

## Newsletter penal

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

#### **SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO 879/2022, DE 8 DE NOVIEMBRE DE 2022**

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

**Asunto: La consideración de delito continuado grave no es suficiente para que se considere cumplido el subtipo agravado del delito de grupo u organización criminal por comisión de delitos graves.**

La Sala Segunda tiene la ocasión de analizar cuando una organización o grupo criminal merece el reproche recogido en el inciso final del apartado 1º del artículo 570 bis CP referente a la comisión de delitos graves.

Partiendo de la pluralidad de delitos que deslindan los conceptos de codelincuencia de los de grupo u organización criminal, el Alto Tribunal aprovecha para señalar que el concepto “*delitos*” en esta tipificación refiere a la pluralidad de hechos que sustentan la posterior calificación jurídica, la de “*delitos*” en *stricto sensu*.

En consecuencia, la calificación como delito continuado no evita la consideración de pluralidad de “*delitos*” a efectos del grupo u organización criminal. No obstante, y a efectos de valorar si estos son graves o no graves, habrá de estarse a cada uno de los episodios que componen la pluralidad delictiva.

Por ello, apunta la Sala Casacional 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

*“Aquí el concierto se estableció para cometer una pluralidad de delitos no graves (defraudaciones encuadrables en el art. 248 CP) que acaban reunidos en un único delito continuado grave (art. 250). No podemos estar al resultado de la aplicación del art. 74 CP, sino a las acciones individualmente consideradas. Cada una de ellas constituía un delito no grave; o, al menos, del hecho probado no puede deducirse otra cosa.”*

Consecuentemente, no procede la aplicación del subtipo agravado por comisión de delitos graves al no cumplir con dicho requisito cada uno de los episodios que sustentaban la continuidad delictiva aplicada.

### **SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO 854/2022, DE 27 DE OCTUBRE DE 2022**

**Ponente: Excm. Sra. D.ª Ana María Ferrer García**

**Asunto: La introducción *per saltum* de motivos de impugnación en casación.**

Resuelve el Alto Tribunal un recurso de casación sobre una condena por delito de blanqueo de capitales centrándose en examinar el tipo subjetivo de la conducta. Este motivo no fue expresamente recogido en el recurso, sin embargo, entiende el Tribunal Supremo que:

*“la cuestión concerniente a la concurrencia de ese elemento subjetivo es consecuencia derivada del planteamiento que sustenta aquel y perfectamente insertada en el ámbito de revisión que faculta la invocación de quebranto de la garantía de presunción de inocencia.[...]”*

*[...]El análisis que acometemos queda abarcado por la voluntad impugnativa, y prescindir del mismo aferrados a formalismos exacerbados comprometería seriamente la garantía de tutela judicial efectiva.”*

Por lo que, señala la Sala Segunda que es totalmente pertinente la valoración del elemento subjetivo en sede casacional, clave para

## Newsletter penal

sostener la culpabilidad que la recurrente cuestiona, ante lo que califica un silencio clamoroso en la sentencia de primera instancia y posteriormente en apelación.

Y ello lo apuntala afirmando que:

*“la presunción de inocencia implica que la decisión de condena debe venir avalada por la constatación de la existencia de motivos, en los que se funde la afirmación de los elementos del delito. Por ello, al decidir el recurso cuando se invoca su vulneración, ha de examinarse si es aceptable o no la afirmación de que tales motivos existen.”*

Frente a este debate admitido en casación, el Excmo. Sr. Magistrado D. Antonio del Moral García, emite un voto discrepante. Argumenta que la discusión aquí suscitada; no es que sea introducida *per saltum* de alegaciones previas de defensa olvidadas en apelación, propio esto de lo que la Sala Segunda venía denominando efecto *Guadiana*, sino que se ha creado finalmente durante la resolución del recurso, lo que el magistrado discrepante denomina “*motivo Fontibre*” por la expresividad del concepto. Y es que, según señala el voto particular, esta línea de defensa no fue esgrimida ni implícita ni explícitamente por la ahora recurrente.

Finaliza trayendo a colación la doctrina de la voluntad impugnativa, que alega la parte mayoritaria de la Sala, para exponer que:

*“debe ser manejada con muchas cautelas; más en los supuestos en que se ha contado ya con una previa apelación. La radicalidad de nuestra doctrina en el rechazo de motivos per saltum, no alegados en apelación no es armonizable con esa flexibilidad en el manejo de la voluntad impugnativa. [...] No puede convertirse nunca la voluntad impugnativa en vía oblicua por la que, con erosión del principio de contradicción, se escamotea el tema no suscitado a la posibilidad de impugnación de las partes recurridas...”*

## Newsletter penal

### **SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO 885/2022, DE 10 DE NOVIEMBRE DE 2022**

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

**Asunto: El magistrado que participe en la admisión de la querrela no puede formar parte del tribunal enjuiciador aunque no haya sido el instructor.**

Analiza el Tribunal Supremo si los magistrados que componían la Sala que decidió sobre la admisión a trámite de la querrela pueden enjuiciar posteriormente los hechos, ya que puede suponer una vulneración del derecho a un tribunal imparcial, que deriva del derecho a una tutela judicial efectiva.

Señala la Sala Casacional, que el examen que se le aplica a la querrela para decidir sobre su admisibilidad es meramente preliminar y que conlleva interpretar los hechos como ciertos, solo hipotéticamente, para decidir si son susceptibles de constituir delito – ex artículo 313 LECRIM –.

Esta lectura del proceso de admisión de una querrela venía estableciendo con carácter general que no era incompatible que el mismo juez formara parte del tribunal enjuiciador, ya que no habría supuesto una toma de postura ni se hubiera entrado en la calificación jurídica posible. No obstante, y en palabras de la Sala Segunda:

*“este Tribunal Supremo se ha encargado de recordar que no es factible identificar un catálogo de resoluciones que, de manera inequívoca, comporten una actividad jurisdiccional inhabilitante para la posterior integración del Tribunal de enjuiciamiento, --ni tampoco un listado paralelo de resoluciones que en ningún caso comportarían ese efecto--, siendo preciso indagar, en cada supuesto concreto, si la decisión adoptada previamente supone o no la expresión de alguna clase de toma de postura valorativa acerca de extremos que deberán ser después objeto relevante del juicio.”*

## Newsletter penal

Desestimada por la Sala especial del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña la recusación pretendida por el justiciable, el Tribunal Supremo, tras recordar el desarrollo dado al derecho a un tribunal imparcial por nuestro Tribunal Constitucional, así como por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, señala que:

*“...no basta que tales dudas relativas a la imparcialidad de los magistrados surjan en el ánimo de cualquiera de las partes, sino que es preciso determinar caso a caso si las mismas alcanzan una consistencia tal que permita afirmar que se hallan objetiva y legítimamente justificadas...”*

Expuestos sumariamente en sede casacional los hechos enjuiciados para comprobar el eventual paralelismo entre estos y las valoraciones que contenían los autos de admisión de querrela y de desestimación de los recursos de súplica, la Sala Segunda conviene en la similitud entre ambos, ordenando la retroacción de las actuaciones al momento inmediatamente anterior al juicio oral:

*“...hemos de constatar que la mayor parte de ellos, la sustancial, aparecía ya, a modo de "píldora", guion o apretado resumen, contenida en el auto de 16 de marzo de 2017, por el que se desestimaba el recurso de súplica interpuesto contra la admisión de la querrela, a cuyo dictado concurren dos de los Magistrados que formaron después parte del órgano de enjuiciamiento.”*

### **SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE GALICIA 102/2022, DE 8 DE NOVIEMBRE DE 2022**

**Ponente: Ilmo. Sr. D. José Antonio Varela Agrelo**

**Asunto: Rebaja penológica derivada de la aplicación de la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual.**

## Newsletter penal

A modo ilustrativo, se recoge esta sentencia dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Galicia que, en aplicación de la nueva LO 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual, rebaja la pena impuesta por un delito de agresión sexual.

Tal y como explicábamos en nuestra Newsletter número 10, se introducían importantes rebajas en los marcos de penas en delitos como el de agresión sexual. La Sala de lo Civil y de lo Penal del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, señala, en su Fundamento Jurídico CUARTO, que:

*“Se comparte con el Ministerio Fiscal que, siendo más favorable al reo ha de aplicarse de oficio, y al ser, la pena mínima tras dicha reforma de CUATRO AÑOS, habrá que modificar en dicho extremo la sentencia pues en dicho grado fue el fijado por la Sala de instancia.”*

La resolución, apoyada por el Ministerio público, es anterior, en todo caso, al Decreto de la Fiscalía General del Estado (reproducido en el apartado de novedades legislativas), por el que se establece que la revisión solo procederá cuando la pena efectivamente impuesta exceda en abstracto de la que correspondería imponer en aplicación de los preceptos de la nueva legislación penal.

## Newsletter penal

### Modificaciones legislativas

#### **PROPOSICIÓN DE LEY ORGÁNICA 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**

La Proposición de Ley Orgánica tiene como fin introducir modificaciones sustanciales en nuestro Código Penal en múltiples y muy diversos ámbitos; como por ejemplo, en la regulación existente hasta ahora en los delitos de estafa, falsificación de tarjetas de crédito, o el delito de sedición – que desaparecerá –; entre otros.

En primer lugar, se propone la introducción de un inciso final en el artículo 173.1 CP, que tipifica la conducta de ocultamiento del paradero del cadáver a familiares o allegados. Desarrolla su conveniencia en la exposición de motivos al señalar el daño que esta actuación provoca a los familiares y el injusto añadido que supone, siendo merecedor de un reproche penal diferenciado.

En segundo lugar, se pretende modificar la actual regulación de las defraudaciones, lo que supone diversos cambios:

- por un lado, sobre la sistemática, pues la pena, actualmente comprendida en el artículo 249 CP, pasa a ocupar el segundo párrafo del artículo 248 CP, acompañando a la redacción clásica del delito de estafa y desplazándose la estafa informática, actualmente en el apartado 2 del artículo 248 CP, al artículo 249 CP.
- por otra parte, se pretende la ampliación de los verbos típicos del delito de estafa informática, para lo que se incluiría el siguiente inciso:

## Newsletter penal

*“obstaculizando o interfiriendo indebidamente en el funcionamiento de un sistema de información o introduciendo, alterando, borrando, transmitiendo o suprimiendo indebidamente datos informáticos...”*

- asimismo, se propone añadir en la letra b) del actual redactado, posterior a las tarjetas de crédito o débito, y a los cheques de viaje, *“o cualquier otro instrumento de pago material o inmaterial distinto del efectivo”*, cubriendo los nuevos modos de pago existentes como pueden ser monedas virtuales u otros criptoactivos. Complementa esta redacción con la tipificación agravada del que *“posean, adquieran, transfieran, distribuyan o pongan a disposición de terceros”* cualquiera de los instrumentos anteriormente referidos a los que les corresponderá la pena en su mitad superior.

En tercer lugar, se propone añadir un tercer párrafo al artículo 262 CP, referente al delito de alteración de precios en concursos o subastas públicas. Una opción de política criminal por el que se incluiría una cláusula de exención para aquellos *“directores, administradores de hecho o de Derecho, gerentes y otros miembros de personal actuales y anteriores de cualquier sociedad”* que cesen en su actividad ilícita y empiecen a cooperar con las autoridades. Se recoge en la Proposición un conjunto de requisitos para que se entienda por cumplida esta cooperación. Lo mismo sucedería, y así se pretende con los cambios propuestos sobre el artículo 288 bis CP, en los delitos tipificados en los artículos 281 y 284 CP.

En cuarto lugar, se igualan en la proposición las penas previstas para la conducta recogida en el apartado 5 del artículo 285 CP con las del resto del precepto. Actualmente, esta conducta contaba con una rebaja penológica de un grado en comparación con el resto de las conductas del citado artículo.

En quinto lugar, se apela a la necesidad de modificar la regulación sobre los delitos de falsificación de tarjetas de crédito o



## Newsletter penal

débito y cheques de viaje, que incluiría también el inciso referente a monedas virtuales o criptoactivos con el siguiente redactado: “*cualquier otro instrumento de pago distinto del efectivo*”. Esto sucederá tanto en el artículo 399 bis, como en el 400 CP. Se añadirá también en un nuevo apartado 4 del artículo 399 bis CP, la conducta del que posea u obtenga, con el fin de su uso fraudulento y con conocimiento de su falsedad, con cualquiera de estos medios de pago correspondiéndole una pena de 1 a 2 años. Con el fin de determinar el concepto ahora introducido, se propone una interpretación auténtica en un nuevo artículo 399 ter CP:

*“...cualquier dispositivo, objeto o registro protegido, material o inmaterial, o una combinación de estos, exceptuada la moneda de curso legal, que, por sí solo o en combinación con un procedimiento o conjunto de procedimientos, permite al titular o usuario transferir dinero o valor monetario incluso a través de medios digitales de intercambio.”*

En sexto lugar, el capítulo I del Título XXII, el Gobierno propone al Parlamento la supresión del delito de sedición. Las conductas que están previstas en este articulado, pasan en el articulado a ser consideradas propias de un delito agravado de desórdenes públicos, recogido en el artículo 557 y ss. CP.

Finalmente, se propone una significativa ampliación del ámbito de lo prohibido en el contrabando de tecnologías de doble uso, mediante la introducción de las figuras de conspiración y proposición.

### **DECRETO DEL FISCAL GENERAL DEL ESTADO DE 21 DE NOVIEMBRE DE 2022**

El Fiscal General del Estado, el Ilmo. Sr. D. Álvaro García Ortiz, ha emitido un Decreto para que todos los integrantes del Ministerio Público den una respuesta uniforme que garantice el principio de unidad de actuación ante las revisiones de sentencias firmes derivada de la entrada en vigor de la LO 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual.

## Newsletter penal

El decreto establece que no se revisarán las condenas firmes cuando la pena impuesta en la sentencia sea susceptible de ser impuesta con arreglo al nuevo marco legal resultante de la reforma; es decir, la revisión sólo procederá cuando la pena efectivamente impuesta exceda en abstracto de la que correspondería imponer en aplicación de los preceptos de la nueva legislación penal.

Asimismo, cada procedimiento deberá ser analizado individualmente, huyendo de automatismos que impidan valorar las concretas circunstancias concurrentes en cada caso.

### Novedades doctrinales

#### Libros

JIMENEZ LOPEZ, M. N.; y FONTESTAD PORTALES, L. (coord.) (2022) *El uso de las TICs en la cooperación jurídica penal internacional. Construyendo la sociedad digital del futuro*, Ed. COLEX, A Coruña.

PEREZ LARA, J. M.; y LOPEZ MARTINEZ, J. (2022) *Prevención y lucha contra el fraude fiscal. Análisis sistemático de la Ley 11/2021, de 9 de julio*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia.

SILVA SANCHEZ, J. M. (2022) *El riesgo permitido en Derecho penal económico*, Ed. Atelier, Barcelona.

## Newsletter penal

### Artículos

#### Legal Industry Reviews, España

AYALA GOMEZ, I.; PEÑARANDA EZPONDABURU, A.; Las tendencias extensivas en la interpretación en el dolo del delito fiscal. Noviembre, Vol. N.º 6, pág. 29.

CURERO, A., Conductas corruptas y gestión de los conflictos de interés. Noviembre, Vol. N.º 6, pág. 28.

#### Almacén de Derecho

DE LA MATA BARRANCO, N. J., ¿Reformar el delito de malversación?. 14 de noviembre de 2022.

DE LA MATA BARRANCO, N. J., Disposiciones transitorias y Derecho Penal. 20 de noviembre de 2022.

DE LA MATA BARRANCO, N. J., Op. Ed. ¿Puede salir de prisión un agresor sexual con la nueva Ley de garantía integral de la libertad sexual?. 16 de noviembre de 2022.

RAMON RIBAS, E., El polémico régimen de penas de la Ley del 'solo-sí-es-sí'. 22 de noviembre de 2022.

## Newsletter penal

### Diario LaLey, Wolters kluwer\*

DEL ALCAZAR VILADOMIU, C., *El alcance del derecho a no declarar y consecuencias de su renuncia: cuando la declaración del investigado se convierte en prueba de cargo.* N.º 10170, Sección Tribuna, 15 de noviembre de 2022.

DOLZ LAGO, M.-J., *Caso «ERES de Andalucía»: condena del ex presidente de la Junta por delito de prevaricación administrativa en concurso medial con malversación de caudales públicos.* N.º 10174, Sección Comentarios de jurisprudencia, 22 de noviembre de 2022.

ECHANDIA ESTEBAN, A.; ORTEGA CALDERON, J. L.; *Reflexiones entre fiscales sobre diligencias y plazos de instrucción (1ª Parte): Vencimiento del plazo y diligencias admisibles.* N.º 10171, Sección Tribuna, 16 de noviembre de 2022.

VERCHER NOGUERA, A., *El Consejo de Europa y las perspectivas de futuro sobre la protección penal del medio ambiente por parte del Ministerio Fiscal.* N.º 10171, Sección Tribuna, 16 de noviembre de 2022.

### VLex†

DEL ALCAZAR VILADOMIU, C., *Derecho a la presunción de inocencia en el proceso penal.* Revista de Derecho vLex, Núm. 222, noviembre de 2022.

---

\* Este contenido está accesible bajo suscripción de pago.

† Este contenido está accesible bajo suscripción de pago.

## Newsletter penal

Directiva antiblanqueo: la disposición que establece que la información sobre la titularidad real de las sociedades constituidas en el territorio de los Estados miembros esté en todos los casos a disposición de cualquier miembro del público en general es inválida. Blog de actualidad de vLex, Núm. 221, noviembre de 2022.

### **Practico Procesal penal, vLex\***

BARRIENTOS PACHO, J. M., Casación en el proceso penal. Noviembre de 2022.

BARRIENTOS PACHO, J. M., Derecho a la tutela judicial efectiva en el proceso penal. Noviembre de 2022.

### **Novedades doctrinales en medios de comunicación**

#### **a) Artículos**

DE PABLO HERMIDA, J. M., La revisión de penas de la ley de “solo sí es sí” explicada con una fábula (Cinco Días)

EFE, El Gobierno trabaja en la reforma de los delitos laborales en el Código Penal (Expansión)

EFE, Por qué en La Rioja se han revisado 54 condenas por delitos sexuales y no se ha rebajado ninguna (Expansión)

---

‡ Este contenido está accesible bajo suscripción de pago.

## Newsletter penal

FERNANDEZ TERUELO, J.; ORTIZ, A. M.; *El abogado de La Manada pedirá que se rebaje la pena a uno de los condenados antes del sábado* (El Mundo)

GARCIA DAVID, A. J., *Aspectos relevantes en el delito de robo con fuerza, comentario a la sentencia del Supremo de 7 de febrero de 2022* (Economist & Jurist)

MADRIGAL, C.; BLANCO VALDES, R.; BORREGO, J.; GARRIDO, V.; FLORES, C.; y JAMARDO, M.; *El Supremo lamenta que con el nuevo Código Penal el 'proceso' «habría quedado impune»* (El Debate)

MIGUEL BARJOLA, J., *Prisión para una abogada que filtró el divorcio de su cliente a una amiga* (Cinco Días)

PERAL, M., *La asociación mayoritaria de fiscales dice que es falso que el Derecho de la UE exija quitar la sedición* (El Español)

PEREA GONZALEZ, A., *La sedición es el precio* (El Español)

PEREZ-CRUZ, A., *El manto de Penélope* (La Razón)

RECLUSA ETAYO, A., *La Ley del 'solo sí es sí' y la revisión de condenas* (El Correo)

QUINTERO OLIVARES, G., *De la sedición al desorden público* (El Mundo)

TOMAS, E., *El Ministerio de Igualdad, «sí o sí» a revisión* (Confilegal)

TRALLERO, A., *La reforma de la sedición y el cadáver de Julio Cesar* (El Economista)

## Newsletter penal

WALSER BOSERMAN, J., *Denuncias al Ministerio Fiscal en el proyecto de ley de Whistleblowing: incompatibilidad con nuestro sistema procesal penal* (Cinco Días)

### **b) Entrevistas de interés**

VALDES, B., *Juan Antonio Frago: "El TS sólo podrá revisar casos del sí es sí cuando no haya todavía sentencia firme"* (Confilegal)

### **c) Podcasts**

*Análisis de la ley del "Sólo sí es sí" con el fiscal Antonio Roma*  
(Podcast LA LEY)

## Newsletter penal

### Eventos relacionados con el Derecho penal

#### **Mesa Redonda: Contextualización del Delito de Sedición conforme a la legislación de los países europeos**

El Institut I+Dret del ICAB han organizado esta mesa redonda que tendrá como tema de debate el encaje del delito de sedición dentro de los diferentes sistemas penales europeos de nuestro entorno.

Contará con las ponencias de los Catedráticos de Derecho penal, el Sr. Gonzalo Quintero Olivares y el Sr. Jacobo Dopico Gómez-Aller, así como con la participación del Ilmo. Sr. D. Miguel Pasquau Liaño, Presidente de la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, y de la Sra. Esther Giménez-Salinas i Colomer, Síndica de Greuges de Cataluña.

Tendrá lugar el día 28 de noviembre a las 18:30 h en la octava planta del Colegio.