore a una red social que desborda la comunicación bidireccional entre el denunciado y la víctima. Las redes sociales –Google+ o cualquiera otra más activa y extendida– no pueden servir de escudo para incorporar mensajes que, amparados en la generalidad de una u otra reflexión, escondan un recordatorio a una persona protegida por decisión jurisdiccional. Lo verdaderamente determinante no es –frente a lo que alega la defensa– que los «pensamientos o reflexiones» deban entenderse como simples enunciados que no están dirigidos a una persona concreta, sino que esas palabras, una vez contextualizadas, tengan un destinatario respecto del que existe una prohibición judicial de comunicación y que su contenido llegue a su conocimiento. Es evidente que ese destinatario ha de dibujarse de forma inequívoca, sin necesidad de un esfuerzo interpretativo que convierta artificialmente un enunciado general en un mensaje concebido como vehículo para una comunicación proscrita por el órgano jurisdiccional. Y para que el quebranto de esa prohibición adquiera relevancia penal es suficiente con que, de una u otra forma, el mensaje incorporado a una red social alcance su objetivo y tope con su verdadero destinatario. El carácter multitudinario del uso de las redes sociales y la multiplicación exponencial de su difusión, lejos de ser un obstáculo que debilite el tipo subjetivo –esto es, el conocimiento de que esas palabras van a llegar a la persona protegida– refuerza la concurrencia del dolo. El autor sabe o se representa que ese mensaje que quebranta la prohibición puede alcanzar, por una u otra vía, a su destinatario. De ahí que la Sala no comparta el velado reproche que se formula a la denunciante por el hecho de no «... haber bloqueado la comunicación con el acusado». La persona en cuyo favor se ha dictado una medida cautelar que incluye la prohibición de comunicarse no asume la obligación de desconectarse de canales telemáticos o redes sociales anteriormente activos, de suerte que la omisión de esta medida pudiera influir en el juicio de subsunción. Es, por el contrario, el investigado el verdadero y único destinatario de la prohibición y el que ha de adoptar todas las medidas indispensables para que esa comunicación bidireccional no vuelva a repetirse.

Conforme a esta idea, parece indudable que las afirmaciones «... espero tu llamada por favor» «... me puedo morir de asco para saber qué tiene mi hijo. ¿Ya está bien no? Llevo desde el jueves así sin saber nada, ¡por favor!» son algo más que reflexiones compartidas sobre la soledad en fechas navideñas. Encierran un mensaje que cobra pleno sentido si se conecta su literalidad al conflicto familiar que une a la pareja y en cuyo seno el acusado ejecutó actos que justificaron la medida de protección.

– Sentencia núm. 582/2022. Rec. núm. 1/2767/2021.

El MF interesó la inadmisión del recurso. Se desestima porque no se justifica el interés casacional exigido.

El recurrente denunciaba la indebida aplicación del art. 153 CP.

La Ley 54/2007, manifiesta en su Exposición de Motivos, que corrige la redacción del art. 154 CC (donde se leía que los padres podían corregir moderada y razonablemente a los hijos, se establece ahora la obligación de los progenitores de respetar la integridad física y psicológica de los hijos en el ejercicio de la patria potestad) para dar respuesta a los requerimientos del Comité de Derechos del Niño, que ha mostrado su preocupación por la posibilidad de que la facultad de corrección moderada que hasta ahora se reconoce a los padres y tutores pueda contravenir el artículo 19 de la Convención sobre los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989.

En concreción del amplio ámbito típico del art. 153 CP y específicamente con relación a cuando los destinatarios de la violencia son menores, por parte de sus progenitores, que invocan como causa justificativa de esa violencia, el derecho de corrección ya ha sido objeto de pronunciamiento por parte de esta Sala Segunda; y así la sentencia núm. 47/2020 de 11 de febrero, con cita extensa de la núm. 654/2019, de 8 de enero de 2020. Y concluye que, ningún amparo encuentra en esos criterios jurisprudenciales, un fuerte azote en las nalgas a una menor de cuatro años, que causa lesiones, aunque no requiera asistencia facultativa, al ser de tal intensidad que deja marcada la mano; tanto más, si el motivo que generó la agresión es meramente que lloraba y no se dormía.

– Sentencia núm. 585/2022. Rec. núm. 2/10317/2021.

El MF apoyó uno de los motivos de la acusación particular, en concreto, en el que se denunciaba la infracción del art. 139 en relación con el 140.1 C. P.

Prisión Permanente Revisable. Sostiene el recurrente, con cita de aquellas sentencias que consideran aplicable, que el art. 140.1.1 cuando la alevosía del art. 139.1.1 recae sobre niños de corta edad, que no existe bis in ídem, y que procede imponer la pena de prisión

permanente revisable. Invoca las SSTS 520/2018, 31 de octubre; 5 de mayo de 2020; 701/2020, de 15 de diciembre; y 678/2020, de 11 de diciembre. Sostiene que la reforma operada por la LO 1/2015 prevé la posibilidad de comisión de un homicidio del art. 138 respecto las personas previstas en el 140.1, aplicando a este supuesto un mayor reproche penal, siendo sancionada esta conducta con la pena superior en grado.

En el caso actual, como resulta del relato fáctico antes transcrito, la sentencia ha estimado que concurre la modalidad de alevosía por desvalimiento al recaer la acción homicida sobre un niño de dos años y seis meses de edad, siendo por tanto, plenamente aplicable la doctrina actual y mayoritaria de esta Sala, recogida en la sentencia dictada por la Magistrada Presidenta del Tribunal del Jurado, en la que la pena de prisión permanente revisable, que resulta de aplicación del art. 140.1 del Código Penal, tiene un fundamento distinto de las agravaciones que dan lugar al delito de asesinato, y ello por decisión del legislador, al incorporar tal pena a nuestro catálogo delictivo, pues en definitiva nos encontramos con una regla de punición especial.

La reforma que incorpora la prisión permanente revisable es consecuencia de una decisión de política criminal, así como, está basada en principios de oportunidad, siendo la principal razón de la introducción de esta pena de considerable gravedad, la percepción social de la existencia de una delincuencia especialmente grave por razón de las víctimas del delito, personas desvalidas, como son los niños y los ancianos, lo que sin duda implica un mayor desvalor de la acción, un plus de antijuridicidad en la misma. El legislador penal, en distintos supuestos, ha ideado diversas fórmulas de agravación para la parte especial del Código Penal fundadas en la necesidad de una tutela cualificada a favor de determinados sectores sociales, expuestos a un riesgo especialmente elevado de sufrir daño en sus bienes más esenciales –vida, salud, libertad, dignidad, integridad corporal– siendo los niños, ancianos y demás personas vulnerables por razón de enfermedad o discapacidad, ese tipo de víctimas que justifican esa punición especialmente grave acordada por el legislador.

No obstante, esta Sala ha discrepado sobre la necesidad, pertinencia y legalidad de la regla de punición especial analizada, en las sentencias 716/2018, de 16 de enero de 2019, FD 4.1, y 678/2020, de 11 de diciembre, FD 4.2, pero lo cierto es que, actualmente, la misma ha sido declarada constitucional –STC de 6 de octubre de 2021, Número Recurso: 3866/2015–, reforma del art. 140.1 que ha establecido que cuando en un delito de asesinato concorra alguna de las circunstancias detalladas en tal precepto, corresponderá la imposición de la pena de

prisión permanente revisable, y ello ocurrirá, entre otros supuestos, por razón de la especial vulnerabilidad de la víctima, que se predica con carácter general para los menores de 16 años, sin que ello implique infracción del bis in ídem, ya que la prisión permanente revisable tiene un fundamento distinto de las agravaciones que dan lugar al delito de asesinato.

En definitiva, la declaración de principios efectuada en el Preámbulo de la LO 1/2015, a la que hace expresa referencia la sentencia del Tribunal Constitucional citada, y también las sentencias de esta Sala que acogen la tesis que mantenemos, apela a la necesidad de proporcionar una respuesta extraordinaria a delitos extraordinarios, con el elemento compensatorio de la posible revisión de la pena en principio indeterminada, lo que se trasluce una voluntad del legislador de intensificar la reacción penal frente a unos delitos que tenían asignada hasta entonces una pena de prisión de duración no superior a los 25 años, que el legislador de 2015 consideró insuficientemente disuasoria desde una determinada percepción del clima social, así en palabras del TC «La LO 1/2015 introduce la pena de prisión permanente revisable en determinadas tipologías de asesinato y de homicidio cualificado por la calidad del sujeto pasivo (víctima) ... que contaban en la regulación anterior con límites penológicos de 20, 25 y 30 años...».

En consecuencia, en la segunda sentencia se deja sin efecto las penas de 20 años de prisión impuestas en la sentencia dictada en grado de apelación por el Tribunal Superior de Justicia de Valencia a ambos acusados, por el delito de asesinato cometido en la persona del menor, y se sustituyen por la pena de prisión permanente revisable, con la accesoria de inhabilitación absoluta por el tiempo de la condena. Se mantiene el resto de los pronunciamientos de la sentencia dictada en la instancia en lo que no se oponga a la presente.

– Sentencia núm. 617/2022. Rec. núm. 1/3647/2021.

Recorre el MF.

Expulsión sustitutiva y juicio en ausencia. Interpretación del artículo 89.3 CP. La Audiencia provincial consideró que, en este caso, la expulsión no podía ser acordada en sentencia. Y lo entendió así porque, a su parecer, habiéndose celebrado el juicio en ausencia, no habían tenido lugar «condiciones de audiencia efectiva». La sentencia recurrida nada objeta, sin embargo, a la celebración, en el caso, del juicio en ausencia, que se considera inobjetable, perfectamente acomodada a la regulación legal del mismo. Tanto es así que, desestimando las quejas del acusado recurrente en apelación, confirma la realidad de los hechos que se declaran probados, la calificación jurí-

dica que los mismos merecieron al juzgador de la primera instancia y la pena privativa de libertad que se impuso al acusado.

El MF interpone recurso de casación contra la sentencia de apelación en cuanto considera infringido el régimen legal que regula la imposición de la medida de expulsión como sustitutiva de la pena de prisión. El gravamen lo identifica con la decisión por la que se deja sin efecto el pronunciamiento adoptado por el juez de instancia en cuanto se considera que el juicio celebrado en ausencia no garantiza la audiencia en las condiciones de efectividad que reclama la lectura constitucional del artículo 89 CP y, en consecuencia, se desplaza la decisión definitiva a la fase de ejecución donde deberá realizarse la audiencia prevista en el artículo 89.3.º CP.

Para el recurrente, dicha decisión carece de justificación. El trámite de audiencia exigido 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 lugar a ninguna duda en el desarrollo del propio juicio oral. Por eso, en este caso, objeto de la sentencia recurrida, considera que el trámite de audiencia se ha cumplido, sin perjuicio de que la propia condenada en su incomparecencia al acto del juicio oral renunciara de hecho al mismo.

El juicio se celebró en ausencia de la acusada. Así lo autorizan, en ciertos casos, los artículos 786.1, párrafo segundo, de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en relación con el artículo 775 del mismo texto legal. Ninguna objeción encontró para ello el juez de primera instancia, y la Audiencia provincial respalda su pronunciamiento a este respecto. Igualmente, considera que los hechos que se declaran probados se acomodan a una recta valoración de la prueba practicada en el acto del juicio oral, en tanto válida, regular y suficiente, juzgando también que las conclusiones alcanzadas en la sentencia dictada por el Juzgado de lo Penal aparecían cumplidamente motivadas (este era, en realidad, el objeto del recurso de apelación que resolvió). Y finalmente, decide mantener también la pena privativa de libertad que, en consecuencia, resultó impuesta. En ningún momento se cuestiona en la sentencia impugnada, con razón, que haya sido vulnerado el derecho del acusado a presenciar el desarrollo de las pruebas en el acto del juicio oral; ni su posibilidad efectiva de contradecir la calificación jurídica que la acusación sostenía con relación a los hechos que se le atribuyen; ni de alegar lo conducente acerca de la pena privativa de libertad que finalmente se le impuso; o su derecho a hacer uso de la última palabra. Todas estas decisiones se respaldan en la sentencia impugnada, sobre la base de considerar, evidentemente, que la acusada resultó debida-

mente informada de la posibilidad de que el juicio se celebrara en su ausencia, para el caso de que le fuera interesada una pena no superior a los dos años de prisión o, si fuera de distinta naturaleza, cuando su decisión no exceda de seis años. Se le dio traslado también, sin objeción alguna, del escrito de acusación. Presentó su correspondiente escrito de defensa, en el que nada adujo respecto a circunstancia ninguna acreditativa de su arraigo en España o de cualquier otra razón que pudiera obstar a la expulsión. Y por supuesto, fue citada para que compareciera al acto del juicio, lo que prefirió no hacer, sin aducir tampoco, ni en ese momento ni con posterioridad, razón alguna que se lo impidiera. No hace falta añadir que el juicio se celebró con la intervención activa de su abogado, quien participó en el desarrollo de las pruebas practicadas e interesó la absolución, sin que tampoco en momento alguno adujera, no ya acreditase, la existencia de ningún elemento relativo al vínculo del acusado con nuestro país o a cualquier otra circunstancia eventualmente obstativa de la expulsión. Y ello, pese a conocer, lo mismo el propio acusado que su defensa técnica, desde primera hora, que el Ministerio Fiscal interesaba la imposición de una pena privativa de libertad superior a un año y la sustitución de ésta por la expulsión del territorio nacional.

Cuesta entender así que, si la indispensable audiencia del acusado en «condiciones de efectividad» se produjo en forma inobjetable para que pudiera procederse a la celebración del juicio, a la práctica de la prueba, a la determinación de los hechos realmente acaecidos, a la calificación jurídica de los mismos, y a la imposición de una pena (nada menos que privativa de libertad), decisiones, todas ellas, que el Tribunal provincial respalda; considere, sin embargo, que esas mismas condiciones no se produjeron respecto de la sustitución de la pena impuesta por la expulsión.

Y es que, indudablemente, la acusada tuvo la oportunidad de aducir, también respecto a esas circunstancias, cuanto hubiera tenido por conveniente. Pudo expresarlas en su escrito de defensa y proponer al respecto las pruebas que juzgase oportunas. Pudo comparecer personalmente al juicio, al que resultó debidamente citado con expreso apercibimiento de que el mismo podría celebrarse en su ausencia, y exponer entonces cuanto le conviniese. Y pudo hacerlo también a través de su abogado, aportando al Tribunal cuantos elementos le pareciesen oportunos al respecto. Pudo, incluso, invocarlas al tiempo de recurrir en apelación la sentencia dictada en primera instancia. Resolvió no hacerlo. Pero ello en absoluto equivale, a nuestro parecer, a una, en tal caso indebida, preterición de su derecho a ser oído o a proponer pruebas, que se colma con la posibilidad efectiva de expre-

sar ante el Tribunal cuanto le pareciese oportuno al respecto o de proponer los medios de prueba que mejor condujesen a su derecho, sin que, desde luego, exija también una conducta proactiva por parte del acusado. Una cosa es tener derecho a ser oído; y otra tener que ser oído cuando no se quiere hablar.

En autos, la petición de expulsión obraba en la calificación provisional del Ministerio Fiscal, por ende, medió la posibilidad de oponerse a las pretensiones de la acusación de manera eficaz; tuvo la oportunidad de alegar y proponer prueba que justificara la evitación de la expulsión. El trámite de audiencia, rectamente entendido, como posibilidad ofertada para alegar y proponer prueba sobre el extremo invocado, fue cumplimentado; otra cuestión es que se optara por no alegar nada sobre la procedencia o improcedencia de la expulsión

Se estima el recurso.

– Sentencia núm. 618/2022. Rec. núm. 1/4658/2021.

Recorre el MF por inaplicación indebida del artículo 559 del Código Penal.

Se sostenía en el recurso que el tipo no exige la incitación a la comisión de un delito de desórdenes públicos que posteriormente tenga lugar de forma efectiva o que esté perfectamente planificado y concretado. Eso lo exige el artículo 18 CP, no el artículo 559 CP. Este contempla una fórmula preparatoria autónoma que incluye también la incitación indirecta al igual que el artículo 510 CP. La convocatoria a un número indeterminado de personas a ocupar el Puerto y el Aeropuerto significa necesariamente asumir que el grupo será muy grande y que es seguro que habrá violencia.

El delito del artículo 559 CP es de peligro abstracto, por lo que basta que los mensajes remitidos tengan un contenido potencial capaz de incitar a los desórdenes públicos. Lo que en el caso se traduce en la no necesidad para considerar ejecutado el tipo objeto de acusación de que la sentencia hubiera declarado probado que en los días 26 y 27 de octubre se produjeron desórdenes públicos violentos.

El Tribunal desestima el recurso por cuanto considera que, con relación al contenido del mensaje, tanto el tribunal de instancia como el de apelación descartan que lo comunicado pueda normativamente ser considerado incitación. Y ello porque, primero, no se identifican suficientemente actos concretos que pudieran desembocar en los desórdenes típicos del artículo 257 bis CP. Y, segundo, porque, en todo caso, lo que se pretende por la remitente del mensaje es informar sobre acciones o estrategias de otros. El tribunal de instancia decanta solo una explícita llamada a los interlocutores a participar en la huelga general que se programe, lo que carecería de toda idoneidad típica.

Que los términos del mensaje presentan, además, significativas tasas de ambigüedad sobre el sentido y alcance de lo comunicado. Lo que hace muy difícil reformular el juicio normativo sin adentrarse en el propio hecho probado. Posibilidad que, con destacada técnica jurídica, descartó hacerlo el tribunal de apelación.

En efecto, la tasa de apertura que caracteriza al hecho declarado probado impide atribuir al mensaje idoneidad incitadora, entendida por tal la que tiene capacidad para hacer surgir en otros la resolución de cometer desórdenes públicos que, además, reúnan las características exigidas en el tipo del artículo 557 bis CP.

Que, al hilo de lo anterior, no puede acogerse la afirmación del recurrente relativa a que el tipo del artículo 559 CP contempla tanto la incitación directa como la indirecta, parificándose en este extremo con la fórmula de incitación del artículo 510 CP.

Es cierto que el tenor del artículo 559 CP no fija que la incitación deba ser directa, como sí se precisa en el artículo 18 CP, pero tampoco establece que pueda ser indirecta.

La falta de referencia a la naturaleza de la incitación no permite suplirla trazando, como una suerte de fórmula integrativa, una relación de «hermanamiento» con el tipo del artículo 510 CP en el que sí se previene expresamente la modalidad indirecta de incitación.

Para interpretar y delimitar el alcance del tipo objetivo del artículo 559 CP parece razonable acudir antes a la categoría matriz de la provocación que contempla la incitación directa como fórmula de acción. Lo que arroja un resultado más ajustado a los estrictos límites que impone el principio de taxatividad, neutralizando efectos extensivos. La incitación indirecta debe limitarse a aquellos tipos en los que legislador de forma expresa la ha previsto como fórmula de acción.

Lo que posibilita, además, establecer límites de tipicidad que dejen fuera del espacio del artículo 559 CP a mensajes que solo pretendan generar un malestar colectivo pues, además de riesgos de colisión con el derecho a la libertad de expresión, no cabría trazar una relación de imputación objetiva con el impulso para la acción del tercero.

Atendiendo al tipo desde el canon de la totalidad, tomando en cuenta que la incitación debe ir dirigida a la comisión de desórdenes públicos agravados del artículo 557 bis y que se parifica en cuanto al reproche con la conducta de reforzamiento de la decisión ya tomada de terceros de llevarlos a cabo, resulta exigible que el mensaje o la consigna contenga un mínimo de precisión respecto a las circunstancias espaciotemporales de producción del hecho delictivo que se incita

a cometer. La acción debe incorporar un incremento apreciable del riesgo de que la incitación pueda resultar eficaz.

La sentencia recurrida descarta con buenas razones, a la luz de los hechos declarados probados, dicha idoneidad.

1.2.4.2 *Otras Sentencias de interés*

– Sentencia n.º 749/2022, de 13 de septiembre. Rec. 601/202.

Se trata de la sentencia respecto del conocido caso de los ERES de Andalucía.

El MF solicitó la inadmisión e impugnó de fondo los motivos del recurso e interesó su desestimación.

La sentencia dictada por la Audiencia provincial condenó a diecinueve altos cargos del Gobierno de la Junta de Andalucía por los delitos continuados de prevaricación y malversación en régimen de concurso medial, si bien, parte de ellos lo fueron únicamente por el delito continuado de prevaricación. La Sentencia, en sus fundamentos y parte dispositiva, recoge en esencia la pretensión acusatoria mantenida por el fiscal de la instancia.

El MF en el indicado recurso de casación impugna la totalidad de los Motivos de los respectivos recursos de casación contenidos en los correspondientes escritos de formalización. Ante la complejidad técnica de las diversas cuestiones fácticas y jurídicas abordadas en la Sentencia así como su extensión, dado el tenor de los recursos de casación, el informe del fiscal abordó, en primer lugar y a través de un apartado dedicado a las «cuestiones comunes», aquellas que por ser planteadas por gran parte de los recurrentes precisaban de una respuesta unitaria a fin de evitar repeticiones innecesarias, y que hacían referencia 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 LECrim., y las relativas a aspectos generales sobre el derecho a la presunción de inocencia; y en una segunda parte, se analizaron 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.

La sentencia sigue un esquema similar al propuesto por el MF, realiza en primer lugar un resumen de los hechos probado (FD I), haciendo referencia a las distintas etapas que pueden advertirse en la concesión de ayudas a trabajadores afectados por procesos de reestructuración de empresas que llevó a cabo la Junta de Andalucía, y

seguidamente aborda las cuestiones previas (FDII) relativas al derecho fundamental al juez ordinario predeterminado por la ley (FDII. 2), y vulneración del principio acusatorio (FDII. 3 y 4). A continuación, analiza los motivos amparados en el n.º 1 del art. 849 LECrim., relativas el régimen jurídico de las ayudas sociolaborales (FDIII. 5), al régimen jurídico de las transferencias de financiación (FDIV. 6 a 9), para a continuación, en el FDV. 10 a 16, analizar el control de las transferencias de financiación y de las ayudas sociolaborales, dar respuesta a los argumentos impugnativos en los que se cuestiona que pueda existir vinculación causal entre el criterio de presupuestación utilizado y la ejecución del gasto. En el FD VI. 17 a 31, se desarrolla el juicio de tipicidad de prevaricación administrativa del art. 404 CP; en el FDVII. 32 a 42, se desarrolla el juicio de tipicidad de malversación de caudales públicos del art. 432 CP.; en el FDVII 43 a 45 se analiza el juicio de autoría respecto de los delitos de prevaricación y de malversación de caudales públicos, llevando a cabo el FD X. 45 a 46 el juicio sobre la prueba.

Seguidamente se analizan individualizadamente (FD XI a XXVI) los recursos articulados por cada uno de los recurrentes.

La sentencia, excepto con relación a tres de los acusados que intervinieron en los hechos en su condición de Secretarios Generales Técnicos de una consejería de la Junta de Andalucía, sin que conste que en el desempeño de sus funciones y en relación con los hechos enjuiciados dictaran resoluciones que puedan incluirse en el concepto de «resolución en asunto administrativo» a que alude el artículo 404 del Código Penal, respecto de los que se acuerda su absolución, desestima los recursos de los restantes acusados confirmando la sentencia recurrida.

– Sentencia n.º 276/2022, de 23 de marzo. Rec. núm. 2116/2021.
El Ministerio Fiscal interesó la desestimación del recurso.

Se denuncia la indebida aplicación del artículo 225 bis, 1, 2.º del Código Penal. Sustracción de menores

La sentencia de Pleno de esta Sala núm. 340/2021, de 14 de abril, interpreta el art. 225 bis CP conforme a su configuración modelada por el Convenio de la Haya de 1980 sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, así como atendiendo al bien jurídico tutelado en congruencia con precedentes de esta Sala. Concretamente los precedentes que tuvo en cuenta fueron 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 núm. 870/2015, de 19 de enero de 2016 (donde recaía condena

sobre progenitor que tenía a su favor la custodia compartida del menor). Pues bien, en la citada sentencia núm. 340/2021, concluíamos que el art. 225 bis CP sanciona la conducta del progenitor que desvincula al hijo de su entorno familiar para separarlo definitivamente del otro progenitor o para conseguir por vías de hecho la guarda y custodia, a espaldas de los cauces legalmente previstos. En esa acción el progenitor custodio, puede resultar sujeto activo del delito, quedando solo fuera del tipo el progenitor que ostenta la custodia en exclusiva, porque entonces no se quebrantó el derecho de custodia de ningún progenitor.

En nuestro caso, la acusada, desconociendo las reiteradas y sucesivas resoluciones recaídas sobre la custodia del menor, le privó por la vía de hecho de la posibilidad de relacionarse con su padre durante varios meses lo que, desde luego, si no generó, sí agravó o pudo agravar su situación psicológica y afectiva para afrontar el régimen de custodia establecido por resolución judicial.

Tal conducta es precisamente la que describe el tipo penal contemplado en el art. 225 bis CP y por el que la recurrente ha sido condenada.

– Sentencia n.º 801/2022, de 5 de octubre, pronunciada en la Causa Especial 3/20898/2021.

Sentencia condenatoria.

Los hechos declarados probados son constitutivos de un delito de desobediencia grave del art. 556.1 CP.

En primer lugar, la acusada compareció como testigo ante la Sala Segunda del Tribunal Supremo el día 27 de febrero de 2019 en la Causa 3/20907/2017 denominado «Juicio del Proceso» y tras señalar que las generales de la Ley no le comprendían y que quería hablar en catalán, habiendo sido advertida de las consecuencias de su negativa por parte del Presidente del Tribunal y no aceptando la Sala la viabilidad de otra fórmula de interrogatorio distinta a la prevista legalmente, la acusada manifestó «asumiendo las consecuencias» que no quería contestar a las preguntas de Vox, por el Excmo. Sr. Presidente se acordó la conclusión de su interrogatorio, retirándose la testigo sin declarar.

Como consecuencia de lo anterior y sin haber finalizado el juicio oral, que duró cinco meses más, se acordó por la Sala el 28 de febrero de 2019 la incoación de actuaciones para depurar eventuales responsabilidades derivadas de la negativa a declarar de la testigo, incoando Pieza Separada, dictando Acuerdo el Presidente ese mismo día en el que disponía que «se acuerda la imposición de la corrección de multa

en la cuantía de 2.500 euros a cada uno, que se consignarán en la cuenta de esta Sala», como se desprende del folio 11 de la causa.

Posteriormente, se dicta nuevo Acuerdo de 10 de abril de 2019, requiriendo a la acusada para que manifestara si accedía a declarar nuevamente en la forma prevista legalmente, o persistía en su negativa, ello antes de la eventual deducción de testimonios que pudiera proceder, en los siguientes términos: «requiérase a los dos testigos afectados, por el plazo de tres días, para que manifiesten de forma clara y terminante si acceden a declarar como tales en la forma prevista en la legislación procesal en la causa de que dimana este incidente o persisten en la negativa exteriorizada en la referida sesión». (F.56 de las actuaciones).

Por tanto, existió un mandato expreso, concreto y terminante del Presidente del Tribunal en el marco de sus competencias legales.

La orden que recibió la acusada estaba revestida de todas las formalidades legales, ya que había sido claramente notificada a la misma, obligada a cumplirla, lo que tuvo lugar a través de su representación procesal.

En efecto, el Presidente del Tribunal es competente para acordar el mandato, y la acusada estaba obligada a cumplirlo en virtud de lo dispuesto en el art. 707 de la LECrim, que dispone que «todos los testigos están obligados a declarar lo que supieran sobre lo que les fuere preguntado».

Por otro lado, la orden fue notificada a la acusada aunque ello tuviera lugar a través de su representante legal, sin que sea óbice para ello lo dicho por esta Sala –entre otras en la sentencia citada por la defensa 459/2019– que cuando el delito de desobediencia se imputa a un particular (cfr. arts. 556, 348.4.c, 616 quáter CP), el carácter personal del requerimiento adquiera una relevancia singular, también lo es que ello es consecuencia de que «Solo así se evita el sinsentido de que un ciudadano sea condenado penalmente por el simple hecho de desatender el mandato abstracto ínsito en una norma imperativa. De ahí que el juicio de subsunción exija que se constate el desprecio a una orden personalmente notificada, con el consiguiente apercibimiento legal que advierta de las consecuencias del incumplimiento.».

Por tanto, la orden fue recibida por la acusada, ya que era conocida por la misma, y de ello deriva claramente la ilegitimidad de una actitud obstativa a cumplirla.

Estamos, pues, ante limitaciones de los derechos de la acusada que se consideran necesarias para el mantenimiento del orden público protegido por la ley. El reproche penal no se fundamenta en el posicionamiento ideológico de la acusada, sino que se dirige al deber de

colaboración con la justicia, y de respeto al principio de autoridad y al orden público.

1.2.5 CUESTIONES SUSCITADAS CON LA ENTRADA EN VIGOR DE LA LO 10/2022, DE 6 DE SEPTIEMBRE, DE GARANTÍA INTEGRAL DE LA LIBERTAD SEXUAL

Con motivo de la entrada en vigor de la Ley Orgánica 10/2022, se comenzaron a recibir en la Fiscalía, traslados de las diferentes secretarías de la Sala Segunda con planteamientos muy dispares a los efectos de que el fiscal se pronunciase sobre la aplicación de los preceptos de la referida ley respecto de recursos de casación en trámite ante la Sala Segunda antes de la entrada en vigor de aquella norma.

Entre el 11 de octubre de 2022 y el 15 de diciembre de 2022, el total de asuntos que fueron remitidos por la Sala fueron 48 asuntos.

A la vista de los pronunciamientos que se produjeron (Caso Arandina) y en previsión de los criterios que deberían sustentarse no solo en los casos de adaptación de condenas en procedimientos que se encontraban en fase de recurso de casación y/o apelación, sino también respecto de las revisiones de sentencias firmes aunque aún no hubieran tenido acceso al recurso de casación, a iniciativa del Excmo. Sr. Fiscal General del Estado, se acometió la tarea de establecer criterios uniformes de actuación para lo cual, tras escuchar la opinión de los Fiscales de Sala Jefes de la Sección de lo Penal de La Fiscalía del Tribunal Supremo en la reunión convocada al efecto en el mes de noviembre de 2022, se plasmaron tales criterios en el Decreto del Fiscal General del Estado de fecha 21 de noviembre de 2022.

Puede hacerse referencia a las siguientes sentencias dictadas en supuestos de adaptación de la condena en recursos que ya se encontraban en trámite de recurso de casación antes de la entrada en vigor de la referida norma:

1. STS 929/22: Se dio traslado para adaptación a LO 10/22 y todas las partes consideraron que no era aplicable.

La condena fue por delito de abuso sexual a menores de 13 años del 183.1 y 4 d), a pena de 5 años y 1 día, ahora, de agresión sexual a menores de 16 años, del actual 181.1.4 e).

Señaló la sentencia en el FD 7 que el arco penológico para el delito por el que ha sido condenado el recurrente es exactamente el mismo, incluida la modalidad agravada aplicada, y continúan vigentes las mismas reglas que, para los casos de continuidad, contempla en

art. 74.3 CP, de manera que las conclusiones a las que llegaríamos de proceder a una revisión de la pena no podían ser otras que a las que llega el tribunal sentenciador en la individualización que realiza en la sentencia recurrida, que la fija en 5 años y 1 día de prisión, teniendo en cuenta que aplica una atenuante de dilaciones indebidas, como simple, que tampoco podríamos dejar de tener en cuenta nosotros, siendo indiferente, pues, el precepto penal que aplicásemos, por lo que no resulta procedente acordar la revisión de la pena.

2. STS 923/22. No se suscitó motivo específico en casación por infracción penal sustantiva ni se dio traslado al recurrente para adaptación a LO 10/22.

La condena fue por delito de abuso sexual previsto en el art. 181.1, 2 y 4 CP, con la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal atenuante analógica de intoxicación etílica del art. 21.7 en relación con el art. 21.1 en relación con el art. 20.2 del CP y la atenuante de reparación del daño del art. 21.5 CP sin especial cualificación. a la pena de tres años y nueve meses de prisión. La LO 10/22 fija ahora pena de 4 a 12 años. No más beneficiosa dicha norma, aunque la sentencia no hace pronunciamiento expreso sobre este tema.

3. STS 927/22. Se dio traslado para adaptación a LO 10/22.

La condena fue por un delito continuado de agresiones sexuales con violencia e intimidación y con acceso carnal, arts. 179 y 180.1.4.^a y art. 74 del Código Penal sin la concurrencia de circunstancias modificativas, a penas de quince años de prisión; pena de inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena;

Tanto el Ministerio Fiscal como la acusación particular consideraron que, habida cuenta de que la pena concreta se impuso, fundadamente y en aplicación de las prevenciones contenidas en el segundo inciso del artículo 180.1 del Código Penal (texto vigente a la fecha de producirse los hechos), en relación con la circunstancia 4.^a de dicho artículo, y tratándose, además, de un delito continuado (artículo 74), en su máxima extensión legalmente posible; y siendo que dicha pena se corresponde igualmente con la máxima que podría imponerse en aplicación del actual artículo 180.1.5.^a del Código Penal, en absoluto podría considerarse aquí la nueva regulación como más favorable para el acusado, ni cabe proceder, por esta razón, a la aplicación retroactiva de dicho texto legal.

Resuelve la Sala que no habiendo sido modificado por la Ley Orgánica 10/2022, el límite máximo legalmente previsto para la sanción de estas conductas –límite máximo que resolvió imponer, de

manera fundada, el órgano de primera instancia, y respaldó el Tribunal Superior–, la nueva regulación legal no puede, en este caso concreto, considerarse más favorable para el acusado.

4. STS 930/22 (Caso Arandina) Se dio traslado para adaptación a LO 10/22. El MF es recurrente, pretendiendo la exclusión de la atenuante analógica muy cualificada y solicitando pena de 10 de prisión.

La condena fue por delito de abuso sexual tipificado en el artículo 183.1 del Código Penal en relación con los números 2, 3 y 4 b) del mismo, con la atenuante muy cualificada del artículo 183 quarter, a las penas de cuatro y tres años de prisión, respectivamente,

El TS estima parcialmente el recurso y suprime la atenuante muy cualificada aplicada en la sentencia del TSJ, la imposición de la pena sería la correspondiente al delito objeto de condena, que lo es del art. 183.1.3 y 4 b) CP, que si bien es cierto que antes de la reforma reciente del CP fijaba la pena en el arco entre los 10 y 12 años de prisión es preciso, en beneficio del reo, aplicar la ley penal más favorable, a raíz de la LO 10/2022 de 6 de septiembre que ahora sitúa el arco de base entre los 6 y los 12 años de prisión en estos casos (art. 181.3 CP) en relación con el art. 181.4 a) CP en su mitad superior, lo que lleva a la pena de entre 9 años y un día y 12 años de prisión frente a los 10 años y un día a 12 años de la regulación anterior.

Añade la sentencia que explicando este extremo con detalle hay que señalar que en este caso es preciso acudir a una imposición menor de la pena que hubiera correspondido con el texto legal anterior al de la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre de reforma del código penal, habida cuenta que la pena a imponer antes de esta reforma en los casos de acceso carnal con una agravante específica llevaba pena en el arco de 8 a 12 de prisión en mitad superior y ahora esta pena se ha rebajado al arco de entre 6 y 12 años de prisión en mitad superior. Ello lleva que la mitad superior fuera antes de esta ley con una pena de entre 10 años y 1 día a 12 años y ahora lo es entre 9 años y 1 día a 12 años, en virtud de lo cual se impone la pena de 9 años y un día de prisión a cada uno de los dos condenados al desaparecer cualquier circunstancia atenuatoria por razón de la edad y ser la pena que ahora corresponde tras la LO 10/2022 de 6 de Septiembre, es decir un año inferior de prisión a la que le hubiera correspondido con el texto de la norma anterior a esta ley que lo hubiera sido de 10 años y un día de prisión.

La acomodación de la pena al nuevo texto penal tras la LO 10/2022 es obligatoria por aplicarse la retroactividad de la ley penal más favorable al reo en virtud de ley posterior más beneficiosa, (aplicando el

art. 2.2 CP) como en este caso ha ocurrido, lo cual alcanza a un proceso de revisión de penas no solo a las que se encuentren en fase de ejecución, sino, también, a las que se encuentren en fase de dictado de sentencia, bien en plena terminación de juicio oral, bien en virtud de resolución de recurso de apelación o de recurso de casación, valorando si la pena a imponer puede ser más beneficiosa.

5. STS 962/22. No se dio traslado al recurrente para adaptación a LO 10/22.

La condena fue por un delito de agresión sexual a menor de 16 años con penetración por vía vaginal y bucal, previsto y penado en los apartados 1.º, 2.º y 3.º del art. 183 CP, sin que concurran circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de quince años de prisión.

La sentencia hace la siguiente referencia en el FD tercero: Por último, en cuanto a la pena impuesta y su relación con la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre de delitos sexuales señalar que se impuso la pena máxima, por lo que no hay debate alguno en cuanto a rebaja de pena alguna posible, ya que es pena imponible en cuanto al máximo no alterado en la citada norma, (La pena anterior oscilaba entre 12 a 15 años, la actual oscila entre 10 a 15 años)

6. STS 967/22: Se dio traslado para adaptación a LO 10/22.

La condena fue por cuatro delitos de abuso sexual a menor de 16 años del artículo 183.1 a la pena de 2 años de prisión por cada uno de ellos y un delito de abuso sexual sobre mayor de edad del art. 181. 1 del CP a la pena de 1 año de prisión.

La STS resuelve dos cuestiones:

– Primera: pretende el recurrente, en primer lugar, la modificación de la pena impuesta por el delito de abuso sexual sobre persona mayor de edad. Se trata de una cuestión que no fue planteada con anterioridad en el recurso de apelación, a pesar de que el artículo 181.1, en su redacción anterior, ya preveía la posibilidad de imponer pena de prisión o, alternativamente, pena de multa. El Tribunal había descartado expresamente esta última opción, imponiendo pena de prisión en su mínimo legal, lo cual, como se ha dicho, no fue recurrido por la defensa.

En la actualidad, el artículo 178.3 no altera sustancialmente este aspecto, pues dispone que el órgano sentenciador, razonándolo en la sentencia, y siempre que no concurran las circunstancias del artículo 180, podrá imponer la pena de prisión en su mitad inferior o multa de

18 a 24 meses, en atención a la menor entidad del hecho y a las circunstancias personales del culpable. Habiéndose impuesto la pena de prisión en el mínimo legal y, habiéndose descartado expresamente la posibilidad de optar por la pena de multa, no se trata, por lo tanto, de una previsión de la nueva regulación que pudiera considerarse más favorable, por lo que esta pretensión debe ser desestimada.

– Segunda: la modificación de las penas, por lo tanto, solo podría afectar a los delitos de abusos sobre menores de 16 años, dejando sin alterar la condena por abuso sobre persona mayor de edad.

En estos casos, la nueva regulación contenida en el Código Penal tras la reforma operada por la LO 10/2022, contiene una previsión específica para los casos de agresiones sexuales sobre personas menores de 16 años, que permite imponer la pena de prisión inferior en grado en atención a la menor entidad del hecho y valorando todas las circunstancias concurrentes, incluyendo las circunstancias personales del culpable, excepto cuando medie violencia o intimidación o concurren las circunstancias previstas en el artículo 181.4.

Esta previsión legal no existía con anterioridad a la reforma que se menciona, de manera que la realización de actos de carácter sexual con un menor de 16 años estaba castigada como abuso sexual con la pena de 2 a 6 años (artículo 183.1 del CP).

Por lo tanto, en principio, la nueva regulación debe considerarse más favorable, ya que introduce un distinto marco penológico de menor gravedad al permitir la reducción en un grado y por ello la imposición de una pena inferior a 2 años, mínimo legal previsto anteriormente. Conclusión que se alcanza tanto si se entiende que la nueva regulación incorpora una nueva posibilidad de individualización de la pena, como si se sostiene que introduce un subtipo atenuado, caracterizado por un elemento normativo consistente en la menor entidad del hecho, tal como esta Sala sostuvo generalmente en relación con las previsiones similares contenidas en el artículo 368.2 del CP (STS n.º 260/2022, de 17 de marzo y STS n.º 664/2022, de 30 de junio, entre otras muchas).

En el caso, no media violencia o intimidación, ni se aprecia ninguna de las circunstancias enumeradas en el artículo 181.4, no concurriendo por ello las causas de exclusión de la aplicación del nuevo subtipo atenuado.

A pesar de la reiteración de los hechos, cada uno de ellos ya sancionado con una pena independiente, han de tenerse en cuenta las características de los tocamientos, integrados por actos fugaces; que todos ellos se ejecutaron en un mismo, y escaso, lapso de tiempo; que se llevaron a cabo en un mismo lugar; que ese lugar estaba a la vista

de otras personas que allí se encontraban; que esas circunstancias permitieron, no solo la interrupción inmediata de la conducta del recurrente, sino también su detención y la prestación de ayuda eficaz a las víctimas; y la escasa edad del recurrente (19 años) en el momento de los hechos, sin que se detecte ninguna circunstancia, objetiva o personal, que desaconseje la atenuación, (STS n.º 784/2022, de 22 de setiembre).

Por todo ello, es razonable concluir que los hechos presentan menor entidad, lo que justifica la aplicación de la nueva previsión legal, que, en este caso, permite ajustar la pena a las exigencias de proporcionalidad en relación con la gravedad de los hechos.

En consecuencia, el motivo se estima, y se impondrá al recurrente la pena de un año de prisión por cada uno de los delitos de abuso sexual cometidos sobre persona menor de 16 años.

7. STS 987/22: Se dio traslado a las partes para alegaciones, en relación con la entrada en vigor de LO 10/22, de 6 de septiembre. Por la representación del recurrente se solicitó la rebaja de la pena impuesta y por el Ministerio Fiscal se informó que «la pena impuesta en su día –12 años de prisión–, resulta igualmente proporcionada a los hechos declarados probados».

La condena fue por delito de abusos sexuales sobre menor de 16 años del art. 183. 1, 2 y 3 del CP a la pena de 12 años de prisión.

La sentencia aborda expresamente la cuestión en el FD Tercero:

La entrada en vigor el pasado mes de octubre de la reforma operada por efecto de la LO 10/2022 de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual, que ha dotado de nueva configuración y regulación al Título VIII del Libro II CP, nos obliga a efectuar la comparación normativa a efectos de determinar si la nueva regulación resultara más beneficiosa al condenado, pues de ser así, por aplicación del artículo 2.2 CP habrá de serle retroactivamente aplicable.

1. Esta Sala ha consolidado un cuerpo de doctrina para supuestos de sucesión normativa, según el cual el cotejo debe hacerse comparando en bloque ambos esquemas normativos, pues solo así puede detectarse que régimen resulta más beneficioso. Como decíamos en la STS 107/2018, de 5 de marzo «No es posible una fragmentación que permitiera escoger aspectos puntuales de una y otra versión, pues solo en su conjunto, a modo de un puzzle de piezas que encajan milimétricamente, el texto legal adquiere su propia sustantividad». O en palabras que tomamos de la STS 630/2010, de 29 de junio «En otros términos los elementos de comparación no se limitan a la considera-

ción de hecho delictivo en una y otra norma, sino a todos los presupuestos de aplicación de la Ley penal» Ahora bien, la elevada penalidad que acompaña a la modalidad delictiva aplicada en este caso, y la mayor aflictividad que deriva de las penas privativas de libertad frente a las que limitan otros derechos, focaliza sobre aquellas el principal elemento comparación.

De otro lado, la comparación hemos de abordarla a partir de la penalidad impuesta, pues no nos corresponde ahora como Sala de casación efectuar una nueva determinación de la pena emitiendo un juicio de proporcionalidad en atención a la gravedad de la culpabilidad y la ponderación de las circunstancias que permitan detectar una mayor o menor reprochabilidad de los hechos. El control en casación de la corrección de la pena aplicada se contrae a la comprobación de la existencia de un razonamiento en relación con los factores expuestos y que éste no ha sido arbitrario.

2. En este caso el Tribunal de instancia determinó la pena privativa de libertad que impuso en el mínimo legal. Y lo hizo sin mayor argumentación que su vinculación con la petición la fiscalía.

En general la opción por el umbral de la pena desvanece cualquier efecto que pudiera entenderse anudado a un supuesto déficit motivador sobre la materia, pues si bien hemos señalado que es imprescindible expresar en la sentencia las razones individualizadoras, ese esfuerzo argumentativo es proporcional al grado de discrecionalidad, y más exigente a medida que la opción del Tribunal se aleje del mínimo legal.

Buena muestra de que la defensa del acusado no vio cercenada la garantía de tutela judicial efectiva en este aspecto, la encontramos en el contenido del recurso planteado. Aunque el mismo denunció déficit de motivación tanto en la apelación como en el segundo de los motivos del de casación que ahora resolvemos, en ningún caso proyectó el mismo sobre la cantidad de pena, simplemente porque a partir de la tipicidad aplicada, aquella no podía modularse a la baja.

De otro lado, tampoco era imprescindible un especial esfuerzo argumentativo, toda vez que el Tribunal sentenciador se encontraba con el techo que impone el principio acusatorio, y el MF, única acusación interviniente en el proceso, se decantó en sus conclusiones por solicitar la pena mínima.

Partiendo de tales premisas, queda claro que una vez sentada la tipicidad aplicable, todos los intervinientes en el proceso, desde sus respectivas ópticas, descartaron razones que justificaran una penalidad que rebasara el mínimo legal. Y esa conclusión nos obliga ahora a

efectuar esa comparación normativa, precisamente a partir de ese límite mínimo de la pena privativa de libertad.

3. Los hechos declarados probados encajan ahora sin margen de discusión en el nuevo artículo 181. 1, 2 y 3 segundo inciso CP, con una penalidad que oscila entre los 10 y los 15 años de prisión. Tal y como ha argumentado el MF en el traslado que se le ha conferido al efecto, la pena de 12 años es también ahora imponible, lo que abocaría a su inmodificabilidad en el caso de que el Tribunal de instancia hubiera ejercido su arbitrio elevando la pena por encima de su umbral. Pero no fue así, por lo que la disminución en el límite mínimo por el que en su momento se decantaron, no solo la acusación, sino también el Tribunal sin objetar razones que según su criterio justificaran un mayor reproche traducido en cantidad de pena, determinan, como ha solicitado la parte recurrente, la aplicación retroactiva de la nueva norma fijando ahora la pena en 10 años de prisión. El resultado de la confrontación normativa se perfila con nitidez, toda vez que el relato de hechos probados no describe lesiones que pudieran determinar su punición independiente ex actual artículo 194 bis, por más que esta sea una cuestión no exenta de matices que no es el momento de abordar.

No procede variar la pena de inhabilitación impuesta, pues en los términos en que aparece fijada se corresponde con el mínimo imponible con la actual redacción del artículo 192.3 CP. Ni tampoco la libertad vigilada impuesta en aplicación del artículo 192.1 CP cuya redacción no ha variado.

8. STS 983/22. Se da traslado al recurrente y al Ministerio Fiscal para que efectúen alegaciones respecto a la aplicación de la Ley 10/22 de 6 de septiembre. Transcurrido el término concedido informó únicamente el Ministerio Fiscal en el sentido de entender que no considera procedente revisar la pena impuesta porque la penalidad revista para el hecho no es más favorable. Aplicación de los arts. 181.1, 181.2, 181.4, del Código Penal y Jurisprudencia aplicable a los mismos del Código Penal en relación con el delito de abusos sexuales con penetración anulando la voluntad de la víctima mediante el uso de fármacos.

La condena fue por delito continuado de Abuso Sexual con penetración anulando la voluntad de la víctima mediante el uso de fármacos del art. 181.1, 2, y 4 del C. P. y 74 C. P., concurriendo la agravante mixta de parentesco del art. 23 C. P., a la pena de nueve años de prisión.

En el recurso que no adaptó a la LO 10/22, el motivo noveno cuestionaba la indebida aplicación de los arts. 181.1, 181.2, 181.4, del Código Penal y Jurisprudencia aplicable a los mismos.

La Sala rechaza los motivos del recurso y también el referido a la infracción de ley del art. 849. 1.º LECrim como motivo noveno limitándose a señalar que toda la argumentación del recurrente se realiza a espaldas del hecho probado al que cuestiona la falta de racionalidad en la valoración de la prueba personal oída en el juicio oral, la consideración de un consentimiento enmarcado en los juegos sexuales mantenidos en la pareja, y en la falta de racionalidad sobre la valoración de la prueba de cargo y de descargo ofrecida por la acusación y la defensa.

En el caso la reforma de la LO 10/22 no resulta más beneficiosa para el reo ya que la penalidad anterior del art. 181. 1, 2 y 4 era de 4 a 10 años, en tanto que la que ahora correspondería con arreglo a los arts. 178. 1 y 2 y 179 sería de 4 a 12 años.

9. STS 995/2022. Se dio traslado a las partes para alegaciones, en relación con la entrada en vigor de LO 10/22, de 6 de septiembre. Por la representación del recurrente se solicitó la rebaja de la pena impuesta y por el Ministerio Fiscal se informó que «la pena impuesta en su día –10 años de prisión–, es igualmente imponible con arreglo a la nueva ley. Aplicación de los arts. 188.4, 183.1 y 74 CP

La condena fue por un delito continuado de corrupción de menores concurriendo atenuante de reparación del daño (del artículo 188.4 CP), concurriendo la atenuante de reparación del daño, a la pena de 4 años de prisión y de un delito continuado de abusos sexuales a menor de 16 años, (art.183.1), concurriendo la atenuante de reparación del daño, a la pena de 10 años de prisión, más la accesoria de inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena.

– En el trámite de adaptación del recurso el recurrente argumenta que, si bien hasta ese momento la pena prevista en el Código Penal para el delito de abuso sexual sobre menor de 16 años estaba comprendida entre 8 y 12 años, en la actualidad lo es entre 6 y 12 años, siendo el mínimo legal para el delito continuado de 9 años, y habiendo señalado la Audiencia Provincial que se imponía la pena mínima, procede sustituir la pena de 10 años de prisión por otra de 9 años.

El Ministerio Fiscal se opone, entendiendo que la pena impuesta es igualmente imponible con arreglo a la nueva ley.

La sentencia argumenta que: En el caso, se trata de un delito continuado de abuso sexual en concurso ideal con un delito de corrupción

de menores del artículo 188.4 del Código Penal. En la redacción vigente al tiempo de los hechos correspondería al primero una pena comprendida entre 8 y 12 años de prisión, mientras que en la actualidad se concreta entre 6 y 12 años de prisión. Tratándose de un delito continuado y siendo aplicable la mitad superior, la pena se encontraría entre 10 y 12 años en el primer caso, y entre 9 y 12 años en el segundo. Es claro que al ser menor la cifra del límite inferior, la nueva previsión legal ha de considerarse más favorable.

Aplicándose las reglas del concurso ideal, correspondería imponer la pena prevista para el delito más grave en su mitad superior, esto es, la pena del delito de abuso sexual, que quedaría comprendida entre 10 años y 6 meses de prisión y 12 años, debiendo imponerse en la mitad inferior al concurrir una circunstancia atenuante.

La extensión de la pena así determinada, no supera el límite impuesto en el artículo 77.2 del Código Penal, ni impide que la nueva regulación se considere más favorable.

En el Fallo, estima parcialmente el recurso y condena al recurrente como autor de un delito de corrupción de menores del artículo 188.4 y 5 del CP, en concurso ideal con un delito continuado de abusos sexuales sobre menor de 16 años del artículo 183.1 y 3, todos del CP en la redacción vigente tras la reforma operada por la LO 10/2022, con la concurrencia de la atenuante de reparación del daño, a la pena de 10 años y 6 meses de prisión, con la accesoria de inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena; y como autor de un delito continuado de elaboración de pornografía infantil del artículo 189.1.a) y 189.2.a), del CP, con la atenuante de reparación del daño, a la pena de 7 años de prisión, con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena.

10. STS 993/22. Se dio traslado a las partes para alegaciones, en relación con la entrada en vigor de LO 10/22, de 6 de septiembre. Por la representación del recurrente se solicitó la rebaja de la pena impuesta y por el Ministerio Fiscal se informó que se mantuviera la condena en la extensión impuesta. Aplicación de los arts. 181.1 y art. 181.1.3 y 4b) CP.

La condena fue por delito continuado de abuso sexual, previsto en el art. 183.1 y 3 CP, a las penas de diez años de prisión, con accesoria de inhabilitación absoluta durante el tiempo de condena, y prohibición de aproximación a la víctima en un radio de 500 metros de su domicilio, lugar de trabajo u otro por la misma frecuentado, y de comunicar con ella por cualquier medio, por tiempo de trece años, y

la medida de seguridad de libertad vigilada por tiempo de siete años, para un acusado.

Condena por delito continuado de abuso sexual previsto en el art. 183.1, 3 y 4 b) CP, visto el art. 74.1 CP, concurriendo las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal mixta de parentesco, a valorar como agravante (art. 23 CP), y agravante de género (art. 22.4.^a CP), visto el art. 66.4.^a CP, a las penas de doce años de prisión, con accesoria de inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena, y prohibición de aproximación a la víctima en un radio de 500 metros de su domicilio, lugar de trabajo u otro por la misma frecuentado, y de comunicar con ella por cualquier medio, por tiempo de trece años, y la medida de seguridad de libertad vigilada por tiempo de siete años; y por el delito continuado de corrupción de menores las penas de nueve años de prisión, con accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, y prohibición de aproximarse a la víctima en un radio de 500 metros de su domicilio, lugar de trabajo u otro por la misma frecuentado, y de comunicar con ella por cualquier medio, por tiempo de trece años, y la medida de seguridad de libertad vigilada por tiempo de siete años, para el otro.

La Sala rechaza la aplicación de la nueva norma señalando: En el preceptivo examen de la potencial retroactividad en favor del reo de la nueva norma, debemos advertir, que nos encontramos, no ante la revisión de una sentencia firme, que tradicionalmente con el Código Penal de 1995 conlleva peculiaridades en orden al alcance de esa retroactividad, sino ante un procedimiento, donde aún no obra sentencia firme, que se conoce en virtud de recurso, con la singularidad adicional derivada de que en el lapso de su tramitación ha entrado en vigor una modificación de las normas que han motivado la condena recurrida.

Como expresamos en la STS 967/2022, de 15 de diciembre, el artículo 2.2 del CP recoge el principio general de aplicación retroactiva de la norma más favorable al reo. Las disposiciones transitorias de la Ley Orgánica 10/1995 introducen algunas limitaciones en la determinación de la pena más favorable en los casos en que se trate de revisión de sentencias firmes, que no afectan a aquellos casos en los que se trate de sentencias en fase de recurso.

Para estos últimos casos, sin perjuicio de las particularidades relevantes de cada supuesto concreto, puede decirse con carácter general que, en principio, una previsión que establezca un marco penológico en el que, sin modificar el máximo se reduzca el mínimo legal de la

pena, resultaría eventualmente más favorable, cuando no mediaran razones para superar el mínimo punitivo resultante.

1. Con relación a XXX, viene condenado por delito continuado del art. 183.1 y 3 CP, anterior a la reforma, sin circunstancias modificativas, lo que determina un marco punitivo de diez a doce años (de ocho a doce años por el 181.1. y 3; que pasan de diez a doce por la continuidad); y tras la reforma, sería un delito continuado del art. 181.1 y 3 CP, del que resultaría un marco normativo de nueve a doce años.

La sentencia recurrida, a pesar de que considera que el marco punitivo es de ocho a doce años, al olvidar la consecuencia punitiva derivada de la continuidad, impone «la pena interesada por el Ministerio Fiscal de 10 años de prisión (que lo es en la extensión media de la legalmente prevista)».

Ciertamente, con la nueva norma cabría rebajarla a nueve años, pero dada la motivada individualización de su concreción punitiva, nada lo justificaría, pues resulta proporcionada en relación a su conducta: Su delictivo proceder, reiterado en el tiempo, siendo las relaciones por vía vaginal, por vía anal y por vía bucal, permitiendo incluso su grabación, de carácter pornográfico con imagen de la menor, siendo además sabedor de las actuaciones de YYY para con la referida menor, aprovechándose de ello, procurando las ocasiones propicias para su satisfacción sexual, lejos de su no realización y lejos de procurar el cese de la situación padecida por la menor, la acentuó, es por ello que se considera procedente –no obstante la no acreditación de mediación de dinero– la imposición de la pena interesada por el Ministerio Fiscal de 10 años de prisión.

2. En relación con YYY, viene condenado por un primer delito continuado del art. 183.1, 3 y 4.b) CP, concurriendo las agravantes de género y parentesco, lo que determina un marco punitivo de once años y seis meses a doce años de prisión [de ocho a doce años por el 183.1. y 3; de diez a doce por el 183.4.b); de once a doce por la continuidad; y de once años y seis meses a doce por concurrir dos agravantes y ninguna atenuante]; y tras la reforma, sería un delito del art. 181.1, 3 y 4.a), con las mismas agravantes, que determina un marco punitivo de 11 años y 3 meses a 12 años [de seis a doce años por el 181.1. y 3; de nueve a doce por el 181.4.1); de diez años y seis meses a doce años por la continuidad; y de once años y tres meses a doce por concurrir dos agravantes y ninguna atenuante].

Impuesta la pena debidamente motivada en el umbral superior del marco punitivo, doce años de prisión, que efectivamente resulta proporcionada a la conducta sancionada, ninguna modificación procede a tenor de la nueva norma.

Y también viene condenado por un segundo delito continuado de corrupción de menores de los artículos 189.1.a) y b) en relación con el 189.2.a), b) y g), concurriendo las agravantes de género y parentesco, lo que determina un marco punitivo de ocho a nueve años de prisión, habiendo sido concretado en su umbral máximo; marco normativo que no ha sufrido alteración con la LO 10/2022.

En consecuencia, las nuevas disposiciones no resultan más favorables para el reo.

11. STS 985/2022: Se dio traslado a las partes para alegaciones, en relación con la entrada en vigor de LO 10/22, de 6 de septiembre. Por la representación del recurrente se solicitó la rebaja de la pena impuesta y por el Ministerio Fiscal se informó que se mantuviera la condena en la extensión impuesta.

– La Sala estima el recurso y razona lo siguiente:

Cuarto. Resta pronunciarse sobre la posible aplicación de la LO 10/2022, de 6-9, para lo que se dio traslado a las partes por diligencia de ordenación de 22 de noviembre de 2022 a la representación del recurrente y por diligencia de ordenación de 25 de noviembre de 2022 al Ministerio Fiscal.

Considera el recurrente que dado el marco punitivo que contemplaba el art. 183.1, 2 y 3 CP vigente al momento de los hechos, 12 a 15 años de prisión, se ha visto modificado por la nueva Ley en el actual art. 181.1, 2 y 3 que lo ha fijado en 10 a 15 años de prisión, y como al tratarse de un delito continuado fue condenado a la pena de 13 años y 6 meses, pena mínima dentro de la mitad superior, por aplicación del art. 74 CP, la misma pena mínima en la actual regulación sería 12 años y 6 meses, por lo que la pena debería ser rebajada en dicha franja, por aplicación del art. 2.2 CP que dispone la retroactividad de las leyes penales favorables al reo, conforme lo expresado en el art. 49 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, en el art. 15.1 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, y en las SSTEDH Scoppola c. Italia y Gouarré Patte contra Andorra.

El Ministerio Fiscal, por su parte, tras considerar que en principio, las disposiciones de la LO 10/2022, pueden resultar más beneficiosas para la condena, entiende que: «atendiendo a estas disposiciones y tratándose de un recurso de casación en el que no es posible recabar el criterio del tribunal sentenciador a los efectos de la concreción de la pena aplicable al presente supuesto con sus circunstancias, ha de realizar esa ponderación la Sala de casación que mantiene intactas esas

funciones específicas habida cuenta la reforma operada en las disposiciones del Código Penal.

En tal sentido, siendo así que la pena impuesta al condenado, de 13 años y 6 meses de prisión es una pena que se sitúa en la mitad inferior de la pena correspondiente al delito conforme a las disposiciones de la LO 10/2022 de 6 de septiembre, que fija un arco que oscila entre los 12 años 6 meses y 1 día y los 13 años y 9 meses, ha de valorarse si, atendiendo a las circunstancias concretas del caso expresadas en la sentencia, dicha pena es proporcionada a la gravedad de los hechos y circunstancias concurrentes que se concretan en el hecho probado: se trata de una niña de solo 8 años de edad; el condenado era su tío materno, los hechos ocurrían precisamente cuando la recogía del colegio por encargo de su madre y que se prolongaron durante 1 año aproximadamente; se ejercía sobre la niña la intimidación necesaria y suficiente para doblegar su voluntad bajo la amenaza de males que le ocurrirían a su madre y otras cosas malas, así como las consecuencias negativas de los hechos que afectan al desarrollo de la niña, todo lo cual pone de relieve que tal concreción de la pena privativa de libertad –13 años y 6 meses–, es procedente, por ser proporcionada a la gravedad y entidad de los hechos declarados probados, de forma que el MF interesa que se mantenga la misma por aplicación de las disposiciones de los preceptos reformados tal como se ha indicado.»

Quinto. El principio de legalidad contiene una prohibición de irretroactividad de la norma penal que es completado en el ordenamiento español por el principio de aplicación de la norma posterior más favorable. El Código Penal vigente reconoce el efecto retroactivo de las normas penales en el art. 2.2 (STS 296/2015, de 6 de octubre).

La justificación del principio de retroactividad de la ley penal más favorable se encuentra en razones de justicia, ya que es contrario a elementales criterios de justicia que se siga aplicando una ley reconocida como demasiado severa.

Es cierto que cuando la pena impuesta para el caso de que la pena en concreto que se puso en la sentencia fuera imponible también en el nuevo texto, en este supuesto la pena no se modificaría, pero siempre que no se vea afectada por el juego de la pena mínima, tanto en la mitad inferior del arco de la pena como en la mitad superior, ya que en estos casos la revisión de la pena a la baja será necesaria cuando en el mínimo de la mitad inferior o superior de la pena con arreglo a la antigua ley y la actual, el de la nueva ley sea menor, en cuyo caso habría que rebajar la pena a imponer.

Sexto. La acomodación de la pena al nuevo texto penal tras la LO 10/2022, hemos dicho en reciente STS 930/2022, de 30-11: «es obligatoria por aplicarse la retroactividad de la ley penal más favora-

ble al reo en virtud de ley posterior más beneficiosa (aplicando el art. 2.2 CP), como en este caso ha ocurrido, lo cual alcanza a un proceso de revisión de penas no solo a las que se encuentren en fase de ejecución, sino, también, a las que se encuentren en fase de dictado de sentencia, bien en plena terminación de juicio oral, bien en virtud de resolución de recurso de apelación o de recurso de casación, valorando si la pena a imponer puede ser más beneficiosa.»

Séptimo. Situación que sería la presente: antes de la reforma la pena se situaba en el marco de 12 a 15 años, que ahora se ha rebajado al arco de entre 10 a 15 años. Ello lleva que, al ser delito continuado, la mitad superior antes de esta Ley fuera con una pena de 13 años y 6 meses a 15 años y ahora lo es entre 12 años y 6 meses y 15 años, es decir, un año inferior de prisión a la que le hubiera correspondido con el texto de la norma anterior.

Octavo. Hay que recordar que en el caso concreto que nos ocupa, la sentencia de instancia impuso la pena de 13 años y 6 meses al considerar procedente la pena interesada por el Ministerio Fiscal, vinculado por el principio acusatorio al ser la mínima imponible, sin adicionar por ello, criterio alguno de individualización penológica, pero dado que el Tribunal de apelación admitió que «sí debieron existir conversaciones previas entre el Ministerio Fiscal y la defensa orientadas a que se produjera una rebaja de petición de la pena para el caso de que el acusado admitiera los hechos».

Como así acaeció, dado que el Ministerio Fiscal en su escrito de acusación había solicitado la pena de 15 años, se puede concluir que la petición del Ministerio Fiscal, con la actual ley, hubiese sido también en su mínimo imponible, 12 años y 6 meses.

Noveno. En base a lo alegado, procede estimar las alegaciones de la representación del penado y aplicar el nuevo artículo 181.1, 2 y 3, e imponer la pena de 12 años y 6 meses de prisión. Si bien, al aplicarse la nueva regulación deberá imponerse además de las accesorias impuestas en la sentencia anterior, conforme el art. 57 en relación con el art. 48 CP, la prevista en el art. 192.3 in fine, introducida por LO 8/2021, de 4 de junio, de *Protección Integral de la Infancia y Adolescencia* frente a la violencia, una pena de inhabilitación especial para cualquier profesión, oficio o actividades, sean o no retribuidos, que conlleven contacto regular y directo con personas menores de edad, por un tiempo superior en 5 años al de la duración de la pena de privación de libertad impuesta, esto es, 17 años y 6 meses.

Décimo. Finalmente no resulta ocioso señalar que al razonar así –como dijimos en STS 564/2012, de 5 de julio, «no se está postulando una sustitución del gobierno de las normas por el gobierno de los Jue-

ces, fruto de un indeseado activismo judicial sino reconocer que desde el principio constitucional que constituye el eje de la legitimación del poder judicial: el sometimiento a la Ley que preceptúa el art. 117 de la Constitución, tal sometimiento lo es desde el respeto y valores de los principios constitucionales que deben inspirar y orientar la aplicación de la legislación penal ordinaria, máxime cuando lo que está en juego es un valor tan relevante como es la libertad individual, y en relación con ello el principio de retroactividad de las leyes favorables.»

12. STS 1016/22. No se dio traslado al recurrente para adaptación a LO 10/22. Aplicación de los arts. 181.1.3 y 4, art. 74 CP.

Condena por 2 delitos continuados de abuso sexual con prevalimiento, un delito de abuso sexual con prevalimiento e introducción de miembros y un delito continuado de abuso sexual, a las penas de pena de dos años y medio de prisión; dos años y siete meses de prisión; siete años de prisión y, dos años y diez meses de prisión con inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tipo de la condena, prohibición de acercarse a las víctimas a su domicilio, lugar de trabajo, o cualquier lugar en el que estas se encuentren a una distancia no inferior a 1.000 metros y comunicarse con ellas por cualquier medio por tiempo de cinco años superior a la pena de prisión impuesta por su delito y medida de libertad vigilada a ejecutar con posterioridad a la medida de prisión que se será de cinco años.

Es de destacar lo que señala en el FD Cuarto. 4.2:

Este Tribunal (STS 188/2019, de 9 de abril) en relación al prevalimiento del art. 181.3 CP, se ha pronunciado en el sentido de que requiere una nota positiva como aquella situación de superioridad manifiesta que coarte la libertad de la víctima, con lo que se está expresando la doble exigencia de que prácticamente exista una situación de superioridad y que esta sea evidente y por tanto, eficaz porque debe coartar efectivamente la libertad de la víctima, y como nota negativa, que lo separa de la intimidación, no tiene que haber un comportamiento coactivo que anule el consentimiento (ni mucho menos violento).

Por ello es patente la situación fronteriza con la intimidación sobre todo en el análisis de las concretas situaciones que puedan darse. El enjuiciamiento es siempre una actividad individualizada.

En el caso de intimidación no existe consentimiento de la víctima, hay siempre una ausencia de consentimiento, ésta se encuentra doblegada por la intimidación, por el miedo que le provoca la actitud del agente. En caso de prevalimiento, existe la voluntad de la víctima que

acepta y se presta acceder a las pretensiones del agente, pero lo hace con un consentimiento viciado no fruto de su libre voluntad autodeterminada.

También una definición similar del prevalimiento la encontramos en la STS 166/2019, de 28 de marzo, al afirmar que: «El prevalimiento tiene como fundamento agravatorio el abuso de superioridad que en el plano moral tiene una persona que pone a su servicio una condición o cualidad que instrumentaliza en su beneficio particular con finalidad delictiva para cohibir la resistencia de la víctima. En relación a los delitos contra la libertad sexual, de manera reiterada esta Sala ha dicho (entre otras SSTS 1165/2003, de 18 de septiembre; 935/2005, de 15 de julio; 785/2007, de 3 de octubre; 708/2012, de 25 de septiembre; 957/2013, de 17 de diciembre; y 834/2014, de 10 de diciembre) que el prevalimiento no limita su aplicación a los abusos sobre personas menores de edad, sino que se configura genéricamente como un supuesto de desnivel notorio entre las posiciones de ambas partes, en las que una de ellas se encuentra en una manifiesta situación de inferioridad que restringe de modo relevante su capacidad de decidir libremente (consentimiento viciado), y la otra se aprovecha deliberadamente de su posición de superioridad, bien sea laboral, docente, familiar, económica, de edad o de otra índole, consciente de que la víctima no cuenta con libertad para decidir sobre una actividad sexual súbitamente impuesta. De esta forma, la especial situación de la víctima debe tomarse en consideración para valorar la existencia de la desproporción o asimetría que define el abuso de superioridad ínsito en el prevalimiento.»

El prevalimiento típico exige una relación de superioridad del sujeto activo que debe ser aprovechada por el primero para la realización del acto atentatorio a la libertad sexual. En tanto que el primero puede ser constatado de forma objetiva, el segundo, el aprovechamiento de la situación, ha de ser inferido de forma racional por el órgano jurisdiccional y debe expresarlo en la sentencia (SSTS 344/2019, de 4 de julio; 187/2020, de 20 de mayo).

Asimismo es necesario distinguir entre el prevalimiento del art. 181.3 y el del art. 183.4 d) CP: en este último se agrava la pena cuando el autor se haya prevalido de una relación de superioridad para la ejecución del delito, supuesto que presenta diferencias sustanciales con el previsto en el artículo 181.3, en el que también se contempla un prevalimiento, aunque en esta ocasión dirigido a obtener el consentimiento de la víctima, al aprovechar el autor una situación de superioridad manifiesta que coarte la libertad de aquella. En el primer caso, el sujeto se aprovecha de una relación de superioridad que le facilita la comisión del delito, facilitación que no opera sobre la base de obtener

el consentimiento de la víctima, que siendo menor de trece años nunca podría considerarse válido, sino en atención a las circunstancias que esa relación de superioridad trae consigo (SSTS 957/2013, de 17 de diciembre; 739/2015, de 20 de noviembre; 159/2017, de 14 de marzo).

En este sentido, la STS 305/2013, de 12 de marzo, expone los requisitos legales que el texto establece:

- 1.º) situación de superioridad, que ha de ser manifiesta;
- 2.º) que esa situación influya, coartándola, en la libertad de la víctima, y
- 3.º) que el agente del hecho, consciente de la situación de superioridad y de sus efectos inhibidores de la libertad de decisión de la víctima, se prevalga de la misma situación para conseguir el consentimiento, así viciado, a la relación sexual (STS 1518/2001, de 14 de septiembre). En esta dirección la STS 1015/2003 de 11 de julio, recuerda que los delitos de abusos sexuales definidos y castigados en los arts. 181 y 182 atentan contra la libertad sexual, no porque el sujeto pasivo sea violentado o intimidado, sino porque, o bien no tiene capacidad o madurez para prestar consentimiento a que otro disponga sexualmente de su cuerpo, o bien el consentimiento que presta ha sido viciado intencionalmente por el sujeto activo que se prevale de una situación de superioridad manifiesta. En este segundo tipo del delito, de menor gravedad que el primero, no existe ausencia sino déficit de consentimiento en el sujeto pasivo, determinado por una situación de clara superioridad de la que el sujeto activo se aprovecha. La definición legal de este tipo de abusos sexuales no exige, para su integración, que la víctima vea su libertad sexual anulada, sino que la tenga simplemente limitada o restringida.

Por ello esta delimitación de la circunstancia de prevalimiento es concordante con el hecho de que ya no se limita su aplicación a los abusos sobre personas menores de edad sino que se configura genéricamente como un supuesto de desnivel notorio entre las posiciones de las partes, en el que una de ellas se encuentra en una manifiesta situación de inferioridad que restringe de modo relevante su capacidad de decidir libremente y la otra se aprovecha deliberadamente de su posición de superioridad, bien sea ésta laboral, docente, familiar, de edad o de otra índole, consciente de que la víctima tiene coartada su libertad de decidir sobre la actividad sexual impuesta.