

## Newsletter penal

### **Novedades de jurisprudencia\***

#### **SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO 798/2022, DE 5 DE OCTUBRE DE 2022**

**Ponente: Excmo. Sr. D. Javier Hernández García**

**Asunto: El grado de desconocimiento en el error de prohibición.**

La Sala Segunda revisa en casación una sentencia que condenaba al acusado por un delito de abuso sexual continuado a una menor de 13 años. El recurrente alega la inaplicación del error de prohibición del artículo 14.3 CP, afirmando que tenía la seguridad que mantener relaciones sexuales consentidas con una mayor de 13 años era una conducta correcta y lícita.

El Tribunal Supremo analiza el error de prohibición invocado y lo coloca en sede de la culpabilidad. La sentencia afirma que en ciertos casos la sociedad ha de soportar los resultados de conductas delictivas que han sido cometidas bajo el desconocimiento del autor. No obstante, advierte de la excepcionalidad de estas situaciones:

*“la operatividad de dichas cláusulas viene marcada por presupuestos estrictos que acrediten que el déficit de cognoscibilidad no pueda reprocharse a una conducta descuidada o despreciativa del derecho por parte del destinatario de la norma prohibitiva.”*

Continúa desarrollando que, debido a la excepcionalidad de la aplicación de estas cláusulas, al autor imputable le es exigible el máximo esfuerzo posible por conocer el reproche que puede derivar de sus conductas. Como consecuencia de esta exigibilidad, lo que se debe determinar no es el desconocimiento concreto del autor, sino el

---

\* 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

potencial conocimiento que podría haber tenido si se hubiera esforzado lo suficiente. Partiendo de la idea del filósofo estadounidense, John Rawls, la Sala Segunda inicia su razonamiento con el «deber de civilidad», como carga con la que todos debemos de cumplir en favor de una sociedad abierta y pluralista.

Sin embargo, ese deber de civilidad podrá venir exceptuado cuando existan condiciones personales o culturales que significativamente impidan su aplicación.

Si la nacionalidad y los estándares del país de nacimiento pueden impedir ver como ilícitos los actos sexuales mantenidos con una persona de 13 años, resuelve la Sala Casacional de la siguiente manera esta cuestión:

*“Sin perjuicio de la prudencia con la que siempre deben tratarse las presunciones de tipo cultural o antropológicas, no soportadas en sólidos elementos de prueba, tal dato en modo alguno supone que el potencial de reconocimiento exigible al Sr. Lucas venga delimitado y condicionado de forma exclusiva por los estándares y costumbres de dicho País.”*

En suma, concluye el Tribunal Supremo que una persona que ha demostrado todo signo posible de integración social y cultural, difícilmente puede argüir sólidas razones de error sobre la licitud del acceso sexual a una persona de 13 años de edad.

## Newsletter penal

### **SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO 817/2022, DE 14 DE OCTUBRE DE 2022**

**Ponente: Excm. Sra. D.<sup>a</sup> Susana Polo García**

**Asunto: La protección de la intimidad del trabajador en la obtención de medios de prueba.**

El Tribunal Supremo casa y anula una sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Madrid que declaraba nula la prueba derivada del examen del ordenador de trabajo del acusado.

La Sala Segunda considera que la sentencia de instancia incurre en un déficit de motivación al declarar la ilicitud de la prueba, pues debía haber razonado por qué se no cumplían los requisitos establecidos por la doctrina del TEDH (asunto BARBULESCU II).

El órgano de casación trae a colación la doctrina emanada por el TEDH, que fija como parámetros los siguientes:

1. *“conocimiento previo por parte del trabajador de la existencia de una expresa advertencia o instrucción de que el uso del ordenador ha de limitarse estrictamente tareas profesionales, y/o además la existencia de alguna cláusula conocida por ambas partes autorizando a la empresa a llevar a cabo el control de los medios informáticos, o, al menos, el consentimiento previo de quien venía usando de forma exclusiva el ordenador.”*

2. *“la adecuación de la conducta empresarial de fiscalización a las exigencias del principio de proporcionalidad, es decir, que la medida llevada a cabo por el empresario sea necesaria, adecuada, y la menos invasiva de todas las que son plausibles.”*

3. *“la existencia de un indicio: una razón fundada que haga a la empresa sospechar que se está produciendo alguna conducta ilícita por parte del trabajador, y que justifique el mencionado control patronal.”*

El órgano de casación pone de relieve la falta de análisis del Tribunal de instancia y apunta que no fueron valorados: (i) la

## Newsletter penal

documentación de la empresa que limitaba el uso del correo electrónico a fines profesionales; (ii) la carta de despido del trabajador que recogía las razones de su despido disciplinario; y (iii) el permiso concedido al trabajador, antes de la extinción de su relación laboral, para que extrajera los correos personales que pudiera tener en el ordenador profesional, lo que al parecer de la Sala Segunda “*hacía previsible que el disco duro fuera sometido a escrutinio de la empresa*”.

Por último, recuerda la sentencia de casación que la derivación de ilicitud a otras pruebas diferentes a la declarada ilícita requiere explicar la conexión o desconexión de antijuricidad. Así, solo en el caso de que se verifique la transmisión de la prueba ilícita a la que se cuestione puede admitirse el rechazo de la eficacia probatoria del material derivado.

### **SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO 822/2022, DE 18 DE OCTUBRE DE 2022**

**Ponente: Excmo. Sr. D. Andrés Palomo del Arco**

**Asunto: Diferencia entre codelincuencia y grupo u organización criminal.**

Tiene ocasión el Tribunal Supremo de pronunciarse sobre qué elementos deslindan el concepto de codelincuencia de los de grupo u organización criminal, previstos en los artículos 570 bis y ter CP.

La Sala Segunda asume el relato fáctico dictado por la Audiencia Provincial y ve acertada la aplicación de la figura del grupo criminal en el caso concreto, ya que el grupo no exige una amplia movilidad geográfica ni organigrama complejo.

## Newsletter penal

Partiendo de la definición legal aportada en la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 5/2010, junto con el desarrollo dado a este concepto en la STS 271/2014, de 25 de marzo; la Sala Segunda señala que:

*“el grupo criminal sólo requiere de dos elementos: a) Pluralidad subjetiva: unión de más de dos personas. b) Finalidad criminal: pues debe tener por finalidad u objeto la perpetración concertada de delitos. El grupo deberá presentar una cierta estabilidad, aunque sea menor de la exigida para la organización criminal, lo que permitiría apreciar su existencia aun cuando su formación tenga por objeto la comisión de un solo delito, siempre que esté presente una cierta complejidad y una exigencia de mantenimiento temporal relevante, que vendría a permitir nuevos delitos similares.*

La falta de contacto entre los integrantes no se integra, de acuerdo con la resolución comentada, ni entre los elementos de tipicidad ni entre los que deban ser inferidos axiológicamente por lo que no solo no es una exigencia típica sino que puede convertirse en elemento de especial trascendencia valorativa de la existencia del grupo:

*El precepto no incluye como elemento del tipo objetivo, ni el contacto personal entre los integrantes del grupo ni la presencia necesaria de todos y cada uno de los integrantes del grupo en todas y cada de las infracciones que al mismo se atribuyan. [...]. Es más, no son descartables los casos en los que esa falta de conocimiento personal entre quienes delinquen concertados sea la consecuencia de una elemental estrategia delictiva orientada a evitar la delación.”*

El Alto Tribunal también expone en la misma sentencia la diferencia entre el grupo y la mera codelincuencia. Para dicho deslinde, la Sala recurre a las disposiciones internacionales que precedían la introducción de estas figuras de asociación ilícita en nuestro Código Penal. Por todas, la Convención de Palermo fija en su artículo 2 las definiciones de “grupo delictivo organizado”, referido a “organización criminal” en nuestra normativa; y “grupo estructurado” referente a

## Newsletter penal

“grupo criminal”. Por lo que, por exclusión de estos dos conceptos, la Sala Segunda interpreta que:

*“la codelinuencia se apreciaría en los casos de agrupaciones o uniones de solo dos personas, o cuando estando integradas por más de dos personas, se hubieran formado fortuitamente para la comisión inmediata de un delito.”*

Por otro lado, el Tribunal Supremo trae a colación lo que cierto sector doctrinal ha venido llamando “*tipos que incluyen conceptos globales*”, pues algunos tipos condensan en un único delito conductas punibles con semejanza. Ejemplo de lo anterior es el tráfico de drogas, que en su redacción típica recogida en el artículo 368 CP, se refiere a “*actos de cultivo, elaboración o tráfico...*”.

Concluye la Sala Casacional que la pluralidad de actos que conlleva el delito unitario del tráfico de drogas cumple con el criterio teleológico del grupo criminal, aunque penalmente sea castigado en un único delito.

### **SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO 839/2022, DE 24 DE OCTUBRE DE 2022 (CASO “BANKIA”)**

**Ponente: Excmo. Sr. D. Leopoldo Puente Segura**

**Asunto: La consideración de los informes periciales en el razonamiento de la sentencia.**

El Tribunal Supremo confirma la sentencia dictada por la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional que absolvía a los 34 acusados del caso “Bankia”.

Dado que a sala casacional revisaba una sentencia absolutoria de la instancia, los motivos articulados por las acusaciones son de naturaleza eminentemente procesal.

## Newsletter penal

Así, por una parte, la Sala Segunda resuelve las dudas planteadas sobre la eventual vulneración del derecho fundamental al proceso justo y la tutela judicial efectiva de la acusación, ex artículo 24.2 CE, derivada de una eventual valoración probatoria arbitraria o irracional.

A este respecto, el Alto Tribunal admite que las conclusiones valorativas alcanzadas en la sentencia que se impugna se apartan en aspectos muy relevantes de las consideraciones contenidas en los informes periciales presentados por la acusación. No obstante, razona:

*“Pero no lo hace de un modo apodíctico o sobre la base de razonamientos absurdos o incompatibles con las más elementales reglas de la lógica. Muy al contrario, pondera el resultado de aquellos informes en distintos pasajes de la resolución y contrasta sus conclusiones con los resultados obtenidos de la práctica de otros medios probatorios, en particular con el ofrecido por determinadas pericias que se admitieron a propuesta de las defensas, protagonizadas, todas ellas, también por solventes expertos en la materia”.*

Contextualiza la sentencia de casación que en plenario depusieron 18 peritos que rindieron su informe ante el Tribunal, por lo que recuerda que para que la queja prospere no basta con destacar fielmente las discrepancias entre lo sostenido en una de las pericias y lo que finalmente se asume como probado en la resolución impugnada; sino que es preciso justificar o bien que las pericias señaladas no se tuvieron en cuenta en la sentencia impugnada (ausencia de valoración); o que, considerados esos informes por el Tribunal, se apartó de sus conclusiones de modo arbitrario e irracional.

En suma, el órgano casacional convalida el pronunciamiento absolutorio de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional y concluye lo siguiente:

*“Ya quedó sentado, que por legítimas que resulten las discrepancias que cualquiera de las partes pueda mantener con la resolución recaída en*

## Newsletter penal

*la instancia, en la misma se valora el resultado de la prueba pericial (de la propuesta a instancia de las acusaciones y de otras), en relación con el resultado obtenido del resto de los medios de prueba (declaración de los acusados, testificales y prueba documental), que en su conjunto integraron aquí el completo cuadro probatorio. Y dicha valoración, existente, ni resulta de error palmario identificable alguno, ni enfrenta las ordinarias reglas de la racionalidad lo que, evidentemente, no excluye la posibilidad de otras valoraciones probatorias también razonables”.*

Por otra parte, el Tribunal aborda cuestiones relativas a la incongruencia omisiva, recordando una consolidada doctrina sobre el fallo corto o vicio in iudicando, que sería apreciable solo en los siguientes supuestos:

1) que la omisión padecida venga referida a temas de carácter jurídico suscitados por las partes oportunamente en sus escritos de conclusiones definitivas y no a meras cuestiones fácticas, extremos de hecho o simples argumentos.

2) que la resolución dictada haya dejado de pronunciarse sobre concretos problemas de Derecho debatidos legal y oportunamente, lo que a su vez, debe matizarse en un doble sentido:

a) que la omisión se refiera a pedimentos, peticiones o pretensiones jurídicas y no a cada una de las distintas alegaciones individuales o razonamientos concretos en que aquellas se sustenten, porque sobre cada uno de éstos no se exige una contestación judicial explícita y pormenorizada, siendo suficiente una respuesta global genérica ( STC. 15.4.96).

b) que dicha vulneración no es apreciable cuando el silencio judicial puede razonablemente interpretarse como desestimación implícita o tácita constitucionalmente admitida ( SSTC. 169/94, 91/95, 143/95), lo que sucede cuando la resolución dictada en la instancia sea incompatible con la cuestión propuesta por la parte, es decir, cuando del conjunto de los razonamientos contenidos en la resolución judicial puede razonablemente deducirse no sólo que el órgano judicial ha valorado la pretensión deducida, sino además los motivos fundamentadores de la respuesta tácita ( STC. 263/93; TS. 96 y 1.7.97).



## Newsletter penal

*3) que aún, existiendo el vicio, éste no pueda ser subsanado por la casación a través de otros planteamientos de fondo aducidos en el recurso (SSTS. 24.11.2000, 18.2.2004)*

Finalmente, la Sala Segunda analiza el carácter documental o no de la prueba pericial a efectos casacionales, aspecto éste ampliamente negado en resoluciones precedentes que la sentencia comentada igualmente consolida.

## Newsletter penal

### Modificaciones legislativas

#### **CONVENIO ENTRE EL REINO DE ESPAÑA Y LA REPÚBLICA DEL ECUADOR EN MATERIA DE COOPERACIÓN POLICIAL PARA LA SEGURIDAD Y LUCHA CONTRA LA DELINCUENCIA ORGANIZADA TRANSNACIONAL, HECHO EN MADRID EL 26 DE JULIO DE 2018**

Se ha publicado un Convenio entre España y Ecuador destinado a reforzar la cooperación policial entre ambos estados.

El artículo 2 señala las materias sobre las que versará esta colaboración: terrorismo, detención ilegal, delitos relacionados con la fabricación de estupefacientes, tráfico de migrantes, formas organizadas de delincuencia contra la libertad sexual, delitos contra objetos de índole cultural con valor histórico, o delitos cometidos a través de sistemas informáticos o de canales de internet, entre otros.

El citado convenio recoge en su artículo 4.c. *in fine* los elementos que deberán componer las solicitudes de información:

- i. El tipo de investigación y el delito que dio origen a la solicitud;*
- ii. Las personas o unidad administrativa que tendrán acceso a la información;*
- iii. La forma en que será utilizada la información solicitada;*
- iv. El tipo de clasificación de la información y, en su caso, qué otras dependencias o agencias fueron consultadas para obtener la información solicitada."*

Asimismo, el convenio prevé un compromiso de protección de los datos ofrecidos por los Estados de acuerdo con su legislación nacional y, en particular, se comprometen a no ceder los datos personales o confidenciales a ningún tercero distinto del órgano solicitante salvo previa autorización. El incumplimiento de lo dispuesto anterior conlleva la suspensión inmediata de la aplicación del convenio y, en su caso, de la terminación automática del mismo.

## Newsletter penal

### Novedades doctrinales

#### Libros

CONAL FUERTES, I. (2022) *Ciberseguridad y Derecho penal*, Ed. Aranzadi, Navarra.

EULAW (2022) *A practical guide on the EPPO for defence lawyers who deal with cases investigated and prosecuted by the EPPO in their day-to-day practice*.\*

VALL RIUS, A. (2022) *Justicia restaurativa. Estado de la cuestión y propuestas de lege ferenda*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia.

#### Artículos

##### **El Derecho, LEFEBVRE**

PREGO DE OLIVER PUIG DE LA BELLACASA, A., *El principio de proporcionalidad durante la instrucción penal en las macrocausas*. Tribuna, 27 de octubre de 2022.

---

\* Este contenido se encuentra disponible únicamente en inglés (Traducción: Una guía práctica sobre la Fiscalía Europea para abogados de defensa que llevan casos investigados y procesados por la Fiscalía Europea en su práctica diaria). Enlace disponible.

## Newsletter penal

### **InDret Penal: Revista para el análisis del Derecho**

COCA VILA, I., *El stealthing como delito de violación. Comentario a las STSJ- Andalucía 186/2021, de 1 de julio y SAP-Sevilla 375/2020, de 29 de octubre*. N.º 4, 2022, Sección Revista Crítica de Jurisprudencia Penal, pp. 294-308.

FREELAND, A., *El tirador de Tarragona ha muerto (un caso de eutanasia en prisión preventiva). Comentario al Auto de la Audiencia Provincial de Tarragona 641/2022, de agosto de 2022*. N.º 4, 2022, Sección Revista Crítica de Jurisprudencia Penal, pp. 321-332.

LLOBET ANGLI, M., *Incitación a la comisión de desórdenes públicos de gran afluencia de personas. Comentario a la STS de 22 de junio en el caso Tamara Carrasco (y a su voto particular)*. N.º 4, 2022, Sección Revista Crítica de Jurisprudencia Penal, pp. 309-320.

POUCHAIN, P., *Autoincriminación “forzada” en las investigaciones internas. Prohibición probatoria según la imputación al Estado*. N.º 4, 2022.

SERRANO GONZALEZ DE MURILLO, J. L., *Delito contra la libertad sexual y muerte dolosa «subsiguiente» agravada*. N.º 4, 2022.

### **Almacén del Derecho**

DE LA MATA BARRANCO, N. J., *¿Es posible un Código Penal con un lenguaje inclusivo más correcto?*. 1 de noviembre de 2022.

## Newsletter penal

NIETO MARTIN, A., *Regreso al futuro (2): La eficacia de los programas de cumplimiento en el caso Impregilo de la Cassazione*. 28 de octubre de 2022.

### Diario LaLey, Wolters kluwer<sup>†</sup>

MAGRO SERVET, V., *La agravante de disfraz con motivo de la fiesta de Halloween*. N.º 10163, Sección Doctrina, 4 de noviembre de 2022.

PARADA CANO-LASSO, S., *Obtención indebida de devoluciones a través de medios fraudulentos: una problemática relación concursal entre el delito fiscal y de estafa*. N.º 10164, Sección Tribuna, 7 de noviembre de 2022.

VILLEGAS GARCIA, M. A.; ENCINAR DEL POZO, M. A.; *El documento mercantil en la Jurisprudencia más reciente de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo*. N.º 10162, Sección Dossier, 3 de noviembre de 2022.

### Práctico Procesal Penal, vLex<sup>‡</sup>

BARRIENTOS PACHO, J. M., *Derecho a la presunción de inocencia en el proceso penal*. Noviembre de 2022.

BARRIENTOS PACHO, J. M., *Principio acusatorio en el proceso penal*. Noviembre de 2022.

---

<sup>†</sup> Este contenido está accesible bajo suscripción de pago.

<sup>‡</sup> Este contenido está accesible bajo suscripción de pago.

## Newsletter penal

BARRIENTOS PACHO, J. M., *Procedimiento de Habeas Corpus*.  
Noviembre de 2022.

### Real Academia de Doctores

MARCHENA GOMEZ, M., *Inteligencia artificial y jurisdicción penal*. 26  
de octubre de 2022.<sup>§</sup>

### Novedades doctrinales en medios de comunicación

#### a) Artículos

DEL ROSAL, B., *La "homologación" del delito de sedición: ni obligatoria ni conveniente* (El Confidencial)

GALISTEO, A., *¿A la cárcel por destrozar un Monet?* (Expansión)

GUAL ENRIQUEZ, I.; y OLIVERO ALCOBE, L.; *Las empresas también deberán decir sí a la ley del "sólo sí es sí"* (Cinco Días)

IZAGUIRRE FERNANDEZ, J., *Despacho de abogados crea una «app» para probar el consentimiento en las relaciones sexuales* (Economist & Jurist)

---

§ Discurso leído por el Excmo. Sr. D. Manuel Marchena Gomez en el acto de su recepción como Académico de número de la Real Academia de Doctores de España y contestación del Excmo. Sr. D. Jorge Rodríguez-Zapata Pérez.

## Newsletter penal

MORENO, R., *La Fiscalía pide 6 años y medio de cárcel para un hombre que falsificaba obras de Chillida y otros artistas para venderlas* (Conflegal)

PALOMO, P., *La madre de Olivia se enfrentará a la prisión permanente, creen los expertos* (SPORT)

PEREA GONZALEZ, A., *La justicia tardía o el gato de Cheshire* (Cinco Días)

REAL, A., *Cómo es el delito de rebelión en Europa y sus diferencias con el de sedición* (Newtral)

REDACCION, *Pillan a una abogada reenviado a una amiga todos los emails intercambiados con un cliente* (Economist & Jurist)

TORRAS COLL, J.M., *El informe final y el derecho a la última palabra* (Conflegal)

### **b) Entrevistas de interés**

CALAZA, S., *La Fiscalía Europea cumple un año en España* (Diario Laley)

MORALES PRATS, F.; TRALLERO MASO, A.; RECLUSA, A.; SANCHEZ, L., *Expertos penalistas advierten que con la reforma del tipo penal de sedición «se puede dar la impresión de que la división de poderes se resiente»* (Economist & Jurist)

MORENO, R., *Juan Antonio Frago: ‘España no está preparada para la lucha penal contra la competencia desleal’* (Conflegal)

## Newsletter penal

REDACCION, *María Emilia Casas, expresidenta del TC: “La ley de violencia de género debería haber sido más efectiva”* (Economist & Jurist)

### Eventos relacionados con el Derecho penal

#### **La trasposición de la Directiva 2019/1937 sobre Wishtleblowers. Una mirada crítica desde todos los operadores jurídicos**

La Real Academia Europea de Doctores acoge esta Jornada el próximo día 17 de noviembre de 2022. Participan representantes del Ministerio Fiscal, la Oficina Antifraude, Poder Judicial, Empresa y Abogacía, todos ellos moderados por el Prof. Fermín Morales Prats, Catedrático de Derecho penal de la UAB y socio de Morales Abogados penalistas. [Ver programa](#)

#### **Conferencia Anual sobre Justicia Penal de la UE 2022**

El ICAB, junto a la Academia de Derecho Europeo, ha organizado esta conferencia que tendrá lugar los días 17 y 18 de noviembre en el Colegio y que versará sobre asuntos tales como: la orden europea y sus características claves, la novedosa Fiscalía europea, los delitos en la “Era Digital”, entre otros. El evento será en inglés.

#### **Conferencia: La modificación del Código Penal en materia de imprudencia en la conducción de vehículos a motor. ¿El regreso del Juicio de faltas? Opinión de los distintos sectores implicados**

La Sección de Derecho de la Circulación del ICAB ha organizado esta conferencia, en modalidad *on-line* y presencial, que tendrá lugar



## Newsletter penal

el día 21 de noviembre a las 18:00 h. Contará con la ponencia, entre otras, de la Magistrada, la Ilma. Sra. D.<sup>a</sup> Cristina Ferrando Montalvá, Decana de los Juzgados de Instrucción de Barcelona.