

Newsletter penal

Novedades de jurisprudencia*

SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO 749/2022, DE 13 DE SEPTIEMBRE DE 2022 (CASO “ERES”)

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

Asunto: Sobre la extensión de la responsabilidad penal en el delito de malversación.

Analiza la Sala Segunda un caso de gestión y pago de ayudas sociolaborales que, según señala la propia sentencia, fueron concedidas “*al margen de toda legalidad*” y que ocurrieron en el ámbito competencial de la Consejería de Empleo de la Junta de Andalucía.

La condena acoge delitos de prevaricación y de malversación. Del primero de estos derivan las resoluciones dictadas, prescindiendo del procedimiento preceptivo, que facilitaron la comisión del segundo, la malversación.

El que durante un tiempo ocupaba la Consejería de Hacienda y, posteriormente, la Presidencia de la Junta de Andalucía, fue condenado por un delito de malversación pese a que competencialmente no tenía facultades directas y concretas para la disposición de los fondos malversados en la Consejería de Educación. En este punto, razona así la sentencia:

“intervino en la dotación de fondos a través de un sistema de presupuestación ilegal con conocimiento de las consecuencias que ello podía tener en la gestión, también que conoció las ilicitudes perpetradas con esos fondos y, por último, que como consecuencia de las competencias que

* El contenido de la presente Newsletter es meramente divulgativo y no constituye asesoramiento legal de ningún tipo, ni de Morales Abogados penalistas ni de los abogados de la Firma.

Newsletter penal

la correspondían, al ejercer las más altas funciones dentro del Gobierno de la Junta de Andalucía, tuvo capacidad de impedir ese modo de gestión.”

La Sentencia se ocupa, también de analizar el modo en que el dolo eventual, y particularmente el conocimiento de la probabilidad de causación del resultado lesivo, se traduce en el delito de malversación.

El juicio de subsunción que realiza la resolución es duramente criticado en el voto particular discrepante que emite la Excm. Magistrada, la Sra. Dña. Ana María Ferrer García, al que se adhiere la Excm. Magistrada, la Sra. Dña. Susana Polo García.

Analiza en su voto la autoría del delito de malversación, autoría que se imputa en este caso en la modalidad de comisión por omisión u omisión impropia.

Señala la Magistrada discrepante que:

“El tribunal de instancia expresa con claridad que los cinco acusados ajenos a la Consejería de Empleo son autores materiales y directos del delito de prevaricación. Pero cuando se trata de ponderar la autoría del delito de malversación, obvia toda referencia al examen analítico del tipo objetivo y apoya la condena únicamente en un liviano dolo eventual que define bajo el simple «asumir la eventualidad» de un destino de los fondos públicos vinculados al programa 31L «ajenos al fin público al que estaban destinados».”

El voto particular se centra en analizar la figura de la posición de garante y el alcance que tiene en este caso en concreto, debiendo exigirse un especial deber jurídico del auto pues, de otro modo, si derivara de cualquier deber genérico, la responsabilidad penal se podría extender a todos los niveles superiores jerárquicos en una suerte de culpa *in vigilando* o *in eligendo* ilimitada.

Finalmente, pone en tela de juicio el elemento subjetivo que se les atribuye a las conductas omisivas. Encuentra la Magistrada discrepante incongruencia en que la prevaricación, como delito previo,

Newsletter penal

se realice por dolo directo y que, la malversación, como delito consiguiente, solo alcance el dolo eventual.

SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO 748/2022, DE 28 DE JULIO DE 2022

Ponente: Excmo. Sr. D. Javier Hernández García

Asunto: “El mejor descubrimiento de la verdad” del art. 701 LECrim es el criterio teleológico que guía la práctica de la prueba.

La Sala Segunda ofrece criterios para decidir sobre la pertinencia o no de la práctica de determinadas pruebas. En el caso que aquí nos ocupa, la Magistrada-presidente del Tribunal del Jurado declaró la improcedencia de interrogar a una testigo con el apoyo de unas fotografías previamente admitidas como prueba documental. Sin embargo, considera la Sala Segunda en la sentencia que tal negativa privó a la defensa de una información de suma relevancia en la misión de la defensa de impedir que quedase acreditado que el homicidio se hubiera realizado con alevosía.

Dado que la documental había sido admitida como prueba y aparecía ex ante con alto valor probatorio de las pretensiones de la defensa, la improcedencia de la pregunta con exhibición de las imágenes aparece como contraria al derecho de defensa. Y en este sentido, la Sala Segunda recuerda el criterio teleológico recogido en el art. 701 LECrim, por el que la práctica de la prueba debe estar orientada al “*mejor descubrimiento de la verdad*”. Y este precepto, como recoge la resolución:

“Leído a la luz de los valores constitucionales de equidad y justicia, contiene todo un programa de actuación para la práctica de la prueba dirigido al tribunal basado en la flexibilidad, la racionalidad comunicativa y el fuerte compromiso con los fines epistémicos del proceso penal.”

Newsletter penal

SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO 760/2022, DE 15 DE SEPTIEMBRE DE 2022

Ponente: Excmo. Sr. D. Ángel Luis Hurtado Adrián

Asunto: El documento intencional u ocasional en el delito de falsedad documental del artículo 392 CP.

El Alto Tribunal examina la cuestión sobre qué documentos merecen un reproche penal en sede del artículo 392 CP. Trae a colación la definición de documento que se recoge en el artículo 26 CP, para recordar que esa definición sigue un criterio finalista, pues se define por tener “*eficacia probatoria o cualquier otro tipo de relevancia jurídica*”.

A partir de lo anterior, la Sala Segunda expone cuándo un documento privado tiene entidad bastante para encajar en la falsedad documental tipificada en el artículo 392 CP. En este sentido, si el documento privado se ha confeccionado:

“para presentarlo en un expediente administrativo, a fin de que tenga efectos en el mismo, será este destino el que determine sus consecuencias”

En consecuencia, distingue entre dos tipos de documentos: el documento intencional, que desde su inicio se confeccionó para quebrantar la fe pública al introducirse en un expediente administrativo; y, el documento ocasional, que no estaba destinado a salir de la esfera privada pero que fortuitamente ha terminado en un proceso o expediente público. Solo la primera clase tiene encaje en el tipo delictivo, pues es concebido para su incorporación al expediente; y es precisamente en ese expediente oficial donde surtirá sus efectos.

Newsletter penal

Modificaciones legislativas

PROYECTO DE LEY REGULADORA DE LA PROTECCIÓN DE LAS PERSONAS QUE INFORMEN SOBRE INFRACCIONES NORMATIVAS Y DE LUCHA CONTRA LA CORRUPCIÓN

Avanza en el trámite legislativo la trasposición de la Directiva (UE) 2019/1937, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2019, relativa a la protección de las personas que informen sobre infracciones del Derecho de la Unión; o también conocida como la Directiva *Whistleblowers*.

Una vez valorado el informe del Consejo de Estado al respecto, el ya Proyecto de Ley ha llegado a la Comisión de Justicia del Congreso donde seguirá su camino hasta su promulgación.

El texto no ha variado sustancialmente de lo que ya se recogía en el Anteproyecto.

Se establecerá la obligación de disponer de canales internos de información para (i) empresas con 50 o más trabajadores; (ii) empresas que operen en el ámbito de aplicación de los actos de la UE a los que se refieren las partes I.B y II del anexo de la Directiva (UE) 2019/1937, como es el ámbito financiero o de protección del medio ambiente; (iii) y los partidos políticos, los sindicatos, las organizaciones empresariales y las fundaciones.

También se recoge la posibilidad de compartir sistema interno de información y recursos entre las empresas que tengan entre 50 y 249 trabajadores y se prevé la creación de la Autoridad Independiente de Protección del Informante, A.A.I., la cual se regirá por el Estatuto que este mismo Proyecto de Ley recoge.

Para todos aquellos informantes –eufemismo de denunciante– se establecerán en su Título VII las medidas de protección que les

Newsletter penal

deberán ser aplicables para garantizar su comunicación -denuncia-libre y con garantías.

PROYECTO DE LEY ORGÁNICA POR LA QUE SE MODIFICA LA LEY ORGÁNICA 2/2010, DE 3 DE MARZO, DE SALUD SEXUAL Y REPRODUCTIVA Y DE LA INTERRUPCIÓN VOLUNTARIA DEL EMBARAZO

El Proyecto de Ley Orgánica modifica el artículo 145 bis del CP, en consonancia con los cambios que se introducen por este mismo cuerpo normativo sobre la interrupción voluntaria del embarazo.

Se eliminan de esta manera las siguientes condiciones del delito de aborto:

“a) sin haber comprobado que la mujer haya recibido la información previa relativa a los derechos, prestaciones y ayudas públicas de apoyo a la maternidad;

b) sin haber transcurrido el período de espera contemplado en la legislación; ...”

En definitiva, la práctica de un aborto en cualquier momento del embarazo y sin haber comprobado si la embarazada ha recibido información previa relativa a los derechos, prestaciones y ayudas públicas de apoyo a la maternidad no será punible en el nuevo proyecto de reforma.

Newsletter penal

Novedades doctrinales

Libros

BUSTOS RUBIO, M. y ABADIAS SELMA, A. (dir.) (2022) *Protección penal del mercado y los consumidores*, Ed. Aranzadi, Cizur Menor, Navarra.

MARCHENA GOMEZ, M., y MARCHENA PEREA, M., (2022) *Claves prácticas para la defensa penal*, Ed. 94.

MIRO LINARES, F. (2022) *El progreso de la Dogmática Penal (y sus problemas)*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia.

PEREZ ARIAS, J. (2022) *Creación judicial del Derecho penal (la responsabilidad penal corporativa. Interacción legal y jurisprudencial)*, Ed. Dykinson, Madrid.

Artículos

Almacén de Derecho

QUINTERO OLIVARES, G., *La sentencia de los ERE y algunas perlas jurídicas no cultivadas*. Penal, Sentencias, 19 de septiembre de 2022.

Newsletter penal

Diario del Derecho, Iustel

El TS examina si la decisión adoptada por el TSJ, de inadmisión de un recurso de apelación formulado por el condenado, comprometió el derecho fundamental de acceso al recurso devolutivo en materia penal. Penal, Jurisprudencia – Tribunal Supremo, 27 de septiembre de 2022.

Diario LaLey, Wolters kluwer

CADENA SERRANO, F. A., Violencia paterno filial versus derecho de corrección. N.º 10134, Sección Comentarios de jurisprudencia, 20 de septiembre de 2022.

IGARTUA SALAVERRIA, J., La despistada función epistémica de la «motivación reforzada». N.º 10139, Sección Tribuna, 27 de septiembre de 2022.

MARTINEZ GUERRERO, A., Análisis del artículo 743 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. N.º 10138, Sección Tribuna, 26 de septiembre de 2022.

POLLOS, C., La mediación en la violencia contra la mujer y aplicación en el ámbito penitenciario. N.º 10134, Sección Tribuna, 20 de septiembre de 2022.

PUENTE RODRIGUEZ, L., Comentario urgente al Anteproyecto de Ley de Información Clasificada. N.º 10130, Sección Doctrina, 14 de septiembre de 2022.

ROSSO PEREZ, M. E., Análisis del delito de cohecho y de blanqueo de capitales a la luz de la sentencia 499/2022 del Tribunal Supremo de

Newsletter penal

fecha 24 de mayo de 2022. N.º 10137, Sección Comentarios de jurisprudencia, 23 de septiembre de 2022.

SANCHEZ MELGAR, J., Derecho penal deportivo: una disciplina en expansión. N.º 10133, Sección Tribuna, 19 de septiembre de 2022.

La Ley Compliance Penal, Nº 10

ZUÑIGA RODRIGUEZ, L., Compliance penal, diligencia debida, culpa organizacional: ¿juego de abalorios para la responsabilidad (penal) de las personas jurídicas? Sección Estudios, Tercer trimestre de 2022.

FERNANDEZ-VILLAMEA ALEMAN, P., Programa de Compliance Penal en caso de ciberataque: eficacia real y consecuencias prácticas. Sección Sectores, Tercer trimestre de 2022.

MAGRO SERVET, V., Doctrina reciente del Tribunal Supremo afectante a responsabilidad penal de las personas jurídicas y a cumplimiento normativo en las empresas. Sección Tribunales, Tercer trimestre de 2022.

GOENA VIVES, B., MONTANER FERNANDEZ, R., y NUÑEZ MIRO, A.; Más ley penal, más espacios para la responsabilidad penal de la persona jurídica. Sección Actualidad profesional, Tercer trimestre de 2022.

CRIADO ENGUIX, J., Relación jurídica entre el compliance officer y la empresa. ¿Un contrato atípico? Sección Sectores, Tercer trimestre de 2022.

Newsletter penal

Estudios penales y Criminológicos, USC

ANDREEA GRIGORAS, I., ¿Es la regularización tributaria una causa de levantamiento de la pena? Vol. 42, 21 de septiembre de 2022.

Novedades doctrinales en medios de comunicación

a) Artículos

ABAD RAMON, M., Abrir perfiles falsos en redes sociales o páginas de contacto ya tiene respuesta penal (Cinco Días)

DE LA NUEZ, E., El indulto prometido (El Mundo)

DEL ROSAL, P., De chivato a héroe contra la corrupción: 10 claves de la ley que blindo a los denunciantes (El Confidencial)

GARVI CARVAJAL, A., El aumento de denuncias contra abogados pone en alerta a la profesión (Cinco Días)

GIMBERNAT, E., Contra la nueva regulación de delitos sexuales (ABC)

IZAGUIRRE FERNANDEZ, J., Es delito que el procurador no avise a su abogado de las notificaciones que recibe (Economist & Jurist)

MARTINEZ DIAZ, J., La mejor defensa es una buena norma: a propósito del APLO del Derecho de Defensa (El Confidencial)

Newsletter penal

REDACCIÓN CONFILEGAL, *Griñán no necesita un indulto, puede ser clasificado en tercer grado en 24 horas y tener la libertad condicional* (Confilegal)

REMON PEÑALVER, E., *Futura ley de protección a informantes: una norma retrasada susceptible de mejora* (Cinco Días)

b) Entrevistas de interés

ALFONSO, I., *Entrevista a Álvaro García Ortiz, fiscal general del Estado: "Me siento absolutamente libre e independiente"* (RNE)

GALISTEO, A., *Ignacio Ayala: "Los abogados nos debemos a nuestros clientes, no somos funcionarios de Justicia"* (Expansión)

REDACCIÓN E&J, *Luis Romero, abogado penalista: "Hay jueces que se creen dioses"* (Economist & Jurist)

Newsletter penal

Eventos relacionados con el Derecho penal

TALLER PRÁCTICO DE MEDIACIÓN: Simulación y resolución de un caso práctico en materia de mediación penal

Las abogadas y mediadoras Dña. Montserrat Gómez Bermúdez y Dña. María José Millares Lenza impartirán este curso práctico, organizado por el ICAM, destinado a profundizar en conocimientos y a mejorar las habilidades que se requieren en la mediación, especialmente en la penal.

Tendrá lugar en modalidad *on-line* los días 4 y 6 de octubre, entre las 16:00 h y las 18:00 h.