

Acuerdos plenarios de la Sala Segunda del Tribunal Supremo

EDUARDO DE URBANO CASTRILLO

Abogado Of Counsel. Doctor en Derecho.

Magistrado en excedencia

Ex coordinador del Gabinete Técnico de la Sala Segunda del Tribunal Supremo

En el año 2022, conforme a lo que viene sucediendo en los últimos años, la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo no ha celebrado ninguna reunión de unificación de criterios, haciendo uso del artículo 264 LOPJ.

Por el contrario, siguiendo la fórmula que se implantó en 2019, se resuelven cuestiones dudosas, por su novedad o contradicción entre distintos Tribunales, mediante «sentencias de pleno» de las que forman parte todos los miembros de la Sala, y que, por tanto, no acaban con un acuerdo como tal sino con un fallo, en el que se explica con cierta extensión, la decisión que resulta directamente aplicable al caso, al tiempo que se señala la doctrina para el futuro, al venir avaladas dichas sentencias por todos los componentes de la Sala.

No resulta extraño, sin embargo, que en algunos casos se contengan algunos votos particulares, que por su interés jurídico recogemos.

Seguidamente damos cuenta de las sentencias de pleno de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo dictadas en el pasado año 2022, invitando a su lectura directa a quien interese conocer *in extenso* su fundamentación.

STS 89/2022, DE 4 DE FEBRERO (ROJ: 441-2022)

Cuestión: Allanamiento de morada de despacho profesional

Respuesta: La invasión injustificada de un despacho profesional por parte de un tercero, entrando en dependencias de acceso restringido, solo accesible obviamente a compañeros o empleados con los que se mantuviese una relación de confianza o terceros previamente autorizados, supone un riesgo efectivo para el bien jurídico protegido por el tipo penal previsto en el artículo 203.1 CP, siendo indiferente que ello ocurriera en horas de apertura al público.

STS 90/2022, DE 7 DE FEBRERO (ROJ:406-2022)

Cuestión: Apoderamiento de los efectos depositados en un «punto limpio»

Respuesta: Los efectos depositados en un punto limpio no quedan a la libre disposición de los ciudadanos pues no están físicamente abandonados en un lugar de libre acceso, sino en un espacio cerrado, de acceso prohibido y protegido, por lo que se trata de una conducta que se integra en el artículo 237 del CP, que contempla el delito de robo, en este caso al concurrir la nota de «escalamiento» para acceder a dicho lugar, ya que el precepto nos habla de quien se apodera de las cosas muebles ajenas, por lo que conforme a lo expuesto, resulta obvio que las cosas depositadas en los «Puntos Limpios», tienen la ajenidad que es exigible en el tipo penal.

STS 91/2022, DE 7 DE FEBRERO (ROJ:528-2022)

Cuestión: Interpretación del delito de daños informáticos del artículo 264.1.º CP. Conceptuación de la «gravedad»

Respuesta: La gravedad de la acción no debe observarse a partir del mecanismo que se emplee para llevar a término la acción típica, pues el propio legislador plasma la punición de la conducta con independencia de cuál sea el medio que se utilice.

En el caso, la conducta de una trabajadora despedida de una empresa, consistió en eliminar las hojas Excel, dos archivos Outlook, que contenían contactos vía *email* de clientes de la zona comercial y los datos almacenados en las cuentas de correo electrónico comercial y un archivo Excel, en el que se indicaba los datos de clientes y marcas de consumibles que más comercializan, tipo de empresa, volumen y compra, marcas, proveedores con los que trabajan, descuentos, condiciones de portes y formas de pago.

El barrido casi total de la información correspondiente a las ventas y clientes de la zona de Portugal, y la deliberada intencionalidad de la acusada en la producción de dichos daños, determinan la calificación de su acción como grave, máxime no habiéndose podido recuperar los datos borrados y no existiendo copia de seguridad de los mismos.

STS 92/2022, DE 7 DE FEBRERO (ROJ: 459-2022)

Cuestión: Interpretación del delito de daños agravado previsto en el artículo 263.2.4 CP

Respuesta: El tipo agravado del delito de daños por afectarse a bienes de dominio o uso público comunal es aplicable no por la titularidad de los bienes sino por el tipo de actividad sobre la que recae. En concreto, el incendio de contenedores recae sobre el servicio público de recogida de residuos, con independencia de que los contenedores sean de una empresa privada o no, y afecta a un servicio público, cuya competencia el ordenamiento jurídico la atribuye a la Administración por lo que tienen la consideración de bien de uso público o comunal.

STS 105/2022, DE 9 DE FEBRERO (ROJ:440-2022)

Cuestión: Concurso de delitos en el ámbito de la seguridad vial

Respuesta: El delito de conducción bajo los efectos de bebidas alcohólicas y el delito de conducción tras haber sido privado judicialmente del permiso o licencia, están en relación de concurso ideal de delitos, penándose separadamente ambas infracciones penales.

STS 120/2022, DE 10 DE FEBRERO (ROJ: 572-2022)

Cuestión: Encaje de los VMP en la conducta del artículo 384 CP

Respuesta: No es posible, hoy día, incriminar la conducción de los VMP (vehículos de movilidad personal) en las infracciones penales del Capítulo IV del Título XVII del Código Penal, pues no están incluidos en las correlativas fórmulas típicas.

Los VMP son vehículos de dos ruedas con motor eléctrico, pero no pueden equipararse a los ciclomotores pues son vehículos con conceptualizaciones normativas diferentes en nuestra legislación interna.

STS 126/2022, DE 14 DE FEBRERO (ROJ: 633-2022)

Cuestión: Cálculo de la responsabilidad civil a favor de la víctima de un siniestro de tráfico, la cual era la cuidadora de una persona necesitada de atención y cuidados permanentes

Respuesta: Se tiene en cuenta la necesidad de contratar a varias personas para proveer a los cuidados que precisa la hija que padece la discapacidad. El Tribunal se apoya en los artículos 113 y siguientes y 142.2 de la Ley 35/2015, que modifica el TR de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor, aprobado por el Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre, y el importe de los ingresos (a que se refiere aquel precepto), resulta equivalente al de los gastos necesarios para seguir prestando los mismos servicios.

Todo ello a consecuencia de un atropello –tipificado como delito de lesiones graves por imprudencia– que ocasionó a la víctima múltiples lesiones, originando diversas secuelas y que fue indemnizado con 364.028,39 euros, en total.

STS 232/2022, DE 14 DE MARZO (ROJ: 965-2022)

Cuestión: Interpretación del concepto «falsedad en documento mercantil»

Respuesta: El artículo 392 CP debe interpretarse, respecto a los documentos mercantiles, como aquellos merecedores de una especial protección, porque su materialidad incorpora una presunción de veracidad y autenticidad equivalente a un documento público, lo que es la «ratio legis» de la asimilación. En esa consideración entran los que se utilizan en el tráfico mercantil, que gozan de una especial fuerza probatoria, como ocurre con las letras de cambio, que sin una protección especial difícilmente podrían ser transmisibles por endoso en la forma habitual.

Pero, aunque sean mercantiles los documentos contemplados en la legislación mercantil, su punición ex artículo 392 CP exige que tengan una eficacia jurídica superior a la de simple documento privado que justifique precisamente la agravación de su falsedad.

STS 467/2022, DE 15 DE MAYO (ROJ: 2007-2022)

Cuestión: Aplicación de la pena de prisión permanente revisable

Respuesta: Validar constitucionalmente la pena de prisión permanente revisable exige comprobar los siguientes puntos: i) la pena debe ser objetivamente revisable, esto es, no debe abarcar en su configuración normativa ni en su imposición judicial toda la vida del reo; (ii) debe ofrecer al interno una expectativa realista de alcanzar algún día la libertad; (iii) el procedimiento para recuperar la libertad debe ser predefinido, claro y cognoscible; (iv) la decisión liberatoria debe tener en cuenta la evolución individual experimentada por el reo durante la ejecución de la condena; y (v) el reo debe recibir, de manera voluntaria, no forzada, el tratamiento adecuado a sus circunstancias y necesidades para favorecer dicha evolución.

STS 546/2022, DE 2 DE JUNIO (ROJ: 2315-2022)

Cuestión: Si las emisiones deportivas sin abonar los derechos que autorizan su exhibición constituyen un delito contra la propiedad intelectual del artículo 270.1 CP

Respuesta: La retransmisión de encuentros deportivos –fútbol, baloncesto, carreras de automóviles, boxeo, etc.– no forman parte del objeto del delito contra la propiedad intelectual.

El artículo 270.1 del CP define como objeto del delito, en todo o en parte, «una obra o prestación literaria, artística o científica». Por lo que quien permite en un establecimiento público el visionado de esos encuentros deportivos, sin haber abonado los derechos que autorizan su exhibición, no comete tal delito.

STS 553/2022, DE 2 DE JUNIO (ROJ: 2329-2022)

Cuestión: Si el uso compartido de una red social puede constituir un delito de quebrantamiento de medida cautelar

Respuesta: Dirigirse a la ex pareja, a través de una red social, cuando tal comunicación está prohibida por una medida cautelar, constituye un delito del artículo 468.2 CP pues para que el quebranto de esa prohibición adquiera relevancia penal es suficiente con que, de una u otra forma, el mensaje incorporado a una red social alcance su objetivo y tope con su verdadero destinatario.

La persona en cuyo favor se ha dictado una medida cautelar que incluye la prohibición de comunicarse no asume la obligación de bloquear, desconectarse de canales telemáticos o redes sociales anteriormente activos, de suerte que la omisión de esta medida pudiera influir en el juicio de subsunción. Es, por el contrario, el investigado el verdadero y único destinatario de la prohibición y el que ha de adoptar todas las medidas indispensables para que esa comunicación bidireccional no vuelva a repetirse.

STS 547/2022, DE 2 DE JUNIO (ROJ: 2356-2022)

Cuestión: Las redes sociales como posible lugar de ejecución del delito

Respuesta: El art.48 CP, aplicado en el caso a un «youtuber», condenado a cancelar su cuenta y a no acceder a esa plataforma durante 5 años, determina la necesidad de interpretar la expresión «lugar de ejecución del delito».

Y se dice, «La Sala no puede identificarse con una concepción histórica del *lugar de ejecución del delito* que sólo entiende por tal un espacio físico, geográfico y perfectamente perceptible por los sentidos. El delito en su forma más convencional convive ahora con nuevas formas de ciberdelincuencia en las que su ejecución se desarrolla enteramente en redes telemáticas que, por definición, no son inmovilizables en un espacio físico perfectamente definible.

El ciberespacio ofrece un marco digital diferenciado de la realidad puramente física como espacio del delito. La experiencia más reciente enseña que las redes sociales no son sólo el instrumento para la comisión de algunos delitos de muy distinta naturaleza. Pueden ser también el escenario en el que el delito se comete, ya sea durante todo su desarrollo, ya en la ejecución de sólo algunos de los elementos del tipo».

Y se recuerda la STS 4/2017, 18 de enero en la que se decía que «Los modelos comunicativos clásicos implicaban una limitación en los efectos nocivos de todo delito que hoy, sin embargo, está ausente. Este dato, ligado al inevitable recorrido transnacional de esos mensajes, ha de ser tenido en cuenta en el momento de ponderar el impacto de los enunciados y mensajes que han de ser sometidos a valoración jurídico-penal».

En definitiva, se considera correcto interpretar el artículo 48 del CP en el sentido de estimar *Internet* como lugar de comisión de un delito y, por ello, susceptible de generar la prohibición de volver a acceder a la red social en la que el delito se desarrolló y se divulgó.

Se produjo un «voto particular» que consideraba que se ha traspasado el principio de legalidad de las penas porque cuando el precepto habla de *no acudir a un lugar*, está pensando en lo que piensa cualquier persona: en un espacio geográfico. Solo así se explica esa especialidad cuando acompaña a una pena de prisión.

STS 554/2022, DE 6 DE JUNIO (ROJ: 2295-2022)

Cuestión: Calificación de la falsedad del distintivo que acredita como titular de la tarjeta de autorización de control de acceso a locales, establecimientos y recintos de espectáculos públicos y actividades recreativas de la Comunidad de Madrid

Respuesta: Para el ejercicio de la función de controlador de acceso a locales y recintos de espectáculos públicos y actividades recreativas en la Comunidad de Madrid, actividad regulada por la Comunidad de Madrid mediante el Real Decreto 163/2008, de 29 de diciembre, se exige obtener un certificado de haber superado unas determinadas pruebas.

Cuando de lo que se trata, simplemente, es de que el distintivo que permite el acceso y que hay que llevar de forma visible y permanente, es falso, no es posible equiparar tal documento con la falsificación de un certificado previsto en el artículo 399 CP.

STS 582/2022, DE 13 DE JUNIO (ROJ: 2349-2022)

Cuestión: Alcance penal de los excesos del derecho de corrección

Respuesta: Los comportamientos violentos, que ocasionen lesiones en términos jurídicos penales, no están amparados en el derecho de corrección. En cuanto al resto de las conductas, deben ser objeto de análisis según las circunstancias de cada caso y si no exceden los límites que supone el derecho de corrección, la actuación no tendría repercusiones penales ni civiles.

Al respecto, la sentencia cita los artículos 3.1 y 154.2 del Código Civil, pero ni la realidad social del tiempo ni el derecho de corrección de los padres que emana del derecho-deber de la patria potestad autoriza conductas como la del caso, sancionada como delito de maltrato familiar, en la que se declaró probado que el progenitor, que estaba separado de la madre de la menor Lina de 4 años de edad, encontrándose con sus hijos, en un momento dado y como quiera que la niña no quería dormir y no paraba de llorar, su padre le propinó un fuerte azote en las nalgas a consecuencia de lo cual Lina presentaba en la nalga izquierda un área equimótica en evolución de 7 por 4 cm y en la nalga derecha otra área más tenue de 3 por 2 cm, que no precisaron asistencia médica para su sanidad y que curaron en 4 días de perjuicio básico.

De interés, señalar que se emitió un voto particular en el que se consideró que dentro de la normalidad del contexto de convivencia paterno-filial, unido a que los hechos fueron aislados y a que la menor se había desviado de un comportamiento impuesto por su padre, junto a la circunstancia de que el correctivo físico consistiera en infligir unos azotes en el culo, impedía apreciar la antijuridicidad de la acción que se enjuiciaba y, por tanto, el acusado debió ser absuelto.

STS 585/2022, DE 14 DE JUNIO (ROJ: 2351-2022)

Cuestión: Compatibilidad de la alevosía basada exclusivamente en la edad de la víctima con la hiper cualificación del artículo 140.1.1 CP

Respuesta: Se considera compatible, ya que la agravación por el hecho de ser la víctima menor de 16 años supone un fundamento jurídico distinto que justifica la decisión del legislador, y no implica un mecanismo duplicativo (*bis in idem*), al existir un legítimo *bis in altera*.

Tal respuesta supone que la pena a imponer sea la de prisión permanente revisable, tanto para el autor de la agresión mortal a un menor de 2 años de edad que convivía con la madre del mismo, como a esta misma, igualmente condenada por comisión por omisión dado que conociendo que su pareja en distintos días ejerció fuerza física sobre el menor, lo consentía, no haciendo nada para evitarlo, a pesar de que el menor, dada su corta edad, no tenía capacidad para defenderse.

STS 612/2022, DE 22 DE JUNIO (ROJ: 2626-2022)

Cuestión: Aplicación del artículo 335.2 CP, sobre los delitos relativos a la protección de la flora, fauna y animales domésticos

Respuesta: Al tratarse de una norma penal en blanco y dado que el art.148.1. 11.^a CE atribuye a las Comunidades Autónomas, la competencia en las materias de pesca en

aguas interiores, el marisqueo y la acuicultura, la caza y la pesca fluvial, hay que atender, en el caso de la caza en Extremadura, a la Ley 14/2010 de 9 de diciembre de Caza.

Con esa norma hay que proceder a distinguir las infracciones administrativas del delito tipificado en el Código Penal, examinando si la conducta infractora está incluida en uno de los supuestos de los artículos 86 para las infracciones graves y 87 para las muy graves.

En el caso, se trataba de unas personas que fueron a cazar en terreno cinegético, que era coto privado de caza mayor, considerado cinegético de protección especial, careciendo de autorización alguna de su titular.

Dicha conducta sanciona la actividad, no la consecución de piezas de caza, y dicha actividad quedó suficientemente probada ya que: se encontraban practicando caza, provistos de escopetas, acompañados de perros y en un lugar que estaba inscrito como «coto privado de caza mayor», cuyos derechos de explotación cinegética correspondían a una concreta entidad. y tal actividad se considera encaja en el artículo 335.2 CP.

STS 617/2022, DE 22 DE JUNIO (ROJ: 2686-2022)

Cuestión: Recurribilidad del pronunciamiento de la AP que acuerda diferir a ejecución la decisión de expulsión prevista en el artículo 89 CP

Respuesta: La decisión objeto de la presente sentencia de pleno, se acordó por el Juzgado de lo Penal, sobre la base de que, en el caso, no podía acordarse en sentencia por su dictado en ausencia de la acusada, lo que, a su entender, suponía que el trámite de audiencia del artículo 89 CP no tuvo lugar en «condiciones de audiencia efectiva». Para el TS, sin embargo, no hay razón normativa para diferir la decisión sobre la expulsión al trámite de ejecución previsto en el artículo 89.3 CP, porque se han satisfecho todas las condiciones de audiencia exigidas por la norma. La decisión relativa a la procedencia de la expulsión debe ser adoptada, preferiblemente, en la propia sentencia.

Resulta factible, y aun frecuente, sin embargo, que el acusado, con el designio de evidenciar su arraigo en nuestro país, aduzca en el juicio la existencia de arraigo. En tales casos, careciéndose de elementos bastantes para adoptar la decisión en sentencia, aquélla deberá ser pospuesta al período de ejecución en el que, siempre con intervención de las partes, y a partir de los elementos probatorios que pudieran ser aportados, deberá ser adoptada. Caso distinto es cuando se deja de comparecer voluntariamente a juicio, donde el acusado conoció de la solicitud de expulsión y no compareció, alegó, ni acreditó nada al respecto, con lo que debe estimarse cumplido el trámite de audiencia legalmente exigido.

El voto particular defiende la inadmisión del recurso, señalando que diferir la decisión de expulsión a un momento posterior es una cuestión estrictamente procesal. Además, se pretende revisar una decisión que no se ha adoptado: ha quedado diferida. No se discute si es procedente o no la expulsión, sino si debe acordarse ya o es legítimo diferir la decisión a un momento posterior haciendo uso del artículo 89.3.

Por otro lado, no se está examinando una decisión material de fondo. La Audiencia, con acierto o sin él –eso no nos correspondería decidirlo si el motivo no es admisible–, no ha tomado el acuerdo de no aplicar el sustitutivo penal. Sencillamente ha privado de eficacia provisionalmente a ese concreto pronunciamiento del Juzgado unipersonal, trasladando a un momento posterior la decisión. y cuando se decida sobre ello de forma definitiva cabrá el mismo recurso que contra la sentencia. No antes.

En cuanto al fondo, no hay razones para dudar que la recurrida, Sra. Marí Juana, fue informada de las condiciones del juicio en ausencia previstas en el *artículo 786.1 LECrim*, no hay rastro alguno de que se le informara específicamente que, además, podría decidirse la expulsión de España en su ausencia por un periodo de cinco años. Pero dicha posibilidad no se contempla en el *artículo 786.1 LECrim*. Solo se hace referencia a los límites punitivos que permiten el enjuiciamiento en ausencia. No hay referencia alguna a la medida de expulsión. Omisión que puede explicarse, precisamente, porque el legislador, de conformidad a la jurisprudencia constitucional, prevé la necesidad de audiencia personal previa a tomar la decisión de expulsión. Lo que justifica también la fórmula de la audiencia posterior del *artículo 89.3 CP* que se introdujo en la reforma de 2015.

En resumen, en un caso como el que nos ocupa, en el que en la propia sentencia de primera instancia se reconoce que la acusada nunca ha sido escuchada sobre sus circunstancias de arraigo y pese a ello se descarta por la situación de irregularidad, su ausencia en el juicio y la constancia de un solo antecedente penal por delito leve de hurto de 2019 –sic. folio 10 párrafo segundo de la sentencia del Juzgado de lo Penal– que la Audiencia Provincial considere «que no es posible» decidir en sentencia sobre la expulsión y posponga la decisión a que se celebre la audiencia del *artículo 89.3 CP* con presencia de la persona acusada, resulta, a nuestro parecer, procesal y constitucionalmente irreprochable.

STS 645/2022, DE 27 DE JUNIO (ROJ: 2679-2022)

Cuestión: Posibilidad de sustituir una pena de prisión por la de expulsión del territorio nacional cuando medió un «juicio en ausencia»

Respuesta: Sentencia complementaria a la STS 617/2022, en la que se dio la razón al Ministerio fiscal que recurrió la decisión de la Audiencia de denegar la expulsión de un condenado al haberse celebrado un juicio en ausencia y por tanto, sin haber oído al interesado lo que supuso que no existieron «*condiciones de audiencia efectiva*».

Sin embargo, para el Tribunal Supremo no hay razón normativa para diferir la decisión sobre la expulsión al trámite de ejecución previsto en el artículo 89.3 CP, porque se han satisfecho todas las condiciones de audiencia exigidas por la norma y la decisión relativa a la procedencia de la expulsión debe ser adoptada, preferiblemente, en la propia sentencia.

En autos, la petición de expulsión obraba en la calificación provisional del Ministerio Fiscal, por ende, medió la posibilidad de oponerse a las pretensiones de la acusación de manera eficaz; tuvo la oportunidad de alegar y proponer prueba que justificara la evitación de la expulsión. El trámite de audiencia, rectamente entendido, como posibilidad ofertada para alegar y proponer prueba sobre el extremo invocado, fue cumplimentado; otra cuestión es que se optara por no alegar nada sobre la procedencia o improcedencia de la expulsión.

Indudablemente, pues, el acusado tuvo la oportunidad de aducir cuanto hubiera tenido por conveniente. Pudo hacerlo en su escrito de defensa y proponer al respecto las pruebas que juzgase oportunas. Pudo comparecer personalmente al juicio, al que resultó debidamente citado con expreso apercibimiento de que el mismo podría celebrarse en su ausencia, y exponer entonces cuanto le conviniese. Y pudo hacerlo también a través de su abogado, aportando al Tribunal cuantos elementos le pareciesen

oportunos al respecto. Pudo, incluso, invocarlas al tiempo de recurrir en apelación la sentencia dictada en primera instancia. Resolvió no hacerlo.

Hubo un «voto particular», en el que se destacó que si bien no hay razones para dudar que el acusado fue informado de las condiciones del juicio en ausencia previstas en el artículo 786.1 LECrim, no hay rastro alguno de que se le informara específicamente que, además, podría decidirse la expulsión de España en su ausencia por un periodo de cinco años.

Dicha posibilidad no se contempla en el artículo 786.1 LECrim. Solo se hace referencia a los límites punitivos que permiten el enjuiciamiento en ausencia. No hay referencia alguna a la medida de expulsión.

Y tal omisión que puede explicarse, precisamente, porque el legislador, de conformidad a la jurisprudencia constitucional, prevé la necesidad de audiencia personal previa a tomar la decisión de expulsión, justifica también la fórmula de la audiencia posterior del artículo 89.3 CP que se introdujo en la reforma de 2015.

STS 770/2022, DE 15 DE SEPTIEMBRE (ROJ: 3373-2022)

Cuestión: Punición del delito de traficar con géneros corrompidos cuando no se han llegado a introducir en el mercado

Respuesta: Sobre el tipo previsto en el artículo 363.3 del Código Penal por el que se condenó, existen posiciones contrapuestas entre las distintas Audiencias y la Sala Segunda de nuestro Tribunal Supremo, desde la entrada en vigor del CP de 1995, no ha tenido ocasión de pronunciarse sobre esta figura.

Y se dice en la presente sentencia de pleno que tratándose de un delito de peligro es posible su consumación sin la directa involucración del consumidor pues la cadena de tráfico se puede poner en marcha a través de distintos eslabones generando peligro, antes de llegar a trabar contacto con el destinatario final del género corrompido.

De acuerdo con ello, para la consumación de este delito no basta el simple acopio, sino que requiere un acto de comercialización, dispensación, o cuanto menos de ofrecimiento a tales fines. Por esta última opción se decantó la STS de 10 de marzo de 1992, que entendió consumado el delito del 346 CP de 1973 (precedente del que ahora nos ocupa), cuando el género corrompido (en aquella ocasión jamones) estaba dispuesto para la venta. Un acto que no tiene por qué involucrar directamente al consumidor, destinatario final de la sustancia, pero que implica la puesta en circulación del producto, con el consiguiente peligro.

Este delito, es un delito de peligro abstracto potencial, que no impide adelantar las barreras de la punición a la culminación de la acción típica dando lugar a formas imperfectas de ejecución. La simple posesión del material corrompido con propósito de comercializar con él, integra un comienzo de ejecución propia de la tentativa.

En el caso se trataba de un grupo de personas que fueron interceptados por los Agentes del Servicio de Guardacostas cuando descargaban 15 kilogramos de vieiras de una embarcación, con la finalidad de destinarlas a su comercialización o venta a terceros, resultando que en el correspondiente análisis se detectó la presencia de 155,7 microgramos de ácido domoico por cada gramo, cuando el límite máximo permitido para el consumo humano por la normativa no ha de exceder de 20 microgramos por cada gramo, estando establecido que el consumo de ácido domoico por encima de tales límites puede causar mareos, vómitos, necesidad de entubación, provocar el coma y, en casos severos, la muerte.

Por eso, en el caso, el delito no llegó a consumarse. Ciertamente los acusados dieron comienzo a la ejecución con la obtención del género peligroso que se proponían distribuir, si bien, habida cuenta de que los mismos fueron sorprendidos en el momento en el que iniciaban su descarga al vehículo que había de proporcionar su distribución, no llegaron no ya a comercializarlo sino ni siquiera a tenerlo almacenado en condiciones de poder llegar a serlo.

Hubo un voto particular, en el que se recoge que, el propósito de destinar los géneros corrompidos a su futura comercialización o venta pertenece al ámbito de lo estrictamente subjetivo, a la voluntad o intención del autor. Lo relevante es determinar si la mera captura de las vieiras, unida a aquella intención, constituía ya un intento de traficar con ellas y no un mero acto preparatorio. Y se considera que la disponibilidad del género corrompido constituye, ciertamente, presupuesto necesario, a los efectos que aquí importan, para la comisión del delito previsto en el *artículo 363.3 CP*, en la medida en que, en principio, no es posible traficar, en términos penalmente censurables, con una sustancia de la que no se dispone.

Pero la mera posesión material del género corrompido, aun con la intención de destinarlo al tráfico, cuando, como aquí, aparece desvinculada de cualquier conducta ejecutiva tendente a favorecer su consumo por terceros, no debería traspasar la frontera de los meros actos preparatorios impunes porque no se recoge su punibilidad de modo expreso, como sí sucede en otros delitos. En consecuencia, este voto particular sostiene que los acusados debieron ser absueltos, sin perjuicio de la activación de otros mecanismos sancionadores.