



Roj: **STS 3321/2022 - ECLI:ES:TS:2022:3321**

Id Cendoj: **28079120012022100752**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Penal**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **21/09/2022**

Nº de Recurso: **5298/2020**

Nº de Resolución: **772/2022**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **ANDRES MARTINEZ ARRIETA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Penal**

#### **Sentencia núm. 772/2022**

Fecha de sentencia: 21/09/2022

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION

Número del procedimiento: 5298/2020

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 20/09/2022

Ponente: Excmo. Sr. D. Andrés Martínez Arrieta

Procedencia: AUD.PROVINCIAL SECCION N. 4

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María del Carmen Calvo Velasco

Transcrito por: GM

Nota:

RECURSO CASACION núm.: 5298/2020

Ponente: Excmo. Sr. D. Andrés Martínez Arrieta

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María del Carmen Calvo Velasco

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Penal**

#### **Sentencia núm. 772/2022**

Excmos. Sres.

D. Andrés Martínez Arrieta

D. Miguel Colmenero Menéndez de Luarda

D. Andrés Palomo Del Arco

D. Eduardo de Porres Ortiz de Urbina

D. Ángel Luis Hurtado Adrián

En Madrid, a 21 de septiembre de 2022.



Esta Sala ha visto el recurso de casación por infracción de ley, precepto constitucional y quebrantamiento de forma, interpuesto por **Victoria** representada por el procurador D. Santiago Cervera Carceller, y defendida por el letrado D. Miguel Ángel Sanchís Gual, como parte recurrida el Ministerio Fiscal, contra la sentencia n.º 260/2020, de 6 de julio dictada por la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Valencia en procedimiento abreviado n.º 9/2020.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Andrés Martínez Arrieta.

## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.**- El Juzgado de Primera Instancia e Instrucción n.º 2 de Paterna tramitó Procedimiento Abreviado n.º 191/2013, diligencias previas n.º 5070/2012, contra **Victoria** por delitos de estafa y pertenencia a grupo criminal, dictándose sentencia n.º 260/2020 de 6 de julio, por la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Valencia en procedimiento abreviado n.º 9/2020, que contiene los siguientes **HECHOS PROBADOS**:

"HECHOS PROBADOS PRIMERO.- Ha resultado probado y así se declara expresamente que; Victoria , con NIE NUM000 , de la que no constan antecedentes penales, se concertó con otros individuos, a los que no alcanza esta sentencia, al no haber podido ser identificados o habidos, para, con ánimo de beneficiarse a costa de lo ajeno, llevar a cabo los hechos que a continuación se describen, respecto de la empresa HERMANOS GARCÍA PALOMINO S.L., formando así Victoria con los otros individuos, una red en la que cada uno de los intervinientes tenía una función y se repartían los importes obtenidos.

Particularmente, respecto de los acontecimientos en los que resultó perjudicada la empresa HERMANOS GARCÍA PALOMINO SL., han resultado probados los siguientes hechos:

En fecha no determinada, pero en todo caso anterior al mes de junio de 2012, personas desconocidas integrantes de la organización remitieron, desde distintos puntos del mundo, entre ellos Lagos (Nigeria) y Dublín (Irlanda), haciéndose pasar por Primitivo , propietario y administrador de la empresa HERMANOS GARCÍA PALOMINO S.L., varios correos electrónicos a las ZIEGLER CO.GMBH, domiciliada en Alemania, ENDEKA CERAMICS S.P.A. domiciliada en Italia, y a ENDEKA CERAM S.P.A., domiciliada en Malasia entidades extranjeras con las que la empresa denunciante mantenía negocios, siendo proveedor de las mismas, indicándoles a las mismas un cambio en la cuenta bancaria de facturación y facilitando otras distintas para realizar los pagos de las mercancías recibidas por éstas últimas.

Para ello, cambiaron únicamente una letra de la cuenta de correo electrónico verdadera de Primitivo , por lo que las referidas mercantiles confiaron en todo momento en la autenticidad de los correos, no percatándose del engaño, al ser un nimio detalle, y procedieron a efectuar los pagos en las cuentas bancarias indicadas, las cuales eran titularidad de los acusados Victoria e Rodrigo , a quien no alcanza esta sentencia, así como de otros miembros de la red con quienes estas personas desconocidas y también integrantes de la misma se habían concertado. De esta manera, se recibieron en dichas otras cuentas, las siguientes transferencias, en perjuicio de la empresa HERMANOS GARCÍA PALOMINO SL., que era la que había suministrado sus productos a las empresas extranjeras y no recibió a cambio la contraprestación económica en su legítima cuenta:

1.ª Los días 22 de junio de 2012 y 10 de agosto de 2012, Rodrigo , acusado en ignorado paradero, a quien no alcanza esta sentencia, recibió dos transferencias siendo la primera por importe de 12.252 euros y la segunda por importe de 10.577 euros, ambas de la empresa ENDEKA CERAMICS SDN BHD, domiciliada en Malasia, en su cuenta bancaria de la entidad La Caixa con n.º NUM001 , oficina Durango (Vizcaya), realizando varios reintegros los días posteriores y cancelando la cuenta finalmente en fecha 22.08.12.

2.ª El día 28 de agosto de 2012, la acusada Victoria recibió una transferencia por importe de 13.224 euros desde la cuenta de la empresa ZIEGLER CO.GMBH, domiciliada en Alemania, en su cuenta con n.º NUM002 de la sucursal del Banco Santander Central Hispano de la sita en la Plaza Emilio Castelar n.º 5 de Burjassot realizando durante los días siguientes varias disposiciones de efectivo tanto en cajero como en ventanilla así como una transferencia el día 29 de agosto de 2012, de 5.000 euros a otra cuenta de su titularidad de la entidad La Caixa con n.º NUM003 , oficina de la avenida del Dr. Waksman de Valencia, de modo que, a día 31 de agosto de 2012, el saldo de la primera de las cuentas ascendía a 6,65 euros.

3.ª Los días 19 de julio y 31 de julio de 2012, la empresa ENDEKA CERAMICS, S.P.A., domiciliada Italia, realizó dos transferencias por sendos importes de 12.510 euros cada uno como pago del material recibido a la cuenta indicada en los correos electrónicos remitidos fraudulentamente con n.º NUM004 de BARCLAYS BANK, la cual fue abierta en fecha 29.05.12 en Churchill Place de Londres, no habiéndose podido averiguar la titularidad de la misma, si bien no pertenecía al denunciante.



4.ª En fecha 4 de septiembre de 2012, otro cliente de Japón de la empresa HERMANOS GARCÍA PALOMINO, el Sr. Jesús Manuel, efectuó una transferencia por importe de 5.800 euros a otro número de cuenta indicado en un correo electrónico remitido al mismo en fecha 22 de agosto de 2012 al número de cuenta NUM005, titularidad de Victoria abierta en el mes de mayo anterior en la sucursal de la CAM sita en la Carretera de Lliria, nº 26 de Burjassot, si bien tras contactar con el Sr. Primitivo, procedió a anular la misma.

El importe defraudado asciende a 61.073 euros.

La empresa ZIEGLER CO. CMBH ha abonado a la mercantil HERMANOS GARCÍA PALOMINO S.L. el importe de 13.224 euros, por lo que ésta última reclama 47.849 euros. No consta renuncia de la empresa ZIEGLER CO. CMBH por el importe de 13.224 euros."

**SEGUNDO.-** La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento: "FALLAMOS QUE DEBEMOS CONDENAR Y CONDENAMOS A Victoria, como autora criminalmente responsable de un delito de pertenencia a grupo criminal y de un delito de estafa antes definidos, con la concurrencia de la circunstancia atenuante ordinaria de dilaciones indebidas, a las siguientes penas:

- A las penas de 1 año de prisión e inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena por el delito de pertenencia a grupo criminal.

- A las penas de 3 años y 6 meses de prisión, inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y de multa de 8 meses con una cuota diaria de 1 día de privación de libertad por cada 2 cuotas impagadas, por el delito de estafa.

- Asimismo condenamos a Victoria a indemnizar a Primitivo como legal representante de la empresa HERMANOS GARCÍA PALOMINO en 47.849 euros y a la empresa ZIEGLER CO. GMBH en 13.224 euros, en ambos casos con aplicación del interés legal previsto art. 576 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.[...]"

**TERCERO.-** Notificada en forma la anterior resolución a las partes personadas, se preparó recurso de casación por la representación de **Victoria**, que se tuvieron por anunciados, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose los recursos, alegando los siguientes motivos de casación:

**PRIMERO.-** Por infracción de precepto constitucional al amparo del art. 852 LECrim, por considerarse infringido, al amparo también del artículo 5.4 de la LOPJ, el artículo 24.2 de la CE, en su vertiente del derecho a la presunción de inocencia y como parte inherente al mismo principio informador del derecho penal "in dubio pro reo".

**SEGUNDO.-** Por infracción de precepto constitucional al amparo del Art. 852 LECrim por considerarse infringido, al amparo también del artículo 5.4 de la LOPJ, el Art. 9.3 CE, en su vertiente de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos, en íntima relación con el derecho a la presunción de inocencia consagrado en nuestro artículo 24.2 de la CE. Se une a los Motivos Tercero y Cuarto.

**TERCERO.-** Por infracción de precepto constitucional al amparo del art. 852 LECrim por considerarse infringido al amparo también del artículo 5.4 de la LOPJ, el art. 24 CE, concretamente a un proceso judicial con todas las garantías. Se une a los Motivos Segundo y Cuarto.

**CUARTO.-** Por infracción de precepto constitucional al amparo del art. 852 LECrim por considerarse infringido al amparo también del artículo 5.4 de la LOPJ, el art. 24 CE, concretamente el derecho a la tutela judicial efectiva. Se une a los Motivos Segundo y Tercero.

**QUINTO.-** Por infracción de precepto constitucional al amparo del art. 852 LECrim por considerarse infringido al amparo también del artículo 5.4 de la LOPJ, el art. 24 CE, en relación con los arts. 9.3 (seguridad jurídica) y 120.3 CE (resolución motivada).

**SEXTO.-** Al amparo del artículo 849.1 de la LECrim, por infracción de ley y doctrina legal en relación con el artículo 248 del Código penal y en conexión con el artículo 250 del mismo cuerpo legal, indebidamente aplicados (redacción anterior a la reforma operada por LO 1/15 de 30 de marzo).

**SÉPTIMO.-** Al amparo del artículo 849.1 de la LECrim, por infracción de ley y doctrina legal en relación con el artículo 570 ter.1 b) del Código Penal y en conexión con el artículo 250 del mismo cuerpo legal, indebidamente aplicados (redacción anterior a la reforma operada por LO 1/15 de 30 de marzo).

**OCTAVO.-** Renuncia a este motivo.

**NOVENO.-** Al amparo del artículo 849.1 de la LECrim por infracción de ley y doctrina legal en relación con el artículo 109 del Código penal, en conexión con los artículos 109, 110, 115 y 116 y con respecto a este motivo al ser improcedente la exigencia de responsabilidad civil.



DÉCIMO.- Al amparo del artículo 849.1 de la LECrim por infracción de ley y doctrina legal y ello a efectos dialécticos y/o subsidiarios, en relación con los artículos 21.6 y 66 del Código Penal, al deberse estimar en la resolución dicha atenuante de dilaciones indebidas en su modalidad de muy cualificadas.

UNDÉCIMO.- Al amparo del artículo 850.5º de la LECrim por quebrantamiento de forma, por no haberse suspendido el juicio pese a no haber concurrido el otro acusado, en su conexión con la tutela judicial efectiva del art. 24 CE.

DUODÉCIMO.- Al amparo del artículo 851.1º de la LECrim por quebrantamiento de forma, al haberse consignado como hechos probados en la resolución conceptos que, por su carácter jurídico, impliquen la predeterminación del fallo.

DECIMOTERCERO.- Al amparo del artículo 851.3º de la LECrim por quebrantamiento de forma, al no haberse resuelto en la sentencia sobre todos los puntos que han sido objeto de la defensa.

DECIMOCUARTO.- Renuncia a este motivo.

**CUARTO.-** Conferido traslado para instrucción, el Ministerio Fiscal solicitó la inadmisión de los recursos interpuestos en su informe de fecha 22 de junio de 2021, la Sala los admitió a trámite, quedando conclusos los autos para señalamiento de fallo cuando por turno correspondiera.

**QUINTO.-** Por Providencia de esta Sala de fecha 10 de junio de 2022 se señaló el presente recurso para fallo para el día 20 de septiembre de 2022, prolongándose la deliberación del mismo hasta el día de la fecha.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.** - La sentencia objeto de la presente censura casacional condena a la recurrente como autora de un delito de pertenencia a grupo criminal y como autora de un delito de estafa. El relato fáctico declara, en síntesis, que la acusada, concertada con otros individuos que no han sido identificados o habidos, con los que formaba una red en la que cada uno de los intervinientes tenía una función, y se repartía los importes obtenidos, actuó en contra de los intereses de la empresa hermanos García Palomino S.L. En ejecución del plan dispuesto, personas desconocidas integrantes de la organización remitieron desde distintos puntos del mundo, entre ellos Nigeria e Irlanda, sendas cartas a tres empresas con la que Primitivo mantenía negocios y era proveedora y en las que hacían figurar como remitente a Primitivo, propietario y administrador de la empresa. En las misivas les "indica un cambio en la cuenta bancaria de facturación y facilitando otras distintas para realizar los pagos de las mercancías recibidas por esta última". Se afirma que para ello cambiaron únicamente una letra de la cuenta de correo electrónico verdadero, lo que permitió que las empresas destinatarias de ese correo no advirtieran la simulación y realizaran los pagos que debían a la empresa Primitivo a la nueva cuenta que les era indicada. En ejecución de lo anterior otro de los acusados, contra el que no se realizó el juicio por encontrarse en ignorado paradero, si bien cuatro meses después de esta sentencia se dictó contra él mismo sentencia de conformidad, recibió dos transferencias por el importe que se indica. El 28 de agosto del 2012 la acusada, hoy recurrente, recibió una transferencia por importe de 13.224 euros que la acusada retiró mediante disposiciones en efectivo y una transferencia a otra cuenta de su titularidad por importe de 5.000 euros. El 4 de septiembre del 2012 recibió otra transferencia desde una empresa domiciliada en Japón, que fue anulada una vez que esta empresa contacto con el perjudicado, desvaneciendo el engaño sufrido.

Antes de abordar el contenido de la impugnación hemos de constatar la defectuosa técnica procesal al mezclar motivos por error de derecho, de hecho, por vulneración de derechos fundamentales y por quebrantamiento de forma, intercalando impugnaciones que solo pueden tener sentido si se realizan desde una correcta formalización de la impugnación, anteponiendo los motivos que cuestionan el hecho probado y los motivos que cuestionan la indebida aplicación de preceptos penales sustantivos al hecho declarado probado. Como quiera que este error ha sido puesto de manifiesto por el Ministerio Fiscal, y la recurrente se aquieta a ese planteamiento al contestar la impugnación del Ministerio público, acometemos la resolución del recurso siguiendo el orden de la impugnación del Ministerio Fiscal.

**SEGUNDO.** - Analizamos en primer lugar la vulneración del derecho fundamental a la presunción de inocencia.

Como indica la jurisprudencia de esta Sala, en el recurso de casación la denuncia sobre vulneración del derecho a la presunción de inocencia, supone la comprobación de tres principales aspectos: que el tribunal juzgador dispuso de material probatorio susceptible de ser sometido a valoración; que ese material probatorio, además de existente, era lícito en su producción y válido a efectos de acreditación de los hechos; y que los razonamientos a través de los cuales alcanza el Juez de instancia su convicción, debidamente expuestos en la sentencia, son bastantes para ello, desde el punto de vista racional y lógico, y justifican, por tanto, la suficiencia de dichos elementos de prueba.



En el ejercicio de tal comprobación, el Tribunal Supremo debe operar como señala la STS 6/2016, de 20 de enero, "la función de un tribunal de revisión, como es la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo cuando conoce de impugnaciones formalizadas con invocación del derecho fundamental a la presunción de inocencia, es la de revisar la función jurisdiccional realizada por el tribunal de instancia en orden a la valoración de la prueba. No es una función puramente nomofiláctica, la más genuina de un tribunal de casación, sino que participa de las exigencias de la revisión, del reexamen de la función valoradora de las pruebas por un tribunal superior conforme exigen los Tratados Internacionales y las exigencias de un sistema penal que pretende asegurar el control de los posibles errores jurisdiccionales. En este sentido, el control jurisdiccional alcanza al examen de la licitud de la prueba, a su regularidad, al proceso debido, a la observancia de los principios constitucionales y legales del ejercicio de la jurisdicción, también al examen de la suficiencia de la actividad probatoria y a su consideración de prueba de cargo, extremos estos últimos que permiten al tribunal de casación ejercer una función valorativa de la actividad probatoria con unas funciones, propias de la jurisdicción."

Distinguimos en el análisis del recurso los dos delitos objeto de la condena. En primer lugar el delito de estafa. El tribunal dispuso de las pruebas que relaciona, la documental acreditativa de las relaciones comerciales y la referida a la realidad de las transferencias recibidas por la acusada. También tuvo en cuenta las declaraciones personales de ésta, las explicaciones suministradas y las declaraciones del perjudicado. El tribunal desde las pruebas personales y la documental alcanza su convicción que exterioriza en la motivación de la sentencia y llega a la convicción sobre la realidad de las percepciones contenidas en las dos transferencias, la segunda anulada, por las que la acusada recibe en su cuenta corriente una cantidad relevante de dinero sin causa que lo justifique y de la que inmediatamente dispone a través de disposiciones de la cuenta y de una transferencia a otra cuenta de su titularidad. Las explicaciones suministradas, referidas a la existencia de una amiga que le pidió un favor que ella atendió, carecen de la verosimilitud necesaria para cuestionar la convicción obtenida a partir de la documental y las pruebas personales oídas en el juicio oral. De igual manera las alegaciones de la recurrente en las que cuestiona la realidad de las operaciones mercantiles del perjudicado y las terceras empresas que realizaron las transferencias son ajenas al hecho objeto de la acusación, pues el perjudicado ha acreditado su condición de tal, a partir de la documental acreditativa de las relaciones comerciales y las deudas surgidas por los suministros realizados, empresa que han realizados los abonos en las cuentas indicadas de forma mendaz. El tribunal ha declarado la realidad de los hechos considerados como probados a partir de una prueba lícita, regular, en su obtención y con el sentido preciso de cargo para afirmar que la acusada, en connivencia con otros, recibió en su cuenta una cantidad económica no debida, cuya causa se apoya en una simulación de cambio de cuenta corriente efectuada por terceras personas y respecto de las cuales la acusada aportó una cuenta de su titularidad, aportación necesaria, para la recepción del dinero. Corrobora lo anterior la inmediata disposición de las cantidades ingresadas indebidamente en su cuenta mediante reintegros y una transferencia cuya destinataria era la misma acusada. La explicación de su conducta ha sido valorada y calificada de inverosímil de forma racional y lógica a partir de las contradicciones en las que incurre.

En segundo término, el delito de pertenencia a grupo criminal. Para su análisis recordamos la doctrina jurisprudencial sobre el tipo penal aplicado, que nos servirá para la decisión sobre la tipicidad en el delito. Nos remitimos a la Sentencia de esta Sala de 25 de octubre de 2016 en la que abordamos, en primer lugar, la diferenciación del tipo penal de la mera codelinquencia. "La Convención de Palermo de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, hecha en Nueva York el 15 de noviembre de 2000 (Instrumento de Ratificación del mismo publicado en el BOE nº 233 de 29/09/2003), define el "grupo delictivo organizado" como aquél "estructurado de tres o más personas que exista durante cierto tiempo y que actúe concertadamente con el propósito de cometer uno o más delitos graves o delitos tipificados con arreglo a la presente Convención con miras a obtener, directa o indirectamente, un beneficio económico u otro beneficio de orden material", añadiendo en su apartado c) que por "grupo estructurado" se entenderá un grupo no formado fortuitamente para la comisión inmediata de un delito y en el que no necesariamente se haya asignado a sus miembros funciones formalmente definidas ni haya continuidad en la condición de miembro o exista una estructura desarrollada. Como elementos comunes figuran la agrupación o reunión de tres o más personas (según la Convención) o más de dos personas (según el Código Penal), que es lo mismo, y en segundo lugar la finalidad u objeto de dichas formas delictivas para la comisión o perpetración concertada de delitos.

La STS 644/2015 recoge y sintetiza nuestra jurisprudencia, con cita de la STS 576/2014, exponiendo que "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 concorra ninguno de estos dos requisitos, o cuando concorra 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. Y es asimismo jurisprudencia de esta Sala (Cfr. Sentencias 855/2013 y 950/2013 ) la que declara que 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 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".

La sentencia 429 /2020, de 28 de julio, señalábamos que el grupo se perfila como una figura residual respecto a la organización. Ambas precisan la Unión o agrupación de más de 2 personas y la finalidad de cometer delitos. La organización criminal requiere, además, el carácter estable o su Constitución o funcionamiento por tiempo indefinido, y de manera concertada y coordinada se repartan las tareas o funciones entre los miembros con aquella finalidad. El grupo criminal, sin embargo, puede apreciarse aunque no concurre en ninguno de estos dos requisitos, o cuando lo hagas solo uno de ellos. Debilita el presupuesto de la estabilidad por la exigencia de una relativa permanencia - formación no fortuita -y una estructura mucho más elemental para hacer realidad la actuación concertada de sus integrantes, sin necesidad de asignación funcional de funciones.

Consecuentemente, la característica del grupo criminal frente a la codelincuencia radica en que el grupo existirá cuando la concurrencia de varias personas no sea fortuita para la comisión inmediata de un delito, sin que sea precisa que haya una asignación de funciones formalmente definidas a cada uno de los miembros y concorra una cierta continuidad en la condición de miembro. En el caso de la casación el relato fáctico describe un actuar de varias personas sin niveles de actuación prefijados y en el que no se identifica a otros intervinientes, ni se expresan los niveles de intervención en los que cada uno desarrolla y tampoco su permanencia en la actuación común. Su actuación consiste en proporcionar su cuenta corriente para la recepción de cantidades económicas que, de forma inmediata a la recepción, es dispuesta en favor de personas desconocidas y transferidas a otra cuenta de su titularidad. Nada se concreta en el hecho sobre la concordancia con otras personas y no hay constancia alguna de relaciones con otros partícipes en el hecho, subsistiendo la duda sobre la efectiva participación de este recurrente en el hecho delictivo típico de pertenencia a grupo criminal.

Consecuentemente procede estimar parcialmente el motivo puesto por vulneración del derecho fundamental a la presunción de inocencia, y suprimir del fallo la condena por el delito de pertenencia a grupo criminal.

**TERCERO.-** En los motivos segundo tercero y cuarto de la impugnación se queja de la vulneración de su derecho fundamental al proceso debido, a la tutela judicial efectiva, y a la interdicción de la arbitrariedad afirmando la vulneración de sus derechos porque en el trámite de informe fueron continuas las interrupciones llevadas a cabo por el tribunal, lo que lesiona su derecho de defensa e infringe el proceso debido.

El recurso evidencia un profundo desacuerdo con la forma de dirigir el juicio. En esa queja hay mucho subjetivismo en la forma de valorar los distintos sucesos acaecidos en el juicio oral.

La función de dirigir un juicio oral implica una permanente resolución de los conflictos que pueden darse en la tramitación de los procesos y que la doctrina procesalista ha englobado en el concepto de policía de estrados. Ha de atemperarse a las reglas procesales, que integran el proceso debido, con los derechos de las partes en el proceso y con las necesidades de adecuar la organización de los tribunales a las necesidades del sistema, en ocasiones con varios señalamientos, que exigen celeridad en las actuaciones judiciales, todo ello sin comprometer la necesaria imparcialidad de los órganos judiciales en la prestación del servicio público de la administración de justicia. Hemos dicho reiteradamente, que la primera de todas las garantías del proceso es la imparcialidad de quien juzga y de quien dirige el juicio. Puede afirmarse que no es posible obtener justicia en el proceso si quien ha de impartirla no se sitúa en una posición de imparcialidad como tercero ajeno a los intereses en litigio. Es por eso que el juez ha de ser, y ha de aparecer, como alguien que no tenga, respecto a la cuestión sobre la que ha de resolver y en cuanto a las personas interesadas en ella, ninguna relación que pueda enturbiar su imparcialidad. Incluso las apariencias pueden tener importancia, pues pueden afectar a la confianza que los Tribunales en una sociedad democrática deben inspirar a los ciudadanos en general, y en particular a quienes son parte en el proceso ( STEDH de 1 de octubre de 1982, caso Piersack; STEDH de 26 de octubre de 1984, caso De Cuper, y STEDH de 24 de mayo de 1989, caso Hauschildt). ( STS 172/2021, de 25 de febrero).

Como ha expresado el Tribunal Constitucional, la obligación de ser imparcial que impone la ley al órgano judicial decisorio de la contienda puede resumirse en dos reglas: primera, que el Juez no puede asumir procesalmente funciones de parte; segunda, que no puede realizar actos ni mantener con las partes relaciones jurídicas o conexiones de hecho que puedan poner de manifiesto o exteriorizar una previa toma de posición anímica a su favor o en contra ( SSTC 60/2008, 26 de mayo y 5/2004, de 16 de enero, FJ 2, entre otras).



El TEDH se ha referido al punto de vista del acusado respecto de la imparcialidad del Tribunal, para decir que, aunque su visión de la cuestión es importante, no es sin embargo decisiva. Mayor importancia ha concedido al hecho de que sus sospechas puedan valorarse como objetivamente justificadas ( STEDH de 25 septiembre 2001, Caso Kizilöz contra Turquía; en la STEDH de 25 julio 2002, Caso Perote Pellón contra España, y en la STEDH de 17 de junio de 2003, Caso Pescador Valero c. España). La misma línea ha seguido el Tribunal Constitucional, que en la STC 69/2001, de 17 de marzo, con cita de otras muchas resoluciones, decía lo siguiente: "Es importante tener presente en este aspecto que, para que, en garantía de la imparcialidad, un Juez pueda ser apartado del conocimiento concreto de un asunto, es siempre preciso que existan sospechas objetivamente justificadas, es decir, exteriorizadas y apoyadas en datos objetivos, que permitan afirmar fundadamente que el Juez no es ajeno a la causa, o que permitan temer que, por cualquier relación con el caso concreto, no utilizará como criterio de juicio el previsto por la Ley, sino otras consideraciones ajenas al ordenamiento jurídico. Por más que hayamos reconocido que en este ámbito las apariencias son importantes, porque lo que está en juego es la confianza que, en una sociedad democrática, los Tribunales deben inspirar al acusado y al resto de los ciudadanos, no basta para apartar a un determinado Juez del conocimiento de un asunto que las sospechas o dudas sobre su imparcialidad surjan en la mente de quien recusa, sino que es preciso determinar, caso a caso, más allá de la simple opinión del acusado, si las mismas alcanzan una consistencia tal que permita afirmar que se hallan objetiva y legítimamente justificadas".

Respecto a la forma de dirigir el juicio oral, en alguna de nuestras Sentencias hemos cuestionado algunas expresiones vertidas en el desarrollo del juicio oral, afirmando que se encuentran fuera de lugar, pues el juez no puede expresar impresiones personales sobre la finalidad con que el recurrente desarrolla su estrategia procesal, sino aseveraciones objetivas sobre la consistencia o la solidez de los argumentos defensivos del recurrente.

Las funciones del juez solicitando celeridad en los informes y no reiteración de lo que el tribunal ha oído, forma parte de las funciones propias de la policía de estrados para aligerar la marcha de los procesos en atención a la agenda de señalamientos y, efectuadas con los adecuados niveles de respeto y consideración a la parte, no suponen una lesión al derecho de defensa.

**CUARTO.-** En el quinto de los motivos denuncia la vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva al cuestionar la ausencia de motivación en cuanto a la individualización de las penas y la cuantificación de la pena de multa.

La necesidad de motivación en la imposición de la pena aparece expresamente recogida en el Código penal, quizás debido a una dejación tradicional en su realización que el legislador creyó necesario recordar.

Esa inercia disfuncional, apoyada en la no exigencia de una motivación específica de la imposición de la pena, junto a una reiterada jurisprudencia que afirmaba que la competencia en la individualización de la pena era competencia exclusiva del tribunal de instancia "atento siempre al desarrollo del juicio oral", hizo, posiblemente, que el Código penal insistiera en su exigencia y dispuso reiteradamente en varios preceptos que el requisito de la motivación de toda resolución judicial también se extendiera a la pena.

La individualización judicial de la pena concebida como "la tercera función autónoma del Juez penal representando el cenit de su actuación" presupone la búsqueda del marco penal abstracto correspondiente a la subsunción en un delito de una conducta probada, su participación y ejecución. La búsqueda del marco penal concreto, segundo momento de la individualización, tras la indagación y declaración, en su caso, de la concurrencia de las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal. Tras la realización de esos apartados de la función jurisdiccional, el tercero y cenit de la actuación, lo constituye el ejercicio del arbitrio judicial que en cumplimiento de los arts. 9.3, 24.1 y 120.3 de la Constitución, deberán ser motivados, analizando las circunstancias personales del delincuente y la gravedad del hecho, criterios generales contemplados en el art. 66, y la capacidad de resocialización y de reeducación, atendiendo a la prevención especial, y a la culpabilidad manifestada en el hecho, extremos que el legislador, obviamente, no puede prever y que delega en el Juez penal mediante el ejercicio del arbitrio judicial, en ocasiones, entre unos límites mínimos y máximos muy distanciados. Con relación a la imperfección delictiva se añaden otros parámetros en la fijación de la pena, el peligro inherente al intento y grado de ejecución alcanzado.

El tribunal de instancia en el fundamento sexto de la sentencia contiene una precisa motivación de la pena, en ocasiones refiriendo la gravedad del hecho y en otras por remisión a lo fundamentado en el apartado específico de cada delito. Ahora sólo nos referiremos al delito de estafa. La individualización la argumenta desde la selección del marco penal correspondiente al delito, la elección del grado de imposición, el mínimo, señalando que individualiza en el máximo previsto en atención al perjuicio causado y teniendo en cuenta las dificultades que ha supuesto a la víctima la recuperación del dinero, dada la falsedad realizada, la remisión de un correo electrónico con los datos falsos de una nueva cuenta corriente. Una maquinación insidiosa especialmente hábil



para la realización del delito en el que la acusada, si bien no ha intervenido directamente, sí que al proporcionar su cuenta para la dinámica comisiva ha realizado una parte relevante del hecho delictivo.

La motivación es expresiva de la realización por el tribunal de su función en la individualización de la pena y lo hace de forma motivada, explicitando el ejercicio de su función. El que la recurrente no esté de acuerdo con la individualización realizada en la sentencia no quiere decir que la misma no aparezca debidamente motivada, con claridad y lógica, las razones de la individualización de la pena por parte del órgano judicial a quien compete esa función, como hemos dicho, jurisdiccional. Su examen revela la corrección del criterio adoptado y la racionalidad del argumento expuesto.

Con respecto a la pena pecuniaria, el tribunal señala la pena de multa en razón a 10 euros de cuota diaria, cantidad muy cercana al mínimo legal y la impone atendiendo a criterios de lógica nacidos de la capacidad económica de la acusada. En cuanto a la responsabilidad civil se impone como consecuencia del importe de la cantidad objeto de la estafa. Este delito es de aprovechamiento y es esa la cantidad que ha sido acechada y desplazada al patrimonio de la acusada en virtud de las maniobras engañosas que han determinado su adquisición.

El motivo se desestima.

**QUINTO.-** En el cuarto de los motivos denuncia un error de derecho por la indebida aplicación del artículo 248 del Código Penal entendiendo que, desde el hecho probado lo que se describe en el relato fáctico, es un delito de blanqueo de dinero porque la recurrente no participó en la conducta previa de los demás implicados no identificados y por lo tanto no participó en el núcleo de la estafa. Califica a la acusada de intermediaria en la acción delictiva, conducta que ha de ser subsumida en él blanqueo de dinero.

El motivo se desestima. La vía impugnatoria elegida, el error de derecho, exige partir del hecho probado de la sentencia. Este describe un supuesto de codelinuencia en el que personas desconocidas, pero con conocimiento de la acusada, realizan una conducta consistente en la confección, de forma falsaria, de una comunicación indicando un cambio de cuenta corriente, precisamente la de la recurrente, a la que se dirigen dos transferencias, si bien la segunda fue anulada a tiempo, y de las que la acusada dispone en la forma que se describe el hecho probado. Ya hemos señalado que no hay grupo criminal en el hecho porque no se describen los elementos necesarios para la tipificación de la conducta en el tipo penal del grupo criminal, pero ello no excluye la actuación de varias personas en codelinuencia, una de ellas la recurrente, que aportó a la realización del hecho un elemento esencial, una cuenta de destino, su número de cuenta, donde se recibieron las transferencias de las que dispuso la acusada.

La aportación de un número de cuenta corriente es, desde las perspectivas del plan trazado, un elemento necesario para la ejecución del delito pues esa es la cuenta donde se ingresa el dinero y desde la que se reparte posteriormente. El que exista una multitud de cuentas, como alega la recurrente, no degrada el contenido relevante de la aportación al delito pues, desde el planteamiento de los intervinientes en la acción, era necesario el destino de las transferencias a la cuenta corriente de la acusada, hoy recurrente.

La aplicación del tipo agravado del apartado quinto del artículo 250 del Código Penal es planteada como mera consecuencia de la infracción de ley por aplicación indebida del artículo 248 del Código Penal. Desestimado el motivo éste debe ser desestimado.

**SEXTO.-** Analizamos el octavo motivo opuesto toda vez que el séptimo ha quedado sin contenido.

Denuncia el recurrente en el noveno de los motivos la indebida aplicación del artículo 109 en relación con el 110, 115 y 116 del Código Penal al considerar improcedente la exigencia de responsabilidad civil a la recurrente. El motivo es planteado como consecuencia de la estimación de anteriores motivos por lo que la desestimación del motivo puesto por el delito de estafa que genera responsabilidad civil hace que éste deba ser, igualmente, desestimado.

En el décimo de los motivos opuestos denuncia la inaplicación al hecho probado de la atenuante prevista del número 6 del artículo 21 del Código Penal considerando que los hechos han sido enjuiciados bajo los presupuestos de una dilación indebida, como reconoce el tribunal, que ha de ser considerada como cualificada.

Todo proceso penal acarrea una situación aflictiva derivada de varias circunstancias, entre ellas el de a duración excesiva que, cuando es extraordinaria, debe ser compensada con una atenuación en el reproche penal. Esta Sala consideró que ese padecimiento podía compensar, en parte, la consecuencia jurídica a imponer como resultado de la condena. El perjuicio derivado de la duración del proceso se produce cuando la duración es excesiva y a esa duración excesiva se llega por la actuación procesal indebida, prolongando indebidamente el plazo en la realización de la justicia. Ese daño, ese perjuicio debía ser reparado, internamente en el proceso, en el señalamiento de la consecuencia jurídica a través de una reducción de la misma, bien por la





atenuación considerada como simple y en casos muy excepcionales, cualificando, lo que permite la reducción de la penalidad en un grado, obligatorio, o dos grados, motivando esa decisión.

En el caso de esta casación, los hechos acaecen en el año 2012 y se enjuician en el año 2020. La tramitación presenta gran complejidad pues pese al reflejo documental, ha sido preciso indagar los distintos autores, comprobar las identificaciones de los ordenadores desde los que salió el correo electrónico que engaña, localizar las distintas empresas destinatarios del correo y que en virtud de esa manipulación realizar el desplazamiento en favor de la recurrente, realizar comisiones rogatorias para indagar esos hechos, sin olvidar de que uno de los acusados adoptó una posición de rebeldía y no pudo ser enjuiciado conjuntamente con esta recurrente. No obstante, esas dificultades el tribunal en atención al tiempo transcurrido ha declarado concurrente la atenuación de dilaciones indebidas pero las mismas no tienen la condición de especial trascendencia y carácter de extraordinario que justificarían la cualificación que solicita.

**SÉPTIMO.** - En el motivo decimoprimeros denuncia un quebrantamiento de forma del número 5 del artículo 850 de la Ley de Enjuiciamiento criminal por no haberse suspendido el juicio para la recurrente pese a no haber concurrido el otro acusado que se encontraba en paralelo desconocido y en busca y captura.

Considera a la recurrente la absoluta necesidad de la comparecencia conjunta del otro acusado por tratarse de una acusación conjunta por el delito de pertenencia a grupo criminal.

El motivo se desestima. En primer lugar porque el enjuiciamiento único de la recurrente, en los términos que hemos señalado en el primer fundamento de esta sentencia, ha permitido declarar no acreditados los elementos típicos del delito de pertenencia a grupo criminal. En todo caso, aun tratándose de una acusación conjunta la legislación procesal permite el enjuiciamiento separado en ignorado paradero y teniendo en cuenta, además, que sus declaraciones no alterarían para ninguno de los dos el resultado del enjuiciamiento. La defensa que pidió la suspensión del juicio oral no alegó en qué manera la no suspensión del juicio afectaba su derecho de defensa. Ha de convenirse que el único sentido que podría tener es el de la acreditación de la pertenencia a un grupo criminal, extremo que hemos declarado no ha sido acreditado.

No se ha producido indefensión alguna para la recurrente y la prosecución del juicio oral para esta acusada fue acordada tras constatar el ignorado paradero del otro acusado y las necesidades del enjuiciamiento.

## FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido

**1.º) Estimar** parcialmente el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de **Victoria**, en el que es parte recurrida el Ministerio Fiscal, contra la sentencia n.º 260/2020, de 6 de julio, dictada por la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Valencia en procedimiento abreviado n.º 9/2020.

**2.º) Declarar de oficio** el pago de las costas causadas en este recurso de casación.

Comuníquese esta resolución al Tribunal Superior de Justicia de procedencia a los efectos legales oportunos, con devolución de la causa.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

RECURSO CASACION núm.: 5298/2020

Ponente: Excmo. Sr. D. Andrés Martínez Arrieta

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María del Carmen Calvo Velasco

## TRIBUNAL SUPREMO

### Sala de lo Penal

### Segunda Sentencia

Excmos. Sres.

D. Andrés Martínez Arrieta

D. Miguel Colmenero Menéndez de Lurca

D. Andrés Palomo Del Arco



D. Eduardo de Porres Ortiz de Urbina

D. Ángel Luis Hurtado Adrián

En Madrid, a 21 de septiembre de 2022.

Esta Sala ha visto el recurso de casación por infracción de ley, precepto constitucional y quebrantamiento de forma, interpuesto por **Victoria** representada por el procurador Santiago Cervera Carceller, y defendida por el letrado D. Miguel Ángel Sanchís Gual, como parte recurrida el Ministerio Fiscal, contra la sentencia n.º 260/2020, de 6 de julio dictada por la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Valencia en procedimiento abreviado n.º 9/2020.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Andrés Martínez Arrieta.

### ANTECEDENTES DE HECHO

**ÚNICO.-** Se aceptan y dan por reproducidos los hechos declarados probados en la sentencia de instancia.

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** Se aceptan y reproducen los fundamentos jurídicos de la sentencia recurrida añadiendo los de la primera sentencia dictada por esta Sala.

**SEGUNDO.-** Por las razones expuestas en el fundamento de derecho tercero de esta resolución se absuelve a **Victoria** del delito de pertenencia a grupo criminal por el que había sido condenada.

### FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido Confirmar la condena de **Victoria** como autora de un delito de estafa ratificando los pronunciamientos referidos a la responsabilidad penal y civil por este delito en todos sus extremos.

Absolver a la acusada del delito de pertenencia a grupo criminal por el que había sido condenada.

Condenar al pago de la mitad de las costas procesales, declarando de oficio la otra mitad.

Se ratifica el resto de los pronunciamientos de la sentencia de instancia.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.