



Javier I. Reyes López
Magistrado Juez de Instrucción nº 1
Decano de Alcalá de Henares

**RESEÑA DE JURISPRUDENCIA
SALA 2ª TRIBUNAL SUPREMO**

RESEÑA JURISPRUDENCIA SALA 2ª TRIBUNAL SUPREMO

Sumario: 1.- DELITO DE ASESINATO / REQUISITOS APRECIACIÓN ATENUANTE DE CONFESIÓN. STS 44/2023, de 30 de enero.; 2.- DIFERENCIA SUSTANTIVA ENTRE GRUPO Y ORGANIZACIÓN CRIMINAL. STS 130/2023, de 1 de marzo.; 3.- DELITO CONTRA LOS DERECHOS DE LOS TRABAJADORES. STS 34/2023 de 25 de enero.; 4.- DELITO DE ESTAFA Y EL DEBER DE AUTOPROTECCIÓN. STS 46/2023 de 1 de febrero de 2023; 5.- DELITO DE REVELACIÓN DE SECRETOS. STS 112/2023, de 20 de febrero.; 6.- NUEVO DELITO DE AGRESIÓN SEXUAL Y RETROACTIVIDAD DE LA LEY PENAL MÁS FAVORABLE AL REO. STS 61/2023 de 7 de febrero.; 7.- DELITO CONTRA EL PATRIMONIO MEDIANTE EL MÉTODO DEL ABRAZO. STS 57/2023 de 6 de febrero de 2023.; 8.- EL DERECHO A LA INTIMIDAD ECONÓMICA. EL ACCESO POLICIAL A DATOS BANCARIOS Y FINANCIEROS SIN AUTORIZACIÓN JUDICIAL. STS 434/2021 de 20 de mayo.; 9.- DELITO DE BLANQUEO DE CAPITALS. STS 52/2023 de 2 de febrero.; 10.- CONCEPTO DE CONSENTIMIENTO EN DELITOS CONTRA LA LIBERTAD SEXUAL A PARTIR DE LA ENTRADA EN VIGOR DE LA LO 10/2022. STS 10/2023 de 19 de enero.; 11.- EXPLICACIÓN OBJETIVA DE LA ACTIVIDAD POLICIAL DE VIGILANCIA EN UN ESPACIO PÚBLICO. STS 30/2023, de 25 de enero.; 12.- RETIRADA DEL PASAPORTE Y LIQUIDACIÓN DE CONDENA. STS 129/2023 de 1 de marzo.

1.- DELITO DE ASESINATO / REQUISITOS APRECIACIÓN ATENUANTE DE CONFESIÓN. STS 44/2023, de 30 de enero¹.

1.1.- Antecedentes de hecho.

El Juzgado de Instrucción nº 9 de Granada instruyó la causa por jurado nº 2/2020 contra Eulogio, por los delitos de asesinato y tenencia ilícita de armas y una vez concluso, lo remitió a la Sección 2ª de la Audiencia Provincial de Granada, que en el rollo de jurado nº 1/2021, dictó sentencia nº 400/2021 de fecha 26 de octubre de 2021, que contiene los siguientes hechos probados: Sobre las 14:30 horas del día 8 de febrero de 2020, el acusado Eulogio, mayor de edad, con antecedentes penales no computables a efectos de reincidencia, abordó a Héctor, de 31 años de edad, en los alrededores del denominado Puente de la Virgen de la localidad de Pinos Puente. Ambos mantenían diferencias anteriores. Ese día iniciaron una discusión a propósito del aparcamiento del vehículo de Héctor en la citada vía, al entender Eulogio que obstaculizaba la circulación de automóviles por dicha calle y particularmente la del suyo. En el curso de tal discusión el acusado, sorpresivamente y con intención de causarle la muerte, con una escopeta

¹ Base de datos del CENDOJ, STS 44/2023, Penal sección 1 del 30 de enero de 2023 (ROJ: STS 254/2023 - ECLI:ES:TS:2023:254). Ponente Excmo. Sr. D. Juan Ramón Berdugo de la Torre.

previamente modificada, con los cañones y culata recortados, calibre 12, disparó a Héctor apoyando su cañón a muy corta distancia en la zona de la oreja derecha, y ligeramente desde atrás hacia delante, sin que éste tuviera capacidad de reacción. Las heridas descritas provocaron el inmediato fallecimiento de Héctor. El acusado, a continuación, se dirigió al acuartelamiento de la Guardia Civil, y expresó a los agentes allí presentes "sí, soy yo el que ha pegado los tiros, allí se ha quedado tirado. He hecho las cosas como las hacen los tíos" y a continuación les entregó la escopeta empleada.

1.2.- Fundamentos jurídicos.

Analiza esta sentencia dos cuestiones de fondo. De un lado, la concurrencia de la alevosía y de otro, la no concurrencia de la atenuante de confesión.

De tal relato fáctico expuesto, la concurrencia de la alevosía no puede ser cuestionada. En cuanto a su naturaleza, aunque esta Sala unas veces ha destacado su carácter subjetivo, lo que supone mayor culpabilidad, y otras su carácter objetivo, lo que implica mayor antijuricidad, en los últimos tiempos aun admitiendo su carácter mixto, ha destacado su aspecto predominante objetivo pero exigiendo el plus de culpabilidad, al precisar una previa elección de medios disponibles, siendo imprescindible que el infractor se haya representado un actuar que suprime todo eventual riesgo y toda posibilidad de defensa procedente del ofendido y desea el agente obrar de modo consecuencia a lo proyectado y representado. En cuanto a la eliminación de toda posibilidad de defensa de la víctima, debe ser considerada desde la perspectiva de su real eficacia siendo compatible con intentos defensivos ínsitos en el propio instinto de conservación" (STS 13 de marzo de 2000).

Por ello, esta Sala arrancando de la definición legal de la alevosía, refiere invariablemente la concurrencia de los siguientes elementos (STS 155/2005 de 15 de febrero y 375/2005 de 22 de marzo): a) En primer lugar, un elemento normativo. La alevosía solo puede proyectarse a los delitos contra las personas. b) En segundo lugar, un elemento objetivo que radica en el *modus operandi*, que el autor utilice en la ejecución medios, modos o formas que han de ser objetivamente adecuados para asegurarla mediante la eliminación de las posibilidades de defensa, sin que sea suficiente el convencimiento del sujeto acerca de su idoneidad. c) En tercer lugar, un elemento subjetivo, que el dolo del autor se proyecte no sólo sobre la utilización de los medios, modos o formas empleados, sino también sobre su tendencia a asegurar la ejecución y su orientación a impedir la defensa del ofendido, eliminando así conscientemente el posible riesgo que pudiera suponer para su persona una eventual reacción defensiva de aquél. Es decir, el agente ha de haber buscado intencionadamente la producción de la muerte a través de los medios indicados, o cuando menos, aprovechar la situación de aseguramiento del resultado, sin riesgo y d) en cuarto lugar, un elemento teleológico, que impone la comprobación de si en realidad, en el caso concreto, se produjo una situación de total indefensión, siendo necesario que se aprecie una mayor antijuricidad en la conducta derivada precisamente del *modus operandi*, conscientemente orientado a aquellas finalidades (STS. 1866/2002 de 7 de noviembre).

Entre las distintas modalidades ejecutivas de naturaleza alevosa, esta Sala por ejemplo STS 49/2004 de 22 de enero, viene distinguiendo: a) alevosía proditoria, equivalente a la traición y que incluye la asechanza, insidia, emboscada o celada, situaciones en que el sujeto agresor se oculta y cae sobre la víctima en momento y lugar

que aquélla no espera; b) alevosía súbita o inopinada, llamada también "sorpresiva", en la que el sujeto activo, aun a la vista o en presencia de la víctima, no descubre sus intenciones y aprovechando la confianza de aquélla actúa de forma imprevista, fulgurante y repentina. En estos casos es precisamente el carácter sorpresivo de la agresión lo que suprime la posibilidad de defensa, pues quien no espera el ataque difícilmente puede prepararse contra él y reaccionar en consecuencia, al menos en la medida de lo posible. Esta modalidad de alevosía es apreciable en los casos en los que se ataca sin previo aviso; c) alevosía de desvalimiento, que consiste en el aprovechamiento de una especial situación de desamparo de la víctima, como acontece en los casos de niños de corta edad, ancianos debilitados, enfermos graves o personas invalidas, o por hallarse accidentalmente privada de aptitud para defenderse (dormidas, drogada o ebria en la fase letárgica o comatosa) y d) En cuanto a la alevosía sobrevenida se produce cuando no se halla presente en el comienzo de la acción, pero tras una interrupción temporal se reanuda el ataque, aunque sea de distinta forma o modo, durante el que surge el aprovechamiento de la indefensión del agredido, propiciada por la intervención de terceros o también por el propio agente (SSTS 1115/2004 de 11 de noviembre, 550/2008 de 18 de septiembre, 640/2008 de 8 de octubre, 790/2008 de 18 de noviembre).

El segundo elemento objeto de estudio en esta sentencia, es la concurrencia de la atenuante de confesión.

Efectivamente, es cierto que el acusado, nada más ocurrir los hechos, se personó en las dependencias de la Guardia Civil de Pinos Puente, y dijo a los agentes allí presentes "sí soy yo el que ha pegado los tiros, allí se ha quedado tirado. He hecho las cosas como las hacen los tíos". Lo que sucede es que, a partir de ese momento, su afán de colaboración con las autoridades para un objetivo esclarecimiento de los hechos carece de sostén probatorio alguno, porque en distintas actuaciones judiciales, instrucción y plenario, el acusado ha venido ofreciendo una versión de los hechos bien distinta y absolutamente distorsionada de lo que efectivamente aconteció, y además en aspectos sustanciales de la misma, lo que impide que pueda apreciarse la citada atenuante de confesión. Comenzando por sus declaraciones en el acto del plenario, no es ocioso recordar que dicha intervención mereció en la sentencia del Jurado el calificativo de "novedosa versión exculpatoria", y es que el acusado, en juicio, ofreció una versión de los hechos totalmente diferente a la que dio el día de los hechos ante los agentes de la guardia civil de Pinos Puente. No sobre aspectos colaterales de la misma, sino sustanciales que incidían, según él, en el carácter fortuito o accidental del resultado de muerte de Héctor, la víctima.

El acusado sostuvo en el Plenario que Héctor le había disparado antes a él, que, por tal motivo, y teniendo miedo, se introdujo en su casa para proveerse de armas, concretamente dos, y que al salir de nuevo a la calle, volverse a encontrar a Héctor, ahora despojado del arma con la que previamente le había disparado, forcejeó con éste, y que como consecuencia de esta última acción se produjo un disparo de forma accidental. Esta versión de los hechos, manifiestamente exculpatoria y contradictoria con lo sucedido, fue rechazada tajantemente en la sentencia del Jurado. Se constata igualmente que, durante la instrucción de la causa y antes de la celebración del juicio, sus declaraciones ya se alejaron sustancialmente de lo expuesto en las dependencias de la Guardia Civil, incluso cuando fue reconocido por los médicos forenses adscritos al Instituto de Medicina Legal de Granada, refiere que fue a buscarlo para asustarle y forcejeando le disparó sin quererlo.

En definitiva, su actitud en el proceso, dejando al margen el acto inicial de dirigirse al cuartel de la Guardia Civil a contar lacónicamente y sin atisbo de arrepentimiento alguno como la propia frase dicha en ese momento indica, al contrario de lo que la atenuante reclama, no ha contribuido en forma alguna al esclarecimiento y determinación objetiva de los hechos ocurridos, sino que además ha dificultado en cierta medida las investigaciones sobre los mismos, de modo que el reconocimiento de esta atenuante contraviene una consolidada y reiterada doctrina jurisprudencial que exige que la confesión sea veraz en lo sustancial y que ha de mantenerse a lo largo de las diferentes manifestaciones realizadas en el proceso, también en lo sustancial.

1.3.- Conclusiones

- 1) En cuanto a la naturaleza jurídica de la alevosía, aunque el TS unas veces ha destacado su carácter subjetivo, lo que supone mayor culpabilidad, y otras su carácter objetivo, lo que implica mayor antijuricidad, en los últimos tiempos aun admitiendo su carácter mixto, ha destacado su aspecto predominante objetivo pero exigiendo el plus de culpabilidad, siendo imprescindible que el infractor se haya representado que su actuación suprime todo eventual riesgo y toda posibilidad de defensa procedente del ofendido y desea el agente obrar de modo consecuencia a la proyectado y representado.
- 2) Respecto de la atenuante de confesión, es obvio que, proyectando la consolidada doctrina jurisprudencial sobre la veracidad y persistencia de la confesión al caso sujeto a examen casacional, la atenuante de confesión del art. 21.4ª, incluida en apelación por la sentencia recurrida, no resulta admisible y debe ser rechazada porque el acusado, en las diferentes declaraciones prestadas tanto en la fase de instrucción como en el juicio oral, ha trasladado una versión de los hechos absolutamente inveraz en todos los aspectos sustanciales con el fin de eludir completamente la responsabilidad penal, pretendiendo así distorsionar la realidad de lo sucedido y dificultar las labores de investigación de los hechos.

2.- DIFERENCIA SUSTANTIVA ENTRE GRUPO Y ORGANIZACIÓN CRIMINAL. STS 130/2023, de 1 de marzo².

2.1.- Antecedentes de hecho

El Juzgado de Instrucción núm. 2 de Algeciras, incoó diligencias previas con el núm. 1071/2015, por un presunto delito contra la salud pública, en la modalidad de sustancias que causan grave daño a la salud, y otro de integración en grupo criminal contra varias personas, y una vez concluso, lo remitió para su enjuiciamiento a la Audiencia Provincial de Cádiz, cuya sección de Algeciras dictó, en el Rollo núm. 67/2018, sentencia el 11 de diciembre de 2020, que contiene los siguientes hechos probados: "...en el mes de julio del año 2015, fruto de las tareas de captación, elaboración y análisis de informaciones recibidas, se inició por parte de la Policía Judicial una investigación sobre un grupo de personas que estaría introduciendo grandes cantidades de cocaína a través del Puerto de Algeciras. Dichas personas contaban con numerosos antecedentes policiales y habían sido

² STS, Penal sección 1 del 01 de marzo de 2023 (ROJ: STS 619/2023 - ECLI:ES:TS:2023:619). Sentencia: 130/2023. Recurso: 4054/2021. Ponente Excm. Sra. Dña. Carmen Lamela Díaz.

investigados en operaciones antidroga precedentes. A partir de numerosas medidas de investigación tecnológica, pudo conocerse la forma de actuar de este grupo. D. Vidal, alias " Epifanio", era el principal responsable del grupo. Su misión consistía en contactar con los proveedores de estupefaciente y organizar todas las fases del transporte. D. Jose Pablo era la persona encargada de organizar la recepción del estupefaciente en territorio español, y ejercía funciones de intermediación entre D. Vidal y con los miembros del grupo encargados de sacar el estupefaciente. En el último eslabón se encontraba D. Carlos María, quién era el responsable de facilitar a los restantes miembros del grupo un lugar donde pudiesen almacenar la sustancia estupefaciente. Con este fin, el acusado poseía dos naves industriales sitas en la Calle Miguel Servet y en el Polígono industrial "La Gallarda" de la localidad de Sanlúcar de Barrameda, que iban a ser destinadas al ocultamiento de la sustancia estupefaciente.

El grupo pretendía organizar los transportes de cocaína de la siguiente manera: la sustancia estupefaciente debía ser introducida en territorio español a través de contenedores de transporte marítimo provenientes de Sudamérica, dentro de los cuales se introducía la droga oculta en bolsas de deporte. Una vez que el contenedor era depositado en el Puerto de Algeciras, normalmente en condición de mercancía en tránsito, la cocaína sería extraída del contenedor por medio del método de "gancho ciego" o "rip-off", desde donde era transportada a alguno de los almacenes empleados por el grupo. Finalmente, la sustancia estupefaciente era distribuida desde allí en cantidades más pequeñas a terceras personas oculta en camiones y otros vehículos empleados por el grupo. Durante los meses de septiembre y octubre de 2015, D. Vidal y D. José Pablo contactaron con D. Carlos María para que acondicionase las naves industriales que poseía en Sanlúcar de Barrameda para el ocultamiento de la sustancia..."

2.2.- Fundamentos jurídicos

La sentencia de esta Sala núm. 682/2019, de 28 de enero de 2020, con remisión expresa a la sentencia núm. 576/2014, recoge la doctrina sentada por este Tribunal en torno a lo que debe considerarse grupo criminal, en términos análogos a los expresados en la sentencia de instancia: "La doctrina de esta Sala, entre las más recientes, Sentencia núm. 426/2014, de 28 de mayo, destaca que la nueva regulación del Código Penal tras la reforma operada por la LO 5/2010, contempla, como figuras delictivas diferenciadas, la organización criminal y el grupo criminal.

El art. 570 bis define a la organización criminal como la agrupación formada por más de dos personas con carácter estable o por tiempo indefinido que, de manera concertada y coordinada, se reparten diversas tareas o funciones con el fin de cometer delitos, así como de llevar a cabo la perpetración reiterada de faltas.

Se excluyen, pues, los casos de transitoriedad, antes incluidos en el concepto que aparecía en el artículo 369 del Código Penal.

Por su parte el art. 570 ter in fine, describe el grupo criminal como la unión de más de dos personas que, sin reunir alguna o algunas de las características de la organización criminal definida en el artículo anterior, tenga por finalidad o por objeto la perpetración concertada de delitos o la comisión concertada y reiterada de faltas.

Por lo tanto, la organización y el grupo criminal tienen en común la unión o agrupación de más de dos personas y la finalidad de cometer delitos concertadamente. Pero mientras que la organización criminal requiere, además, la estabilidad o constitución por tiempo indefinido, y que se repartan las tareas o funciones de manera concertada y coordinada, necesariamente ambos requisitos conjuntamente: estabilidad y reparto de tareas, el grupo criminal puede apreciarse cuando no concurra ninguno de estos dos requisitos, o cuando concurra uno solo. De esta forma, se reserva el concepto de organización criminal para aquellos supuestos de mayor complejidad de la estructura organizativa, pues es, precisamente, la estabilidad temporal y la complejidad estructural lo que justifica una mayor sanción en atención al importante incremento en la capacidad de lesión.

Por lo tanto, para la apreciación de la organización criminal no basta cualquier estructura distributiva de funciones entre sus miembros, que podría encontrarse naturalmente en cualquier unión o agrupación de varias personas para la comisión de delitos, sino que es preciso apreciar un reparto de responsabilidades y tareas con la suficiente consistencia y rigidez, incluso temporal, para superar las posibilidades delictivas y los consiguientes riesgos para los bienes jurídicos apreciables en los casos de codelinuencia o, incluso, de grupos criminales.

La distinción entre organización y grupo, por lo tanto, se encuentra perfectamente clarificada.

La jurisprudencia posterior a la reforma ha esclarecido la diferenciación entre ambas figuras. Entre otras, las STS núm. 309/2013, de 1 de abril; STS núm. 855/2013, de 11 de noviembre; STS núm. 950/2013, de 5 de diciembre; STS núm. 1035/2013, de 9 de enero de 2014, STS núm. 371/2014, de 7 de mayo o STS núm. 426/2014, de 28 de mayo.

En las STS núm. 855/2013 y 950/2013, se recordaba que el legislador, con la reforma pretendía aportar instrumentos útiles: 1º) Para la lucha contra la delincuencia organizada transnacional, caracterizada por su profesionalización, tecnificación e integración en estructuras legales ya sean económicas, sociales e institucionales, para lo cual se diseña como figura específica la organización criminal, del Art. 570 bis y 2º) Para la pequeña criminalidad organizada de ámbito territorial más limitado y cuyo objetivo es la realización de actividades delictivas de menor entidad, para lo cual se diseña como figura específica el grupo criminal, del art. 570 ter, reconociendo, por lo tanto, dos niveles de peligro para los bienes jurídicos protegidos, que determinan una distinta gravedad en la sanción penal.

En consecuencia, debe evitarse que, influidos por la inercia de la antigua doctrina jurisprudencial referida al viejo art. 369 1 2º CP, se incurra en alguno de los dos errores que comienzan a apreciarse en la jurisprudencia menor: 1º) utilizar una interpretación extensiva del concepto de organización, que conduce a incluir en la organización supuestos más propios, por su gravedad, del grupo criminal. 2º) acudir a una interpretación del concepto de grupo que exija requisitos propios de la organización. En ambos supuestos se corre el riesgo de vaciar de contenido la nueva figura del grupo criminal.

Así como la diferencia entre grupo y organización criminal es clara, para esclarecer la diferencia entre el grupo criminal y los supuestos de simple codelinuencia

o coparticipación es conveniente tener en cuenta lo expresado en la Convención de Palermo al definir el grupo organizado como un grupo no formado fortuitamente para la comisión inmediata de un delito.

Tanto la organización como el grupo están predeterminados a la comisión de una pluralidad de hechos delictivos. Por ello cuando se forme una agrupación de personas, para la comisión de un delito específico, nos encontraremos ante un supuesto de codelincuencia, en el que no procede aplicar las figuras de grupo ni de organización.

Así lo ha reconocido la doctrina jurisprudencial posterior a la reforma, STS 544/2012, de 2 de julio y STS 719/2013, de 9 de octubre, entre otras, que señalan que no puede conceptuarse como organización o grupo criminal la ideación y combinación de funciones entre varios partícipes para la comisión de un solo delito, por lo que ha de valorarse en cada caso la finalidad del grupo u organización. La inclusión en el Código Penal de los arts. 570 bis y ter, confirma esta determinación del Legislador, pues los tipos legales definen las organizaciones y grupos criminales como potenciales agentes de plurales delitos, y no solamente de uno.

A estos efectos ha de entenderse que cuando el grupo u organización tenga por objeto la realización concertada de una actividad de tráfico de drogas integrada por una pluralidad de acciones de tráfico, aun cuando en estos delitos el conjunto de la actividad de tráfico pueda sancionarse como un delito único, por su naturaleza de tipos con conceptos globales, expresiones que abarcan tanto una sola acción prohibida como varias del mismo tenor, de modo que con una sola de ellas ya queda consumado el delito y su repetición no implica otro delito a añadir, STS 487/2014, de 9 de junio, sin embargo a los efectos de la tipificación del grupo u organización el tráfico reiterado de drogas debe considerarse como una actividad delictiva plural.

Ello se deduce de la propia naturaleza y finalidad de la tipificación de las figuras de organización criminal, que no pueden excluir el tráfico de estupefacientes, y del hecho de que lo relevante para la concurrencia de estas figuras es la vocación de realizar una pluralidad de actuaciones delictivas, con independencia de su calificación como delitos independientes, delitos continuados o delitos sancionados como una sola unidad típica.

En definitiva, como apuntábamos en la sentencia núm. 108/2019, de 5 de marzo, "el grupo criminal sólo requiere de dos elementos: a.- Pluralidad subjetiva: unión de más de dos personas y 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."

En nuestro caso, analizando los hechos declarados probados por la Audiencia Provincial, en los mismos se describe la actuación concertada de los procesados, con reparto de funciones para organizar transportes de cocaína desde Sudamérica introduciendo la sustancia en territorio español a través del puerto de Algeciras para su almacenamiento en las naves acondicionadas al efecto y su posterior distribución a terceras personas, oculta en camiones y otros vehículos empleados por el grupo. No se trataba de una unión fortuita para la comisión inmediata de un delito concreto. Consta el

acopio y empleo de medios idóneos para realizar una actividad continuada de tráfico de estupefacientes, con una cierta permanencia y una estructura básica constituida por las naves, los teléfonos, vehículos de diversos tipos y contenedores, manteniéndose una situación de antijuridicidad continuada a lo largo de todo el tiempo en que, por la voluntad de los concertados, se renovaba continuamente la acción típica de introducción en España y distribución de la droga.

Estamos, en consecuencia, en presencia de tres personas con reparto de tareas, concertadas para la comisión de delitos contra la salud pública, planificados y coordinados, mediante la programación de un plan delictivo prolongado en el tiempo, consistente en la introducción de cocaína en territorio español y su distribución posterior.

Tal actuar reviste sin duda alguna los caracteres típicos del delito de constitución e integración en un grupo criminal por el que el recurrente ha sido condenado.

2.3.- Conclusiones.

Una vez más, el relato de los hechos probados que se obtienen como resultado del juicio oral y de la previa fase de instrucción, delimitan la calificación de grupo u organización criminal.

En esta sentencia, que no hace sino recopilar la línea jurisprudencial seguida desde la introducción en el Código Penal de los art. 570 bis y 570 ter, vemos de nuevo que no sería descabellado, tomando en consideración los hechos declarados probados con todos los matices interpretativos expuestos en numerosas STS respecto de esos preceptos, que estuviéramos a pesar de la calificación y condena como grupo criminal, en presencia de una organización criminal o tal vez como sucede en otras muchas ocasiones, ante un grupo muy cualificado que excede de esa misma calificación, pero que no alcanza el umbral mínimo de la organización criminal.

Como apuntaba esta misma STS, en ambos supuestos se corre el riesgo de vaciar de contenido la figura del grupo criminal.

3.- DELITO CONTRA LOS DERECHOS DE LOS TRABAJADORES. STS 34/2023 de 25 de enero³.

3.1.- Antecedentes de hecho

El Juzgado de Instrucción nº3 de Santander, instruyó una causa por un presunto delito contra el derecho de los trabajadores, respecto de catorce trabajadoras que realizaban actividades de alterne en un club, sin estar dadas de alta, concurriendo los requisitos de laboralidad. El hecho que pudieran esas trabajadoras, además, ejercer eventualmente la prostitución por cuenta propia no tina a aquella de ilicitud causal y no diluye las obligaciones del empresario de darles de alta en la Seguridad Social por la actividad lícita efectivamente ejecutada.

³ Base de datos del CENDOJ, STS, Penal sección 1 del 25 de enero de 2023 (ROJ: STS 253/2023 - ECLI:ES:TS:2023:253). Sentencia: 34/2023. Recurso: 817/2021, Ponente Excmo. Sr. D. Javier Hernández García.

3.2.- Fundamentos jurídicos

Para la decisión de este recurso de casación, la Sala de lo Penal toma en consideración la jurisprudencia de la Sala de lo Social, que no ha dudado en afirmar el carácter laboral de la actividad de alterne siempre que se acredite la ajenidad de la prestación y la dependencia de dicha actividad en el seno de una organización empresarial. La razón fundamental estriba en que la actividad de alterne genera unos rendimientos económicos, consecuentes a la previa organización de capital y trabajo, que deben estar sometidos a las condiciones tributarias y laborales que protejan a los trabajadores, debiendo recordarse que el contrato de trabajo se presume existente siempre que la actividad laboral remunerada se desarrolle por cuenta ajena en el ámbito de organización y dirección de otro -vid. artículos 1 y 8 ET-.

Si se dan estas condiciones, la actividad de "alterne" ha de considerarse laboral, vid. STS, Sala de lo Social, 18/2004, de 27 noviembre, en la que se declara la licitud de una asociación empresarial que tiene por objeto social la tenencia o gestión de establecimientos públicos hoteleros donde se ejerce el alterne, de un lado y la prostitución por cuenta propia ajena al establecimiento, de otro; STS, de Pleno, de la Sala de lo Social, 584/2021, de 1 de julio en la que, si bien se excluye a la prostitución por cuenta ajena como relación laboral, se declara legal la constitución del Sindicato Otras, cuyo ámbito funcional de representación y actividad sindical se refiere a "actividades relacionadas con el trabajo sexual en todas sus vertientes", entre las que cabe encontrar la de "alterne"; STS, de la Sala de lo Social, de Unificación de Doctrina, 1084/2016, de 21 de diciembre, en la que se reafirma la laboralidad de la actividad de "alterne" desligada del ejercicio de la prostitución por cuenta ajena.

Pues bien, en nuestro caso, el tribunal de instancia establece como hechos probados que en las diez habitaciones existentes en el establecimiento se ejercían actividades de prostitución y en la zona de bar una actividad de alterne con intensos rasgos de laboralidad, marco horario prefijado, previsión del régimen retributivo por número y tipo de consumición servida y normas de vestuario fijadas por los gestores del establecimiento.

Descartándose, al tiempo, tanto la existencia de proxenetismo locativo penalmente relevante, pues la actividad de prostitución se ejercía por cuenta propia de las mujeres que así lo decidían, como toda conexión de continencia o de inherencia entre dicha actividad por cuenta propia y la de alterne por cuenta ajena, debiéndose recordar, en todo caso, que de conformidad a la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea -vid. STJUE, de 20 de noviembre de 2001, caso Jany y otros, Asunto C-268/99, (F.49); STJUE 16 diciembre 2010, caso Josemans, Asunto C-317/09, (F.77); STJUE, de 1 octubre 2015, caso Harmsen c. Burgemeester van Amsterder (F.77); STJUE 8 mayo 2019, caso PL c. Landespolizaidirektion Tirol, Asunto C-230/18 (F.37)- la prostitución por cuenta propia no puede afirmarse que esté prohibida por el derecho internacional o el Derecho de la Unión siempre y cuando se demuestre que el prestador del servicio la ejerce bajos las siguientes condiciones: inexistencia de cualquier vínculo de subordinación en la elección de dicha actividad y en las condiciones de trabajo y de retribución; ejercicio bajo responsabilidad propia; recepción íntegra y directa por quien la presta de la remuneración pactada.

Por tanto, en plena coincidencia con lo argumentado por el Tribunal Superior de Justicia, el hecho de que las personas que desempeñaban la actividad laboral de alterne que se declara probada pudieran, además, ejercer eventualmente la prostitución por cuenta propia no tinta a aquella de ilicitud causal y, en consecuencia, no diluye las obligaciones del empresario de darles de alta en la Seguridad Social por la actividad lícita efectivamente ejecutada. La conducta de incumplimiento de dicha obligación que con precisión se describe en los hechos declarados probados conduce a su subsunción en el tipo penal aplicado.

3.3.- Conclusiones.

Destaca claramente el TS, la existencia de una relación laboral en la actividad de alterne por cuenta ajena en un establecimiento en el que se ejerce la prostitución por cuenta propia, siendo típico el incumplimiento por el empresario de esta obligación del alta en la Seguridad Social de sus catorce trabajadoras, como un delito contra los derechos de los trabajadores.

4.- DELITO DE ESTAFA Y EL DEBER DE AUTOPROTECCIÓN. STS 46/2023 de 1 de febrero de 2023⁴.

4.1.- Antecedentes de hecho

El Juzgado de Instrucción nº2 de Manzanares, incoó diligencias previas por un presunto delito de estafa, quedando acreditado que sobre las 11.30 horas del día 7 de febrero de 2011, el acusado Máximo mayor de edad y sin antecedentes penales de común acuerdo con una mujer joven que no ha sido identificada, con ánimo de un enriquecimiento injusto, fingiendo ésta padecer una discapacidad, se aproximó a doña Miriam de 54 años de edad quien se hallaba en puerta de su domicilio sito en la localidad de La Solana, y le preguntó por la localización de un estanco o administración de lotería, momento en el que se acercó el acusado indicándole donde estaba. Así la mujer, con intención de aparentar una solvencia de la que carecía, manifestó que le había tocado la lotería y que llevaba en su bolso "estampas y papelitos" que los quería romper porque quería chucherías, mostrando a doña Miriam su interior muchos billetes de 50 euros. El acusado le dijo a la chica no identificada que no los rompiese, que se los entregase a doña Miriam y a él, manifestándole ésta que para eso le tenía que dar más "papelitos", enseñándole doña Miriam varios billetes, pero le parecieron pocos. En ejecución del plan urdido, el acusado propuso a doña Miriam que fuese a su casa a buscar más dinero, haciéndole creer que de este modo la mujer le daría la bolsa conteniendo muchos más billetes que los que ella tuviese, repartiéndoselos entre ambos el dinero, a sabiendas de no le iba a dar ningún dinero...

4.2.- Fundamentos jurídicos

En el origen de timos como el que nos ocupa, puede encontrarse una ambición más que discutible y poco legítima, pero ello no justifica la actuación de quien pone en escena la representación que induce al desembolso patrimonial, en que el estudio y elección de la víctima y sus circunstancias de todo tipo, con vistas a que el fraude se consume, es un

⁴ STS, Penal sección 1 del 01 de febrero de 2023 (ROJ: STS 338/2023 - ECLI:ES:TS:2023:338). Sentencia: 46/2023. Recurso: 2441/2021. Ponente Excmo. Sr. D. Ángel Luis Hurtado Adrián.

factor fundamental, pues, en definitiva, no deja de estar en ello el ardid engañoso que define el delito de estafa.

Con este enfoque hemos de analizar la cuestión y para ello nos sirve de utilidad una asentada jurisprudencia, de la que tomamos lo que decíamos en STS 852/2022, de 27 de octubre de 2022, "En cuanto a la argumentación de que no puede hablarse de engaño bastante pues una mínima exigible autotutela de sus intereses por parte del perjudicado hubiese evitado sin dificultad el engaño y por tanto, la disposición patrimonial, en recientes sentencias 210/2021, de 9-3; 744/2021, de 5 de octubre; 111/2022, de 10 de febrero, hemos dicho que el concepto calificativo de "bastante" que se predica en el precepto del engaño ha sido objeto tradicionalmente de gran discusión doctrinal, y en este sentido se ha considerado, de un lado, que tal elemento ha de interpretarse en términos muy estrictos entendiéndose que el engañador ha de representar una verdadera "mise en scene" capaz de provocar error a las personas más "avisgadas", mientras que, de otro, se parte de un concepto más laxo entendiéndose que el engañado puede ser el ciudadano medio, con conocimientos normales, de inteligencia y cuidado también normal, e incluso puede entenderse bastante cuando el estafador ha elegido a sus víctimas debido precisamente a su endeble personalidad y cultura (STS. 1243/2000 de 11 de julio).

La STS 1508/2005 de 13 de diciembre, insiste en que la doctrina científica y la jurisprudencia coinciden en afirmar la dificultad para calificar de bastante una conducta engañosa. Suele afirmarse que la calidad del engaño ha de ser examinado conforme a un baremo objetivo y otro subjetivo. El baremo objetivo va referido a un hombre medio y a ciertas exigencias de seriedad y entidad suficiente para afirmarlo. El criterio subjetivo tiene presente las concretas circunstancias del sujeto pasivo. En otras palabras, la cualificación del engaño como bastante pasa por un doble examen, el primero desde la perspectiva de un tercero ajeno a la relación creada y, el segundo, desde la óptica del sujeto pasivo, sus concretas circunstancias y situaciones, con observancia siempre, de la necesaria exigencia de autodefensa, de manera que se exigirá en el examen del criterio subjetivo una cierta objetivación de la que resulta una seriedad y entidad de la conducta engañosa.

Por ello, hemos dicho en la STS. 918/2008 de 31 de diciembre, que modernamente se tiende a admitir la utilización de cierto contenido de "subjetividad" en la valoración objetiva del comportamiento con la idea de que no es posible extraer el significado objetivo del comportamiento sin conocer la representación de quien actúa. En el tipo de la estafa esos conocimientos del autor tienen un papel fundamental, así si el sujeto activo conoce la debilidad de la víctima y su escaso nivel de instrucción, engaños que en términos de normalidad social aparecen como objetivamente inidóneos, sin embargo, en atención a la situación del caso particular, aprovechada por el autor, el tipo de la estafa no puede ser excluido. Cuando el autor busca de propósito la debilidad de la víctima y su credibilidad por encima de la media, en su caso, es insuficiente el criterio de la inadecuación del engaño según su juicio de prognosis basado en la normalidad del suceder social, pues el juicio de adecuación depende de los conocimientos especiales del autor. Por ello ha terminado por imponerse lo que se ha llamado módulo objetivo-subjetivo que en realidad es preponderantemente subjetivo.

Quiere esto decir que únicamente el burdo engaño, esto es, aquel que puede apreciar cualquiera, impide la concurrencia del delito de estafa, porque, en ese caso, el engaño no es "bastante". Dicho de otra manera: el engaño no puede quedar neutralizado

por una diligente actividad de la víctima (STS 1036/2003, de 2 de septiembre), porque el engaño se mide en función de la actividad engañosa activada por el sujeto activo, no por la perspicacia de la víctima. De extremarse este argumento, si los sujetos pasivos fueran capaces siempre de detectar el ardid del autor o agente del delito, no se consumiría nunca una estafa y quedarían extramuros del derecho penal aquellos comportamientos que se aprovechan la debilidad convictiva de ciertas víctimas (los timos más populares en la historia criminal, estampita, engaño de la máquina de fabricar dinero o "filo-mish", billete de lotería premiado o "tocomocho", timo del pañuelo o "paquero", etc...).

De la doctrina expuesta, nos parece significativo el inciso final de este último párrafo, pues, a partir de él, podemos concluir que, en la medida que la estafa se consumó, es porque se puso en escena un ardid lo suficientemente convincente y eficaz como para que la víctima fuera engañada, y ello tuvo que pasar por la elección de la persona que el estafador entendió que era propicia, por sus circunstancias, personalidad o características personales, que pudo valorar el tribunal sentenciador por razón de la inmediatez con que captó su testimonio y presencia en juicio, como se trasluce en los hechos probados, en que deja muestras de la facilidad para la manipulación y convencimiento de la víctima hasta ganarse su confianza y la habilidad por parte del acusado para hacerla caer en la trampa que le preparó. El hecho mismo de entregar una cantidad tan elevada a un desconocido es un acto que, si no es movido por alguna circunstancia legítima, que, en el caso no la hay, solo se puede entender que sea producto de algún tipo de ardid que vicie la voluntad de quien lo entrega, que en esto consiste el delito de estafa, entendida como perjuicio patrimonial ocasionado mediante engaño, y si ello lo ponemos en relación con que, a la hora de valorar la suficiencia del engaño, la regla general es que solo quiebre en situaciones muy concretas y excepcionales, también este particular del motivo ha de ser rechazado.

4.3.- Conclusiones

Destaca esta STS que el delito de estafa exige la concurrencia un engaño que deba calificarse como bastante, no cualquiera, y además desde la perspectiva del autor que despliega todas sus habilidades a tal fin y no de la víctima. El que despliega ese ardid y lo hace de manera tan convincente, no puede hacer recaer en el perjudicado una barrera de autoprotección desproporcionada a las circunstancias del caso.

5.- DELITO DE REVELACIÓN DE SECRETOS. STS 112/2023, de 20 de febrero⁵.

5.1.- Antecedentes de hecho.

Un Juzgado de Violencia Sobre la Mujer de Elche instruyó en 2018, unas diligencias previas investigando la actuación de un varón que obtuvo mediante engaño a un empleado del banco los movimientos de la cuenta corriente de su excónyuge, con la finalidad de entablar una demanda. Cualquier persona tiene derecho a que la información sobre los movimientos de su cuenta corriente, en un período que se prolongó durante más de un año, sea protegida frente a terceros y también, como en este caso frente a su excónyuge. La información contenida en esos extractos responde a la noción de dato reservado de

⁵ Base de datos del CENDOJ, STS, Penal sección 1 del 20 de febrero de 2023 (ROJ: STS 498/2023 - ECLI:ES:TS:2023:498). Sentencia 115/2023. Recurso: 3136/2020. Ponente Excmo. Sr. D. Manuel Marchena Gómez.

carácter personal cuyo apoderamiento, por sí solo, es constitutivo del delito previsto en el art. 197.2 del CP.

5.2.- Fundamentos jurídicos

La AP de Alicante absuelve al marido frente a la condena dictada por el Juzgado de lo Penal. El argumento absolutorio que sirve para negar relevancia típica a esa información, obtenida fraudulentamente engañando al empleado bancario a quien se dice ser titular de esa cuenta, se centra en que "...dichos datos son reservados, en cuanto están fuera del conocimiento público en general, pero entendemos que no afectan al núcleo duro, al ámbito de la privacidad e intimidad personal, que el tipo está protegiendo. Y ello porque los documentos aportados al pleito civil por el acusado no suministran información íntima sobre la denunciante, como pudiera ser dónde, cómo o con quien gasta ese dinero, sino tan solo refleja unas cuantas disposiciones mediante reintegros en caja".

Sin embargo, el TS no comparte la idea sobre la que gira la absolución dictada por la AP, pero si el argumento del Juzgado de lo Penal y así sostiene que los datos que reflejan los movimientos contables de una cuenta personal entran de lleno en el espacio de protección del art. 197.2 del CP. Gozan de la defensa reforzada que el derecho a la protección de datos concede con carácter general frente a todos y, de modo especial, en el presente caso, frente al exmarido que pretende hacerse con esos datos para entablar una demanda civil de reclamación de cantidad. Esta idea se apunta con precisión en el FJ 2º de la sentencia dictada por el Juzgado de lo Penal núm. 1 de Elche, revocada en apelación por la Audiencia Provincial, cuando razona en los siguientes términos: "...no cabe duda de que, entre los datos que los ciudadanos procuran reservar con mayor celo del conocimiento de otras personas están los correspondientes a su situación económica, la cual puede deducirse de forma directa de los movimientos de una cuenta bancaria, como aquella de la que es titular la denunciante, en la que han de figurar ingresos y gastos, con sus correspondientes orígenes y destinos, lo que proporciona una radiografía del estado de las finanzas de la afectada, cuya revelación afectaría a múltiples aspectos de su personalidad que la titular de los mismos no revelaría en modo alguno voluntariamente. Este es, precisamente, el motivo por el cual las entidades bancarias procuran preservar a ultranza dicha privacidad, a través del establecimiento de claves personales de titularidad exclusiva de la persona a que se refieren dichos datos...".

Es más, el art. 197.2 del CP protege frente al apoderamiento de los datos reservados de carácter personal y por reservados habrá que entender aquellos datos personales que son de acceso o conocimiento limitado para terceros ajenos al fichero en el que se hallan registrados y archivados, aunque no sean íntimos en sentido estricto; es decir, son datos personales que no están al alcance de terceras personas ajenas a su tratamiento o acceso autorizado, lo que comporta un entendimiento funcional y formal del término en relación con la mayor o menor accesibilidad de los datos y no necesariamente con su contenido o naturaleza de mayor vulnerabilidad para el sujeto (sensibles) o por su afectación mayor o menor a la intimidad, aunque es indudable que el fundamento de la reserva vendrá normalmente justificado por alguna de tales características (cfr. ATS 1945/2014, 27 de noviembre). La protección penal de lo que la Audiencia Provincial califica como "núcleo duro de la intimidad" no se encuentra en ese precepto, sino en el tipo agravado del art. 197.5, cuando los datos revelen "...la ideología, religión, creencias, salud, origen racial o vida sexual".

5.3.- Conclusiones.

Delimita muy claramente la Sala 2ª del TS, la incidencia del concepto de dato personal a los efectos de la aplicación del delito de revelación de secretos. Precisamente el dato reservado de carácter personal, es un concepto normativo que ha de interpretarse conforme a la legislación protectora de ese derecho de nueva generación consolidado al amparo del art. 18.4 de la CE, esto es, el derecho a la autodeterminación informativa, o lo que es lo mismo, el derecho a conocer y controlar lo que los demás conocen de uno mismo. De ahí puede y debe diferenciarse qué conforma el núcleo duro de la intimidad que estará formado por aquellos datos que revelen la ideología, religión, creencias, salud, origen racial o vida sexual de una persona.

6.- NUEVO DELITO DE AGRESIÓN SEXUAL Y RETROACTIVIDAD DE LA LEY PENAL MÁS FAVORABLE AL REO. STS 61/2023 de 7 de febrero ⁶.

6.1.- Antecedentes de hecho.

El Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº3 de Calahorra conoció de una denuncia por agresión sexual y de un delito de obstrucción a la Justicia. Los hechos investigados, acreditaron que un varón y una mujer se conocieron el 4 de octubre de 2019 en un hotel. Días más tarde, el 8 de octubre de 2019 y tras continuas comunicaciones a lo largo de la madrugada del 7 al 8 de octubre por parte de Carlos Jesús desde su teléfono al terminal de doña Frida, ambos quedaron en verse. Carlos Jesús recogió a doña Frida, marchándose en el vehículo que conducía Carlos Jesús, hasta un descampado, donde los dos consumieron speed. Después, estando ambos en el interior del vehículo, Carlos Jesús en el asiento del conductor y Frida en el asiento del copiloto, Carlos Jesús le ofreció a Frida 50 euros por tener relaciones sexuales con él, a lo que Frida se negó. Ante esta negativa, Carlos Jesús sacó un cuchillo del lado del conductor y se lo puso a Frida en el lado izquierdo del cuello, ordenándole pasar a la parte trasera del vehículo, haciéndolo así Frida por el temor que le infundió Carlos Jesús al ponerle el cuchillo en el cuello. Una vez en la parte trasera del vehículo, Carlos Jesús se bajó los pantalones y le dijo a Frida que le hiciera una felación, a lo que esta se negó. A continuación, Carlos Jesús le dijo a Frida que se bajara los pantalones, haciéndolo así Frida, y Carlos Jesús se puso un preservativo y la penetró vaginalmente. Frida se dejó penetrar vaginalmente por Carlos Jesús por el temor que éste le infundió al ponerle el cuchillo en el cuello, temiendo por su vida si oponía cualquier resistencia. Cuando terminó Carlos Jesús le dijo a Frida que si contaba algo de lo que le había hecho la mataría, llamándola por teléfono días después para recordárselo.

6.2.- Fundamentos jurídicos

La Audiencia Provincial de Logroño condenó al varón como autor de dos delitos, uno de agresión sexual con penetración vaginal con la agravante de uso de armas y un delito de obstrucción a la Justicia. Por el primero le impuso una pena de doce años de prisión y accesorias legales y por el segundo, un año de prisión y seis meses de multa.

⁶ Base de datos del CENDOJ. STS, Penal sección 1 del 07 de febrero de 2023 (ROJ: STS 346/2023 - ECLI:ES:TS:2023:346). Sentencia: 61/2023. Recurso: 10417/2022. Ponente Excmo. Sr. D. Antonio del Moral García.

He relatado los antecedentes de hecho con profusión para apreciar de un lado, la gravedad de la conducta y de otro, la preceptiva rebaja de la pena por la entrada en vigor de la LO 10/2022 de garantía integral de la libertad sexual. El TS no tiene otra salida por la aplicación del principio de retroactividad penal de las leyes más favorables al reo.

Señala en el fundamento jurídico 5º de esta STS, que con ocasión de la entrada en vigor de la reforma de los delitos sexuales, Ley Orgánica 10/2022, se abrió en esta sede un incidente de audiencia de las partes para posicionamiento ante la aparición de una legislación que pudiera ser favorable al reo.

La pena fijada en la legislación previgente para el delito objeto de condena oscilaba entre doce y quince años de prisión. La Audiencia optó por el mínimo de doce años.

La legislación reformada (arts. 178, 179 y 180 CP) establece un arco que oscila entre siete y quince años. Se trata del mismo máximo, pero el suelo, en cambio, es sensiblemente inferior. Ello es, en parte, lógica secuela de la unificación de los anteriores abusos con las agresiones sexuales. Esa equiparación no explica totalmente el nuevo mínimo.

En este supuesto no es simple efecto de que la misma tipicidad abrace ahora también hechos menos graves. Es elemento del subtipo agravado el uso de un arma. El empleo de violencia o intimidación, es, por tanto, inescindible del subtipo y así pues, son los mismos hechos pero ahora el Legislador los sanciona de forma menos severa.

De esta manera, al tratarse de un delito de agresión sexual con penetración vaginal pero con la concurrencia de una circunstancia agravante del uso de armas, la pena por el primer delito se fija ahora en diez años de prisión, frente a los doce de la sentencia de la AP de Logroño conforme a la legislación anterior a la entrada en vigor de la LO 10/2022, manteniéndose íntegra la condena respecto del delito de obstrucción a la Justicia.

6.3.- Conclusiones.

De manera poco comprensible con la finalidad pretendida y detallada en la Exposición de Motivos de la Ley de garantía integral de la libertad sexual, con la entrada en vigor de esta LO 10/2022 de 6 de septiembre, las revisiones de sentencias condenatorias están siendo cada día más frecuentes y las rebajas de penas, también. Grave error legislativo. Esta situación es debida a la voluntaria y consciente decisión del Legislador de agrupar las conductas que antes estaban castigadas separadamente como abuso y agresión sexual, elevando el límite máximo de punición y rebajando, en ambos casos el mínimo y así, el suelo como llama esta STS a ese límite inferior, al ser menos grave siempre beneficiará siempre al reo por aplicación del principio de retroactividad de la ley penal más favorable al reo, previsto en el art. 2.2 del Código Penal.

7.- DELITO CONTRA EL PATRIMONIO MEDIANTE EL MÉTODO DEL ABRAZO. STS 57/2023 de 6 de febrero de 2023⁷.

7.1.- Antecedentes de hecho.

El Juzgado de lo Penal nº 3 de Benidorm dictó sentencia el 10 de marzo de 2020, declarando probado que la acusada Paulina de nacionalidad rumana, con antecedentes penales no computables a efectos de reincidencia, en fecha no determinada pero comprendida entre 23 de enero y 3 de febrero de 2017, por la mañana, abordó a Mariano, de 76 años, que paseaba por la entrada a la Urbanización Maryvilla de Calp, preguntándole si conocía a determinada persona para seguidamente pedirle un puesto de trabajo y ofrecerle servicios sexuales. Mientras, le agarraba del cuello con el conocido como método del abrazo y, actuaba guiada por el ánimo del ilícito beneficio de apoderarse del cordón de oro con crucifijo y chapa de grupo sanguíneo que portaba, todo ello sin que Mariano se percatara en ese momento de la sustracción, pues trataba de zafarse de la acusada que le abrazaba insistentemente, perturbando así su tranquilidad y sosiego, llegando a emplear fuerza frente a la misma para lograr que le soltara.

7.2.- Fundamentos jurídicos

El Juzgado de lo Penal condenó a la acusada como autora de un delito de robo con violencia e intimidación, de menor gravedad, a la pena de un año de prisión. La AP confirma el fallo y la calificación. El Abogado de la condenada recurre, entre otros motivos, sustentando que la calificación correcta sería de hurto, adhiriéndose el Ministerio Fiscal a la petición de la Defensa.

Señalaba el recurrente que cuando la acusada abraza al denunciante con las dos manos alrededor del cuello está desarrollando la acción que es propia del hurto, pues rodear con las manos el cuello no es un acto de violencia. El motivo del recurso, como ya hemos anticipado, cuenta con el apoyo del Ministerio Fiscal. En su informe refuerza las alegaciones de la defensa señalando que "...la acción de la acusada es acercarse a la víctima, y al ofertarle servicios sexuales darle un abrazo. No es un abrazo coactivo o inmovilizante, propio de una llave de pugilato, ataque o similar, que sí integraría sin duda la violencia, sino que lo que se procura mediante el simulado abrazo es tener sus manos en el lugar del cierre del cordón para así poder abrirlo. No se trata de un abrazo inmovilizador, a modo de llave de presa o de pelea, sino de un abrazo en el que ella le rodea con los brazos para lograr que sus manos se sitúen en el lugar posterior del cuello donde se halla el cierre de la cadena de oro que pretende sustraer". Sigue argumentando el Fiscal que un abrazo, en sí mismo, no es por su propia definición, un acto violento y concluye que la duración o insistencia del abrazo, acompañado de la oferta sexual y de provenir de una mujer desconocida puede suponer una situación violenta para la víctima. Pero no toda situación violenta, en el sentido de incómoda, no soportable o molesta, deriva de un acto violento. Situación violenta y acto violento no son equiparables. Pueden coincidir, pero pueden no hacerlo; muchas situaciones violentas no precisan de un acto de violencia".

⁷ Base de datos del CENDOJ. STS, Penal sección 1 del 06 de febrero de 2023 (ROJ: STS 293/2023 - ECLI:ES:TS:2023:293). Sentencia: 57/2023. Recurso: 1715/2021. Ponente Excmo. Sr. D. Manuel Marchena Gómez.

Sin embargo, el TS si considera que los hechos son constitutivos de un delito de robo con violencia y no de un hurto, a partir del relato fáctico declarado probado y es con esa perspectiva como ha de ser analizada la narración histórica sometida a nuestra consideración. En ella se describe que la acusada abordó a Mariano, de 76 años, "...preguntándole si conocía a determinada persona para seguidamente pedirle un puesto de trabajo y ofrecerle servicios sexuales, mientras le agarraba del cuello con el conocido como "método del abrazo" y, guiada por ánimo de ilícito beneficio apoderarse del cordón de oro con crucifijo y chapa de grupo sanguíneo que portaba, todo ello sin que Mariano se percatara en ese momento de la sustracción, pues trataba de zafarse de la acusada que le abrazaba insistentemente, perturbando así su tranquilidad y sosiego, llegando a emplear fuerza frente a la misma para lograr que le soltara".

Nuestro examen no puede prescindir de una premisa sin la que se resentiría la estructura del delito de robo y es que sólo una violencia preordenada al desapoderamiento, concebida instrumentalmente para desapoderar a la víctima, puede tener relevancia típica para calificar los hechos como constitutivos de un delito de robo. Ni el simple contacto físico, ni siquiera el hábil y estratégico abrazo que permite al autor del desapoderamiento rodear momentáneamente a la víctima para alcanzar el objeto pretendido pueden considerarse, por sí solos, una violencia con relevancia típica. El tenor literal del art. 237 del CP recuerda que la violencia ha de ser "empleada" para el desapoderamiento. Se refuerza así el significado funcional de la violencia como instrumento materialmente dirigido al despojo.

Es cierto que el juicio histórico describe, después de una conversación iniciada como engañosa maniobra de aproximación, el abrazo que permite a la acusada alcanzar el cordón de oro con crucifijo y chapa de oro que portaba la víctima, pero describe algo más. Declara probados los esfuerzos de Mariano para zafarse de la desconocida que de forma insistente le abraza para llegar con sus manos al cierre de la joya que, desde el primer momento, ha querido sustraer. La resistencia de la víctima no se limita a apartar a Paulina que, según el factum estaba perturbando así su tranquilidad y sosiego, sino que llegó a emplear fuerza frente a la misma y lo hizo para lograr que le soltara, y esos esfuerzos destinados a zafarse de su agresora no son sino la respuesta a unos abrazos que se desarrollaban, insistentemente.

7.3.- Conclusiones.

En esta sentencia, el TS además de advertir el cambio de criterio del Ministerio Fiscal que calificó los hechos como robo con violencia ante el Juzgado de lo Penal y posteriormente adhiriéndose al recurso de la Defensa, los calificó como hurto, enfatiza en la necesidad de una adecuada descripción de los hechos que deben considerarse típicos. La adecuada, pormenorizada y detallada explicación de la secuencia temporal del acometimiento y sustracción, es la clave para la calificación y posterior condena por un delito de robo con violencia y no de un simple hurto.

8.- EL DERECHO A LA INTIMIDAD ECONÓMICA. EL ACCESO POLICIAL A DATOS BANCARIOS Y FINANCIEROS SIN AUTORIZACIÓN JUDICIAL. STS 434/2021 de 20 de mayo⁸.

8.1.- Antecedentes de hecho

El Juzgado de Instrucción nº 4 de Fuenlabrada inició en 2015, unas diligencias previas en relación con la investigación de delitos contra la Hacienda Pública y blanqueo de capitales, recayendo sentencia condenatoria dictada por la Audiencia Provincial.

Preparó uno de los Abogados de los condenados, un recurso de casación por la presunta violación del derecho al secreto bancario por parte de la policía, en concreto, por la lesión de su derecho a la intimidad. A su parecer, una buena parte de las actuaciones investigadoras desarrolladas por la policía se realizaron sin autorización judicial, accediendo a datos bancarios, protegidos por el secreto, y personales para los que los agentes actuantes no estaban legitimados. Dicha actividad indagatoria supone, a su juicio, una grave lesión del derecho fundamental a la intimidad y compromete la validez de las fuentes de prueba sobre las que se construye la *notitia criminis* transmitida al órgano judicial, afectando, por conexión de antijuricidad, al resto de las pruebas practicadas

8.2.- Fundamentos jurídicos

El TS no comparte el criterio del recurrente y de forma muy didáctica explica el alcance del derecho a la intimidad, en general, y relacionado con la vertiente económica, en particular.

La Constitución garantiza en su artículo 18. 1º, de forma vigorosa, el derecho a la intimidad cuyo contenido objetivo es un espacio propio y reservado del que dispone toda persona frente a la acción y el conocimiento de los demás para mantener, como afirma el Tribunal Constitucional, una calidad mínima de vida humana. Lo que garantiza por tanto, el secreto sobre la propia esfera de vida personal y, por tanto, veda a los terceros, particulares o poderes públicos, decidir sobre los contornos de la vida privada, vid. STC 83/2002, de 22 de abril, FJ 5. Ahora bien, como todos los derechos fundamentales, a salvo el derecho a la integridad física, el derecho a la intimidad puede ser limitado cuando se identifiquen necesidades prevalentes de protección de otros derechos fundamentales y bienes jurídicos constitucionalmente protegidos, apreciadas en el caso concreto y siempre, además, que la limitación esté prevista en la ley y su práctica responda a presupuestos de proporcionalidad y razonabilidad.

Sin embargo, lo que la Constitución no deja siempre claro es qué agente público puede ordenar las injerencias en el ámbito protegido por el derecho general a la intimidad, si bien reserva espacios de jurisdiccionalidad expresos y exclusivos, por ejemplo, entrada en el domicilio cuando falte el consentimiento del titular ex artículo 18.2 CE o intervención de las comunicaciones ex artículo 18.3 CE.

⁸ Base de datos del CENDOJ. STS, Penal sección 1 del 20 de mayo de 2021 (ROJ: STS 2257/2021 - ECLI:ES:TS:2021:2257). Sentencia: 434/2021. Recurso: 2804/2019. Ponente, Excmo. Sr. D. Javier Hernández García.

El silencio expreso de la Constitución genera, por tanto, un espacio regulativo marcado por la incerteza que endosa, primariamente, al Legislador la difícil tarea de determinar en supuestos de injerencia en el derecho a la intimidad previsto en el artículo 18.1 CE, cuándo puede prescindirse de la intervención autorizante del Juez, porque una cosa es que la Constitución no precise otros espacios de estricta reserva jurisdiccional, y otra muy diferente es que ello pueda interpretarse en el sentido que cualquier otra limitación del derecho fundamental pueda ser ordenada por cualquier otro agente público, Ministerio Público o Policía, que no reúna la nota de la independencia que es la que, a la postre, otorga al juez la posición constitucional privilegiada como garante de los derechos fundamentales.

Entre los condicionantes implícitos que cabe decantar de la Constitución y del sistema convencional destaca el relativo al nivel de afectación del derecho fundamental. Como reclama el TEDH -vid. SSTEDH, caso *Kruslig c. Francia*, de 24 de febrero de 1990; caso *Halford c. Reino Unido*, de 25 de junio de 1997; caso *Trabajo Rueda c. España*, de 30 de junio de 2017- cuanta más carga injerente tenga una determinada medida de investigación mayor claridad deberá exigirse a la norma habilitante en la determinación de las circunstancias, condiciones y habilitaciones exigibles para adoptar tales medidas. Lo anterior permite trazar una suerte de fórmula o cociente en el sentido que, a mayor carga limitativa del contenido del derecho fundamental afectado, el Legislador tiene una mayor carga de precisión en la definición de los mecanismos injerentes que disponga para ello, cumpliendo adecuadamente los fines de predecibilidad y accesibilidad que constituyen, también, garantías objetivas de los derechos fundamentales afectados. A mayor carga injerente de la actividad investigativa, mayores exigencias de detalle en las condiciones normativas de práctica, y entre estas, por su relevancia, la determinación del agente público que dispone de la autoridad para ordenar la injerencia en el derecho fundamental afectado.

Pues bien, partiendo de lo anterior, y sin perjuicio de que, en efecto, los datos bancarios deban considerarse objeto de protección constitucional ex artículo 18. 1º CE, el acceso a los mismos, *prima facie*, no supondrá una intensa afectación del núcleo constitucionalmente protegido del derecho a la intimidad, cuando no permita trazar una imagen proyectiva sobre el modo y las condiciones en los que una determinada persona desarrolla su vida privada. En este supuesto, no reclamará la previa intervención judicial autorizante.

Por lo tanto, y con relación específica a datos bancarios, el Tribunal de Estrasburgo distingue entre aquellos que son pura información financiera de los que, además, incorporan datos sobre cómo se desenvuelve la vida privada de la persona investigada, lo que permite establecer distintos niveles de protección. En concreto, cuando los datos bancarios que se ceden no inciden en aspectos personales significativos, las condiciones de acceso pueden ser mucho más flexibles. De contrario, cuando mediante dicho acceso a las cuentas bancarias puede ponerse en riesgo, por ejemplo, el secreto profesional de un abogado, al conocer la procedencia de los ingresos y su relación con servicios profesionales prestados, o se pretende trazar un análisis de los comportamientos vitales de la persona investigada, la garantía de jurisdiccionalidad, tanto para su ordenación como para el control de su ejecución, se hace exigible -vid. SSTEDH, caso *Brito Ferrinha Bexiga Villa-Nueva c. Portugal*, de 1 de diciembre de 2015 y caso *Sommer c. Alemania*, de 27 de abril de 2017.

8.3.- Conclusiones.

Con los antecedentes expuestos y el amplio razonamiento del TS, nuestro Tribunal Constitucional aborda también la cuestión del nivel de protección de la denominada "intimidad económica" en términos sustancialmente coincidentes con el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, poniendo el acento de los niveles de protección en la naturaleza o contenido del dato bancario o financiero al que se accede, vid. SSTC 142/1993, 233/2005. De tal modo, cuando estos resultan inocuos para revelar, determinar o deducir comportamientos o hábitos de vida de la persona interesada, las necesidades de tutela reforzada del derecho sustantivo se reducen -vid. STC 97/2019, por lo que la Policía Judicial podría obtenerlos sin necesidad de la previa autorización judicial.

9.- DELITO DE BLANQUEO DE CAPITALS. STS 52/2023 de 2 de febrero⁹.

9.1.- Antecedentes de hecho

El Juzgado de Instrucción nº1 de Las Palmas de Gran Canaria instruyó en 2014, un procedimiento penal por un presunto delito de blanqueo de capitales contra varias personas, de las cuales alguna ya había sido condenada previamente por un delito contra la salud pública. En dicha actividad de adquisición, ocultación y transformación patrimonial, uno de los acusados se concertó con los otros para ocultar la titularidad de bienes adquiridos con la ganancia obtenida en la comisión de delitos contra la salud pública.

9.2.- Fundamentos jurídicos

El tipo de blanqueo no exige que lo blanqueado alcance una determinada cuantía. Sin perjuicio de las necesarias correcciones exigidas por el principio de proporcionalidad y desde la teoría de los actos copenados, quedan excluidas como conductas de blanqueo, ínsitos aprovechamientos de lo obtenido con la conducta delictiva precedente que permiten presumir que la penalidad de ésta ya los contemplaba, vid. STS 693/2019 de 29 de abril; lo que se castiga con el delito autónomo de blanqueo es, por un lado, la colocación del producto obtenido de la actividad delictiva precedente y la diversificación mediante actos dirigidos al ocultamiento de las fuentes de ingresos para la adquisición de los bienes muebles o inmuebles, proporcionando una cobertura de legalidad a esas adquisiciones, al tiempo que se reintegran al tráfico jurídico y mercantil, al circuito económico legal, un dinero de procedencia ilícita, vid. SSTS 693/2019, de 29 de abril, 434/2021, de 20 de mayo.

La Sentencia 608/2022, de 16 de junio, con cita de la STS 895/2014, de 23 de diciembre, insiste en que el blanqueo de capitales es un delito autónomo, que no requiere la existencia de una previa condena por el delito del que provienen los fondos blanqueados. A partir de esa afirmación, la STS 801/2010, de 23 de septiembre, resume la doctrina probatoria en esta materia y señala que para el enjuiciamiento de delitos de blanqueo de bienes de procedencia ilegal, la prueba indiciaria aparece como el medio más idóneo y, en la mayor parte de las ocasiones, único posible para tener por acreditada su

⁹ Base de datos del CENDOJ. STS, Penal sección 1 del 02 de febrero de 2023 (ROJ: STS 342/2023 - ECLI:ES:TS:2023:342). Sentencia: 52/2023. Recurso: 1754/2021. Ponente Excmo. Sr. D. Andrés Martínez Arrieta.

comisión. Esto no quiere decir, como explicaba la STS 91/2014, de 7 de febrero, que se produzca una relajación de las exigencias probatorias, sino el recurso a otra forma de probanza que puede conducir al siempre exigible grado de certeza objetiva preciso para un pronunciamiento penal condenatorio. Se enlaza así con declaraciones de textos internacionales (artículo 3.3 de la Convención de Viena de 1988, artículo 6.2.c) del Convenio de Estrasburgo de 1990 o artículo 6.2.f) de la Convención de Nueva York contra la Delincuencia Organizada Transnacional) que destacan que la lucha contra esas realidades criminológicas exige esta herramienta de valoración probatoria, que, por otra parte, es clásica y no exclusiva de esta modalidad criminal.

La prueba de indicios ha sido admitida tanto por la doctrina del Tribunal Constitucional, entre otras SSTC 174/1985, 175/1985, y la jurisprudencia de esta Sala, como idónea para desvirtuar la presunción de inocencia, sometida a la concurrencia de una serie de presupuestos que en este caso se dan. Desde el punto de vista formal, deben constar los indicios o hechos base plenamente acreditados que permitan acceder mediante un juicio de inferencia al hecho; el razonamiento de inferencia también ha de ser debidamente explicitado en la sentencia. Desde una perspectiva material, el control a través del recurso de casación se debe proyectar en la verificación de la existencia de varios indicios plenamente evidenciados, o uno de singular potencia acreditativa, de naturaleza inequívocamente incriminatoria, que no estén destruidos por contraindicios, que se refuercen entre sí y que permitan obtener un juicio de inferencia razonable, entendiendo tal razonabilidad como "enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano".

9.3.- Conclusiones

En esta sentencia el TS diferencia una vez más, entre qué debe entenderse por ganancia del delito, como fase ínsita en el delito antecedentes y que no tiene castigo independiente, y el delito de blanqueo de capitales, como la colocación en el mercado del producto obtenido con una actividad delictiva precedente mediante actos dirigidos al ocultamiento de las verdaderas fuentes de ingresos.

El tipo de blanqueo de capitales no exige que lo blanqueado alcance una determinada cuantía.

10.- CONCEPTO DE CONSENTIMIENTO EN DELITOS CONTRA LA LIBERTAD SEXUAL A PARTIR DE LA ENTRADA EN VIGOR DE LA LO 10/2022. STS 10/2023 de 19 de enero¹⁰.

10.1.- Antecedentes de hecho

La Audiencia Provincial de Navarra en 2021, condenó a varias personas como autores y cooperadores necesarios de varios delitos de agresión sexual grupal, siendo la víctima una mujer con un elevado grado de discapacidad psíquica. Indica el relato de los hechos declarados probados que esa mujer contactó a través de una red social con un varón con el que finalmente tendría relaciones sexuales consentidas, pero no con los demás hombres

¹⁰ Base de datos del CENDOJ. STS, Penal sección 1 del 19 de enero de 2023 (ROJ: STS 188/2023 - ECLI:ES:TS:2023:188). Sentencia: 10/2023. Recurso: 10196/2022. Ponente, Excmo. Sr. D. Vicente Magro Servet.

que se encontraban en el mismo lugar y que uno tras otro forzaron a la víctima por vía vaginal.

10.2.- Fundamentos jurídicos

Recordemos que la nueva LO 10/2022, de 6 de septiembre, Ley integral de delitos contra la libertad sexual, recoge en el art. 178 CP que sólo se entenderá que hay consentimiento cuando se haya manifestado libremente mediante actos que, en atención a las circunstancias del caso, expresen de manera clara la voluntad de la persona.

Con ello, no se exige en estas situaciones un consentimiento expreso, sino que puede ser tácito, y dependiendo, y aquí está la clave del texto, de las circunstancias del caso.

Pues en este supuesto, estas circunstancias evidencian que la voluntariedad existió con uno de ellos. Incluso consta que hubo un ofrecimiento y una aceptación voluntaria a llevar a cabo el acto sexual, por lo que el acceso sexual, tanto bucal como vaginal, fue consentido, sin que conste en modo alguno en los hechos probados algún tipo de negativa o no aceptación por la víctima, ya que mientras que esta negativa se expone en los actos sexuales forzados de Baltasar y Constantino, nada se dice en los de Dámaso que fue quien primero tuvo acceso bucal carnal con Lina y con su voluntariedad expresa, por lo que la referencia de la reforma del CP a las circunstancias del caso, puede aquí aplicarse en su totalidad, habida cuenta que aunque no se exija un consentimiento expreso, en este caso, incluso se da el dato de la voluntariedad de Lina ante el ofrecimiento de Dámaso.

Hay que recordar que con relación a los actos sexuales realizados por una persona, en nuestro caso una mujer, hay que fijar varios matices: 1) La circunstancia de que la mujer quiera realizarlos con una persona no determina que deba realizarlos con otras personas que aparezcan en el lugar; 2) O que si una mujer consiente a un acto sexual quiera decir que consienta más veces, incluso con la misma persona, o con otros; 3) La mujer tiene libertad sexual para consentir un acto sexual y para negarse al siguiente; 4) Que haya aceptado un acto sexual con una persona no quiere decir que acepte otros actos sexuales con ella o con otros; 5) No existe una presunción de consentimiento perpetuo de la mujer en los actos sexuales, sino que cada uno de ellos debe ser renovado atendidas las circunstancias del caso; 6) No existe el subjetivismo del autor de que la mujer consiente el acto sexual. Debe quedar evidenciado atendidas las circunstancias del caso, pero en este caso concreto, las circunstancias del caso evidencian el consentimiento, no pudiendo introducirse criterios en esta sede de revaloración de prueba que afecten a los hechos probados que la recurrente los interpreta de forma que no existió el consentimiento, cuando se trató de una aceptación de Lina a los actos sexuales que tuvo con Dámaso en su conjunto y 7) Las claves respecto al consentimiento en los actos de contenido sexual son las siguientes: a) No existen, en modo alguno, prórrogas de consentimientos puntuales con una persona a instancia de quienes realizan actos sexuales con una mujer pretendiendo que si ésta ha realizado un acto consentido previamente con otra persona exista una prórroga del consentimiento presunto con otros; b) La mujer tiene derecho a realizar antes una relación sexual con una persona y negarla más tarde con otra. Pretender lo contrario supondría culpabilizar a la víctima, e imponerle una especie de "servidumbre sexual" por la circunstancia de que antes haya tenido una relación sexual. La mujer decide con quien quiere tener relaciones sexuales, y éstas no se le pueden imponer; c) Ello sería atentar contra la libertad sexual de las mujeres y trasladar

la creencia del consentimiento al hombre cuando las circunstancias del caso no determinan con claridad y concreción que el consentimiento existe claramente en la voluntad de la mujer; d) El consentimiento no se puede prorrogar a instancia y voluntad exclusiva del hombre aunque ella haya llevado antes contacto sexual con el mismo u otros hombres; e) Resulta absolutamente inadmisibles que el consentimiento al que se refiere la redacción del artículo 178 apartado primero del código penal, tras la LO 10/2022, de 6 de septiembre, y anteriormente a esta reforma, se pueda concebir desde la creencia punto de vista subjetivo del autor, y no desde la voluntad decisoria de la mujer; f) La perspectiva subjetiva de la creencia de que existe consentimiento no puede reforzarse ni admitirse, sino en virtud de la clara voluntad, que puede ser expresa o tácita, de la mujer atendidas las circunstancias del caso. No se exige una expresividad manifestada exteriormente, ya que el texto penal permite una aceptación atendidas las circunstancias del caso. Pero en el presente caso las circunstancias fueron contrarias a que existía consentimiento, sino todo lo contrario; g) El criterio mantenido por los recurrentes supondría trasladar la existencia del consentimiento a la creencia del autor que tiene el acceso sexual de que la mujer consiente, cuando no existen aspectos externos en la misma para trasladar de forma clara la fehaciencia del consentimiento a la realización de actos sexuales; h) El consentimiento no puede entenderse nunca como presunto, porque el consentimiento nunca se puede presumir, sino que se traslada a la víctima su decisión y expresión de alguna manera atendidas las circunstancias del caso que quede reflejado para que, sin lugar a dudas, el hombre conozca con claridad la expresión inequívoca del consentimiento de la mujer para la realización de actos sexuales; i) Incluso hay que hacer constar que el hecho de que la víctima tuviera en momentos precedentes una relación sexual con otra persona en modo alguno determina una especie de presunción de prolongación o extensión del consentimiento con otros autores, lo cual es absolutamente rechazable, porque el consentimiento de la víctima es único y con respecto a un momento en concreto, así como con relación a una persona, y sin posibilidad de una extensión a otras en base a la libertad sexual de la mujer de consentir la realización de actos sexuales con una persona y negarlos con otra; j) La queja que en este sentido muestran los recurrentes es absolutamente rechazable por no suponer en modo alguno un consentimiento puntual una interpretación extensiva que pueda admitirse un consentimiento posterior por existir uno anterior con otra, e incluso con la misma persona; k) No existe una especie de perpetuación en el consentimiento de una mujer para realizar actos sexuales, como si fuera una especie de "cheque en blanco" para realizar un acto sexual que la mujer lo haya hecho antes con esa persona, o con otra. El consentimiento para el acto sexual es renovable para cada acto sexual.

Por otro lado, ante las líneas generales anteriores a tener en cuenta sí que es cierto, también, que la víctima puede padecer una situación de temor o revictimización por volver a revivir lo sucedido al contarle de nuevo al Tribunal, y tras haberlo hecho en dependencias policiales y en sede sumarial, lo que junto con los factores que citamos a continuación pueden ser tenidos en cuenta a la hora de llevar a cabo el proceso de valoración de esta declaración, como son los siguientes: 1) Dificultades que puede expresar la víctima ante el Tribunal por estar en un escenario que le recuerda los hechos de que ha sido víctima y que puede llevarle a signos o expresiones de temor ante lo sucedido que trasluce en su declaración; 2) Temor evidente al acusado por la comisión del hecho dependiendo de la gravedad de lo ocurrido; 3) Temor a la familia del acusado ante posibles represalias, aunque estas no se hayan producido u objetivado, pero que quedan en el obvio y asumible temor de las víctimas; 4) Deseo de terminar cuanto antes

la declaración; 5) Deseo al olvido de los hechos y 6) Posibles presiones de su entorno o externas sobre su declaración".

10.3.- Conclusiones

Recoge esta STS el núcleo esencial de la reforma introducida en el Código Penal por la nueva LO 10/2022, de 6 de septiembre, Ley de garantía integral de delitos contra la libertad sexual y es el consentimiento. Señala el art. 178 CP que sólo se entenderá que hay consentimiento cuando se haya manifestado libremente mediante actos que, en atención a las circunstancias del caso, expresen de manera clara la voluntad de la persona y con ello, no se exige en estas situaciones un consentimiento expreso, sino que puede ser tácito, y dependiendo, y aquí está la clave del tipo delictivo, de las circunstancias del caso.

11.- EXPLICACIÓN OBJETIVA DE LA ACTIVIDAD POLICIAL DE VIGILANCIA EN UN ESPACIO PÚBLICO. STS 30/2023, de 25 de enero¹¹.

11.1.- Antecedentes de hecho

El Juzgado de Instrucción nº8 de Alicante instruyó en 2018, unas diligencias previas por un delito contra la salud pública en la modalidad de sustancias que causan grave daño a la salud, venta al menudeo, y recalca la ardua labor policial de vigilancias, seguimientos y apostaderos, así como la sucesiva aportación de indicios de criminalidad contra los investigados.

11.2.- Fundamentos jurídicos

Retoma el TS en este caso sometido a revisión, el viejo axioma aristotélico de que el todo siempre es mayor que la suma de sus partes.

Señalaba que el abordaje crítico y aislado de cada uno de los datos de prueba puede, en efecto, patentizar la menor consistencia acreditativa que se otorga a alguno de ellos o incluso eventualmente la insuficiencia reconstructiva de alguno, aunque ello no comporta que el resultado cumulativo de todos aquellos datos, interactuando, no sea suficientemente sólido para poder declarar probada la hipótesis de la acusación.

En autos, como ya expresara racionalmente la sentencia recurrida, no se trató de una incautación aislada, sino de un total de seis intervenciones en las que se ocupa sustancia estupefaciente a personas que acababan de entrar en el domicilio de la acusada y que manifestaron a los agentes al serles intervenida la sustancia que la habían comprado a " Elisabeth, la mujer del CocaCola, nombre con el que es conocido Nicolás", donde eventuales o singulares momentos en todo el decurso de la vigilancia, carecen de incidencia probatoria alguna. Porfirio bajó del domicilio donde se llevaba a cabo la actividad ilícita, para entregar una cantidad de dinero a Nicolás, actividad ilógica, cuando la esposa de éste se hallaba arriba con Porfirio, que nada tenía pues que ver con un supuesto alquiler; incluso se afirma como cantidad supuestamente adeudada 400€, pero se entregan 515 en moneda fraccionaria, mientras que los agentes que lo presenciaron, en los dos días de vigilancias observaron igualmente hasta seis personas que tras entrar en el

¹¹ Base de datos del CENDOJ. STS, Penal sección 1 del 25 de enero de 2023 (ROJ: STS 206/2023 - ECLI:ES:TS:2023:206). Sentencia: 30/2023. Recurso: 1556/2021. Ponente, Excmo. Sr. D. Andrés Palomo del Arco.

domicilio y salir a continuación, les incautaron papelinas de cocaína; el inmueble que disponía de unas medidas de seguridad injustificadas, contaba para su acceso de tres cancelas metálicas muy pesadas, con bisagras reforzadas y apuntaladas a la estructura de la vivienda que contaba además con un sistema de video vigilancia en el balcón compuesto por dos cámaras de alta resolución que enfocaban a la entrada al portal de la calle, que se monitorizaban desde el interior de la vivienda.

Por otra parte, en cuanto al lugar de la observación, la sentencia también explica que ambos agentes señalaron que, por motivos de seguridad y no perjudicar a personas particulares que habían permitido la vigilancia, no podían identificar su ubicación exacta y que ante esta circunstancia la posición del Letrado de la defensa fue la de manifestar que comprendía el motivo, sin que consignase protesta ante la explicación de ambos agentes; explicación, que además de lógica se aprecia como muy detallada e incluso el jefe de grupo fue relatando con las fotografías el resultado de la investigación.

11.3.- Conclusiones

Desciende el TS a la valoración de los elementos incriminatorios expuestos motivadamente en la sentencia condenatoria dictada por la Audiencia Provincial, recalcando que esa valoración debe ser siempre conjunta y no aislada e independiente de las partes que constituyen el todo. Destaca también el acierto de la labor policial y la explicación objetiva de la elección del lugar de las vigilancias.

12.- RETIRADA DEL PASAPORTE Y LIQUIDACIÓN DE CONDENAS. STS 129/2023 de 1 de marzo¹².

12.1.- Antecedentes de hecho

El presente recurso de casación se interpone por el penado D. Luis Antonio contra el auto de fecha 3 de mayo de 2022, dictado por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Almería en la pieza individual del condenado, por el que se acordaba no haber lugar al abono en compensación por la medida cautelar acordada en su día sobre el mismo y relativa a la prohibición de salida del territorio nacional. No consta en la STS la referencia al delito por el que se condena.

La representación procesal del penado Luis Antonio, interesó la compensación, en la proporción que corresponda, de la medida personal de obligación de comparecer apud acta los días 1 y 15 durante el tiempo que estuvo en libertad provisional por esta causa así como por la prohibición de salir del territorio nacional.

El Ministerio Fiscal informó favorablemente, respecto a la compensación de los días de obligación apud acta en aplicación de lo establecido en el artículo 59 del código Penal, para que se compensasen respecto a la pena impuesta, computándolas a razón de un día por cada diez comparecencias. En relación a la compensación por prisión por la prohibición de salida del territorio nacional, la Fiscalía se opuso a la misma al no haber

¹² STS, Penal sección 1 del 01 de marzo de 2023 (ROJ: STS 575/2023 - ECLI:ES:TS:2023:575). Sentencia: 129/2023. Recurso: 10471/2022. Ponente, Excm. Sra. Dña. Carmen Lamela Díaz.

acreditado ni alegado los perjuicios causados por la medida cautelar. La Acusación Particular, nada dijo.

12.2.- Fundamentos jurídicos

La Audiencia Provincial había denegado la compensación del periodo de tiempo en el que el penado se había visto privado de salir del territorio español con retirada de su pasaporte, no sólo por no haber sido alegado ni acreditado perjuicio alguno, sino también en atención a que la resolución que acordó la medida cautelar no prohibió la salida del país de forma incondicional, sino que lo supeditó a la previa autorización judicial, y durante la vigencia de la medida ninguna petición al efecto había sido deducida por el penado.

Asiste la razón al Tribunal cuando no objetiva la existencia de perjuicio concreto alguno para el penado derivado de la imposición de la medida cautelar. Efectivamente, nada ha señalado el penado Luis Antonio al respecto a lo largo del procedimiento y tampoco ha solicitado autorización judicial para viajar fuera de España y no lo ha hecho hasta la formulación del presente recurso de casación, fundamentando ahora el perjuicio de manera genérica en que no ha podido visitar a sus padres y a otros familiares. Igualmente trata de justificar la falta de solicitud de salida en la probable denegación por parte de la autoridad judicial, justificación que carece de toda lógica teniendo en cuenta que la medida no fue impuesta con carácter absoluto e incondicional, sino supeditada a la correspondiente autorización judicial, por lo que la propia resolución preveía la posibilidad de permitir su salida de España.

No obstante lo anterior, la decisión de la Audiencia es contraria a lo dispuesto en el art. 59 CP y a la doctrina de esta Sala que lo desarrolla.

Así, cuando la medida cautelar sufrida y la pena impuesta sean de distinta naturaleza, el art. 59 CP no faculta al Tribunal, sino que le impone la compensación, al señalar en este caso que el Juez o Tribunal "ordenará" que se tenga por ejecutada en la parte correspondiente, dejando no obstante al arbitrio del Tribunal la determinación de cuál sea la parte de la pena impuesta que deba compensarse.

Como recordábamos en la sentencia núm. 484/2020, de 1 de octubre que "El Tribunal Constitucional, en su STC 169/2001, de 16 de julio, señaló que la retirada de pasaporte constituye una restricción a la libertad personal y no es otra cosa que una libertad provisional condicionada a permanecer en España a disposición de la autoridad judicial. El máximo intérprete constitucional señaló que la retención del pasaporte, como medida cautelar sustitutiva de la prisión provisional, supone una afección del derecho a la libertad personal (artículo 17.1 CE) que precisa de la correspondiente habilitación legal (artículo 53.1 CE), razón por la que en aquella sentencia se otorgó amparo por considerar que en aquellas fechas no existía habilitación legal suficiente para acordar la retención del pasaporte.

Conviene recordar que la restricción de derechos fundamentales requiere necesariamente habilitación legal (artículo 53.1 CE). La deficiencia legal advertida por el Tribunal Constitucional fue solventada por la Ley Orgánica 13/2003, de 24 de octubre, que permitió la posibilidad de retención del pasaporte como medida de garantía de la libertad provisional, mediante resolución judicial motivada.

Por su parte, esta Sala ya dijo en la STS 154/2015, de 17 de marzo que no había, en principio, ningún obstáculo para proyectar la doctrina sobre la compensación de la obligación de comparecer a la retención del pasaporte, indicando que la compensación requería un juicio de equivalencia en el que se había de atender "a la naturaleza de la medida y de la pena y a la incidencia de cada una en la esfera del sujeto, valorando su grado de aflictividad", concluyendo que "no caben reglas apriorísticas de generalizada aplicación".

En aquel caso se consideró razonable un módulo de equivalencia de un día por cada mes de privación de libertad, si bien se reconoció en la sentencia que el afectado tenía un negocio en el extranjero que hubo de atender a través de terceras personas.

Este criterio se ha mantenido con posterioridad y, así, en la STS 443/2019, de 2 de octubre, declaramos la obligación de compensar con independencia de la intensidad que esa restricción conlleve para quien sea objeto de ella. En esta sentencia se acordó la procedencia de la compensación incluso del tiempo transcurrido por consecuencia de una petición de indulto, ya que esa petición constituye el legítimo ejercicio de una facultad legal y durante su tramitación estuvo vigente la medida cautelar.

En la STS 377/2019, de 23 de julio, indicamos que para establecer la compensación no es necesario que quien la solicite justifique en qué medida esa restricción le ha afectado o que haya solicitado autorización para salir de España y le haya sido denegada, ya que la retención del pasaporte tiene por sí sola un componente incuestionable de aflictividad y gravosidad."

Atendiendo pues a la doctrina expuesta, debemos de partir del hecho objetivo de que la retención del pasaporte tiene por sí sola un componente incuestionable de aflictividad y gravosidad, que debe tener su reflejo en el cumplimiento de la pena privativa de libertad finalmente impuesta. Ahora bien, en nuestro caso, en el sentido ya expuesto, no han sido acreditados perjuicios singulares en el recurrente, más allá de esa evidente limitación o restricción genérica que la medida cautelar comporta, por lo que debe acogerse como módulo de conversión el de un día de prisión por cada seis meses de retención del pasaporte o de prohibición de salida de España.

12.3.- Conclusiones

El tiempo de duración de una medida cautelar de carácter personal acordada durante la instrucción de la causa y dependiendo de su naturaleza, una vez que se dicta sentencia condenatoria, debe abonarse como tiempo de cumplimiento efectivo. No existe problema para la liquidación en los casos de una previa prisión preventiva, si la condena es a una pena privativa de libertad; tampoco para liquidar los días de presentaciones periódicas acordadas como obligaciones de comparecencia *apud acta*, si de nuevo la sentencia es condenatoria a una pena privativa de libertad. Si la medida instrumental hubiera sido la retirada del pasaporte, es evidente que ha existido una limitación gravosa a la libertad ambulatoria de su destinatario y de nuevo, si la condena es a una pena privativa de libertad, el tiempo que durante la instrucción de la causa esa retirada hubiera estado vigente, también deberá computarse a favor del reo previa comprobación de la real afectación a sus derechos.

