

Morales

Abogados penalistas

NEWSLETTER PENAL

9



Pablo
Morales



Ángel
Pinel



Ivo
Call



Marta
España

Novedades de jurisprudencia*

SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO 250/2023, de 11 de abril de 2023

Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio del Moral García

Asunto: Levantamiento del velo y principio *pro reo*

La Sala Segunda analiza la aplicación de la doctrina del levantamiento del velo en un caso en el que el administrador y titular del 65% del capital social realizó disposiciones patrimoniales por un valor de 180.000 € de los fondos societarios.

Esta retirada afectó a la masa concursal posterior, por lo que las acusaciones, acreedores de la mencionada sociedad, calificaron la conducta del administrador como un delito de apropiación indebida en concurso ideal con un delito de insolvencia punible, calificación ratificada por el posterior fallo condenatorio.

El Alto Tribunal, tras examinar el encaje de los hechos en el delito de apropiación indebida, concluye en que:

“Si con esa hipotética conducta perjudican a acreedores estaremos ante otros delitos (alzamiento, insolvencias punibles). Pero no cabe la auto-estafa ni la auto-apropiación indebida, ni el auto-hurto. Mantener a ultranza la autonomía de la personalidad jurídica frente a

*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 de las personas titulares es un artificio, útil en otros campos jurídicos, pero no trasplantable al ámbito del derecho penal en perjuicio del reo”.

La Sala Casacional critica la traslación directa que se hace de la teoría de las personas jurídicas del Derecho mercantil para fundamentar la condena por el delito de apropiación indebida. En este sentido recuerda que, en último término, los intereses que guían a las personas jurídicas encuentran su reflejo en intereses de las personas físicas que se encuentran tras ellas.

Trae a colación, en este punto del análisis, la doctrina del levantamiento del velo como: *“una modulación de la personalidad jurídica, independiente y distinta de la de sus integrantes, del ente moral”*. No obstante, tras apuntar la utilidad de su aplicación, el Tribunal Supremo señala que, en sede penal, estamos ante una aplicación restrictiva que sólo podrá utilizarse cuando sea favorable al reo. En caso contrario, señala la sentencia:

“... cuando la ficción determina una solución desfavorable para el reo, precisaremos de una disposición penal específica (vid art. 31 CP)”.

De hecho, la Sala Segunda, en aplicación de esta doctrina, *levanta*

el velo de la sociedad para reafirmar la absolución por el delito de apropiación indebida y desconfigurar la autonomía de la sociedad frente a la de su administrador y titular mayoritario.

SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO 273/2023, de 19 de abril de 2023

Ponente: Excmo. Sr. D. Javier Hernández García

Asunto: La atenuante cualificada de reparación del daño en los delitos contra bienes jurídicos personalísimos

La Sala Segunda analiza la aplicación de la atenuante de reparación del daño en un supuesto de abuso continuado y agresión sexual.

Frente a la pretensión de considerar la atenuante como muy cualificada con una rebaja penológica de dos grados, resuelve el Alto Tribunal estableciendo que se deberá realizar, en todo caso, un juicio de merecimiento para determinar si es factible optar a la rebaja de la pena en dos grados.

A tal efecto, el acto reparatorio deberá ser suficientemente signifi-

Newsletter Penal

cativo y relevante desde la perspectiva de la víctima, constituyendo un objeto serio y prioritario para la persona acusada.

Continúa la Sala trayendo a colación la STS 478/2017, de 21 de junio, en la que establecía que, aunque la reparación hubiera sido total, no puede admitirse de ningún modo la sistematización de reparación y la consideración de la atenuante como muy cualificada ya que derivaría en una objetivación inadmisibles y contraria al fin preventivo general de la pena.

Por lo tanto, al no poder obviarse la naturaleza extrapatrimonial del daño en los delitos contra bienes jurídicos personalísimos de especial rango constitucional—en este caso, la libertad sexual—deberá reservarse la aplicación de la atenuación en doble grado a aquellos supuestos en que:

“mediante el concreto acto con el que se pretende disminuir los efectos del delito se identifiquen verdadero “actus contrarius” con un destacado valor normativo. Que permita identificar una conducta postdelictual que reivindica los fines de la norma contenida en el artículo 21. 5º CP: la prevalencia de los fines de protección integral de quien ha sufrido las consecuencias del delito, por un lado, y de reinserción de quien lo ha infringido,

por otro”.

En consecuencia, solo podría haberse aplicado la atenuante muy cualificada cuando el autor consigne económicamente el daño moral a la víctima y, en reconocimiento del daño causado, pida perdón por sus actos exteriorizando —*“una conducta comprometida con la idea de la reparación integral de la víctima”*—; accediendo de esta manera a la rebaja de pena en dos grados.

SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO 268/2023, de 19 de abril de 2023

Ponente: Excmo. Sr. D. Leopoldo Puente Segura

Asunto: Valoración de la legítima defensa desde una perspectiva *ex ante*

Resuelve el Alto Tribunal un supuesto de uso de arma de fuego con resultado mortal, como medio defensivo ante una agresión en principio ilegítima.

El supuesto fue acreedor en la instancia de una calificación de homicidio concurriendo la eximente incompleta de legítima defensa, así como de tenencia ilícita de armas.

Newsletter Penal

En consonancia con la resolución de la instancia, la Sala de Apelación apreció la inexistencia de una necesidad racional del medio empleado, considerando por el contrario la presencia de un exceso intensivo al existir otras alternativas de actuación, lo que implica desproporción en la acción defensiva.

No obstante, la Sala Segunda se aleja del criterio establecido en apelación determinando que el examen de la necesidad racional del medio empleado debe realizarse desde una perspectiva *ex ante*, ponderando la posibilidad real de una defensa efectiva en atención a las circunstancias concretas del caso.

En consecuencia, considera necesario evitar juicios valorativos basados exclusivamente en las posibles técnicas defensivas que se hubieren podido emplear, analizadas desde un punto de vista *ex post*.

Respecto a los criterios de proporcionalidad de aplicación en la actuación defensiva, la Sala Casacional recuerda lo expuesto en su sentencia de 29 de mayo de 2009, que establecía que:

“(...) La proporcionalidad del medio defensivo empleado exige para su debida valoración establecer la relación entre la entidad del ataque y de la de-

fensa y determinar si ésta sobrepasó o no la intensidad y grado necesario para neutralizar aquél.”

Así, el Tribunal Supremo aplica la exigente completa de legítima defensa al considerar que el agredido no disponía de otras posibilidades igual de efectivas y menos lesivas para su defensa, lo que no es en absoluto incompatible con el mantenimiento, a juicio de la sala, de la calificación por delito de tenencia ilícita de armas.

Newsletter Penal



Modificaciones legislativas

LEY ORGÁNICA 4/2023, DE 27 DE ABRIL, PARA LA MODIFICACIÓN DE LA LEY ORGÁNICA 10/1995, DE 23 DE NOVIEMBRE, DEL CÓDIGO PENAL, EN LOS DELITOS CONTRA LA LIBERTAD SEXUAL, LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CRIMINAL Y LA LEY ORGÁNICA 5/2000, DE 12 DE ENERO, REGULADORA DE LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LOS MENORES

La promulgación de esta nueva Ley Orgánica introduce modificaciones importantes en relación con el régimen penológico establecido por la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual, así como en materia de la responsabilidad penal de los menores y de las reglas de competencia objetiva establecidas por la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Dicha modificación resultará de aplicación para aquellos hechos sucedidos a partir de su entrada en vigor el día 29 de abril de 2023.

Se mantiene el consentimiento como eje central en los delitos de abuso y agresión sexual, pero se introducen modificaciones en los respectivos tipos penales que se estructuran a continuación:

- i. Se considerará agresión sexual cuando los actos se realicen empleando violencia, intimidación o abuso de superioridad o en supuestos de vulnera-

Newsletter Penal

- bilidad de la víctima, así como cuando la víctima tenga su voluntad anulada por cualquier causa.
- ii. Se excluye la aplicación del subtipo atenuado para los casos del párrafo i. anterior.
 - iii. Aparecen configuradas penas de mayor gravedad para los supuestos de los artículos 180 y 181 CP y se extiende la agravación por parentesco a cualquiera que guarde una relación familiar con la víctima—por ejemplo, los primos.
 - iv. Se excluye también la aplicación del subtipo atenuado para los casos del apartado i. anterior cuando la víctima fuere menor de 16 años.
 - v. Se incorpora a la nueva reforma la responsabilidad penal de la distribución o difusión pública a través de internet, teléfono o de cualquier otra tecnología de la información o de la comunicación de contenidos específicamente destinados a promover, fomentar o incitar a la comisión de los delitos de agresiones sexuales cuando se trate de menores de dieciséis años.

Asimismo, se modifica el artículo 14 de la Ley de Enjuiciamiento

Criminal en su apartado tercero en relación con la determinación de la competencia del órgano de enjuiciamiento en materia de delitos contra la libertad sexual, estableciendo como único criterio adjudicativo las penas de prisión o de multa en las que se pueda incurrir, y atribuyendo nuevamente la competencia para el conocimiento y fallo de tales delitos a los Juzgados de lo Penal.

Con incidencia en la responsabilidad penal de las personas jurídicas, se corrige la exclusión del párrafo primero del apartado 1 del artículo 173 CP que había sido omitido al incluirse la vinculación con la responsabilidad penal de las personas jurídicas respecto del resto de párrafos.

En consecuencia, las personas jurídicas vuelven a poder ser responsables del tipo básico del delito contra la integridad moral.

Newsletter Penal

PROPUESTA DE DIRECTIVA DEL PARLAMENTO EUROPEO Y EL CONSEJO SOBRE LA LUCHA CONTRA LA CORRUPCIÓN A TRAVÉS DEL DERECHO PENAL*

El pasado 3 de mayo, la Comisión Europea envió propuesta al Parlamento y al Consejo, de Directiva en materia de lucha contra la corrupción a nivel europeo.

Con base en la normativa existente, la Comisión plantea, en su considerando quinto, reforzar la actuación de los Estados miembros, estableciendo reglas básicas en relación con el alcance de los delitos de corrupción, así como con el establecimiento de medidas para su prevención y represión.

En concreto, el artículo 2 de la Directiva amplía, en su apartado tercero, el concepto de funcionario público a efectos de aplicación de esta norma a aquellas personas que trabajen en organizaciones internacionales, o bien, en entidades privadas que realicen funciones equiparables a las efectuadas por las autoridades públicas.

El artículo 3 impone a los Estados miembro la obligación de adoptar medidas preventivas eficaces para minimizar el riesgo de corrupción en relación con la actuación de

funcionarios públicos, así como de autoridades judiciales.

El artículo 4, por su parte, prevé la creación de organismos públicos nacionales e independientes especializados en la lucha contra la corrupción.

Por otro lado, la Directiva contempla, en sus artículos 9 y siguientes, la armonización de las definiciones de las infracciones penales relacionadas con la corrupción al objeto de incluir, además del soborno, la apropiación indebida, el tráfico de influencias, el abuso de poder y la obstrucción a la justicia, así como el enriquecimiento ilícito derivado del delito de corrupción.

Asimismo, el artículo 19 obliga a los Estados miembro a establecer procedimientos objetivos e imparciales debidamente regulados para asegurar que el privilegio de inmunidad en las investigaciones y enjuiciamientos concedido a funcionarios públicos por los delitos referidos puedan alzarse.

A fin de todo lo expuesto, la Comisión propone aumentar el nivel de las sanciones, coordinar las circunstancias agravantes y atenuantes, y limitar las normas de prescripción de los delitos de corrupción.

*El documento enlazado de esta propuesta legislativa está únicamente disponible en inglés.



Novedades Doctrinales

Libros

VALVERDE CANO, A. B. (2023) *Más allá de la trata: el derecho penal frente a la esclavitud, la servidumbre y los trabajos forzados* Ed. Tirant Lo Blanch.

MARTIN PARDO, A.; BECERRA MUÑOZ, J.; PRIETO DEL PINO, A. M.^a (2023) *Diálogo sobre cuestiones problemáticas de las Ciencias Penales* Ed. Tirant Lo Blanch.

CUETO SANTA EUGENIA, E. (2023) *El desistimiento en la justicia juvenil y su fundamento educativo* Ed. Tirant Lo Blanch.

Novedades doctrinales

Artículos

Diario LaLey, Wolters kluwer*

CORTES, J. P.; GARCIA, L. *La nueva tutela penal de los «Riders»*. N.º 10278, Sección Tribuna, 3 de Mayo de 2023.

VILLEGAS GARCIA, M.^a A. *El nuevo delito de «enriquecimiento ¿ilícito?» del artículo 438 bis del Código Penal*. N.º 10278, Sección Doctrina, 3 de Mayo de 2023.

MAGRO SERVET, V. *La nueva Ley Orgánica 4/2023, de 27 de abril, de delitos sexuales: la reforma de la reforma*. N.º 10277, Sección Doctrina, 2 de Mayo de 2023.

FERNANDEZ ESCOBAR, J. B. *La dispensa del art. 416 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal: regulación, cambio jurisprudencial y visión crítica hacia una mayor protección de lege ferenda*. N.º 10275, Sección Tribuna, 26 de Abril de 2023.

JIMENEZ CARBAYO, V. *La ejecución penal de las personas jurídicas: sustitución de pena e indulto*. N.º 10273, Sección Doctrina, 24 de Abril de 2023.

*Este contenido está accesible bajo suscripción de pago.

Novedades doctrinales

Artículos

InDret Penal: Revista para el Análisis del Derecho

SILVA SANCHEZ, J.-M. *Débiles*. N.º 2, 2023.

PUENTE RODRIGUEZ, L. *Contra la atemperación (o supresión) del castigo penal del excluido* N.º 2, 2023.

BOCANEGRA MARQUEZ, J. *Delincuencia organizada y «maremágnum normativo» tras la LO 5/2010, de 22 de junio ¿Una agrupación dedicada a delinquir es una organización criminal, un grupo criminal o una asociación ilícita?* N.º 2, 2023.

Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología

BLANCO CORDERO, I., *Responsabilidad penal de la persona jurídica extranjera por los delitos cometidos en España*. RECPC 25-04, 29 de abril de 2023.

Novedades doctrinales

Novedades doctrinales en medios de comunicación

A) Artículos

FERNANDES ROMERO, I., *Los verdaderos feministas de la ley del «sólo sí es sí» son los magistrados del Tribunal Supremo* (La Razón)

GIMBERNAT ORDEIG, E. *No es violación: ¡Es abuso!* (ABC)

REQUEIJO, A. *Sentencias dictadas por inteligencia artificial. ¿Es posible sustituir al juez por un robot?* (El País)

B) Entrevistas de interés

ALSINA, C., *Manuel Cancio: "Cuando un juez español quiere que se le entregue a algún sujeto hace la orden y punto"* (Onda Cero)

BARJOLA, J. M., *Eloy Velasco Núñez: «Andamos inmersos en una transformación tecnológica en la que todas las profesiones clásicas, también la abogacía, se están acoplando a un mundo cada día más digitalizado»* (Diario LaLey)

Novedades doctrinales

Eventos relacionados con el Derecho Penal

Acto de ingreso en la Real Academia europea de Doctores, como Académico Numerario, del Dr. Oscar Morales García

El próximo día 15 de mayo, a las 18:30 h, tendrá lugar el acto de ingreso como Académico Numerario de nuestro socio, el Excmo. Sr. Dr. Oscar Morales García, quien pronunciará su discurso de ingreso titulado: “*El horizonte de sucesos de la justicia penal*”. Será respondido por nuestro también socio y Académico de Número, el Excmo. Sr. Dr. Fermín Morales Prats.

El evento, de libre acceso, tendrá lugar en la Sala de Actos del edificio de Fomento del Trabajo, situado en Via Laietana, Barcelona.

Al final del Acto tendrá lugar un aperitivo de celebración en el mismo, en el que se repartirá el libro con el discurso de ingreso y la contestación.

Novedades doctrinales

Eventos relacionados con el Derecho Penal

Curso Cero GAJ Penal: El juicio oral en el Procedimiento Abreviado

Dentro del marco de los cursos que coordina el Grupo de la Abogacía Joven del ICAB, se ha organizado esta ponencia que versará sobre el juicio oral en el Procedimiento Abreviado. Este evento contará con la participación de las abogadas Eulalia Puig y Patricia Ramírez, quienes serán moderadas por la también abogada penalista María Riera.

Tendrá lugar el próximo 16 de mayo a las 19:30h en el aula 62 del ICAB.

**Fermín
Morales Prats**

**Oscar
Morales**

**Enric
Bertolín**

**Rosa María
Calderón**

**Thea
Morales**

**María
Rodríguez**

**Teresa
Galve**

**Pablo
Morales**

**Marta
España**

**Ángel
Pinel**

**Ivo
Call**

Morales

Abogados penalistas

Emma Ollé
Núria Bros

eo@moralespenal.com
info@moralespenal.com

Tenor Viñas 4-6, 5^o1^a
08021 Barcelona
T 932 419 820

Serrano nº40, 4^oizq
28001 Madrid
T 914 357 953

moralesabogadospenalistas.com