

Boletín de Jurisprudencia
Penal



Asociación Profesional
De la Magistratura

Nº 0 - Abril 2016

PRESENTACIÓN



En esta nueva etapa de nuestra Revista Deliberación, ahora en formato único digital, iniciada a partir del XXII Congreso de Logroño de noviembre pasado, el Comité Ejecutivo Nacional de la APM ha creído necesario completar la publicación con un **Boletín de Jurisprudencia**, cuya **coordinación** se me ha encomendado.

Llevamos la idea de que tenga una periodicidad mensual y que acoja comentarios y/o sentencias recientes y de interés, por su novedad principalmente, de todas las Salas del Tribunal Supremo, adelantándonos si fuera posible a su propia publicación en los repertorios. Y, ante la petición de algunos compañeros, no descartamos la posibilidad de incorporar resoluciones de órganos distintos al Tribunal Supremo, en materias especializadas de cualquier orden. Sobre ello estamos a la espera de vuestras propias sugerencias.

Y en este momento, quiero agradecer la colaboración, sin la que el Boletín no sería posible, de los compañeros encargados de la **selección y comentarios**: Antonio Salas, por la Sala Primera; Antonio del Moral, por la Sala Segunda; José Luis Requero, por la Sala Tercera; Milagros Calvo, por la Sala Cuarta; y Ángel Calderón, por la Sala Quinta.

A todos ellos mi sincero agradecimiento.

Francisco Monterde Ferrer

SUMARIO

STS 221/2016, de 16 de marzo.

Responsabilidad penal de personas jurídicas. Presunción de inocencia es derecho que se proyecta también sobre esa responsabilidad. Necesidad de una imputación formal previa como condición de la condena penal de una persona jurídica.

STS 201/2016, de 10 de marzo.

Interrupción del plazo de prescripción del delito. Queda interrumpido por actuaciones encaminadas a fijar la competencia, por actuaciones practicadas por órgano que resulta finalmente incompetente e incluso por actuaciones que finalmente puedan ser declaradas nulas.

STS 188/2016, de 4 de marzo.

Falsedad: documento oficial por destino o incorporación. Autoría mediata

STS 178/2016, de 3 de marzo.

Trata de seres humanos. Relaciones concursales con delitos de inmigración ilegal, determinación coactiva a la prostitución, aborto, falsificación de documentos y certificados, organización criminal.

STS 163/2016, de 2 de marzo.

Apropiación indebida. Nueva regulación. Gestión desleal.

STS 165/2016, de 2 de marzo.

Blanqueo de Capitales. Autoblanqueo. Continuidad delictiva: incompatibilidad como regla general. Bien jurídico protegido. La sentencia va acompañada de un voto particular.

STS 221/2016, de 16 de marzo

Responsabilidad penal de personas jurídicas. Presunción de inocencia es derecho que se proyecta también sobre esa responsabilidad. Necesidad de una imputación formal previa como condición de la condena penal de una persona jurídica.

La STS 154/2016, 29 de febrero, dictada por el Pleno de la Sala Segunda, ha abordado algunos de los problemas más relevantes ligados a la interpretación del art. 31 bis del CP. La existencia de un voto particular que acoge la opinión de siete Magistrados que, pese a la coincidencia en el desenlace del recurso, difieren de algunos de los núcleos argumentales del criterio mayoritario, es bien expresiva de la complejidad del tema abordado. Ese voto particular también refleja la conveniencia de aceptar la existencia de puntos controvertidos que aconsejan no interpretar algunas de las soluciones proclamadas como respuestas cerradas, ajenas a un proceso ulterior de matización. En pocas materias como la que ahora nos ocupa las soluciones dogmáticas son tan variadas. El debate parece inacabable y el hecho de que algunos de los autores que han abanderado las propuestas más audaces a la hora de explicar la responsabilidad de las personas jurídicas, hayan rectificado sus planteamientos iniciales, es indicativo de que a un catálogo tan abierto de problemas no se puede responder con un repertorio cerrado y excluyente de soluciones. El cuerpo de doctrina jurisprudencial sobre una novedad tan radical referida a los sujetos de la imputación penal, sólo podrá considerarse plenamente asentado conforme transcurra el tiempo y la realidad práctica vaya sometiendo a nuestra consideración uno u otro problema.

Desde la perspectiva del derecho a la presunción de inocencia a la que se refiere el motivo, el juicio de autoría de la persona jurídica exigirá a la acusación probar la comisión de un hecho delictivo por alguna de las personas físicas a que se refiere el apartado primero del art. 31 bis del CP, pero el desafío probatorio del Fiscal no puede detenerse ahí. Lo impide nuestro sistema constitucional. Habrá de acreditar además que ese delito cometido por la persona física y fundamento de su responsabilidad individual, ha sido realidad por la concurrencia de un delito corporativo, por un defecto estructural en los mecanismos de prevención exigibles a toda persona jurídica, de forma mucho más precisa, a partir de la reforma de 2015.

La Sala no puede identificarse –insistimos, con independencia del criterio que en el plano dogmático se suscriba respecto del carácter vicarial o de responsabilidad por el hecho propio de la persona jurídica- con la tesis de que, una vez acreditado el hecho de conexión, esto es, el particular delito cometido por la persona física, existiría una presunción iuris tantum de que ha existido un defecto organizativo. Y para alcanzar esa conclusión no es necesario abrazar el criterio de que el fundamento de la responsabilidad corporativa no puede explicarse desde la acción individual de otro. Basta con reparar en

algo tan elemental como que esa responsabilidad se está exigiendo en un proceso penal, las sanciones impuestas son de naturaleza penal y la acreditación del presupuesto del que derivan aquéllas no puede sustraerse al entendimiento constitucional del derecho a la presunción de inocencia. Sería contrario a nuestra concepción sobre ese principio estructural del proceso penal admitir la existencia de dos categorías de sujetos de la imputación. Una referida a las personas físicas, en la que el reto probatorio del Fiscal alcanzaría la máxima exigencia, y otra ligada a las personas colectivas, cuya singular naturaleza actuaría como excusa para rebajar el estándar constitucional que protege a toda persona, física o jurídica, frente a la que se hace valer el *iuspuniendi* del Estado. No es discutible –frente a lo que acontece en otros sistemas, como en el italiano, en el que la dogmática llega a hablar de un verdadero fraude de etiquetas- que el régimen de responsabilidad de las personas jurídicas instaurado en España por las reformas de 2010 y 2015 es el propio de una responsabilidad penal. La Sala no puede identificarse con la tesis de que en el sistema español puede hablarse de una responsabilidad penal de las personas jurídicas, pero no de un delito de las personas jurídicas. No hay responsabilidad penal sin delito precedente. Lo contrario abriría una peligrosísima vía con efectos irreversibles en los fundamentos mismos del sistema penal.

El proceso penal es incompatible con una doble vía probatoria, aquella por la que discurre la prueba de la acción de la persona física y aquella otra por la que transita la declaración de responsabilidad penal de la persona jurídica.

Y, desde luego, la reivindicación de un mismo contenido material para el derecho a la presunción de inocencia, ya se proclame respecto de una persona física, ya para una persona jurídica, no puede interpretarse como una puerta abierta al privilegio procesal de la persona colectiva. Antes al contrario, la atribución de un doble significado a lo que constituye, no ya un derecho constitucional, sino un principio estructural del proceso penal, es lo que lleva implícito el riesgo de desvirtuar uno de los pilares del enjuiciamiento penal.

La lectura constitucional del proceso penal es incompatible con una división artificial de los papeles que han de asumir acusación y defensa para esclarecer la verdad del hecho imputado. Pero sin adentrarnos en debates que desbordarían el objeto del presente recurso, lo que debería estar fuera de dudas es que el estatuto procesal de la persona jurídica, como venimos insistiendo, no puede dibujarse con distinto trazo en función del anticipado criterio que se suscriba respecto de la naturaleza de su responsabilidad penal o, incluso, en relación con las causas que harían excluir esa responsabilidad y a las que se refieren los apartados 2 y 3 del art. 31 bis. En efecto, ya se califiquen esas causas obstativas de la responsabilidad penal de las personas jurídicas como subsistema de circunstancias eximentes, ya se predique de ellas la condición de excusas absolutorias, de causas de exclusión de la culpabilidad o, como ha llegado a sostenerse, elementos negativos del tipo, la controversia sobre la etiqueta dogmática no puede condicionar el estatuto procesal de las personas colectivas como sujeto singular y diferenciado de la

imputación penal.

En efecto, de hacerlo así se estaría olvidando que, sea cual fuere el criterio doctrinal mediante el que pretenda explicarse la responsabilidad de los entes colectivos, ésta no puede afirmarse a partir de la simple acreditación del hecho delictivo atribuido a la persona física. La persona jurídica no es responsable penalmente de todos y cada uno de los delitos cometidos en el ejercicio de actividades sociales y en su beneficio directo o indirecto por las personas físicas a que se refiere el art. 31 bis 1 b). Sólo responde cuando se hayan "...incumplido gravemente de los deberes de supervisión, vigilancia y control de su actividad, atendidas las circunstancias del caso". Los incumplimientos menos graves o leves quedan extramuros de la responsabilidad penal de los entes colectivos. La pregunta es obvia: ¿puede sostenerse que el desafío probatorio que asume el Fiscal no incluye la acreditación de que ese incumplimiento de los deberes de supervisión es grave? En definitiva, en la medida en que el defecto estructural en los modelos de gestión, vigilancia y supervisión constituye el fundamento de la responsabilidad del delito corporativo, la vigencia del derecho a la presunción de inocencia impone que el Fiscal no se considere exento de la necesidad de acreditar la concurrencia de un incumplimiento grave de los deberes de supervisión. Sin perjuicio de que la persona jurídica que esté siendo investigada se valga de los medios probatorios que estime oportunos –pericial, documental, testifical- para demostrar su correcto funcionamiento desde la perspectiva del cumplimiento de la legalidad.

La Sala no puede aceptar la idea que late en la argumentación del Fiscal, según la cual, siempre que se opte por un modelo de responsabilidad vicarial, la vigencia de algunos de los principios estructurales del proceso penal pasa a un segundo plano. La responsabilidad de las personas jurídicas –ya se suscriba un criterio vicarial, ya de autorresponsabilidad- sólo puede declararse después de un proceso con todas las garantías. La imposición de cualquiera de las penas –que no medidas- del catálogo previsto en el art. 33.7 del CP, sólo puede ser el desenlace de una actividad jurisdiccional sometida a los principios y garantías que legitiman la actuación del iuspuniendi. En definitiva, la opción por el modelo vicarial es tan legítima como cualquier otra, pero no autoriza a degradar a la condición de formalismos la vigencia de los principios llamados a limitar la capacidad punitiva del Estado.

Nuestro sistema, en fin, no puede acoger fórmulas de responsabilidad objetiva, en las que el hecho de uno se transfiera a la responsabilidad del otro, aunque ese otro sea un ente ficticio sometido, hasta hace bien poco, a otras formas de responsabilidad. La pena impuesta a la persona jurídica sólo puede apoyarse en la previa declaración como probado de un hecho delictivo propio.

STS 201/2016, de 10 de marzo

Interrupción del plazo de prescripción del delito. Queda interrumpido por actuaciones encaminadas a fijar la competencia, por actuaciones practicadas por órgano que resulta finalmente incompetente e incluso por actuaciones que finalmente puedan ser declaradas nulas.

La cuestión debatida, pues, se centra en determinar si los señalamientos de juicio oral y las actuaciones producidas ante ese órgano (Juzgado de lo Penal) que finalmente se reputa incompetente para enjuiciar son intrascendentes a efectos de interrumpir la prescripción.

De hecho, en el caso que nos ocupa, el Juzgado de lo Penal, que inicialmente se creyó competente para el enjuiciamiento, ha dictado resoluciones en el periodo de 5 años que si se hubieran dictado por la Audiencia Provincial ninguna duda cabría de su aptitud para interrumpir la prescripción: ha dictado autos señalando y citando para el desarrollo de la vista o juicio oral para el 10-11-2009, para el 16-5-2012 y finalmente para el 12-12-2012, juicios orales que debió suspender ante la incomparecencia de las partes (lo que igualmente motivó que acordara órdenes de busca, la localización de un acusado y la rebeldía del otro acusado). Es tras estos intentos de celebración del juicio oral cuando a instancias del Fiscal se dio traslado a las partes el 3-11-2014 para informe sobre competencia y se acordó la remisión de las actuaciones a la AP, ante la que ha sido finalmente celebrado el juicio.

Como alega el Ministerio Fiscal, debe partirse de la normalidad que supone el hecho de que se fije, durante el procedimiento, contradictoriamente, el órgano competente para el enjuiciamiento. El turno de intervenciones al inicio del juicio oral ante el Juzgado de lo Penal recoge expresamente la posibilidad de que tal cuestión sea suscitada; tratándose por ello de una cuestión que en modo alguno puede reputarse superflua o intrascendente para el desarrollo de la causa, ni siquiera anormal o retardataria en sí misma. Es más, ante la regulación del art. 529.7 CP 1973 que establece pena de arresto mayor –que atrae la competencia del Juzgado de lo Penal– si el subtipo de la gravedad de la cuantía apropiada es apreciado como simple y que, de otra parte, conlleva pena de prisión menor –competencia de la Audiencia Provincial– si se aprecia como cualificado, con criterios no establecidos taxativamente en el CP, como ahora sucede, sino establecidos jurisprudencialmente, debe reputarse de frecuente este incidente.

En consecuencia, las actuaciones efectuadas por el órgano que se reputa inicialmente competente para enjuiciar dirigidas a lograr la celebración del juicio oral deben ser reputadas diligencias esenciales que interrumpen la prescripción. Necesariamente han de considerarse interruptivas las actuaciones por las que se fija juicio oral y se señala fecha para el mismo. Una cosa es el tiempo de espera para señalamiento –que se considera no interruptivo– y otra las actuaciones procesales dirigidas a señalarlo y el propio día de

señalamiento del juicio, así como su celebración o suspensión. Éstos últimos son actos – los más importantes del proceso, en tanto procuran o suponen el desarrollo del juicio– que interrumpen el plazo prescriptivo.

El hecho de que sean realizados por órgano –Juzgado de lo Penal– finalmente declarado incompetente no les priva del citado carácter interruptivo por dos consideraciones.

Primero, en tanto se han desplegado actuaciones (v.gr.: localización de uno de los acusados) que sirven para el desarrollo del juicio ante la Audiencia Provincial.

Segundo, habida cuenta de que conforme al Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de fecha 27 de abril de 2011, "las actuaciones declaradas nulas en el proceso penal no pierden por ello la eficacia interruptiva que tuvieron en su momento".

STS 188/2016, de 4 de marzo

Falsedad: documento oficial por destino o incorporación. Autoría mediata

Para aplicar la doctrina de la calificación del documento falsificado como documento oficial por destino o incorporación a un expediente administrativo público, es necesario que se cumplan dos condiciones diferentes:

1º) En primer lugar que el particular cometa alguna de las falsedades descritas en los tres primeros números del apartado 1º del art 390, pues si es una falsedad del número cuarto (faltar a la verdad en la narración de los hechos), se considera una conducta de mera falsedad ideológica por que no puede sancionarse al particular. En el caso actual nos encontramos ante una conducta del núm. 2º), simular un documento en todo o en parte de modo que induzca a error sobre su autenticidad, ya que los contratos de trabajo como empleadas de hogar de las inmigrantes eran completamente ficticios. No es que se hubiese hecho alguna modificación de la realidad, como cambiar el nombre de un contratante, la fecha de inicio de la relación o un domicilio, sino que los contratos eran completa y absolutamente inexistentes.

La doctrina de esta Sala (SSTS. 900/2006 de 22 de septiembre, 894/2008 de 17 de diciembre, 784/2009 de 14 de julio, 278/2010 de 15 de marzo, 1100/2011 de 27 de octubre, 211/2014 de 18 de marzo, 327/2014 de 24 de abril, entre otras) afirman que en el apartado 2º del art. 390.1 resulta razonable incardinar aquellos supuestos en que la falsedad no se refiere exclusivamente a alteraciones de la verdad en algunos de los extremos consignados en el documento, que constituirían la modalidad despenalizada para los particulares de faltar a la verdad en la narración de los hechos, sino al documento en sí mismo en el sentido de que se confeccione deliberadamente con la finalidad de acreditar en el tráfico jurídico una relación jurídica absolutamente inexistente.

2º) Que la confección del documento privado simulado tenga como única razón de ser la

de su inmediata incorporación a un expediente público, y por tanto la de producir efectos en el orden oficial, provocando una resolución con incidencia o trascendencia en el tráfico jurídico, que puede calificarse de falsedad mediata en documento oficial, pues al funcionario competente se le ha engañado con un documento falso para que altere un registro o expediente oficial (STS. de 26 de marzo de 2014, STS 2018/2001 de 3 de abril de 2002, STS 458/2008 de 30 de junio, STS. 835/2003 de 10 de junio, etc.). La falsedad de estos documentos se califica de falsedad de documento oficial por destino o incorporación.

STS 178/2016, de 3 de marzo.

Trata de seres humanos. Relaciones concursales con delitos de inmigración ilegal, determinación coactiva a la prostitución, aborto, falsificación de documentos y certificados, organización criminal.

STS 163/2016, de 2 de marzo.

Apropiación indebida. Nueva regulación. Gestión desleal.

La exposición de motivos de la LO 1/2015, señala que *“La reforma se aprovecha asimismo para delimitar con mayor claridad los tipos penales de administración desleal y apropiación indebida. Quien **incorpora a su patrimonio, o de cualquier modo ejerce facultades dominicales sobre una cosa mueble que ha recibido con obligación de restituirla, comete un delito de apropiación indebida.** Pero quien recibe como administrador facultades de disposición sobre dinero, valores u otras cosas genéricas fungibles, no viene obligado a devolver las mismas cosas recibidas, sino otro tanto de la misma calidad y especie; por ello, **quien recibe de otro dinero o valores con facultades para administrarlos, y realiza actuaciones para las que no había sido autorizado, perjudicando de este modo el patrimonio administrado, comete un delito de administración desleal.**”*

Esta nueva regulación de la administración desleal motiva a su vez la revisión de la regulación de la apropiación indebida y de los delitos de malversación.

Los delitos de apropiación indebida siguen regulados en una sección diferente, quedando ya fuera de su ámbito la administración desleal por distracción de dinero, que pasa a formar parte del tipo penal autónomo de la administración desleal, lo que hace necesaria una revisión de su regulación, que se aprovecha para simplificar la normativa anterior: se diferencia ahora con claridad según se trate de un supuesto de apropiación con quebrantamiento de la relación de confianza con el propietario de la cosa, supuesto que

continúa estando castigado con la pena equivalente a la de la administración desleal y la estafa; o de supuestos de apropiación de cosas muebles ajenas sin quebrantamiento del deber de custodia, como es el caso de la apropiación de cosa perdida no susceptible de ocupación, en donde se mantiene la actual agravación de la pena aplicable en los casos de apropiación de cosas de valor artístico, histórico, cultural o científico, y el caso de la apropiación de cosas recibidas por error”.

En consecuencia la reforma excluye del ámbito de la apropiación indebida la administración desleal por distracción de dinero, pero mantiene en el ámbito del tipo de apropiación indebida, la apropiación de dinero en los supuestos en que el acusado **se apropiare** para sí o para otros del dinero que hubiera recibido en depósito, comisión, o custodia, o que le hubiere sido confiado en virtud de cualquier otro título que produzca la obligación de entregarlo o devolverlo, o negare haberlos recibido. En efecto la nueva redacción del tipo incluye expresamente en el art 253 **el dinero** entre los bienes que pueden ser objeto de apropiación indebida, al establecer clara y paladinamente que *“1. Serán castigados con las penas del artículo 249 o, en su caso, del artículo 250, salvo que ya estuvieran castigados con una pena más grave en otro precepto de este Código, los que, en perjuicio de otro, se apropiaren para sí o para un tercero, **de dinero**, efectos, valores o cualquier otra cosa mueble, que hubieran recibido en depósito, comisión, o custodia, o que les hubieran sido confiados en virtud de cualquier otro título que produzca la obligación de entregarlos o devolverlos, o negaren haberlos recibido”.*

Algún sector doctrinal, que siempre ha mantenido una posición contraria a la apropiación indebida de dinero, calificándola en todo caso como un supuesto de administración desleal indebidamente inserto en el tipo de la apropiación indebida, pretende ahora enmendar la plana al Legislador y sostener que pese a la mención expresa del dinero en el art 253 CP 15, la apropiación de dinero, por su naturaleza fungible, no puede sancionarse como delito de apropiación indebida (diga lo que diga el Legislador) sino que debe calificarse en todo caso como administración desleal, sea cual sea el título por el que se haya recibido, y sea cual sea la naturaleza de la acción realizada sobre el mismo (excederse en las facultades de administración o hacerlo propio). Otros sectores mantienen que la mención del dinero en el art 253 solo puede referirse a los supuestos en los que el dinero se ha entregado como cosa cierta (identificando la numeración de los billetes y especificando que la devolución debe realizarse sobre los mismos billetes entregados).

Este no es el criterio seguido por esta Sala en una ya abundante doctrina jurisprudencial dictada desde la entrada en vigor de la reforma operada por la LO 1/2015, que sigue manteniendo con efectos retroactivos la tipicidad de la apropiación indebida de dinero. En efecto si se admitiese el criterio de que la apropiación indebida de dinero solo tenía cabida en el anterior art 252 CP como “distracción”, constituyendo en todo caso una modalidad de administración desleal, y siendo así que la conducta específica de

“distracción” ya no figura en la actual redacción del delito de apropiación indebida, podríamos vernos obligados a aplicar retroactivamente esta norma excluyendo la condena por apropiación indebida, sin que resultase sencillo remitir la sanción al nuevo delito de administración desleal que no ha sido objeto de acusación y posible defensa en el procedimiento.

Por el contrario esta Sala ha mantenido la sanción por delito de apropiación indebida de dinero en numerosas sentencias dictadas después de la entrada en vigor de la reforma. Cabe citar, por ejemplo, la STS 433/2013, de 2 de julio (Pte. Sr Granados, conducta apropiatoria de dinero en el ámbito societario), STS 430/2015, de 2 de julio (Pte. Sr Giménez, apropiación indebida de dinero por el Consejero Delegado de una empresa que realizó actos de expropiación definitiva, que exceden de la administración desleal), STS 414/2015, de 6 de julio (Pte. Sr. Berdugo, apropiación indebida por la tutora de dinero de sus pupilos), STS 431/2015, de 7 de julio (Pte. Sr Arrieta, apropiación indebida por comisionista de dinero de su empresa), STS 485/2015, de 16 de julio, (Pte. Sr. Maza, apropiación indebida de dinero entregado para la cancelación de un gravamen sobre una vivienda), STS 592/2015, de 5 de octubre, (Pte. Sr Maza, apropiación indebida de dinero por Director General de una empresa), STS 615/2015, de 15 de octubre (Pte. Sr. Palomo, apropiación indebida de dinero por administrador de fincas urbanas), STS 678/2015, de 30 de octubre, (Pte. Sr Granados, apropiación de dinero por apoderado), STS 732/2015, de 23 de noviembre (Pte. Sr Maza, apropiación indebida de dinero por mediador en un contrato de compraventa de inmuebles), STS 792/2015, de 1 de diciembre (Pte. Sr Varela, apropiación indebida de dinero por un gestor), STS 788/2015, de 10 de diciembre (Pte. Sr Palomo, apropiación indebida de dinero por intermediario), STS 65/2016, de 8 de febrero (Pte. Sr Conde-Pumpido, apropiación indebida de dinero por agente de viajes), STS 80/2016, de 10 de febrero, (Pte. Sr Maza, apropiación indebida de dinero por el patrono de una fundación), STS 89/2016, de 12 de febrero (Pte. Sr Conde-Pumpido, apropiación indebida de dinero entregado como anticipo de la compra de viviendas), etc. etc.

En realidad la reforma es coherente con la más reciente doctrina jurisprudencial que establece como criterio diferenciador entre el delito de apropiación indebida y el de administración desleal la disposición de los bienes con carácter definitivo en perjuicio de su titular (caso de la apropiación indebida) y el mero hecho abusivo de aquellos bienes en perjuicio de su titular pero sin pérdida definitiva de los mismos (caso de la administración desleal), por todas STS 476/2015, de 13 de julio. En consecuencia en la reciente reforma legal operada por la LO 1/2015, el art 252 recoge el tipo de delito societario de administración desleal del art 295 derogado, extendiéndolo a todos los casos de administración desleal de patrimonios en perjuicio de su titular, cualquiera que sea el origen de las facultades administradoras, y **la apropiación indebida los supuestos en los que el perjuicio ocasionado al patrimonio de la víctima consiste en la definitiva expropiación de sus bienes, incluido el dinero**, conducta que antes se sancionaba en el art 252 y ahora en el art 253...

...Como ha señalado la reciente STS 18/2016, de 26 de enero, *“la admisión de la apropiación indebida de dinero siempre ha suscitado problemas doctrinales y jurisprudenciales, por su naturaleza fungible, pero sin entrar ahora en debates más complejos es necesario constatar que el Legislador ha zanjado la cuestión en la reforma operada por la LO 1/2015, de 30 de marzo, al mantener específicamente el dinero como objeto susceptible de apropiación indebida en el nuevo art 253 CP.*

Lo que exige la doctrina jurisprudencial para apreciar el delito de apropiación indebida de dinero es que se haya superado lo que se denomina el "punto sin retorno", es decir que se constate que se ha alcanzado un momento en que se aprecie una voluntad definitiva de no entregarlo o devolverlo o la imposibilidad de entrega o devolución (STS 513/2007 de 19 de junio, STS 938/98, de 8 de julio, STS 374/2008, de 24 de junio, STS 228/2012, de 28 de marzo)”.

STS 165/2016, de 2 de marzo

Blanqueo de Capitales. Autoblanqueo. Continuidad delictiva: incompatibilidad como regla general. Bien jurídico protegido.

La sentencia va acompañada de un voto particular.

La reforma del C. Penal por LO 5/2010, de 22 de junio, ha venido a confirmar la línea jurisprudencial que aplicaba el concurso real de delitos de tráfico de drogas y de blanqueo de capitales, toda vez que ha establecido en el art. 301.1 del C. Penal que la actividad ilícita de donde proceden los bienes afluídos puede haber sido *cometida por el propio autor del blanqueo o por un tercero.*

Así las cosas, y al seguir ubicado el precepto dentro de los delitos contra el orden socioeconómico, ha de entenderse que el bien jurídico se halla comprendido en ese ámbito. Se ha dicho por la doctrina que el orden socioeconómico más que un bien jurídico sería un objetivo político criminal, lo que unido a su naturaleza supraindividual dificultaría con su abstracción la concreción del bien tutelado por la norma. Sin embargo, ha de entenderse que dentro del orden socioeconómico existen intereses concretos susceptibles de ser tutelados materialmente por el sistema punitivo, tales como el interés del Estado en controlar el flujo de capitales procedentes de actividades delictivas ejecutadas a gran escala y que pueden menoscabar el sistema económico, y que afectan también al buen funcionamiento del mercado y de los mecanismos financieros y bursátiles. Por lo demás, tampoco debe obviarse que un sector posiblemente mayoritario de la doctrina mantiene que son dos los bienes jurídicos los que tutela la figura del blanqueo de capitales: la administración de justicia, al facilitar la persecución de los delitos antecedentes cometidos por el acusado que le permitieron obtener una importantísima cantidad de dinero, y el orden socioeconómico, criterio que también se ha acogido por algunas de las resoluciones de esta Sala.

En la **reciente jurisprudencia** de casación se han establecido algunas pautas en las que, incidiendo en la interpretación gramatical de la compleja dicción del art. 301.1 del C. Penal, se ha procurado obtener una aplicación de la norma que limite los posibles excesos en la punición del autoblanqueo, evitando que se extraigan interpretaciones descontextualizadas que vulneren el principio *non bis in ídem* (SSTS 1080/2010, de 20-10; 858/2013, de 19-11; 809/2014, de 26-11; 265/2015, de 29-4; y 408/2015, de 8-7).

La doctrina jurisprudencial que se ha ido estableciendo en esas sentencias se sintetiza en la última citada, la 408/2015, si bien procuraremos ir señalando a continuación cuáles son los párrafos de aquellas sentencias que permiten concretar los parámetros interpretativos más determinantes a la hora de aplicar una figura tan compleja y cuestionada como la del autoblanqueo.

La punición autónoma del autoblanqueo, respecto del delito antecedente se justifica, siguiendo las ideas esenciales destacadas en la STS 809/2014 de 26 de noviembre, porque desde el punto de vista legal:

a) Mientras en la receptación y en el encubrimiento el Legislador excluye explícitamente a los partícipes del delito previo, esta exclusión no se ha incorporado nunca a la descripción del tipo del blanqueo. Por el contrario, desde la reforma de 2010 se sanciona expresamente el blanqueo cometido por el autor del delito previo.

b) Pese a la proximidad del blanqueo con la receptación, la mayor gravedad del blanqueo para el Legislador es obvia dada la entidad de las penas que respectivamente los castigan.

c) La mayor autonomía del blanqueo de capitales frente al delito previo, respecto de la receptación y el encubrimiento, resulta de toda ausencia limitativa de la pena del blanqueo derivada de la medida de la pena del delito previo, limitación que sí se establece para los delitos de encubrimiento y receptación en los arts. 452 y 298.3 CP.

Desde el punto de vista valorativo se argumenta en las sentencias 809/2014 y 265/2015 lo siguiente:

a) La característica principal del blanqueo no reside en el mero disfrute o aprovechamiento de las ganancias ilícitas, ni siquiera en darles "salida", para posibilitar de modo indirecto ese disfrute, sino que *se sanciona en consideración al "retorno"*, en cuanto eslabón necesario para que la riqueza así generada pueda ser *introducida en el ciclo económico*. De modo que el precepto que sanciona el delito antecedente no puede comprender íntegramente el desvalor de las actividades posteriores de blanqueo.

b) El Legislador ha decidido expresamente que el blanqueo de las ganancias procedentes de una actividad delictiva por el propio autor de ésta, aun cuando puede también considerarse un acto de aprovechamiento o aseguramiento de las ganancias derivadas del delito antecedente ya condenado, o de autoprotección de su autor, debe sin embargo

sancionarse autónomamente en atención a la especial protección que requiere el bien jurídico que conculca: *el orden socioeconómico*, aunque dado su carácter pluriofensivo también protege intereses de la Administración de Justicia, siendo distinto del que tutela el delito al que subsigue.

c) Y sobre todo por entender que el bien jurídico no ponderado en la sanción del delito inicial justifica que el blanqueo deba ser objeto de sanción independiente por razones de política criminal, precisamente por constituir la condena del blanqueo un instrumento idóneo para combatir la *criminalidad organizada*, que directa o indirectamente se apoya en la generación de riqueza ilícita y en su retorno encubierto al circuito legal de capitales.

Ha de señalarse, adicionalmente, que la pena establecida para el blanqueo de capitales puede llegar a superar la señalada para el delito antecedente, y no parece congruente que se sancione con mayor gravedad a quien solo blanquea ganancias procedentes de una actividad delictiva que a quien, además de dedicarse a dicha actividad, blanquea las ganancias obtenidas.

En la sentencia 265/2015, de 29 de abril, se precisa que la acción típica sancionada como delito de blanqueo no consiste en el simple hecho de adquirir, poseer o utilizar los beneficios adquiridos sino, como precisa el tipo, en realizar estos u otros actos cuando **tiendan a ocultar o encubrir el origen ilícito de las ganancias**. El Código Penal sanciona como blanqueo de capitales aquellas conductas que tienden a incorporar al tráfico legal los bienes, dinero y ganancias obtenidas en la realización de actividades delictivas, de manera que superado el proceso de lavado de los activos, se pueda disfrutar jurídicamente de ellos sin ser sancionado.

En concreto el art. 301 del Código Penal sanciona como responsable del delito de blanqueo a quien **adquiera, posea, utilice, convierta, o transmita** bienes, sabiendo que éstos tienen su origen en una actividad delictiva, **cometida por él o por cualquier tercera persona**, o realice cualquier otro acto **para ocultar o encubrir su origen ilícito**, o para ayudar a la persona que haya participado en la infracción o infracciones a eludir las consecuencias legales de sus actos.

Y en esa misma sentencia se resalta que la esencia del tipo es la expresión "con la finalidad de ocultar o encubrir el origen ilícito". Finalidad u objetivo de la conducta que debe encontrarse presente en todos los comportamientos descritos por el tipo. No nos encontramos, en consecuencia, ante dos grupos de conductas distintas, las de mera adquisición, posesión, utilización conversión o transmisión de bienes procedentes de una actividad delictiva, conociendo su procedencia, y las de realización de cualquier otro acto sobre dichos bienes con el objeto de ocultar o encubrir su origen ilícito. Ello conduciría a una interpretación excesivamente amplia de la conducta típica y a la imposibilidad de eludir la vulneración del principio "*non bis in idem*" en los supuestos de autoblanqueo.

Por el contrario, el art 301 CP solo tipifica una modalidad de conducta que consiste en realizar actos encaminados en todo caso a *ocultar o encubrir* bienes de procedencia delictiva, o a ayudar al autor de esta actividad a eludir la sanción correspondiente. Con esta interpretación más restrictiva —señala la sentencia 265/2015— evitamos excesos, como los de sancionar por autoblanqueo al responsable de la actividad delictiva antecedente por el mero hecho de adquirir los bienes que son consecuencia necesaria e inmediata de la realización de su delito. O la de considerar blanqueo la mera utilización del dinero correspondiente a la cuota impagada en un delito fiscal, para gastos ordinarios, sin que concurra finalidad alguna de ocultación ni se pretenda obtener un título jurídico aparentemente legal sobre bienes procedentes de una actividad delictiva previa, que es lo que constituye la esencia del comportamiento que se sanciona a través del delito de blanqueo.

La finalidad de *encubrir u ocultar* la ilícita procedencia de los bienes o ayudar a los participantes del delito previo, constituye, en consecuencia, un elemento esencial integrante de todas las conductas previstas en el art. 301.1 C.P. Esta conclusión se justifica porque el blanqueo pretende incorporar esos bienes al tráfico económico legal y la mera adquisición, posesión, utilización, conversión o transmisión constituye un acto neutro que no afecta por sí mismo al bien jurídico protegido.

Esta posición restrictiva ya se había señalado en la sentencia 1.080/2010, de 20 de octubre, en la que se dijo que la cuestión planteada es "si cualquier acto de 'adquisición, conversión o transmisión' del bien de ilícito origen es un comportamiento típico o, como para los demás actos a que se refiere el apartado 1 del artículo 301, se requiere también, para que la adquisición, conversión o transmisión sea típica, que se ordene por los autores a las finalidades antes indicadas. Es decir si una adquisición o transmisión de un bien generado en un delito es en sí mismo un acto 'neutro' que requiere aquella doble eventual finalidad de ocultación de la ilicitud o ayuda a la elusión de consecuencias para adquirir relevancia típica penal".

Y, en segundo lugar, más específicamente, si, cualquiera que sea la respuesta a la anterior cuestión, habría de excluirse la doble tipificación del acto de tal entrega de dicho bien de origen delictivo, cuando su entrega ya es también valorada para declarar cometido otro delito por razón de la misma, cuestión esta última que trata de excluir de la sanción prevista en el tipo los denominados actos copenados.

Para responder a la primera cuestión acude la sentencia 1080/2010 a la forma de expresarse el apartado 1 del artículo 301 del Código Penal, que considera que suscita dudas la posición de la coma después de la palabra delito, separando, por un lado, los actos de adquirir, convertir y transmitir, y, por otro lado, cualquier otro acto. Ello parece sugerir que la exigencia de las citadas finalidades se contrae exclusivamente a los actos que sean diversos de aquellos que consisten en adquirir, convertir o transmitir, lo que implicaría que cualquier entrega de dicho bien sería siempre, supuesto el elemento

subjetivo de la consciencia o la temeridad en la imprudencia, un delito de blanqueo. Por tanto tendría una pena de seis meses a seis años de prisión incluso la mera entrega a un tercero ajeno al delito de un bien por muy escaso que sea su valor, por la exclusiva y simple circunstancia de proceder de un robo violento.

Sin embargo, no parece que tal sea la voluntad legislativa al tipificar este delito de blanqueo, ni se compadece con la definición extrapenal sobre la materia, por lo que la sentencia se acaba inclinando expresamente por el criterio de que la voluntad de ocultación o ayuda debe estar presente en todas las modalidades comisivas.

En el mismo sentido se pronuncia la STS núm. 884/2012, de 8 de noviembre, que destaca la "insuficiencia de la exclusiva atención a los parámetros cuantitativos, una vez superado el requisito de que la cuantía del objeto material sea relevante, como fórmula para decidir la existencia del delito de blanqueo de capitales, cual es atender a la idoneidad de los comportamientos imputados para incorporar bienes ilícitos al tráfico económico y, cómo no, que deberían ser abarcados por la intención del autor, en su propósito de rentabilizar en canales financieros seguros las ganancias obtenidas".

De modo que concluye esta sentencia, que "(...) para colmar el juicio de tipicidad no bastará, por tanto, con la constatación del tipo objetivo. Será indispensable acreditar la voluntad de activar un proceso de integración o reconversión de los bienes obtenidos mediante la previa comisión de un hecho delictivo, logrando así dar apariencia de licitud a las ganancias asociadas al delito".

Por todo ello, no basta con adquirir, poseer o utilizar de cualquier modo las ganancias obtenidas ilícitamente para cometer delito de blanqueo. Es necesario atender a la idoneidad de los comportamientos imputados para incorporar bienes ilícitos al tráfico económico; y también a que esta idoneidad sea abarcada por la intención del autor, a través de su propósito de rentabilizar en canales financieros seguros las ganancias obtenidas.

Con esta interpretación, especialmente aplicable a los supuestos de autoblanqueo, se evitan críticas doctrinales como las citadas en la STS 809/2014, de 26 de noviembre, que señala que: en las actividades típicas donde el autoblanqueo no conlleva un doble desvalor, la aplicación del criterio del concurso real no puede devenir automática, tanto más con la expansión del tipo de blanqueo tras la reforma de 2010, que puede conllevar en el sentir de la doctrina a "un resultado insatisfactorio", "desmedido", "cuestionable desde consideraciones dogmáticas y político-criminales" que produce "perplejidad", "extrañas consecuencias", "absurdas", así como "supuestos paradójicos" que nos colocan en los límites de lo punible y pueden rozar el "esperpento" o "alcanzar niveles ridículos".

Estas críticas llevan a la sentencia 809/2014 a proponer la restricción teleológica del precepto, para considerar atípicos todos los objetos materiales de cuantía irrelevante, en virtud del principio de insignificancia, por su nula incidencia en el orden socioeconómico,

así como en virtud de la inviabilidad de la absoluta exclusión de la actividad económica de cualquier ciudadano, al que no pueden serle privadas las actividades de compra diaria para atender a las necesidades vitales cotidianas, de otro modo proscritas.

Esta restricción cuantitativa, sin embargo, es escasamente relevante. Lo determinante — remarca la sentencia 265/2015— debe ser la aplicación del criterio que exige que la finalidad u objeto de *ocultar o encubrir bienes*, o ayuda al responsable de la acción delictiva de la que proceden, esté presente en todo caso para que la conducta integre el tipo delictivo sancionado. Pues con una interpretación como la expuesta las actividades de compra diaria para atender a las necesidades vitales cotidianas, no están en absoluto proscritas, porque no constituyen actos incluidos en la conducta típica del delito de blanqueo. Y en ningún caso podrá considerarse autoblanqueo, por ejemplo, la posesión de un cuadro o una joya por el mismo que los ha robado o la utilización de un vehículo de motor por el mismo que lo ha sustraído...

...Ha de ponderarse, además, que no se está en el presente caso ante un uso, aprovechamiento o disfrute de sumas de dinero procedentes de la actividad delictiva con el fin de atender a las necesidades y gastos ordinarios de la vida diaria, sino que se trata de la inversión de importantes cantidades de dinero en la adquisición de bienes inmuebles y de otra índole, así como en su transmisión a terceros, para retornarlas encubiertamente a los circuitos económicos y mercantiles lícitos y normalizados, con lo cual se vulneran los bienes jurídicos que tutela la norma penal.

Tal como se recordó en su momento, el legislador ha decidido que el blanqueo de las ganancias procedentes de una actividad delictiva realizado por el propio autor de la defraudación, aun cuando puede también considerarse un acto de aprovechamiento o aseguramiento de las ganancias derivadas del delito antecedente también penado, debe sin embargo sancionarse autónomamente en atención a la especial protección que requieren los bienes jurídicos que tutela el tipo penal, considerando la jurisprudencia y un importante sector de la doctrina que se trata de un tipo pluriofensivo. De forma que protege el orden socioeconómico y los intereses de la Administración de Justicia, siendo diferentes tales bienes jurídicos a los que tutela el delito antecedente al de blanqueo (SSTS 809/2014, de 26-11, y 747/2015, de 19-11).

Aquí es claro que se está ante una conducta que afecta a los intereses del orden socioeconómico y que también menoscaba el interés de la Administración de Justicia en perseguir los delitos antecedentes cometidos por el acusado que le permitieron obtener una importantísima cantidad de dinero, parte de la cual fue “lavada” mediante la adquisición de bienes inmuebles y otros movimientos de dinero e inversiones.

La conversión y transmisión por el acusado de una elevada suma de dinero procedente de un delito de apropiación indebida agravada no puede considerarse como un supuesto de autoencubrimiento impune, ni tampoco como meros actos copenados absorbibles o

insertables en el agotamiento del delito. Ni cabría por tanto hablar de una doble incriminación o de una infracción del principio *non bis in ídem*. Y ello porque el blanqueo de parte de los 20 millones de euros defraudados tiene una entidad suficiente para considerar que el disfrute de las ganancias menoscabó el orden socioeconómico como bien jurídico tutelado por el art. 301 del C. Penal. Pues introdujo en el circuito económico una suma de dinero que aminoró el control por el Estado del flujo de capitales procedentes de una importante actividad delictiva, menoscabando así el buen funcionamiento del mercado (competencia lícita) y de los mecanismos financieros y bursátiles. No puede, pues, cuestionarse que la conducta del acusado afectó a la licitud del tráfico mercantil y a la estabilidad y buen funcionamiento del mercado, tanto desde la perspectiva de la lícita competencia como de la estabilidad propia de su funcionamiento ordinario.

Por lo demás, el hecho de que la inversión del dinero apropiado tuviera como fin ocultar o encubrir su origen ilícito también debe estimarse que afecta al bien jurídico de la administración de justicia, al tratarse de una conducta encubridora que opera con una autonomía que rebasa los límites propios del autoencubrimiento impune...

...la jurisprudencia de este Tribunal ha venido entendiendo, tal como se anticipó *supra*, que en el delito de blanqueo de capitales estamos ante lo que un sector doctrinal denomina "tipos que incluyen conceptos globales", es decir, hechos plurales incluidos en una única figura delictiva, lo que obliga a considerar que una variedad de acciones punibles de contenido semejante no constituyen un delito continuado sino una sola infracción penal; de modo que las actividades plurales tenemos que considerarlas integradas en el tipo penal del blanqueo como un delito único, equiparándolas así a los casos de los delitos contra la salud pública de tráfico de drogas (SSTS 974/2012, de 5-12, y 257/2014, de 1-4, que a su vez se remiten a las sentencias 519/2002, de 22-3; 986/2004, de 13-9; 595/2005, de 9-5; y 413/2008, de 20-6).

El hecho de que el art. 301 del C. Penal no contenga una redacción en plural de los actos que integran la conducta delictiva, como sí sucede en cambio con el tipo penal del art. 368 (tráfico de sustancias estupefacientes), no excluye que nos hallemos ante un tipo penal que incluye conceptos globales. En primer lugar, porque el delito de blanqueo se ejecuta en la práctica mediante actos reiterados, de modo que los capitales de procedencia delictiva se incorporan generalmente al mercado lícito de forma discontinua y fraccionada con el fin de no levantar sospechas. Ello significa que, como sucede en el tráfico de drogas, suele ser bastante habitual que los autores de ambos delitos desarrollen su actividad delictiva mediante una pluralidad de actos a lo largo de un periodo notable de tiempo.

En segundo lugar, tanto el delito de tráfico de drogas como el de blanqueo de capitales tutelan bienes jurídicos supraindividuales o colectivos. El primero, la salud pública; y en cuanto al delito de blanqueo, si bien es conocida la complejidad que alberga la definición

del bien jurídico que protege ese tipo penal, es admitido, no obstante, que el bien jurídico que le da autonomía al delito es, desde una visión genérica, el orden socioeconómico, y dentro de éste los intereses concretos susceptibles de ser tutelados materialmente por el sistema punitivo. Entre otros, el interés del Estado en controlar el flujo de capitales procedentes de actividades delictivas ejecutadas a gran escala y que pueden menoscabar el sistema económico, afectando también al buen funcionamiento del mercado y de los mecanismos financieros y bursátiles (STS 279/2013, de 6-3).

En tercer lugar, se incurriría en una contradicción axiológica si entendiéramos que el delito antecedente que suele preceder al de blanqueo (aunque no en este caso), esto es, el delito de tráfico de drogas, ha de considerarse como un delito que incluye conceptos globales, de modo que los diferentes actos de tráfico ejecutados en un periodo más o menos dilatado de tiempo los insertamos en un único delito como una unidad típica de acción, y, en cambio, el delito de blanqueo, mediante el que en cierta medida se agota la consumación delictiva del tráfico de drogas y, a mayores, se oculta y encubre este delito antecedente, lo calificamos como una infracción más grave catalogándolo como un delito continuado, a pesar de presentar una estructura conductual claramente fraccionada.

Y en cuarto lugar, la redacción gramatical del art. 301 no resulta incompatible con una interpretación centrada en una conducta global como la seguida por esta Sala, para lo cual no se requiere que el precepto haga referencia a los términos “actos” o “acciones” en plural y no en singular. Permite, pues, el tenor literal de la norma una interpretación acorde con la fenomenología propia de esta clase de conductas y con la naturaleza de los bienes jurídicos tutelados, que han llevado a algún sector doctrinal a hablar incluso de delitos de acumulación o cumulativos.

También se afirma en la sentencia 487/2014, de 9 de junio, que al permitir la redacción literal de la norma operar con el concepto plural/global de acción, ha de atenderse al sentido del tipo para constatar si su interpretación posibilita apreciar las diferentes acciones como una unidad referida a un concepto global del supuesto fáctico de la norma (unidad típica de acción concebida como un único delito), o como la unidad jurídica propia del delito continuado (la unidad típica agravada propia del art. 74 del C. Penal). Pues bien, a tenor de lo ya argumentado *supra*, el tipo del art. 301 ha de ser contemplado como un delito único y no como un delito continuado.

En efecto, son criterios hermenéuticos los que se aplican en cada caso para otorgar un sentido determinado a un tipo penal, de modo que ante una descripción de varios actos ejecutados en el curso del tiempo se opte por considerarlos como una unidad típica de acción concebida como un único delito, o, por el contrario, se acuda a subsumir las diferentes acciones para abarcar debidamente su injusto como una unidad continuada de acción cuyos episodios han de ser penados de forma agravada mediante la unidad jurídica del delito continuado, por considerar que el engarzamiento de las distintas realizaciones

típicas se hace valorativamente acreedor a la agravación propia de un delito continuado, siempre que se cumplieren los requisitos del art. 74 del C. Penal.

En el caso del delito de blanqueo, los argumentos que se han vertido relativos al fraccionamiento connatural a las conductas propias del art. 301 del C. Penal, así como la vinculación fáctica y jurídica con algunos de los delitos antecedentes más habituales en la práctica, como el tráfico de drogas, con una notable similitud en la estructuración de sus conductas, y, por último, los criterios axiológicos relacionados con la intensificación del injusto en los diferentes grupos de delitos y la exigible proporcionalidad de las penas, atendiendo para ello a las connotaciones de ocultación y encubrimiento de otros delitos que alberga en su esencia el delito de blanqueo, nos llevan a entender que este delito contempla una pluralidad de actos que han de ser concebidos como la unidad de valoración típica propia de un único delito no continuado.