



Roj: **STS 3049/2023 - ECLI:ES:TS:2023:3049**

Id Cendoj: **28079120012023100525**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **29/06/2023**

Nº de Recurso: **10469/2019**

Nº de Resolución: **533/2023**

Procedimiento: **Recurso de casación penal**

Ponente: **JUAN RAMON BERDUGO GOMEZ DE LA TORRE**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 533/2023

Fecha de sentencia: 29/06/2023

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION (P)

Número del procedimiento: 10469/2019 P

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 21/06/2023

Ponente: Excmo. Sr. D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre

Procedencia: T.S.J.CATALUÑA

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Josefa Lobón del Río

Transcrito por: MMD

Nota:

RECURSO CASACION (P) núm.: 10469/2019 P

Ponente: Excmo. Sr. D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Josefa Lobón del Río

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 533/2023

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Manuel Marchena Gómez, presidente

D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre

D. Vicente Magro Servet

D.^a Susana Polo García

D. Eduardo de Porres Ortiz de Urbina

En Madrid, a 29 de junio de 2023.



Esta sala ha visto el recurso de casación nº 10469/2019, interpuesto por **Alfonso**, representado por la procuradora D^a. Gema Carmen de Luis Sánchez, bajo la dirección letrada de D. David Peña i Nofuentes, contra la sentencia nº 71/2019, de fecha 30 de mayo de 2019, dictada por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, en el Rollo de Procedimiento Apelación nº 41/2019. Ha intervenido el Ministerio Fiscal.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de Instrucción nº 1 de La Seu d'Urgell instruyó Diligencias Previas nº 374/2016, contra Alfonso; Mariana y la Asociación Gracia contra la tricotiodistrofia y enfermedades raras de Baleares, por un delito continuado de estafa y, una vez concluso, lo remitió a la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Lleida, que en el Rollo de Procedimiento Abreviado nº 11/2018, dictó sentencia nº 398/2018, de fecha 6 de noviembre de 2018, que contiene los siguientes **hechos probados**:

<<PRIMERO.- Resulta probado, y así se declara por la Sala, que el acusado Alfonso, mayor de edad y con antecedentes penales no computables, y la acusada Mariana, mayor de edad y sin antecedentes penales, son padres de la menor Gracia, nacida el NUM000 de 2005 en Palma de Mallorca, la cual sufre DIRECCION000, enfermedad genética de las catalogadas como "raras" que provoca alteraciones cutáneas, oftalmológicas y trastorno del desarrollo y del lenguaje en un contexto de inteligencia límite, aunque sin riesgo vital inminente para la misma. La menor está asimismo diagnosticada de un DIRECCION006 e DIRECCION007.

Como consecuencia de ello, en octubre de 2014, por la Consellería de Serveis Socials i Cooperació de Balears se reconoció a la menor el derecho a una prestación económica de 387,64 euros mensuales para curas en el entorno familiar, abonándose la misma en una cuenta corriente abierta a su nombre en la Banca March, con el número NUM001, en la que también consta el ingreso, durante los años 2014 a 2016, de un total de 4.880 euros por parte del Departament d'Ensenyament, en concepto de ayudas para educación.

La menor consta asimismo como cotitular de otra cuenta corriente que comparte al 50% con la acusada, abierta en la Banca March con el número NUM002.

SEGUNDO.- Aprovechando la enfermedad de la menor, los acusados urdieron un plan para obtener un lucro patrimonial ilícito, constituyendo a tal fin el 28 de febrero de 2009 la ASOCIACIÓN Gracia PARA LA TRICOTIODISTROFIA Y ENFERMEDADES RARAS DE BALEARES, con domicilio social en DIRECCION008 (Mallorca), figurando en sus estatutos como presidente de la misma el acusado Alfonso y como tesorera la acusada Mariana. Como objeto social se hizo constar el de recaudar fondos y ayudas para la investigación de la enfermedad, informar y ayudar a familias con niños con enfermedades raras e informar a las Administraciones Públicas de enfermedades raras, cuando en realidad la finalidad era obtener el enriquecimiento personal de los acusados.

La Asociación es titular de la cuenta corriente nº NUM003 del Banco de DIRECCION001, en la que constan autorizados Alfonso y Mariana.

TERCERO.- Durante los años 2010 a 2016, los acusados acudieron en varias ocasiones a distintos programas de televisión y concedieron entrevistas a diversos medios escritos de comunicación, siendo muchas las veces en que aparecían en compañía de la menor interactuando con ellos. A través de los medios no sólo ofrecían explicaciones de la enfermedad de Gracia, sino que también manifestaban que necesitaban dinero para la investigación de la misma y sufragar los elevados costes de falsos tratamientos e intervenciones quirúrgicas en el extranjero que precisaba la pequeña, llegando en ocasiones a afirmar, también falsamente, que ello era necesario para superar el riesgo inminente de muerte en que se encontraba la menor, siendo facilitado a través de los medios el número de cuenta corriente en que hacer donaciones a tal fin.

CUARTO.- La misma dinámica comisiva, con aprovechamiento de la enfermedad de su hija, utilizaron los acusados para enriquecerse ilícitamente cuando llegaron a la localidad de DIRECCION009 (Comarca del DIRECCION002, LLeida) procedentes de Illes Balears, a principios del año 2013. Al inicio del curso escolar 2013-2014 el acusado se reunió con los padres del colegio en el que habían inscrito a su hija, la "DIRECCION003" de DIRECCION004, y les explicó la enfermedad que aquejaba a la menor y los problemas, tratamientos, intervenciones y costes que le generaba, repartiéndoles folletos de la Asociación en los que constaba un número de cuenta corriente. Tras esa inicial reunión, los acusados fueron más allá en aras a captar la empatía y sensibilización del colectivo a su favor e incrementar las donaciones, llegando a afirmar falsamente que Alfonso se encontraba aquejado por un cáncer de páncreas y también que la menor corría un riesgo inminente de fallecer, precisando por ello una operación urgente en Houston de elevado coste dinerario, lo cual tampoco era cierto. Dichas maniobras lograron efectivamente su cometido, sensibilizando de tal modo a padres y vecinos de la comarca y localidades próximas que dieron lugar al inicio de una serie de campañas de



recaudación de fondos para la menor, tales como tómbolas, subastas de objetos cedidos por famosos, venta de participaciones de lotería y recaudación de dinero mediante huchas repartidas por distintos lugares, siendo ingresadas las respectivas recaudaciones en la cuenta bancaria de la Asociación facilitada por los acusados, y en algunas ocasiones entregadas en metálico a los mismos.

QUINTO.- Durante el periodo en que los acusados estuvieron solicitando ayudas y donativos con la excusa de sufragar tratamientos farmacológicos, médicos y quirúrgicos de la menor y para investigar la enfermedad que la misma padecía, únicamente se ha acreditado que entre los años 2014, 2015 y 2016 percibieron un total de 412.450,44 euros en concepto de donaciones, bien mediante transferencia, bien mediante ingreso en efectivo, a través de las ya mencionadas cuentas corrientes abiertas en la Banca March y en el Banco de DIRECCION001 . Dentro de tal cantidad están incluidos 3.000 euros que en fecha 29.11.2016 transfirió Grupo Inversor Para El desarrollo SL, el cual está constituido como Acusación Particular en la causa, quien además ya había transferido 10.000 euros con anterioridad a esas tres anualidades, concretamente el 17.12.2012, lo que hace un total de ingresos debidamente acreditados de 422.450,44 euros.

De ese total importe se destinaron 2.707 euros a gastos médicos de la menor pagados a la CLINICA000 , 5.164,95 euros a gastos de educación de la misma, 1.945,84 euros a gastos de farmacia y 10.400 euros a donaciones a otras fundaciones, lo que arroja un resultado final de dinero ilícitamente obtenido para enriquecimiento personal de 402.232,65 euros, constando como los acusados cargaron en la cuenta bancaria de la Asociación diversos gastos relacionados con el alquiler de vivienda y locales de los que han dispuesto a lo largo de los años, así como la compra de vehículos y la concertación de seguros de todo tipo, pagos de hoteles y compras y consumos diversos, realizando a su vez frecuentes e importantes reintegros de dicha cuenta.

Durante ese mismo periodo los acusados no desempeñaron ninguna actividad laboral, a excepción de regentar un establecimiento de compra y venta de vinos en la localidad de DIRECCION004 , el cual registró una mínima actividad del todo insuficiente para atender el sostén familiar, constando que los pagos del alquiler de dicho local se atendían con fondos de la cuenta de la Asociación.

SEXTO.- El día 5 de diciembre de 2016 se acordó el bloqueo judicial del saldo de 5.464,95 existente en la cuenta de la Banca March titularidad de la menor, NUM004 , y del saldo de 314.212,65 euros existente en la cuenta del Banco de DIRECCION001 titularidad de la Asociación, NUM003 .

SÉPTIMO.- Los acusados fueron finalmente detenidos el 7 de diciembre de 2016 y tras la práctica de los registros efectuados en su domicilio, así como en los locales alquilados y los vehículos utilizados por los mismos, se intervinieron un total de 2.180 euros en metálico, algunas cantidades de dinero que se encontraban en unas huchas de las utilizadas en las recaudaciones, una colección de relojes con un valor aproximado de 60.000 euros y diversos teléfonos móviles, ordenadores y equipos informáticos. >>

SEGUNDO.- La Sección Primera de la Audiencia Provincial de Lleida, dictó el siguiente pronunciamiento:

<<CONDENAMOS a Alfonso y Mariana como autores criminalmente responsables del delito continuado de estafa agravada anteriormente definido, imponiendo al acusado Alfonso la pena de CINCO AÑOS DE PRISIÓN y MULTA DE DIEZ MESES con una cuota diaria de 10 euros, con inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, y a la acusada Mariana la pena de TRES AÑOS Y MEDIO de prisión y MULTA DE OCHO MESES con una cuota diaria de 10 euros, con inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena; condenándoles asimismo al pago de las costas del procedimiento por mitad, incluidas las de la acusación particular.

Por vía de responsabilidad civil, los acusados deberán indemnizar conjunta y solidariamente a:

- Grupo Inversor Para el Desarrollo SL en la suma de 13.000 euros.
- Gabriela en la suma de 6.000 euros.
- Landelino en la suma de 6.000 euros.
- Al resto de los perjudicados que obran relacionados en la pieza de responsabilidad civil en los importes que constan allí acreditados.

Las indemnizaciones devengarán el interés legal incrementado en dos puntos desde la fecha de la sentencia.

En el caso de insolvencia de los acusados, la "Asociación Gracia para la tricotiodistrofia y enfermedades raras de Baleares" deberá responder con carácter de responsable civil subsidiario.

El dinero intervenido se aplicará a cubrir la totalidad de las responsabilidades pecuniarias derivadas de la presente causa, decretándose el comiso del importe restante una vez satisfechas las mismas, así como el comiso de los efectos intervenidos. >>



TERCERO.- Notificada dicha resolución a las partes, contra la misma se interpuso recurso de apelación por la representación procesal de los acusados Alfonso y Mariana, y también en nombre de la ASOCIACIÓN Gracia CONTRA LA TRICOTIODISTROFIA Y ENFERMEDADES RARAS DE BALEARES, remitiéndose las actuaciones a la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, que en el Rollo de Apelación nº 41/2019, dictó sentencia nº 71/2019, de fecha 30 de mayo de 2019, cuyo fallo es del tenor literal siguiente:

<<La SECCIÓN DE APELACIÓN PENAL DE LA SALA CIVIL Y PENAL del TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CATALUNYA ha decidido:

1º.- ESTIMAR PARCIALMENTE el recurso de apelación presentado por la representación procesal del acusado D. Alfonso y DESESTIMAR el interpuesto tanto por la acusada Da. Mariana como en representación de la ASOCIACIÓN Gracia CONTRA LA TRICOTIODISTROFIA Y ENFERMEDADES RARAS DE BALEARES, contra la sentencia dictada en fecha 6 de noviembre de 2018 por la Audiencia Provincial de Lleida (Sección Primera) en su Procedimiento Abreviado núm. 11/2018, por un delito continuado de estafa contra los acusados dichos.

2º.- ANULAR la indicada resolución, aunque exclusivamente en los pronunciamientos civiles realizados en favor del "resto de los perjudicados", con retroacción de la causa al momento en que fue dictada la sentencia recurrida, a fin de que por el mismo tribunal se confiera nueva redacción a la misma individualizando los perjudicados que hayan de resultar indemnizados y también los importes respectivos de las donaciones que hayan de recuperar (Fundamento de Derecho Segundo, motivo 8).

3º.- CONFIRMAR en su integridad el resto de los pronunciamientos en la sentencia recurrida.

3º.- Declarar de oficio las costas de esta alzada.

Notifíquese la presente resolución al Ministerio Fiscal y a las demás partes personadas, haciéndoles saber que contra la misma cabe recurso de casación ante la Excm. Sala Segunda del Tribunal Supremo en los términos que previene el art. 847.1 a/ de la LECrim., aunque exclusivamente en aquella parte en que aquí resulta confirmada la sentencia de la Audiencia, con exclusión por tanto del pronunciamiento anulatorio, ex art. 847.2 LECrim. >>

CUARTO.- Notificada la sentencia a las partes, se preparó recurso de casación, por infracción de ley, y de precepto constitucional, y quebrantamiento de forma, por la representación procesal de Alfonso, que se tuvo por anunciado, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo, las certificaciones necesarias para su substanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.

QUINTO.- La representación del recurrente, basa su recurso en los siguientes motivos:

Motivos aducidos en nombre del recurrente Alfonso :

Primero.- Por infracción de precepto constitucional, al amparo de los artículos 852 LECrim. y 5.4 LOPJ, por vulneración del derecho fundamental a la presunción de inocencia del artículo 24.2 CE.

Segundo.- Por infracción de precepto constitucional, al amparo de los artículos 852 LECrim. y 5.4 LOPJ, por vulneración del derecho fundamental a un procedimiento con las debidas garantías (art. 24.2 CE) y vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE).

Tercero.- Por infracción de precepto constitucional, al amparo del artículo 852 LECrim. y 5.4 LOPJ, por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 24.1 CE) en relación con la falta de motivación de la sentencia.

Cuarto.- Por infracción de precepto constitucional, al amparo del artículo 852 LECrim. y 5.4 LOPJ, por vulneración del derecho fundamental a ser enjuiciado sin dilaciones indebidas (art. 24.2 CE).

Quinto.- Por quebrantamiento de forma, al amparo del artículo 850.3º LECrim., por haberse denegado la admisión de medios de prueba.

Sexto.- Por infracción de ley al amparo del artículo 849.1 LECrim., por inaplicación indebida del artículo 65.1 c) LOPJ.

Séptimo.- Por infracción de ley al amparo del artículo 849.1 LECrim., por inaplicación indebida del artículo 219.11 LOPJ

Octavo.- Por infracción de ley al amparo del artículo 849.1 LECrim., por indebida aplicación de los artículos 248.1 y 250,1, 5º del Código Penal.

Noveno.- Por infracción de ley al amparo del artículo 849.1 LECrim., por indebida aplicación del artículo 74 del Código Penal.



Décimo.- Por infracción de ley al amparo del artículo 849.1 LECrim., por aplicación indebida del artículo 127 del Código Penal

Undécimo.- Por infracción de ley al amparo del artículo 849.1 LECrim., por indebida aplicación del artículo 66.1 regla 2ª del Código Penal.

Duodécimo.- Por infracción de ley al amparo del artículo 849.1 LECrim., por inaplicación indebida del artículo 21.6ª del Código Penal.

Décimo tercero.- Por infracción de ley al amparo del artículo 849.1 LECrim., por inaplicación indebida del artículo 21.5ª del Código Penal.

Décimo cuarto.- Por infracción de ley al amparo del artículo 849.1 LECrim., por inaplicación indebida del art. 20.5 del Código Penal.

Décimo quinto.- Por infracción de ley al amparo del artículo 849.1 LECrim., por indebida aplicación de los artículos 50 hasta 53 del Código Penal.

SEXTO.- Instruido el Ministerio Fiscal del recurso interpuesto, la Sala lo admitió, quedando conclusos los autos para el señalamiento de fallo cuando por turno correspondiera.

SÉPTIMO.- Hecho el señalamiento del fallo prevenido, se celebró deliberación y votación el día 21 de junio de 2023.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

RECURSO Alfonso

PRELIMINAR.- Contra la sentencia dictada en apelación por el Tribunal Superior de Justicia de Catalunya nº 71/2019, de fecha 30-5-2019, que confirmó en relación a Alfonso la sentencia dictada el 6-11-2018 por la Audiencia Provincial de Lleida, Sección 1ª en PA 11/2018, procedente del Juzgado de Instrucción nº 1 de La Seo d'Urgell, DP 374/2016 -salvo en el extremo de anular los pronunciamientos civiles realizados en favor "del resto de los perjudicados" que le condenó como autor responsable del delito continuado de estafa de los arts. 74, 248.1 y 250.1-5, vigente con anterioridad a la reforma LO 1/2015, a las penas de cinco años de prisión y multa de 10 meses con cuota diaria de 10 €, e inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, se interpone el presente recurso de casación por 15 motivos: Los cuatro primeros por infracción de preceptos constitucionales; el quinto por quebrantamiento de forma al amparo del art. 850.3 LECrim y los restantes por infracción de ley al amparo del art. 849.1 LECrim.

Debemos por ello, efectuar unas consideraciones previas sobre la nueva concepción del recurso de casación instaurado contra las sentencias en apelación dictadas por las Salas de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia, que han conocido en apelación de las sentencias dictadas en la instancia por las Audiencias Provinciales.

Así, decíamos en SSTS 499/2019, de 23-10; 461/2020, de 17-9; 655/ 2020, de 3-12; 180/2021, de 9-2; 351/2021, de 28-4; 394/2022, de 21-4, que si la falta de desarrollo de la segunda instancia había implicado un ensanchamiento de los límites impugnatorios del recurso de casación para hacer realidad en nuestro sistema el derecho a la doble instancia, art. 14.5 Pacto Internacional Derechos Civiles y Políticos, es evidente que cuando el objeto del recurso no está ya constituido por una sentencia dictada en primera o única instancia, sino por una sentencia de segundo grado que ya ha fiscalizado la apreciación probatoria hecha en la instancia, los límites valorativos no pueden ser los mismos. En este sentido en la fijación de pautas que faciliten la necesaria redefinición cobran especial valor las sentencias dictadas por esta Sala Segunda para resolver los recursos de casación formalizados contra sentencias dictadas en apelación por las Salas de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia en el procedimiento ante el Tribunal del Jurado.

De esta jurisprudencia, SSTS 856/2014, de 26 de diciembre; 40/2015, de 12 de febrero; 497/2016, de 9 de junio; 240/2017, de 5 de abril; 450/2017, de 21 de junio; 225/2018, de 16 de mayo; 293/2018, de 18 de junio; 696/2018, de 26 de diciembre; 655/2020, de 3-12; 580/2021, de 1-7; 301/2022, de 24-3, se desprende una doble reflexión:

La primera que la casación en sus orígenes históricos no era sino un control de legalidad, referido a la interpretación y aplicación de la ley por los Tribunales, a efectuar por el Tribunal de Casación que en funciones de verdadera "policía jurídica" depuraba y eliminaba aquellas resoluciones judiciales que se apartaban de la interpretación correcta fijada, precisamente, por la Sala de Casación, que de este modo se convertía en garante y custodio del principio de seguridad jurídica, esencial en todo sistema jurídico y al que se refiere el art. 9 apartado 3 de la Constitución en términos de existencia y de efectividad "...la Constitución garantiza.... la



seguridad jurídica..." de ahí su naturaleza de recurso extraordinario. Con ello se garantizaba, igualmente el principio de igualdad ante la Ley, pues quedaba garantizada una idéntica interpretación y aplicación de la misma en todos los procesos.

Es precisamente en referencia a los juicios del Tribunal del Jurado que esa nota brilla con luz propia en la medida que la casación descansa sobre el recurso de apelación, al contrario de lo que ocurría en los delitos competencia de las Audiencias articuladas sobre la instancia única y la casación antes de la reforma operada por Ley 41/2015, de 5 de octubre, bien que esta cumplía con la exigencia de una segunda instancia tal como exige el art. 14-5º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 ratificado por España el 16 de junio de 1977 en la medida que, como afirman las SSTC 42/82, 76/86, 110/85 y 140/85, se permite a través de la Casación que el fallo condenatorio y la pena puedan ser revisados por un Tribunal Superior, y en idéntico sentido Sentencia de esta Sala 325/98 o la más reciente 90/2007, así como las referencias jurisprudenciales en ellas citadas. Más recientemente las SSTC 105/03 de 2 de junio y 116/2006 de 24 de abril, volvieron a reiterar la suficiencia del recurso de casación español desde las exigencias del art. 14-5 de PID Civiles y Políticos.

En acatamiento estricto al principio de doble instancia reconocido en el Pacto Internacional citado, y también en el Protocolo VII al Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de 22 de Noviembre de 1984, se articula en la Ley del Jurado un recurso de apelación que en palabras de la Exposición de Motivos "...aspira a colmar el derecho al doble examen o doble instancia en tanto su régimen cumple suficientemente con la exigencia de que tanto el fallo condenatorio como la pena impuesta sean sometidas a un Tribunal Superior...", y en la actualidad, como ya hemos referido, en las sentencias dictadas en primera instancia por las Audiencias Provinciales, lo que permite resituar la casación en su propia función de control de la interpretación y aplicación de la Ley -principio de legalidad y seguridad jurídica.

De lo expuesto, se deriva con claridad que la sentencia objeto del recurso de casación es, precisamente, la dictada en apelación por el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad correspondiente, y por ello, no pueden ser objeto de denuncia cuestiones ajenas a lo debatido en el recurso de apelación, o dicho de otro modo, el marco de la disidencia en el recurso de casación, queda limitado por lo que fue objeto del recurso de apelación, y por tanto, lo que quedó fuera del ámbito de la apelación, no puede ser objeto del recurso de casación, en la medida que ello supondría obviar la existencia del previo control efectuado en la apelación, por tanto el control casacional se construye, precisamente, sobre lo que fue objeto del recurso de apelación. En tal sentido STS 255/2007 ó 717/2009 de 17 de mayo y 1249/2009 de 9 de diciembre.

Como segunda reflexión, enlazada con la anterior hay que reconocer, y así se ha dicho en varias sentencias de esta Sala --SSTS 439/2000, 678/2008, 867/2004 ó 1215/2003, que en este control casacional cabe la revisión de los juicios de inferencia que haya alcanzado el Jurado, pero solo a través del análisis que de esta cuestión haya efectuado y valorado el Tribunal de apelación en el caso de que esta cuestión haya dado lugar a un motivo sustentador del previo recurso de apelación, de suerte que, en definitiva el ámbito del control casacional en esta cuestión se debe efectuar sobre la ponderación y argumentación que sobre esta cuestión haya llegado el Tribunal de apelación en respuesta a las alegaciones del apelante para coincidir o no con tales argumentaciones y con la conclusión a que se llega. Esto es, se debe insistir en que el recurso de casación lo es contra la sentencia dictada en apelación, es decir la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Justicia de fecha 20 diciembre 2018, por lo que nuestro control debe reducirse a las argumentaciones de la sentencia de apelación para rechazar la apelación que se reproduce en esta sede casacional. Estamos en consecuencia, ante un control de legalidad, es decir de la corrección de la apreciación del derecho que efectuó el tribunal de apelación, ya que esta casación descansa sobre la previa sentencia de apelación.

En esta dirección la STS 476/2017, de 26-6, recuerda que la reforma de la ley de enjuiciamiento criminal operada por la Ley 41/2015, publicada en el BOE de 6 de octubre de 2015, modificó sustancialmente el régimen impugnatorio de las sentencias de la jurisdicción penal, ya se trate de sentencias dictadas en primera instancia por los Juzgados de lo Penal, ya por las Audiencias provinciales. En ambos supuestos se generaliza la segunda instancia, respectivamente ante la Audiencia provincial o ante la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia, y se prevé un régimen de casación con un contenido distinto, según los supuestos. Estas profundas modificaciones legales satisfacen una antigua exigencia del orden penal de la jurisdicción, la doble instancia. Ahora, una vez superada la necesidad de atender la revisión de las sentencias condenatorias exigidas por los Tratados Internacionales, la casación ha de ir dirigida a satisfacer las exigencias necesarias de seguridad jurídica y del principio de igualdad de los ciudadanos ante la ley, a través de la función nomofiláctica, esto es, fijar la interpretación de la ley para asegurar la observancia de ambos principios, propiciando que la ley se aplique por igual a todos los ciudadanos y que la aplicación de la norma penal sea previsible.

La casación que surge de esta nueva concepción ha de tener un contenido distinto al hasta ahora dispensado por el Tribunal Supremo, más respetuosa con sus orígenes, ser un remedio democrático para asegurar la



sujeción de los jueces al principio de legalidad, y asegurar, al tiempo, la unidad en la interpretación del derecho, en cada supuesto concreto sometido a la jurisdicción penal y, de manera general, declarar el sentido de la norma. La ley como mandato general requiere ser interpretada no sólo para conocer su inteligencia y alcance, también en su aplicación al caso concreto sometido a la jurisdicción. Se hace preciso, para asegurar la igualdad y la seguridad jurídica, una unificación de la interpretación de la ley a desarrollar por el Tribunal Supremo, Sala II, que es el órgano jurisdiccional superior del orden penal, salvo lo dispuesto en materia de garantías constitucionales (art. 123 CE).

Además, la reforma propiciada por la Ley 41/2015 extiende, el recurso de casación a todos los procedimientos seguidos por delitos, con la única excepción de los delitos leves, con independencia de su gravedad y del órgano al que compete la revisión a través de la apelación. La ley ha instaurado una previa apelación lo que supone que la casación ya no tendrá como función necesaria la de satisfacer la revisión de las sentencias condenatorias que como derecho prevén el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Convenio Europeo de Derechos Humanos. Por otra parte, para hacer viable el nuevo sistema y equilibrar el modelo, la Exposición de Motivos de la reforma enumera las medidas previstas: a) la generalización de la casación por el número 1 del art. 849 de la ley procesal, infracción de ley por error de derecho, reservando el resto de los motivos de casación a los delitos más graves; b) se excluyen del régimen de la casación las sentencias que no sean definitivas, esto es, se excluyen las que hayan sido anuladas en la apelación, para evitar un retraso en la resolución definitiva; y c) se dispone la posibilidad de que los recursos interpuestos contra sentencias en apelación dictadas por la Audiencia provincial o la Sala de lo penal de la Audiencia Nacional puedan inadmitirse a través de una providencia "sucintamente motivada" que se acordará por unanimidad de los magistrados cuando el recurso "carezca de interés casacional".

De lo anterior resulta que la reforma operada debe suponer, de un lado, una modulación, en sentido restrictivo, del ámbito de control sobre el hecho, correlativa a una ampliación de la casación en el ámbito de la aplicación e interpretación del derecho, pues el hecho, salvo excepciones por aforamiento, ha sido objeto de conformación por el órgano de enjuiciamiento, que ha percibido con inmediatez la prueba, y ha sido revisado por el órgano encargado de la apelación, satisfaciendo las necesidades de revisión proclamadas en el ordenamiento. La revisión casacional debe atender a asegurar la correcta inteligencia de la ley para todos los ciudadanos, en cada caso concreto, al tiempo que extiende la doctrina resultante para otros supuestos en los que la norma sea de aplicación.

Como hemos dicho en la Sentencia de Pleno 210/2017, de 26 de marzo, que conoció de la primera impugnación casacional contra sentencias dictadas por la Audiencia provincial en apelación respecto a la dictada por el Juzgado de lo Penal, "estamos ante una modalidad del recurso que enlaza más con el art. 9,3 de la Constitución (seguridad jurídica) que con el art. 24.1 (tutela judicial efectiva)", porque esta casación no está reclamada por el derecho a la tutela judicial efectiva, aunque también la sirva, en la medida en que el enjuiciamiento y su revisión, ya están cumplidos con las dos instancias, y sí reclamada por la seguridad jurídica, para enmendar o refrendar la corrección de la subsunción jurídica, con el horizonte de homogeneizar la interpretación de la ley penal, buscando la generalización. "Es un recurso de los arts. 9.3 y 14 CE, más que de su art. 24".

En la fijación del contenido de la nueva modalidad de la casación disponemos de la experiencia adquirida por el conocimiento del recurso de casación contra sentencias dictadas en los procesos seguidos ante el Tribunal de Jurado respecto al que la ley reguladora prevé que el pronunciamiento del Tribunal del Jurado sea revisado a través de la apelación ante el Tribunal Superior de Justicia y, en su caso, casación ante esta Sala.

En el sentido indicado son muchas las Sentencias que refieren la nueva posición de la Sala de casación. De esa jurisprudencia extraemos los siguientes postulados: "la sentencia objeto del recurso de casación es, precisamente, la dictada en apelación por el tribunal Superior de Justicia y, por ello, no pueden ser objeto de denuncia cuestiones ajenas a lo debatido en el recurso de apelación", y debe "realizar un control de legalidad referido a la interpretación y aplicación de la ley por los tribunales encargados de la apelación" (STS 236/2017, de 5 de abril, 882/2016, de 23 de noviembre). Ahora bien, nos recuerda la STS 308/2017, de 28 de abril, tras reiterar los anteriores asertos, "que tampoco puede extremarse ese dogma tantas veces enfatizado extrayendo de él derivaciones no asumibles. En la medida en que la sentencia de apelación refrenda errores de la sentencia de instancia también el recurso de casación viene a fiscalizar ésta, aunque sea con el filtro de un pronunciamiento de apelación. No cabrá invocar motivos distintos a los previstos para la casación (arts. 849 a 852 LECrim). Pero si es viable reproducir la queja que ya fue rechazada en apelación en la medida en que su convalidación por el Tribunal Superior perpetúa el defecto".

El alcance de la impugnación casacional por error de derecho es claro, fijar el sentido de la norma. La infracción de ley por error de hecho tiene un contenido residual que se enmarca en la excepcionalidad que se contempla en el Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de 22 de julio de 2008. Los motivos que dan lugar a la nulidad del juicio o de la sentencia deben ser analizados desde la perspectiva de la argumentación vertida en la resolución de la



apelación, denegatoria de la nulidad instada, pues de acordarse la nulidad, la causa no accedería a la casación (art. 792 LECrim.). En cuanto al contenido del control cuando se alega la vulneración del derecho fundamental a la presunción de inocencia, hemos de tener en cuenta, principalmente, que ha mediado un recurso de apelación por el que ya se ha dado cumplimiento a las exigencias de revisión del fallo condenatorio contenidas en los Tratados Internacionales. En estos supuestos la función de la Sala II se concreta "en verificar si la respuesta que ha dado el Tribunal de apelación ha sido racional y ha respetado la doctrina del Tribunal Constitucional y de esta Sala Segunda sobre el alcance de la revisión, sobre la motivación y sobre la validez de las pruebas. En definitiva, se concreta en cuatro puntos: a) en primer lugar, si el Tribunal Superior de Justicia, al examinar la sentencia del Tribunal del Jurado, se ha mantenido dentro de los límites de revisión que le corresponden; b) en segundo lugar, si ha aplicado correctamente la doctrina de esta Sala y del Tribunal Constitucional sobre la necesidad de motivar la valoración de la prueba, tanto al resolver sobre la queja de falta de motivación, en su caso, como al fundamentar sus propias decisiones; c) en tercer lugar, si ha respetado la doctrina de esta Sala y del Tribunal Constitucional acerca de las garantías y reglas relativas a la obtención y práctica de las pruebas, con objeto de determinar su validez como elementos de cargo; d) en cuarto lugar, si el Tribunal de la apelación ha resuelto las alegaciones del recurrente sobre la existencia de prueba de forma racional, es decir, con sujeción a las reglas de la lógica, a las máximas de experiencia y a los conocimientos científicos" (STS 163/2017, de 14 de marzo).

En consecuencia y de conformidad con las anteriores premisas, la Sentencia contra la que se plantea el recurso de casación es la resolutoria del recurso de apelación. Frente a la misma el recurrente deberá plantear su disidencia, sin que -como principio general y, sobre todo, en relación con el ámbito fáctico- pueda consistir en la reiteración simple del contenido de la impugnación desarrollada en la apelación ni en el planteamiento de cuestiones no debatidas en la apelación, pues las mismas ya han tenido respuesta desestimatoria o son cuestiones que han sido consentidas por la parte. En particular, respecto al ámbito del control casacional cuando se invoca la lesión al derecho fundamental a la presunción de inocencia, cumplida la doble instancia, la función revisora de la casación en este ámbito se contrae al examen de la racionalidad de la resolución realizada a partir de la motivación de la sentencia de la apelación, comprensiva de la licitud, regularidad y suficiencia de la prueba. Respecto al error de Derecho, función primordial de la nueva casación, deberá actuarse conforme a la consolidada jurisprudencia de esta Sala en torno a los dos apartados del art. 885 de la ley procesal penal. Los quebrantamientos de forma, una vez que han sido planteados en la apelación y resueltos en forma negativa, pues de lo contrario la nulidad declarada no tiene acceso a la casación, la queja se contrae a la racionalidad y acierto de la resolución recurrida al resolver la cuestión planteada.

Estos elementos son el fundamento sobre los que debe operar la admisión del recurso de casación y cuya inobservancia puede conllevar la inadmisión del mismo, conforme a los artículos 884 y 885 LECRIM. Por otra parte, como dijimos en la STS 308/2017 es ajena a la función jurisdiccional una interpretación rígida de las causas de inadmisión, pero sería conveniente y deseable (a la vista de los actuales contornos de la casación derivados de la regulación de la Ley 41/2015) que la parte planteara adecuadamente las razones que sustentan la relevancia casacional de su recurso, bien en cuanto a los aspectos que sostienen su fundamento esencial o bien en relación con los aspectos novedosos que plantea su recurso (números 1 y 2 del artículo 885 LECRIM, sensu contrario). Ello permitiría a esta Sala advertir y apreciar cuáles son las razones que prima facie podrían dar lugar a un pronunciamiento que se apartara de las conclusiones obtenidas en las dos instancias previas a la casación.

PRIMERO.- Desde esta perspectiva analizaremos los distintos motivos: El motivo primero por infracción del derecho fundamental a la presunción de inocencia, art. 24.2 CE, con base en los arts. 5.4 LOPJ y 852 LECrim.

Pretende el recurrente poner de relieve referida vulneración porque la prueba ha sido valorada de forma totalmente alejada a las reglas de la sana crítica y argumenta en este sentido que la sentencia de la Audiencia considera cometido el delito de estafa en base a la prueba que desarrolla en el fundamento de derecho segundo, que le lleva a considerar la versión de los acusados -"que únicamente les movía el deseo de explicar los problemas derivados de la enfermedad de su hija, aquejada de DIRECCION000 y obtener medios económicos de los que carecían con el fin de hallar alguna solución a través de la investigación y de los tratamientos e intervenciones médicas necesarios para mitigar los efectos de tal padecimiento, además de intentar superar el riesgo de fallecimiento inminente a Gracia , tras haber sido alertados por los médicos de su corta esperanza de vida"- como, aún legítima y lógicamente exculpatoria, desmontada a través del resultado de la abundante y contundente prueba de cargo practicada en el plenario.

1.1.- El motivo reproduce la misma argumentación que sobre el particular planteó en el previo recurso de apelación, olvidando -como ya hemos señalado con anterioridad-, que la censura casacional en este tipo de recursos, donde ya se ha dado cumplimiento a la doble instancia, no puede consistir en una mera repetición de las cuestiones planteadas y alegadas en la apelación, al ser doctrina consolidada que "La sentencia contra



la que se plantea el recurso de casación es la resolutoria del recurso de apelación. Frente a la misma el recurrente deberá plantear su disidencia, sin que -como principio general y, sobre todo, en relación con el ámbito fáctico, pueda consistir en la reiteración simple del contenido de la impugnación desarrollada en la apelación ni en el planteamiento de cuestiones no debatidas en la apelación, pues las mismas ya han tenido respuesta desestimatoria o son cuestiones que han sido consentidas por la parte. En particular, respecto al ámbito del control casacional cuando se invoca la lesión al derecho fundamental a la presunción de inocencia, cumplida la doble instancia, la función revisora de la casación en este ámbito se contrae al examen de la racionalidad de la resolución realizada a partir de la motivación de la sentencia de la apelación, comprensiva de la licitud, regularidad y suficiencia de la prueba" (STS. 405/2018 de 18 septiembre, o 304/2019 de 11 junio, por todas)".

En el presente caso, la pretendida vulneración del derecho a la presunción de inocencia que el recurrente reitera en casación ya obtuvo respuesta en el fundamento de derecho SEGUNDO apartado 5 de la sentencia de apelación, donde el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, realiza un examen general y contextualizado de la racionalidad de la motivación de la sentencia de instancia, analizando el conjunto de elementos valorados por la Audiencia, y destacando a la enfermedad de la menor (DIRECCION000), sus características y alteraciones que produce, haciendo suyas, al igual que el Tribunal de instancia, las conclusiones de la pericial forense Dra. Adela , que estudió los informes de diversos hospitales para concluir que ninguno de los informes médicos examinados sugerían un riesgo inminente para la vía de la menor y que la Sanidad Pública española estaba perfectamente preparada para tratar aquella enfermedad, conclusiones que coinciden con las informaciones aportadas por los Doctores D. Pablo Jesús de la Fundació Sant HOSPITAL001 y D. Aureliano , dermatólogo pediátrico del HOSPITAL000 . La aparición ya desde finales de 2008 de los padres de Gracia en el programa "Balears en Acció" solicitando ayuda económica para conseguir entre 250.000 y 300.000 € para viajar a Brasil y realizar un tratamiento genético a la menor. La constitución el 28-2-2009 de la Asociación Gracia para la tricodistrofia y enfermedades raras de Baleares" con el acusado como presidente y la acusada como tesorera.

Las comparecencias entre los años 2010 y 2016 de los acusados, acompañados de su hija, en diferentes programas televisivos (IB3 tv y Espejo Público de Antena 3); entrevistas en diversos medios de comunicación escritos (La Vanguardia y El Mundo) en los que presentaban la enfermedad de su hija y la Asociación por ellos constituida, y la necesidad de ser sometida a costosos tratamientos e intervenciones quirúrgicas a realizar en Houston, con riesgo inminente de fallecer, facilitando el número de la cuenta de la Asociación para donativos; actividades extendidas al ámbito docente, acreditadas por diversas testificales del Director de la Escuela en la que la menor cursaba estudios, sobre una reunión celebrada con otros padres al inicio del curso escolar 2013-2014; de la tutora de Gracia sobre la advertencia de su fallecimiento inmediato y la operación prevista; otros testigos sobre la organización de sorteos, tómbolas, subastas, donativos y venta de lotería. Relación de donativos realizados por personas físicas y jurídicas en la creencia de favorecer a Gracia . Estudio de las cuentas bancarias que los acusados mantenían abiertas y en disposición de recibir los donativos, de los que se deduce que sólo entre los años 2014 y 2016, se ingresaron en concepto de donativos una cantidad total de 402.232,65 €, destinada al pago de diversos gastos no relacionados con la enfermedad de la hija.

1.2.- Asimismo en el apartado 5.2. del fundamento de derecho 2º, analiza los alegatos defensivos del recurrente que cuestiona:

A) En primer lugar, se queja la defensa de que la Audiencia haya valorado las manifestaciones de los Doctores Aureliano y Pablo Jesús como si fueran pruebas periciales, cuando su comparecencia y declaración en el juicio lo fue como testigos; y de que, sin embargo, no se haya conferido la relevancia que considera que correspondía al perito Dr. Justo , propuesto por la defensa y cuyas conclusiones estimó la parte más favorables a sus tesis defensivas.

Olvida la defensa que la prueba pericial médica sobre la que pivota la convicción judicial, después de exponer las bases de su solvencia, es la ofrecida por la Dra. Adela , cuyas conclusiones (ratificadas y ampliadas en el juicio oral pero que aparecen ya documentadas en su informe unido a los folios 1.911 a 1921 y 3.350 de la causa principal) han resultado secuencialmente trasladadas al relato de hechos probados, de tal forma que las aportaciones realizadas tanto por los Dres. Pablo Jesús , Aureliano y Justo Justo fueron asumidas por la Audiencia en la medida en que venían a coincidir con las conclusiones de la Dra. Forense. En este sentido, las manifestaciones ofrecidas en el juicio por los Dres. Pablo Jesús y Aureliano , efectivamente, estuvieron focalizadas en la exposición de los hechos que ambos llegaron a conocer en su relación médico/paciente con la menor Gracia , al acudir ésta, o informes referidos a ella, a los centros médicos en que uno y otro desempeñaban su profesión médica, el HOSPITAL001 en el caso del Dr. Pablo Jesús , y en el Clínic de Barcelona en el caso del Dr. Aureliano , resultando ser este último el especialista que confirmó el diagnóstico de la niña como enferma de DIRECCION000 . Ciertamente, la aportación de su conocimiento de los hechos responde al esquema clásico de la prueba de testigos y así fueron propuestos y escuchados en el juicio oral.



Relevante resultó el testimonio del Dr. Pablo Jesús cuando manifiesta haber tratado en una ocasión a Gracia y haberse ofrecido a los padres para derivar a su hija al HOSPITAL002 (referente nacional entre los hospitales infantiles), a lo que dice que se negaron los padres refiriendo que ya recibía tratamiento en el HOSPITAL003 y Houston. Por otro lado, las aportaciones del perito médico Dr. Justo no merecieron especial interés para el tribunal de instancia por las razones que expusieron en su sentencia, y resulta del todo plausible en el contexto de las facultades que al tribunal le asisten al valorar periciales plurales sobre un mismo objeto de estudio. No obstante, en el relevante punto alusivo a la expectativa de supervivencia en menores de edad con padecimientos de DIRECCION000, ha de admitirse que, por más que el Dr. Aureliano haya comparecido como testigo y no como perito, fue preguntado y expuso su personal intervención en un estudio de seguimiento sobre 20 niños aquejados de esta enfermedad rara, verificando que ninguno de ellos falleció antes de los diez años; y refirió también haber tomado conocimiento de otro estudio ajeno de análogas características pero realizado a escala mundial y sobre 112 pacientes con constatación de un nivel de mortalidad más elevado de lo común, estudio al que también aludió el perito Dr. Justo pero sin aportar elementos añadidos, a modo de los ofrecidos por el Dr. Aureliano sobre los riesgos de proyectar estos resultados sobre países como España, donde la tasa de mortalidad infantil es sensiblemente más baja que en los países subdesarrollados, incluidos en el estudio al que ambos doctores habían tenido acceso a través de la literatura médica sobre la enfermedad descrita. En cualquier caso, ni el Dr. Aureliano ni el Dr. Justo han venido a contradecir la conclusión médico forense incorporada al informe unido al folio 3.350 de la causa, meridiana en la afirmación de que no hay nada que haga sospechar un riesgo inminente de muerte en la menor Gracia.

Así pues, ninguna razón se ofrece para alterar las conclusiones médicas aceptadas por el tribunal de instancia respecto a las características de la enfermedad de Gracia, y tampoco en lo relativo a la absoluta ausencia de constancias sobre tratamientos o intervenciones recibidas por la niña en centros hospitalarios extranjeros, tampoco en Houston.

B) En segundo lugar, cuestiona la defensa en su recurso la fiabilidad del estudio contable efectuado por agentes de Mossos d'Esquadra sobre los movimientos de las cuentas bancarias abiertas a nombre de los acusados y la Asociación constituida a los fines defraudatorios acogidos de la tesis acusatoria, pues se dice que no se trata de expertos contables y que, por ello, debe quedar relativizada su fuerza probatoria. Sostiene de contrario la defensa del acusado que los importes de las donaciones recibidas no superan los 50.000 euros y que, en el peor de los casos para los acusados, las reclamaciones efectivas cursadas en el proceso por los perjudicados suman en conjunto 55.565,61 euros, de manera que yerra la Audiencia cuando extrae de aquel informe policial un importe total de donaciones de 422.450,44 euros, por más que de ese importe total se hayan descontado 20.217,79 euros como destinados a los fines que movieron los respectivos donativos, dejando el lucro neto obtenido por los acusados en 402.232,65 euros. Argumenta la defensa que la falta de prueba pericial contable y la dificultad de asignar cada partida abonada en las cuentas bancarias a un concepto concreto, la Audiencia no podía descartar que esos importes, en aquello que excedía de las cantidades efectivamente reclamadas por los perjudicados (55.565,61 euros) pudieren tener un origen o fuente lícita, entre ellas el comercio de vinos al que se venía dedicando el acusado en aquella época. Se queja, en fin, de que a pesar de esa ausencia de pericial contable se hubiere rechazado por la Audiencia la pericial contable ofrecida por la defensa del acusado para esclarecer estos extremos.

En efecto, la prueba en que se soporta la conclusión alcanzada por la Audiencia sobre el importe total de las cantidades percibidas por los acusados en concepto de donativos procede de la testifical propuesta y desplegada en el plenario por los agentes de MMEE con TIP nº NUM005 y NUM006, que acudieron a declarar sobre el estudio documental previo y el informe de conclusiones por ellos alcanzadas y documentadas a los folios 2.157 a 2.208, al que se incorporaron los nutridos anexos referidos en los folios 2.209 y 2.210, cuyo soporte documental en detalle se extiende a lo largo de los siguientes folios de la causa, hasta completar los Tomos VII, VIII y IX de las Diligencias Previas, hasta el folio 3.314, lo que resulta bien elocuente de la exhaustividad y rigor del estudio policial, más allá de que el mismo no pueda aspirar a la categoría combatida de pericial contable, por el mero hecho de que los agentes de policía que lo realizaron carezcan de titulación oficial que les habilite como peritos contables. A pesar de ello, como ya pone de relieve la Audiencia, lo realmente valioso del estudio y de sus observaciones, y lo que le convierte en poderoso elemento de convicción, procede del hecho de que el mismo ha sido sometido a la formal confrontación de las partes y a la intermediación del tribunal, de que se ha proyectado sobre un amplísimo campo patrimonial personal y familiar de los acusados, de las fiables bases documentales manejadas por los agentes de policía y, sobre todo, de la evidencia de que ninguno de los resultados conclusivos obtenidos del estudio han sido objetados por las defensas con aportaciones documentales o de otro género que desmientan efectivamente cada una de las consideraciones realizadas por los agentes de policía, y significativamente sobre el importe resultante con fuente en las donaciones de terceros (412.950,44), que la Audiencia incrementa con otros 10.000 euros justificados como donados por la entidad Grupo Inversor para el Desarrollo, S.L. en período anterior (2012) no abarcado por el

estudio policial. Tampoco se ha contradicho la conclusión de ese estudio según la cual únicamente 2.707 euros constan abonados en concepto de tratamiento médicos imputables a la enfermedad de Gracia, con la CLINICA000 como perceptora. Importe éste al que la Audiencia a su vez acumula, para descontar de las donaciones, las cantidades abonadas como gastos educativos (5.164,95 euros) y por aportaciones a otras fundaciones (10.400 euros).

Ninguna consideración añadida nos será dado realizar al respecto de los pretendidos ingresos lícitos que se dicen obtenidos en torno al negocio de vinos abierto por el acusado en las fechas de los hechos, dado que ningún reflejo contable ofrece de esos ingresos, ni disponía de licencia de actividad ni tampoco disponemos de información fiscal que constate que el comercio al que dice dedicarse podía generar recursos económicos de relevancia superior a la reconocida en la sentencia recurrida. La testifical que se ofreció al juicio sobre el particular no logra acreditar precisamente ningún movimiento económico efectivo relacionado con el negocio esgrimido, ni de entrada ni de salida de fondos.

Análisis de la prueba de descargo que no ha sido contradicho en esta sede casacional al limitarse a reproducir las alegaciones expuestas en la previa apelación.

SEGUNDO.- El motivo segundo con base en los arts. 5.4 LOPJ y 852 LECrim por vulneración del derecho fundamental a un procedimiento con las debidas garantías (art. 24.2 CE), vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE).

Denuncia el recurrente la falta de imparcialidad del Tribunal de instancia indicando que lleva dos años dictando autos que acuerdan mantener la prisión provisional del del mismo.

Se propuso la recusación en agosto de 2018 pero mediante auto de la Sala ad quem se denegó la admisión de la tramitación con el argumento que se presentó fuera de plazo.

Además, durante el acto del juicio oral el Tribunal "a quo" dio muestras de pérdida de imparcialidad, con intervenciones que denotaban una toma de posición en favor de las acusaciones con uso excesivo de la previsión del art. 708 LECrim.

Añade que el mismo Tribunal sentenciador obvió la aplicación del art. 65.1 c) LOPJ que permitía plantear y resolver una declinatoria de jurisdicción que no fue tramitada, lo que pone de manifiesto que el Tribunal pretendió conocer a toda costa del presente procedimiento.

El motivo, se adelanta, deberá ser desestimado.

2.1.- En efecto, en cuanto al intento de recusación del Tribunal de instancia al haber conocido en apelación diversas resoluciones del instructor (autos de 27-1-2017, 14-8-2017 y 22-1-2018) y otros cinco autos que los mismos Magistrados habrían dictado teniendo ya la causa ante sí para conocimiento en juicio plenario (autos 14-5, 27-7, 29-8 y 8-10-2018), que fue rechazado por auto del Magistrado designado para la instrucción del expediente invocado por la Sala de lo Civil y Penal del TSJ de 21-9-2018 al inadmitir a trámite dicha recusación por extemporaneidad, debemos destacar como esta Sala 2ª en autos de 1-7-2020, 23-7-2020 y 7-9-2020 y STS 477/2020, de 28-9, decíamos como de la regulación legal se deduce que la posibilidad de inadmisión liminar está ahora contemplada expresamente en la LOPJ en dos momentos: i) el primero se refiere a la que puede acordar el mismo recusado o el tribunal del que forma parte cuando se basa en la extemporaneidad, según el artículo 223.1 LOPJ; ii) el segundo se concreta en la que corresponde acordar al instructor, por los motivos contemplados en el artículo 225.2 LOPJ.

A estas posibilidades de inadmisión se une una tercera, que es la que resulta de aplicar el artículo 11.2 LOPJ, esto es, cuando las peticiones, incidentes y excepciones se formulen con manifiesto abuso del derecho o entrañen fraude de ley o procesal.

Interpretando esta regulación, la STC 136/1999, de 20 de julio, afirma:

"Desde la STC 47/1982 hemos venido diciendo que el rechazo preliminar de la recusación puede tener lugar "por incumplimiento de los requisitos formales (...), por no aducirse causa en que legítimamente pueda fundarse la recusación y por no establecerse los hechos que le sirvan de fundamento; no puede, en cambio, llevarse a cabo dicha inadmisión en el momento preliminar, cuando la tarea es ya interpretativa respecto del encaje o de la falta de encaje de los hechos y de la pretensión sobre ella formulada en las normas, porque ello exige la sustanciación del incidente" (fundamento jurídico 3º). Y, por lo que concierne a la invocación de una causa en la que "legítimamente" quepa fundar la recusación -en cuyo caso no cabría el rechazo de plano del incidente recusatorio-, hemos precisado que "dicha causa no ha de resultar descartable, prima facie" (SSTC 64/1997 y 6/1998), sin perjuicio de que su concreta virtualidad no pueda ser juzgada en esta sede constitucional (SSTC 230/1992, 282/1993, 234/1994 y 64/1997). En consecuencia, la inadmisión liminar de la recusación puede sustentarse tanto en la falta de designación de una causa legal de abstención como en



su invocación arbitraria, esto es, manifiestamente infundada (SSTC 234/1994, 64/1997), ya que este último comportamiento también constituye una evidente infracción del deber de actuar con probidad en el proceso (art. 11.2 L.O.P.J.), sin formular incidentes dilatorios, que resulta de la genérica obligación de colaborar en la recta administración de justicia (art. 118 C.E.) (por todas, STC 234/1994)".

En sentido complementario, la STC 229/2003, de 18 de diciembre, tras afirmar que el derecho a recusar integra el contenido del derecho a un proceso público con todas las garantías reconocido en el art. 24.2 CE, afirma que:

"Ello no impide, desde luego, que los órganos judiciales puedan inadmitir la recusación sin entrar en el fondo de la misma, si bien nuestra jurisprudencia siempre ha sostenido que el rechazo preliminar de la recusación ha de tener carácter excepcional, pudiendo sustentarse en el incumplimiento de los requisitos formales que afecten a la esencia del procedimiento (entre los que ha de incluirse el cumplimiento de los plazos legalmente previstos), en la inexistencia de causa en que legítimamente pueda fundarse (bien porque no se designe, bien porque su invocación sea arbitraria o manifiestamente infundada, de modo que sea prima facie descartable), o en que no se establezcan los hechos que le sirven de fundamento (SSTC 47/1982, de 12 de julio, FJ 3; 234/1994, de 20 de julio, FJ 2; 64/1997, de 7 de abril, FJ 4; 136/1999, de 20 de julio, FJ 5; 155/2002, de 22 de julio, FJ 2).

Por otra parte es doctrina reiterada de este Tribunal que el derecho a la tutela judicial efectiva no resulta lesionado por el mero hecho de que los órganos judiciales dicten resoluciones que impidan el examen del fondo apreciando razonablemente la concurrencia de un motivo legalmente previsto (entre otras muchas, SSTC 19/1981, de 8 de junio, FJ 2; 69/1984, de 11 de junio, FJ 2; y entre las más recientes, 108/2000, de 5 de mayo, FJ 3; 252/2000, de 30 de octubre, FJ 2; 10/2001, de 29 de enero, FJ 4; 106/2002, de 6 de mayo, FJ 4)".

2.2.- En el caso actual, esta cuestión fue planteada en apelación y desestimada por el TSJ (fundamento de derecho 2º.1.1.) razonando que conociendo la parte, como conocía, la composición del Tribunal designado para el enjuiciamiento desde el 26-3-2018, en que le fue notificado el auto de admisión de pruebas y señalamiento para el inicio de las sesiones del juicio oral, nada excepcionó u opuso a esa configuración del tribunal ni planteó recusación de sus miembros hasta fechas posterior a una primera suspensión del juicio (prevista para el mes de junio), motivada precisamente por renuncia del Letrado designado para la defensa de este mismo acusado, y cuando estaba próxima la segunda fecha prevista para el inicio de las sesiones del juicio oral.

Resolviendo a continuación si sería posible plantear ahora en el recurso de apelación la cuestión relativa a la imparcialidad del tribunal, cuando pudo ser planteada en tiempo y forma y no lo fue (SSTC 27/2019, de 24 de enero y de 29 de noviembre de 2005). En esa misma jurisprudencia citada la respuesta es negativa por cuanto el derecho de la parte a plantear la recusación de todos o parte de los miembros de un tribunal que considere afectados por tacha de parcialidad es un derecho de configuración legal y, por tanto, debe someterse a las exigencias formales establecidas legalmente para el ejercicio de tal derecho, que exige que resulte planteada tan pronto como sean conocidas las causas en que se apoye la pretendida recusación, estando previsto también legalmente el efecto de una recusación extemporánea o tardía, que no es otro que su rechazo liminar (art. 223.1 LOPJ). Por lo tanto, "incluso ante un planteamiento realizado en trámite del recurso, la resolución deberá ser la inadmisión del motivo, al tratarse de un planteamiento tardío" (STS 27/2019, de 24 de enero -FJ3-). Idéntico efecto se extrae de la STC 229/2003, de 18 de diciembre -FJ10- para un supuesto de extemporaneidad en el planteamiento de la recusación.

Razonamiento del TSJ que valida el ofrecido por el auto del instructor del expediente de recusación de 21-9-2018, y que debe ser ratificado en esta sede casacional.

2.3.- En cuanto a la alegada pérdida de imparcialidad seguida en el desarrollo del juicio oral por la actuación del Presidente del Tribunal de enjuiciamiento, es necesario recordar previamente que, como esta Sala ya señaló en STS 1590/2003 (caso Intelhorce) y 259/2015, de 30-4, el derecho a un juez o tribunal imparcial, reconocido en el art. 10 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 10-12-1948; en el art. 6.1 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de 4-11-50; y en el art. 14.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 19-12-1966.

Este derecho a un juicio imparcial, y como presupuesto del mismo a un Juez o Tribunal imparcial, incluido en el derecho fundamental a un proceso con todas las garantías, tiene su fundamento en el hecho de que la imparcialidad constituye el núcleo de la función de juzgar, pues sin ella no puede existir el "proceso debido" o "juicio justo", (S.S.T.S. de 31 de enero y 10 de julio de 1995, y 21 de diciembre de 1999, entre otras muchas).

La Sentencia 145/88 del Tribunal Constitucional inicia la doctrina que relaciona el derecho a la imparcialidad del juzgador y el derecho fundamental a un proceso con todas las garantías, al señalar que entre las garantías que deben incluirse en el derecho constitucional a un juicio público... con todas las garantías (art. 24.2 C.E),



se encuentra, aunque no se cite de manera expresa, el derecho a un Juez imparcial, "que constituye sin duda una garantía fundamental de la Administración de Justicia en un Estado de Derecho".

Asimismo el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha destacado la imparcialidad del Juzgador como una de las garantías fundamentales de un proceso justo, en Sentencias como la del Caso Delcourt (17 de enero de 1970), Piersack (1 de octubre de 1982), De Cubber (26 de octubre de 1984), Hauschildt (16 de julio de 1987), Holm (25 de noviembre de 1993), Sainte-Marie (16 de diciembre de 1992), Saraiva de Carvalho (22 de abril de 1994), Castillo-Algar (28 de octubre de 1998), Garrido Guerrero (2 de marzo del 2000), Daktaras (10 de octubre de 2000), Rojas Morales (16 de noviembre de 2000), Werner (15 de noviembre de 2001) y Perote Pellón (25 de julio de 2002), etc. entre otras muchas.

El derecho constitucional a un proceso con todas las garantías exige que estén suficientemente garantizadas por el Ordenamiento Jurídico, tanto la imparcialidad real de los Jueces como la confianza de los ciudadanos en dicha imparcialidad, por ser ésta una convicción absolutamente necesaria en una sociedad que descansa, por su propia naturaleza, en el libre y racional consentimiento que otorgan los ciudadanos a los poderes públicos (S.T.S. de 16 de octubre de 1998 y 21 de diciembre de 1999, entre otras).

Esta garantía de imparcialidad se concibe en favor de las partes procesales, pero también, y sobre todo, en interés público, por lo que han de tomarse en cuenta todos aquellos supuestos en que concurra una "sospecha razonable de parcialidad". Para alcanzar la doble garantía de imparcialidad (imparcialidad real del Juez - subjetiva y objetiva- e imparcialidad aparente, o inexistencia de motivos que puedan generar desconfianza en el justiciable), se establecen en nuestro ordenamiento un elenco de causas legales de abstención o recusación (arts. 219 L.O.P.J. y 54 Lecrim.).

Estas causas legales incluyen situaciones de diversa índole que tienen en común la capacidad para generar, conforme a las reglas de la experiencia, influencia sobre el sentido de una decisión en el ánimo de un hombre normal. Por ello puede colegirse que también incidirán en el ánimo de un Juez, generando una relevante dificultad para resolver con serenidad, objetividad, ponderación y total desapasionamiento así como desinterés por cualquiera de las partes, la cuestión litigiosa que se le somete.

Como ha señalado esta Sala reiteradamente, por razones de seguridad jurídica y para evitar tanto precipitadas abstenciones como abusivas o infundadas recusaciones, el ordenamiento jurídico no ha encomendado al criterio particular del Juez la apreciación de los motivos por los que debe abstenerse de resolver un determinado litigio, ni ha dejado al libre arbitrio de los interesados la facultad de recusar al Juez por cualquier causa, sino que se han precisado legalmente las circunstancias que sirven taxativamente de causas comunes de abstención y recusación, relacionándolas en el art. 219 de la L.O.P.J ., precepto que actualizó en 1985 las causas anteriormente prevenidas en el art. 54 de la Lecrim., y que ha sido reactualizado mediante sucesivas modificaciones posteriores (Ley Orgánica 7/1988, de 28 de diciembre, Ley Orgánica 5/1997, de 4 de diciembre, y Ley Orgánica 20/2003, de 23 de diciembre).

Las causas legales se fundamentan en parámetros objetivos que determinan al Legislador a considerar que en estos supuestos concurre razonablemente una apariencia de parcialidad. Lo relevante es que objetivamente concurra una causa legal de pérdida de imparcialidad, aun cuando subjetivamente el Juez estuviese plenamente capacitado para decidir imparcialmente. Dado que esta condición subjetiva no puede conocerse con certeza, el Legislador la "objetiva", estimando que la concurrencia de la causa legal debe provocar, como consecuencia necesaria, la abstención, o en su defecto, recusación del Juzgador (STS 21 de diciembre de 1999, núm. 1493/1999).

"Como se señala en el reciente Auto de la Sala del 61 de este Tribunal, de 25 de febrero de 2015, la doctrina de Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre el derecho a un juez imparcial puede resumirse, por ejemplo, en la STDEH de 6 de enero de 2010, caso Vera Fernández Huidobro contra España.

Recuerda el TEDH que la imparcialidad se define normalmente por la ausencia de prejuicios o de toma de posición. Su existencia puede apreciarse de diversas formas.

El Tribunal diferencia entre una fase subjetiva, en la que se trata de determinar lo que el Juez pensaba en su fuero interno o cuál era su interés en un asunto concreto, y una fase objetiva que nos llevaría a indagar sobre si ofrecía suficientes garantías para excluir a este respecto cualquier duda legítima (Piersack c. Bélgica, 31 octubre de 1982, § 30, serie A núm. 53, y Grieves c. Reino Unido [GS], núm. 57.067/00, § 69, 16 de diciembre de 2003). En este campo, hasta las apariencias pueden revestir importancia (Castillo Algar c. España, 28 de octubre de 1998, § 45, Repertorio 1998-VIII, y Morel c. Francia, núm. 3.4130/96, § 42, TEDH 2000-VI).

Para pronunciarse sobre la existencia, en un determinado asunto, de un motivo suficiente para temer que un órgano particular adolezca de un defecto de imparcialidad, la óptica del que pone en duda la imparcialidad entra en juego pero no juega un papel decisivo. El elemento determinante consiste en saber si las aprensiones



del interesado pueden considerarse justificadas (Ferrantelli y Santangelo c. Italia, § 58, 7 de agosto de 1996, Recopilación 1996-III, y Wettstein c. Suiza, núm. 33.958/96, § 44, TEDH 2000-XII).

En el marco del aspecto subjetivo, el Tribunal siempre ha considerado que la imparcialidad personal de un magistrado se presume salvo prueba en contrario (Hauschildt c. Dinamarca, 24 de mayo de 1989, § 47, serie A núm. 154). En cuanto al tipo de prueba requerida, trató por ejemplo de verificar la fundamentación de las alegaciones según las cuales un juez había manifestado una cierta hostilidad o animadversión cualquiera hacia el acusado o, movido por motivos de ámbito personal, se había arreglado para obtener el conocimiento de un asunto (De Cubber, sentencia antes citada, §25).

Hace tiempo que la jurisprudencia del Tribunal ha sentado el principio según el cual a un Tribunal se le presume exento de perjuicios o de parcialidad (vid, por ejemplo, Le Compte, Van Leuven y De Meyere c. Bélgica, 23 de junio de 1981, § 58, serie A núm. 43). El Tribunal reconoce la dificultad de establecer la existencia de una violación del artículo 6 por parcialidad subjetiva. Es el motivo por el cual, en la mayoría de los asuntos en los que se plantean cuestiones de parcialidad, ha acudido al aspecto objetivo.

La frontera entre las dos nociones no es sin embargo hermética ya que no solamente la conducta misma de un juez puede, desde el punto de vista de un observador exterior, acarrear dudas objetivamente justificadas en cuanto a su imparcialidad (aspecto objetivo) sino que también puede afectar a la cuestión de su convicción personal (aspecto subjetivo) (Kyprianou c. Chypre [GC], no73797/01, § 119, TEDH 2005-XIII).

Un análisis de la jurisprudencia del Tribunal permite distinguir dos tipos de situaciones susceptibles de relevar un defecto de imparcialidad en el juez. La primera, de orden funcional, acoge los casos en los que la conducta personal del juez no se cuestiona en absoluto pero donde, por ejemplo, el ejercicio por la misma persona de diferentes funciones en el marco de un proceso judicial (Piersack, sentencia antes citada) o los vínculos jerárquicos u otros con otra parte del proceso (vid los asuntos de Tribunales marciales, por ejemplo, Miller y otros c. Reino Unido, núm. 45.825/99, 45.826/99 y 45.827/99, 26 de octubre de 2004) plantean dudas objetivamente justificadas sobre la imparcialidad del Tribunal, el cual no responde por lo tanto a las normas del Convenio de acuerdo a la fase objetiva.

El segundo tipo de situaciones es de orden personal y se refiere a la conducta de los jueces en un asunto determinado. Desde un punto de vista objetivo, similar conducta puede ser suficiente para fundamentar temores legítimos y objetivamente justificados, como en el asunto Buscemi c. Italia (núm. 29.569/95, § 67, TEDH 1999-VI), pero también puede plantear problemas en el marco del aspecto subjetivo (vid, por ejemplo, el asunto Lavents c. Letonia (núm. 58.442/00, 28 de noviembre de 2002), esto es revelar perjuicios personales por parte de los jueces.

A este respecto la respuesta al asunto de determinar si hay que acudir a la fase objetiva, a la fase subjetiva o a las dos depende de las circunstancias de la conducta litigiosa.

Ver también, en sentido similar, STEDH de 15 de octubre de 2009, caso Micallef contra Malta.

El Tribunal Constitucional también considera que el derecho a la imparcialidad judicial (art. 24.2 CE), constituye una garantía fundamental de la Administración de Justicia en un Estado de Derecho que condiciona su existencia misma.

Sin juez imparcial no hay, propiamente, proceso jurisdiccional, siendo la recusación el instrumento legal establecido para preservarlo, constituyendo en sí mismo un derecho fundamental integrado en el más amplio derecho a un proceso público con todas las garantías (art. 24.2 CE). Por eso, la privación de la posibilidad de ejercer la recusación implica la restricción de una garantía esencial (STC 178/2014, de 3 de noviembre de 2014, entre las más recientes).

En la STC 133/2014, de 22 de julio, se señala que "la imparcialidad judicial, además de reconocida explícitamente en el art. 6.1 del Convenio Europeo para la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales (CEDH), está implícita en el derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE), con una especial trascendencia en el ámbito penal.

El reconocimiento de este derecho exige, por estar en juego la confianza que los Tribunales deben inspirar en una sociedad democrática, que se garantice al acusado que no concurre ninguna duda razonable sobre la existencia de prejuicios o prevenciones en el órgano judicial.

A esos efectos, se viene distinguiendo entre una imparcialidad subjetiva, que garantiza que el Juez no ha mantenido relaciones indebidas con las partes, en la que se integran todas las dudas que deriven de las relaciones del Juez con aquellas, y una imparcialidad objetiva, es decir, referida al objeto del proceso, por la que se asegura que el Juez se acerca al thema decidendi sin haber tomado postura en relación con él (así, SSTC 47/2011, de 12 de abril, FJ 9; 60/2008, de 26 de mayo, FJ 3; o 26/2007, de 12 de febrero, FJ 4)..."



A esta distinción ha atendido también este Tribunal al afirmar, en relación con la vertiente subjetiva, que en la medida en que esta garantía constitucional se encuentra dirigida a asegurar que la pretensión sea decidida por un tercero ajeno a las partes y a los intereses en litigio y que se someta exclusivamente al Ordenamiento jurídico como criterio de juicio; "esta sujeción estricta a la Ley supone que la libertad de criterio en que estriba la independencia judicial no sea orientada a priori por simpatías o antipatías personales o ideológicas, por convicciones e incluso por prejuicios o, lo que es lo mismo, por motivos ajenos a la aplicación del Derecho. En definitiva, la obligación de ser ajeno al litigio 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" (STC 60/2008, de 26 de mayo, FJ 3).

Por su parte, desde la perspectiva de la imparcialidad objetiva, este Tribunal expone que este derecho se dirige a garantizar que los Jueces y Magistrados que intervengan en la resolución de una causa se acerquen a la misma sin prevenciones ni prejuicios en su ánimo derivados de una relación o contacto previos con el objeto del proceso (STC 36/2008, de 25 de febrero, FJ 2), incidiendo en que "[l]a determinación de cuáles son las circunstancias concretas que posibilitan en cada caso considerar como objetivamente justificadas las dudas sobre la imparcialidad judicial no está vinculada tanto con una relación nominal de actuaciones o decisiones previas que queden vedadas al juzgador cuanto, especialmente, con la comprobación, en cada supuesto en particular, de si la intervención previa en la que el interesado hace residenciar sus dudas ha sido realizada por el órgano judicial teniendo que adoptar una decisión valorando cuestiones sustancialmente idénticas o muy cercanas a aquellas que deben ser objeto de pronunciamiento o resolución en el enjuiciamiento sobre el fondo" (STC 26/2007, de 12 de febrero, FJ 4). A esos efectos se ha afirmado que son causas significativas de tal posible inclinación previa objetiva no solo la realización de actos de instrucción, la adopción de decisiones previas que comporten un juicio anticipado de culpabilidad o la intervención previa en una instancia anterior del mismo proceso sino "más en general, el pronunciamiento sobre hechos debatidos en un pleito anterior" (así, SSTC 143/2006, de 8 de mayo, FJ 3; o 45/2006, de 13 de febrero, FJ 4).

"Por lo demás, tal doctrina ha sido aplicada con reiteración por este Tribunal, (entre otras SSTC 162/1999, de 27 de septiembre, FJ 5; 140/2004, de 13 de septiembre, FJ 4; 26/2007, de 12 de febrero, FJ 4; 60/2008, de 26 de mayo, FJ 3; 47/2011, de 12 de abril, FJ 9; y 149/2013, de 9 de septiembre, FJ 3). En ellas hemos estimado que habrá de analizarse cada caso a la luz de sus concretas características y bajo los presupuestos de que en principio la imparcialidad del Juez ha de presumirse y los datos que pueda objetivamente poner en cuestión su idoneidad han de ser probados, por una parte, y de que, por razones obvias de estricta y peculiar vinculación del Juez a la ley, tal imparcialidad es especialmente exigible en el ámbito penal (SSTC 240/2005, de 10 de octubre, FJ 3; 143/2006, de 8 de mayo, FJ 3; y 156/2007, de 2 de julio, FJ 6). El punto de partida es, por tanto, la regla de imparcialidad del juez conforme a criterios de normalidad, al formar parte de los elementos configuradores de la función jurisdiccional. La ausencia de imparcialidad, en cuanto excepción, ha de probarse en cada caso, pues además de afectar a la composición del órgano judicial y al derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley, como se ha adelantado, en la medida en que aparte al juzgador del conocimiento de un asunto que le viene asignado en virtud de las normas predeterminantes de la jurisdicción, la competencia, el reparto de asuntos, la formación de Salas y la asignación de ponencias, cuya aplicación con criterios objetivos concreta el Juez del caso, tampoco puede presumirse en la medida en que tanto la infracción a sabiendas del deber de abstención (art. 417.8 de la Ley Orgánica del Poder Judicial: LOPJ), como la abstención injustificada (art. 418.15 LOPJ), constituyen graves ilícitos de naturaleza disciplinaria en los que el Juez podría incurrir de incumplir el deber profesional fundamental de actuar con imparcialidad.

No obstante, se ha puntualizado que no basta con que las dudas o sospechas sobre la imparcialidad del Juez surjan en la mente de quien recusa, sino que es preciso determinar, caso a caso, si las mismas alcanzan una consistencia tal que permita afirmar que se hallan objetiva y legítimamente justificadas (así, SSTC 162/1999, de 27 de septiembre, FJ 5; 140/2004, de 13 de septiembre, FJ 4; 26/2007, de 12 de febrero, FJ 4; 60/2008, de 26 de mayo, FJ 3; y 47/2011, de 12 de abril, FJ 9)".

Bien entendido que cuanto se acaba de decir no es un ejercicio de vacuo formalismo. Es jurisprudencia del TC clara y constante que las causas legales de abstención y recusación de jueces y magistrados enumeradas en el art. 219 LOPJ no solo constituyen una lista tasada, sino que son de interpretación estricta. Véanse en este sentido, entre otras, las sentencias del TC 145/96; 162/99; 62/2001.

La razón es que de lo contrario la conformación del órgano jurisdiccional quedaría a la libre disposición de los litigantes que tendrían un resquicio para buscar juzgadores a su medida, por no mencionar que ello podría representar una excusa para jueces o magistrados deseosos de apartarse de asuntos incómodos y todo ello determinaría, como es obvio, una quiebra del principio de predeterminación legal del juez o tribunal (arts. 24 y 117 CE) que se encuentra en el núcleo mismo del Estado de Derecho.



Expuesto lo anterior, se sostiene en el motivo que durante el desarrollo del juicio oral en las sesiones del 2 y 4-10-2018, el Presidente del Tribunal no mantuvo una posición imparcial sino que mantuvo una actitud activa en pro del éxito de la tesis acusatoria, llamando la atención a la defensa e interrumpiendo sus interrogatorios a los testigos y formulando preguntas al perito de la defensa durante más de cuatro minutos para desvirtuar su informe.

En este punto, como ya dijimos en SSTS 31/2011, de 2-2; 79/2014, de 18-2; 766/2014, de 12-11, la Ley de Enjuiciamiento Criminal en una interpretación ajustada a los principios constitucionales, contempla una relativa pasividad del Tribunal encargado del enjuiciamiento. Ello no impide la dirección del plenario, ni que solicite al acusado o a algún testigo alguna aclaración sobre el contenido de sus declaraciones, como se desprende de lo dispuesto en el artículo 708 de la LECrim, que aunque solo se refiere al testigo, se ha extendido en la práctica común a los acusados y peritos, pues el fundamento de la facultad es el mismo (SSTS 130/2019, de 12-3; 274/2018, de 7-6). No obstante, la jurisprudencia ha entendido que el Tribunal, para preservar su posición imparcial, debe hacer un uso moderado de esta facultad (STS nº 538/2008, de 1 de setiembre; STS nº 1333/2009, de 1 de diciembre) que precisa que la jurisprudencia no entiende que el art. 708 LECrim, quebrante en sí la imparcialidad del juzgador, sino que para salvaguardar ese deber fundamental exige el uso moderado del art. 708, de modo que no exceda del debate procesa tal y como ha sido planteado por las partes, y que la utilización de la facultad judicial se limita a la función de aclarar el contenido del interrogatorio provocado por los letrados, lo cual excluye la formulación de preguntas de contenido inculpativo que pudieran complementar la actuación de la acusación. El Tribunal Constitucional, en la STC nº 229/2003 y en la STC 334/2005, entendió que el límite a esta actuación del Presidente del Tribunal venía establecido por la exigencia de que la formulación de preguntas no fuera una manifestación de una actividad inquisitiva encubierta, sustituyendo a la acusación, o una toma de partido a favor de las tesis de ésta.

Igualmente en STS 674/2013, de 13-7, hemos recordado que la facultad del Presidente del Tribunal de formular preguntas a los testigos que comparecen en el acto del juicio oral -decíamos en nuestra STS 209/2008, 28 de abril- está expresamente aceptada por el art. 708 párrafo 2 de la LECrim. En él se dispone que "el Presidente, por sí o a excitación de cualquiera de los miembros del Tribunal, podrá dirigir a los testigos las preguntas que estime conducentes para depurar los hechos sobre los que declaren". Este precepto, limitado en su literalidad a las preguntas formuladas a los testigos -no a los peritos- encierra, sin embargo, las claves para resolver las quejas acerca de la quiebra de la imparcialidad que el recurrente atribuye a quien dirigía los debates. Los arts. 723 a 725 de la LECrim, en los que se define el régimen jurídico de la prueba pericial en el acto del juicio oral, no contienen una mención expresa a las facultades que el art. 708 reconoce al Presidente. Incluso, el inciso final del art. 724 parece sugerir la limitación del interrogatorio, con carácter exclusivo, a las preguntas y repreguntas que las partes les dirijan. No rige el mismo criterio cuando la ley procesal se ocupa de regular el informe pericial, no como prueba, sino como diligencia de investigación a practicar durante la fase de instrucción. En él se establece que "el Juez podrá, por su propia iniciativa o por reclamación de las partes presentes o de sus defensores, hacer a los peritos, cuando produzcan sus conclusiones, las preguntas que estime pertinentes y pedirles las aclaraciones necesarias".

Es más que probable que la necesidad de modular el significado del principio acusatorio en las distintas fases del procedimiento penal, explique esa diversidad de tratamiento. Sea como fuere, carecería de sentido incluir entre las notas definitorias de nuestro sistema el silencio del órgano decisorio, su resignada abstención, en el momento en el que el experto llamado a esclarecer sus dudas sobre una determinada ciencia está exponiendo su informe. Se impone, pues, la búsqueda de un equilibrio entre la actitud del Juez que con su actuación busca suplir las deficiencias de la acusación -lo que implicaría una visible quiebra de su estatuto de imparcialidad- y la de aquel que sólo persigue aclarar algunos de los aspectos sobre los que ha versado la prueba pericial y que las preguntas de las partes no han logrado esclarecer suficientemente. Así, mientras que la primera de las actitudes descritas implicaría una inaceptable vulneración del principio acusatorio, en lo que tiene de inderogable escisión funcional entre las tareas de acusación y las labores decisorias, la segunda de ellas no tendría por qué merecer censura constitucional alguna.

La jurisprudencia de esta Sala ha tenido ocasión de pronunciarse respecto del alcance de la facultad que, con carácter general, el art. 708.º otorga a la Presidencia del Tribunal. De hecho, no han faltado resoluciones que estiman vulnerado aquel principio por la actitud del Presidente del Tribunal que, al constatar que el acusado se acogía a su derecho a guardar silencio, formuló "...toda una batería de preguntas inequívocamente inculpativas que el acusado respondió afirmativamente" (STS 291/2005, 2 de marzo). Idéntico criterio ha sido proclamado por esta Sala cuando el Presidente interrogó al acusado durante diez minutos formulándole más de sesenta preguntas, siendo irrelevante que en el transcurso de ese interrogatorio advirtiera al acusado que, pese a sus preguntas, aquél tenía derecho a guardar silencio (STS 780/2006, 3 de julio). También hemos abordado la erosión que, acerca de la exigida imparcialidad del órgano decisorio, pudo haber generado un único comentario hecho por la Presidenta del Tribunal, a raíz de la respuesta del acusado cuando fue interrogado



acerca de si condenaba o no el terrorismo de ETA. Ante la negativa del imputado a responder a esa pregunta, quien dirigía los debates afirmó: "Ya sabía yo que no me iba a contestar a esta pregunta" a lo que el acusado respondió "Y yo que iba a hacerla" (cfr. STS 31/2011, 2 de febrero).

No faltan otros precedentes que han puesto el acento en el significado procesal de esa iniciativa, perfectamente compatible con el exigido estatuto de imparcialidad del órgano decisorio. Así, la STS1084/2006, 24 de octubre, tuvo oportunidad de precisar que "la doctrina reconoce que una cierta iniciativa probatoria del Juez penal no es incompatible con el principio acusatorio y con el derecho al Juez imparcial; y, a este respecto, se pone de manifiesto que, en el ámbito de nuestro entorno europeo, los ordenamientos jurídicos de los Estados que han suscrito los mismos tratados internacionales que España (Alemania, Italia, Francia, Portugal) admiten con distintos matices y amplitud la iniciativa del Juez penal en materia probatoria (244, II del CP Alemán, art. 507 del Código Procesal italiano, art. 340.1º del Código Procesal portugués, art. 310 del Código Procesal francés).

En el plano jurisprudencial, es indudable que esta Sala no ha marcado una línea totalmente definida sobre esta cuestión. En todo caso, se admite mayoritariamente la denominada "prueba sobre prueba", que es aquella "que no tiene la finalidad de probar hechos favorables o desfavorables sino de verificar su existencia en el proceso" (cfr. STS de 16 de junio de 2004), e incluso, en la STS de 31 de mayo de 1999, al analizar la posibilidad de que el Tribunal formule preguntas a los testigos para clarificar los hechos sobre los que declaran, se afirma que tal iniciativa constituye "una facultad que, utilizada moderadamente, no afecta a la imparcialidad del presidente, ni en los juicios ordinarios ni en los juicios con jurado, y puede permitir aclarar algún aspecto del testimonio que haya resultado confuso". En esta misma línea, la STS de 28 de septiembre de 1994 declaró que "ha de recordarse que, conforme autoriza el art. 708, párrafo segundo, de la LECrim, el Presidente, por sí o a excitación de cualquiera de los miembros del Tribunal, podrá dirigir a los testigos las preguntas que estime conducentes para depurar los hechos sobre los que declaren. Es decir, no tratándose de incorporar nuevos presupuestos fácticos, sino de abundar en el esclarecimiento y precisión de los hechos nucleares objeto del debate, el Presidente, en afán de depurar los mismos, podrá efectuar preguntas, complementarias en cierto modo de las formuladas por las partes, al objeto de una mejor y más real configuración del acaecer histórico, sin que ello pueda interpretarse como una vulneración de la imparcialidad que ha de presidir al Tribunal ni atentado alguno al principio acusatorio que gobierna el proceso penal. El derecho a un proceso con todas las garantías permanece incólume. La fidelidad al principio acusatorio no puede exasperarse de tal modo que reduzca al Juzgador a un papel absolutamente pasivo, incapaz, en momentos en que tiene ante sí a cualificados -por conocedores directos- relatores de los hechos, de efectuar alguna pregunta clarificativa y dilucidante".

Confirma esta línea interpretativa la doctrina proclamada por la STS 1216/2006, 11 de diciembre, conforme a la cual, el descubrimiento de la verdad material, que es una de las metas de la justicia penal (ex arts. 701-6º, 713 y 726 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal), permite, en el segundo párrafo del art. 708 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal que, después del interrogatorio de las partes, el Presidente del Tribunal pueda dirigir a los testigos las preguntas que estime conducentes para depurar los hechos sobre los que declaren.

2.4.- Es por tanto, a partir de estos precedentes como se ha de resolver la cuestión suscitada, que ya fue resuelta en apelación de forma acertada, al señalar que la totalidad de las intervenciones identificadas merecían absoluta convalidación, destacando en relación a la intervención que la defensa estaba teniendo en el planteamiento de cuestiones previas (sesión del 2-10, vídeo 1, minutos 23 a 26 grabación), después de la efectiva interrupción del Presidente y de las elocuentes razones que tuvo para hacerlo, el propio Letrado, manifestó públicamente su aquietamiento con tales razones y dejó explícito agradecimiento por la instrucción que parecía haber recibir de ellas.

No se puede responder a la argumentación recurrente efectuada a partir de una intervención del Presidente que se dice registrada en la sesión del día 2 de octubre al video nº 10, minuto 42:56, minuto 43:22, minuto 44:20, minuto 46:00 ó al minuto 47:20, pues a pesar de aparecer entre las grabaciones del juicio correspondientes a la sesión del día 2 de octubre hasta tres videos con el número 10, en ninguno de ellos la duración de la grabación supera los 34 minutos. Por otro lado, el incidente que se dice registrado en el video nº 25, minuto 00:00, al inicio de la sesión del día 4 de octubre, en realidad, la única intervención del Presidente del Tribunal se produce para recordar el Sr. Letrado la necesidad de una observación escrupulosa de la puntualidad en el inicio de la audiencia, lo que compete a su rol de dirección del acto, más allá de que en otras reanudaciones haya observado un tratamiento diferente con otras partes, lo que en absoluto constituye indicador de preferencias o parcialidad.

En sesión del mismo día 4 de octubre, el episodio que se dice registrado en el video nº 26, minuto 02:45 no se corresponde con el interrogatorio que un testigo perjudicado por los hechos enjuiciados, sino que en esa grabación y marco temporal comparece el testigo Jose Augusto , propuesto por la defensa de su hermana



Da. Mariana , que declaró por videoconferencia desde la Audiencia de Palma de Mallorca, desde el inicio de la grabación (minuto 00:00) hasta al menos el minuto 05:00 en que comenzó realmente su interrogatorio).

En cuanto al reproche al Presidente sobre la duración, la intensidad y los extremos del interrogatorio que dirigió al perito D. Justo , que a su juicio habrían evidenciado un posicionamiento en favor de las tesis acusatorias, la sentencia recurrida analiza la reproducción del pasaje registrado en la sesión del juicio en que compareció referido perito y considera bien elocuente de que la intervención del Presidente del Tribunal en momento alguno desbordó las facultades que le reconoce el citado art. 708 de la LECrim y le imponen el deber de buscar la verdad material. Así, el grueso de las preguntas dirigidas por el Presidente del Tribunal al perito comparecido, en la fase final de su declaración, esto es, después de completar el interrogatorio todas las partes presente, como marcan los cánones, estuvieron todas dirigidas al esclarecimiento o ampliación de las conclusiones que había ofrecido el mismo perito a preguntas de las partes, y no respondían sino al interés en conocer la naturaleza y características de la enfermedad certificada como padecimiento de la menor Gracia , los tratamientos sintomáticos y preventivos que podía obtener dentro del sistema público de salud, buscaba el Presidente del Tribunal mayor precisión sobre los centros hospitalarios mundiales de referencia en el estudio y tratamiento de enfermedad que padecía la menor y también su conocimiento sobre la existencia real de un centro médico en Houston para el tratamiento de la DIRECCION000 , que era justamente la enfermedad que padecía Gracia . Cerró el Presidente su batería de preguntas al perito referido con evidente propósito de confrontación de algunas de sus conclusiones con otras ofrecidas antes frente al Tribunal por el perito Sr. Aureliano sobre un extremo de discrepancia entre ambos peritos, lo que no responde sino a la forma ordinaria de dilucidar la constatación de discrepancias entre dos informes técnicos periciales, sin otra vocación diferente a la de recabar el máximo de información que permita al Tribunal calibrar el rigor científico y la fiabilidad de unas u otras aseveraciones. Así pues, en ninguna de las preguntas dirigidas al perito Sr. Justo puede intuirse interés distinto a la indagación de la verdad material, descartando abiertamente el sesgo de parcialidad que la recurrente pretende radicar en las pautas de dirección del juicio o interrogatorios cuestionados.

El motivo se desestima.

TERCERO.- El motivo tercero acogido a los arts. 5.4 LOPJ y 852 LECrim por vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) en relación con la falta de motivación.

El motivo reproduce el planteado en cuarto lugar en el recurso de apelación y que fue analizado en el fundamento de derecho segundo, apartado 4, reiterando las quejas vertidas contra la sentencia de instancia.

Así, insiste en denunciar algunos errores gramaticales, de puntuales omisiones involuntarias e incluso de afirmaciones imprecisas que busca relacionar con el derecho cuya vulneración invoca, a obtener una tutela judicial efectiva en la vertiente que reclama una resolución fundada, cuando, sabido es, este derecho garantiza que todo ciudadano sometido a proceso y que obtiene una resolución judicial que afecta a alguno de sus intereses debe conocer legítimamente las razones de esa limitación, que deben de contenerse en la resolución judicial en términos comprensibles y con alcance que le permita combatir esa decisión ante una instancia superior.

Se lamenta la parte de errores de constancia o gramaticales, en concreto, cuando en el fundamento de derecho segundo, párrafo 3º de la página 13 de la sentencia de la Audiencia se refiere a la enfermedad de la menor Gracia como " DIRECCION005 " cuando en realidad es " DIRECCION000 ". Reprocha también al tribunal de instancia el haber identificado al acusado como Don Alfonso cuando su nombre de registro es Don Alfonso . También de que en el encabezamiento de la sentencia, en referencia a su situación económica, se consigna "de ignorada solvencia", a pesar de que más adelante, en el desarrollo de la fundamentación se alude a algún informe sobre las actividades laborales del acusado con relación de ingresos económicos detallados.

Denuncia una omisión al cifrar, en el hecho probado quinto, en 412.450,44 euros la cantidad percibida durante los años 2014, 2015 y 2016 en concepto de donaciones sin la ofrecer la explicación que reclama respecto al descuento de los conceptos que identifica como pago realizado por la Consejería de Servicios Sociales y Cooperación de Baleares (10.466,28 euros) y por el Departamento de Enseñanza (4.880,00 euros). Denuncia también la omisión que dice sufrida en el hecho probado sexto de la sentencia recurrida, en la medida en que en el mismo no se hizo constar que el acusado Sr. Alfonso retornó a veinticinco donantes un total de 1.485 euros antes de su detención por estos hechos. Sostiene también que en la página 11 se omite toda alusión a dos testificales denegadas y a una prueba pericial y un requerimiento de aportación de historia médica que también le habrían sido denegados. Pretende, en fin, con este pretexto de la omisión relevante, revisar la legalidad penal aplicada a los hechos sometidos a juicio, con el argumento de que la vigente antes del 23 de diciembre de 2010 era más favorable al acusado, con olvido de que estos hechos, en su desarrollo nuclear, se desenvuelven con posterioridad a esa fecha.



Reclama un pronunciamiento omitido en el fallo de la sentencia recurrida y que, a su juicio, debiera haber sido de libre absolución por el delito de apropiación indebida del que sostiene haber sido también acusado por el Fiscal, de tal forma que ese fallo parcialmente absolutorio debiera tener reflejo en la condena en costas, para declarar de oficio la mitad de las generadas en el proceso. Se queja igualmente de que en el fallo de la sentencia de la Audiencia no se hayan identificado los 53 perjudicados y los importes concretos que deba percibir cada uno de ellos, buscando que la condena al pago de la responsabilidad civil no incluya el incremento en dos puntos sobre el interés legal aplicado a las cantidades a abonar, incremento al que se opone al haber interesado la parte el abono de tales importes durante el curso del proceso, dado que los saldos habían sido bloqueados por orden judicial y a resultas del mismo proceso.

Sigue denunciando ausencias de constancias en la sentencia recurrida al tiempo de describir los efectos intervenidos y disponer su decomiso, en particular alusión a los vehículos, relojes, dinero efectivo y terminales de telefonía, que se sostiene en el recurso que ni se describen con suficiente precisión ni se ofrece explicación sobre la fuente ilícita de tales activos. Y lamenta, finalmente, que a su juicio carece de soporte documental la afirmación en que se dice que los acusados acudieron al programa de televisión "Espejo Público" de Antena3 hasta en ocho ocasiones entre 2012 y 2016, cuando únicamente aparece una documental audiovisual con su presencia y se corresponde con un programa emitido en diciembre de 2012.

El motivo se desestima.

3.1.- En efecto, en cuanto a la extensión de la motivación, la STS 203/2022, de 7-3, con cita de la STS. 24/2010 de 1.2, recoge la doctrina expuesta por el Tribunal Constitucional en SS. 160/2009 de 29.6, 94/2007 de 7.5, 314/2005 de 12.12 subrayando que el requisito de la motivación de las resoluciones judiciales halla su fundamento en la necesidad de conocer el proceso lógico-jurídico que conduce al fallo y de controlar la aplicación del Derecho realizada por los órganos judiciales a través de los oportunos recursos, a la vez que permite contrastar la razonabilidad de las resoluciones judiciales. Actúa, en definitiva, para permitir el más completo ejercicio del derecho de defensa por parte de los justiciables, quienes pueden conocer así los criterios jurídicos en los que se fundamenta la decisión judicial, y actúa también como elemento preventivo de la arbitrariedad en el ejercicio de la jurisdicción; pero el deber de motivación de las resoluciones judiciales no autoriza a exigir un razonamiento exhaustivo y pormenorizado en todos los aspectos y perspectivas que las partes puedan tener en la cuestión que se decide o, lo que es lo mismo, no existe un derecho del justiciable a una determinada extensión de la motivación judicial (SSTC. 14/91, 175/92, 105/97, 224/97), sino que deben considerarse suficientemente motivadas aquellas resoluciones judiciales que contengan, en primer lugar, los elementos y razones de juicio que permitan conocer cuáles han sido los criterios jurídicos esenciales fundamentadores de la decisión, es decir, la ratio decidendi que ha determinado aquella (STC. 165/79 de 27.9) y en segundo lugar, una fundamentación en Derecho (SSTC. 147/99 de 4.8 y 173/2003 de 19.9), bien entendido que la suficiencia de la motivación no puede ser apreciada apriorísticamente con criterios generales, sino que es necesario examinar el caso concreto para ver si, a la vista de las circunstancias concurrentes, se ha cumplido o no este requisito de las resoluciones judiciales (por todas, SSTC. 2/97 de 13.1, 139/2000 de 29.5, 169/2009 de 29.6).

Del mismo modo el derecho a la tutela judicial efectiva comprende el derecho de alcanzar una respuesta razonada y fundada en Derecho dentro de un plazo prudente, el cual se satisface si la resolución contiene la fundamentación suficiente para que en ella se reconozca la aplicación razonable del Derecho a un supuesto específico, permitiendo saber cuáles son los argumentos que sirven de apoyatura a la decisión adoptada y quedando así de manifiesto que no se ha actuado con arbitrariedad, pero no comprende el derecho a obtener una resolución favorable a sus pretensiones.

En definitiva, como precisa la STS. 628/2010 de 1.7, podrá considerarse que la resolución judicial vulnera el derecho constitucional a la tutela judicial efectiva cuando no sea fundada en derecho, lo cual ocurrirá en estos casos:

a) Cuando la resolución carezca absolutamente de motivación, es decir, no contenga los elementos y razones de juicio que permitan conocer cuáles han sido los criterios jurídicos que fundamentan la decisión. Al respecto, debe traerse a colación la doctrina constitucional sobre el requisito de la motivación, que debe entenderse cumplido, si la sentencia permite conocer el motivo decisorio excluyente de un mero voluntarismo selectivo o de la pura arbitrariedad de la decisión adoptada (SSTC. 25/90 de 19.2, 101/92 de 25.6), con independencia de la parquedad del razonamiento empleado: una motivación escueta e incluso una fundamentación por remisión pueden ser suficientes porque "La CE. no garantiza un derecho fundamental del justiciable a una determinada extensión de la motivación judicial", ni corresponde a este Tribunal censurar cuantitativamente la interpretación y aplicación del derecho a revisar la forma y estructura de la resolución judicial, sino sólo "comprobar si existe fundamentación jurídica y, en su caso, si el razonamiento que contiene constituye lógica y jurídicamente suficiente motivación de la decisión adoptada" (STC. 175/92 de 2.11).



b) Cuando la motivación es solo aparente, es decir, el razonamiento que la funda es arbitrario, irrazonable e incurre en error patente. Es cierto como ha dicho el ATC. 284/2002 de 15.9 que "en puridad lógica no es lo mismo ausencia de motivación y razonamiento que por su grado de arbitrariedad e irrazonabilidad debe tenerse por inexistente, pero también es cierto que este Tribunal incurriría en exceso de formalismo si admitiese como decisiones motivadas y razonadas aquellas que, a primera vista y sin necesidad de mayor esfuerzo intelectual y argumental, se comprueba que parten de premisas inexistente o patentemente erróneas o siguen un desarrollo argumental que incurre en quiebras lógicas de tal magnitud que las conclusiones alcanzadas no pueden considerarse basadas en ninguna de las razones aducidas". (STS. 770/2006 de 13.7).

El Tribunal Constitucional, SS. 165/93, 158/95, 46/96, 54/97 y 231/97 y esta Sala SS. 626/96 de 23.9, 1009/96 de 30.12, 621/97 de 5.5 y 553/2003 de 16.4, han fijado la finalidad y el alcance y límites de la motivación. La finalidad de la motivación será hacer conocer las razones que sirvieron de apoyatura a la decisión adoptada, quedando así de manifiesto que no se ha actuado con arbitrariedad. La motivación tendrá que tener la extensión e intensidad suficiente para cubrir la esencial finalidad de la misma, que el Juez explique suficientemente el proceso intelectual que le condujo a decidir de una manera determinada.

En este sentido la STC. 256/2000 de 30.10 dice que el derecho a obtener la tutela judicial efectiva "no incluye un pretendido derecho al acierto judicial en el selección, interpretación y aplicación de las disposiciones legales, salvo que con ellas se afecte el contenido de otros derechos fundamentales distintos al de tutela judicial efectiva (SSTC. 14/95 de 24.1, 199/96 de 4.6, 20/97 de 10.2).

Según la STC. 82/2001 "solo podrá considerarse que la resolución judicial impugnada vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva, cuando el razonamiento que la funda incurra en tal grado de arbitrariedad, irrazonabilidad o error que, por su evidencia y contenido, sean tan manifiestas y graves que para cualquier observador resulte patente que la resolución, de hecho, carece de toda motivación o razonamiento".

Bien entendido que si bien la jurisprudencia (SSTS 258/2010, de 12-3; 540/2010, de 12-3) ha precisado que "la ponderación de la prueba de descargo representa un presupuesto "sine qua non" para la racionalidad del desenlace valorativo. Su toma en consideración por el tribunal "a quo" es indispensable para que el juicio de autoría pueda formularse con la apoyatura requerida por nuestro sistema constitucional. No se trata, claro es, de abordar todas y cada una de las afirmaciones de descargo ofrecidas por la parte pasiva del proceso, en palabras del Tribunal Constitucional exige solamente ponderar los distintos elementos probatorios, pero sin que ello implique que esa ponderación se realice de modo pormenorizado, ni que la ponderación se lleve a cabo del modo pretendido por el recurrente, sino solamente que se ofrezca una explicación para su rechazo (SSTC 187/2006, de 19-6; 148/2009, de 19-6).

3.2.- No siendo ocioso recordar en este punto las SSTS 2026/2002, de 2-10, 249/2008, de 20-5; 334/2014, de 3-4; y 390/2014, de 13-5, que con cita de la jurisprudencia constitucional, de la que la STC 58/96, de 15-4, es fiel exponente, acentúan la necesidad de distinguir entre las alegaciones aducidas por las partes para fundamentar sus pretensiones y la pretensiones en sí mismas consideradas (STC 128/92, 169/94, 91/95, 143/95, 58/96). Respecto a las primeras, no sería necesario para la satisfacción del derecho a la tutela judicial efectiva una contestación explícita y pormenorizada de todas y cada una de ellas, pudiendo bastar, una atención a las circunstancias particulares concurrentes, con una respuesta global o genérica, aunque se omita respecto de alegaciones concretas no sustanciales.

3.3.- Desde esta perspectiva, la sentencia del TSJ precisa en la confusión en que incurre la parte de pretender afectado el derecho a la tutela judicial efectiva desde lo que no es más que el cuestionamiento de puntuales menciones o alusiones terminológicas o descriptivas, o de interpretación y aplicación de determinadas disposiciones normativas.

Así, destaca que: "Ninguna relación guardan con el derecho invocado las denuncias sobre errores de transcripción, de consignación de identidades o de referencias más o menos precisas a la solvencia o insolvencia procesal del acusado, pues ninguna trascendencia proyectan tales circunstancias sobre el fondo de la decisión combatida, la condena como autor responsable de un delito de estafa agravada a las penas y efectos dispuestos en su parte dispositiva; no dejando de resultar sintomático de la inocuidad de las objeciones realizadas por la parte el hecho de que en el mismo encabezamiento del escrito de recurso en que se denuncia la omisión de uno de los nombres del acusado (Heraclio) se incurra en esa misma omisión, sin que desde ella se vea mermada en nada la potencialidad del recurso.

Tampoco el grueso de las restantes denuncias expresadas arriba y tratadas por la recurrente como otras tantas omisiones comprometen el derecho invocado, a obtener una resolución fundada, pues lo que evidencia la parte con el desarrollo de cada una de aquellas denuncias es una discrepancia abierta con las respectivas decisiones del tribunal, para proponer a renglón seguido la sustitución de cada uno de los extremos resueltos en la sentencia por otras decisiones alineadas con el interés propio de la parte. Así ocurre cuando se busca



una rebaja de las cantidades en que la Audiencia estableció como importe de las donaciones recibidas por el acusado durante los años 2014 a 2016; cuando se busca el reconocimiento de una supuesta devolución de 1.485 euros a diversos perjudicados que sostiene realizadas antes de la detención del acusado; cuando se busca aplicar una legalidad penal diferente a la tomada por el Tribunal para la calificación jurídica de los hechos; cuando se reclama la absolución por el delito de apropiación indebida que fue introducido por la acusación pública como calificación alternativa de los mismos hechos finalmente calificados por la Audiencia según la propuesta de calificación principal, es decir, como estafa agravada; cuando se busca modificar el pronunciamientos en materia de costas procesales; cuando se busca variar el alcance de la condena civil para identificar a cada uno de los 53 perjudicados y los importes respectivos de la obligación de pago declarada de cargo de los acusados, y también para que no se incrementen los intereses legales en dos puntos; o cuando se busca, en fin, excluir de la declaración de decomiso los vehículos, relojes, ninguna de estas denuncias el derecho.

En definitiva, que ninguna de estas quejas puede hallar acogida, ni siquiera resultar examinadas, a la luz de la pretendida vulneración del derecho a la tutela efectiva en la manifestación que reclama una resolución fundada. Cada una de las discrepancias enunciadas será abordada, por tanto, al tratar de cada uno de los motivos de recurso que la parte ha dedicado su desarrollo particular, por más que hacerlo podamos recuperar algunas de las omisiones aquí puestas de manifiesto."

El motivo, por lo razonado, deviene improsperable.

CUARTO.- El motivo cuarto con base en los arts. 5.4 LOPJ y 852 LECrim por vulneración del derecho fundamental a ser enjuiciado sin dilaciones indebidas.

Alega el recurrente que si bien el procedimiento ha avanzado con rapidez durante la instrucción, siendo visible la falta de cualquier tipo de actuación por parte de la defensa, que no recurrió ninguna resolución judicial ni solicitó la práctica de diligencia alguna, y en fase intermedia se limitó a presentar un escrito de defensa básico sin petición de medios de prueba, sin embargo en una causa con preso desde diciembre 2016 a junio 2019, se empleó una semana del mes de octubre 2018 para su enjuiciamiento y posteriormente se tardó un mes para el dictado de sentencia (noviembre 2018). Finalmente el recurso de apelación ha tardado 7 meses en ser resuelto.

El motivo deviene improsperable.

En cuanto a la concurrencia de la atenuante de dilaciones indebidas, la jurisprudencia reiterada de esta Sala, por todas SSTs 528/2020, de 22-6; 370/2021, de 4-5; 473/2021, de 20-5; 83/2022, de 27-1; 836/2022, de 21-10, ha insistido en que la reforma introducida por L.O. 5/2010, de 22-6, añadió una nueva circunstancia en el art. 21 CP, que es la de "dilación extraordinaria e indebida en la tramitación del procedimiento, siempre que no sea atribuible al propio inculpado y que ya no guarde proporción con la complejidad de la causa".

El preámbulo de dicha Ley Orgánica dice que "se ha considerado conveniente otorgar carta de naturaleza legal a la circunstancia atenuante de dilaciones indebidas, recogiendo "los elementos fundamentales de la jurisprudencia del Tribunal Supremo que ha construido esta circunstancia como atenuante por analogía".

La jurisprudencia de esta Sala -que deberá ser tenida en cuenta para la interpretación del nuevo texto legal de la circunstancia 6 del art. 21- es muy abundante en el sentido de sostener que desde que la pérdida de derechos -en el caso el derecho fundamental a ser enjuiciado en un plazo razonable o sin dilaciones indebidas, es decir, procesalmente inexplicables- sufrida como consecuencia del proceso es equivalente a los males sufridos como consecuencia del delito que, es considerada una pena natural, que debe computarse en la pena estatal impuesta por el delito para mantener la proporcionalidad entre la gravedad de la pena (es decir: la pérdida de bienes o derechos) y el mal causado por el autor. Por lo tanto, esa pérdida de derecho debe reducir correspondientemente la gravedad de la pena adecuada a la gravedad de la culpabilidad, porque ya ha operado como un equivalente funcional de la pena respecto de una parte de la gravedad de la culpabilidad (STS. 10.12.2008), en el mismo sentido, entre otras (SSTs. 27.12.2004, 12.5.2005, 25.1, 30.3 y 25.5.2010).

Ahora bien, que ello sea así no significa, sin embargo, como precisa la doctrina, que el transcurso del tiempo comporte una extinción, ni siquiera en parte, de la culpabilidad.

La culpabilidad es un elemento del delito que como tal concurre en el momento de cometerse éste y el paso del tiempo no comporta, por supuesto, el que esta culpabilidad disminuya o se extinga.

En los casos en que esta Sala hace referencia a ello, por ejemplo, STS. 30.3.2010, lo que debe entenderse es que la gravedad de la pena debe adecuarse a la gravedad del hecho y en particular a su culpabilidad, y que, si la dilación ha comportado la existencia de un mal o privación de derecho, ello debe ser tenido en cuenta para atenuar la pena. Siendo así en relación a la atenuante de dilaciones indebidas, la doctrina de esta Sala, por todas SSTs. 875/2007 de 7.11, 892/2008 de 26.12, 443/2010 de 19.5, 457/2010 de 25.5, siguiendo el



criterio interpretativo del TEDH en torno al art. 6 del Convenio para la Protección de Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales que reconoce a toda persona "el derecho a que la causa sea oída en un plazo razonable", ha señalado los datos que han de tenerse en cuenta para su estimación, que son los siguientes: la complejidad del proceso, los márgenes ordinarios de duración de los procesos de la misma naturaleza en igual periodo temporal, el interés que arriesga quien invoca la dilación indebida, su conducta procesal y la de los órganos jurisdiccionales en relación con los medios disponibles.

Por ello, el derecho fundamental a un proceso sin dilaciones indebidas, que no es identificable con el derecho procesal al cumplimiento de los plazos establecidos en las leyes, impone a los órganos jurisdiccionales la obligación de resolver las cuestiones que les sean sometidas, y también ejecutar lo resuelto, en un tiempo razonable. Se trata, por lo tanto, de un concepto indeterminado que requiere para su concreción el examen de las actuaciones procesales, a fin de comprobar en cada caso si efectivamente ha existido un retraso en la tramitación de la causa que no aparezca suficientemente justificado por su complejidad o por otras razones, y que sea imputable al órgano jurisdiccional y no precisamente a quien reclama. En particular debe valorarse la complejidad de la causa, el comportamiento del interesado y la actuación de las autoridades competentes (STEDH de 28 de octubre de 2003, Caso González Doria Durán de Quiroga c. España y STEDH de 28 de octubre de 2003, Caso López Solé y Martín de Vargas C. España, y las que en ellas se citan).

Asimismo, sí existe acuerdo en que no basta la genérica denuncia del transcurso del tiempo en la tramitación de la causa, sino que se debe concretar los períodos y demoras producidas, y ello, porque el concepto "dilación indebida" es un concepto abierto o indeterminado, que requiere en cada caso, una específica valoración acerca de si ha existido efectivo retraso (elemento temporal) y junto a la injustificación del retraso y la no atribución del retraso a la conducta del imputado, debe de determinarse que del mismo se han derivado consecuencias gravosas, ya que aquel retraso no tiene que implicar éstas de forma inexorable y su daño no cabe reparación (STS 654/2007, de 3-7; 890/2007, de 31-10, entre otras) debiendo acreditarse un específico perjuicio más allá del inherente al propio retraso.

Como dice la STS 1-7-2009 debe constatar una efectiva lesión bien por causa de las circunstancias personales del autor del hecho, bien por reducción del interés social de la conducta que haga que la pena a imponer resulta desproporcionada, pues si los hechos concretos perseguidos revisten especial gravedad, se reduce la relevancia del tiempo transcurrido en relación con la pena, subsistente en su integridad.

En definitiva, conforme a la nueva regulación de la atenuante de dilaciones indebidas, los requisitos para su aplicación serán, pues, los tres siguientes: 1) que la dilación sea indebida; 2) que sea extraordinaria; y 3) que no sea atribuible al propio inculpado. Pues si bien también se requiere que la dilación no guarde proporción con la complejidad de la causa, este requisito se halla comprendido realmente en el de que sea indebida, toda vez que si la complejidad de la causa justifica el tiempo invertido en su tramitación la dilación dejaría de ser indebida en el caso concreto, que es lo verdaderamente relevante (STS. 21.7.2011).

Y en cuanto al carácter razonable de la dilación de un proceso, ha de atenderse a las circunstancias del caso concreto con arreglo a los criterios objetivos consistentes esencialmente en la complejidad del litigio, los márgenes de duración normal de procesos similares, el interés que en el proceso arriesgue el demandante y consecuencias que de la demora les siguen a los litigantes, el comportamiento de éstos y el del órgano judicial actuante. Y la jurisdicción ordinaria ha venido operando para graduar la atenuación punitiva con el criterio de la necesidad de la pena en concreto y también ha atendido a los perjuicios que la dilación haya podido generar al acusado.

En este sentido las SSTS 737/2016 del 5 octubre, y 262/2009 de 17 marzo, en este punto son significativas, al declarar que "debe tenerse muy en cuenta que la necesidad de concluir el proceso en un tiempo razonable que propugna el art. 6.1 del Convenio citado, no debe satisfacerse a costa de o en perjuicio de los trámites procesales que establece el derecho positivo en un sistema procesal singularmente garantista hacia el justiciable como es el nuestro. En similar sentido la STS. 525/2011 de 8.6, que la dilación, por supuesto no es indebida si responde al ejercicio de un derecho procesal. La solicitud de que se practiquen diligencias de prueba con la interposición de recursos comporta una dilación en la tramitación de la causa, pero responden al ejercicio de elementales derechos de defensa, por lo que la dilación propia de estos recursos no puede nunca ser calificada como dilación indebida.

Por ello no puede aceptarse que la interposición de recursos o la práctica de diligencias o de actuaciones sumariales a petición de las partes cause una dilación que deba calificarse como indebida. Es claro que el respeto al derecho de defensa implica asumir la necesidad de proceder a la práctica de las diligencias que las partes soliciten y que sean pertinentes, pero es igualmente claro que implica el transcurso del tiempo necesario para ello.



Y también es cierto que en cuanto al inicio del cómputo del tiempo de las posibles dilaciones, no debe tomarse en cuenta la fecha de los hechos. Así la jurisprudencia por ejemplo STS 841/2015 del 30 diciembre ha declarado, que el derecho se refiere al proceso sin dilaciones no a un hipotético y exótico derecho del autor de un delito a un descubrimiento rápido tanto de la infracción penal como de su implicación en ella (STS 250/2014, de 14 de marzo). Desde la comisión del hecho hasta la incoación del proceso penal no hay afectación de derecho fundamental alguno. El cómputo comenzará cuando se adquiere la condición de imputado. Solo en ese momento se produce el padecimiento que supone estar sometido a un proceso (posibles medidas cautelares, obligación apud acta, zozobra derivada de la incertidumbre del seguimiento del proceso...) y que enlaza con la idea de pena natural, latente en la construcción dogmática de la atenuante de dilaciones indebidas. El derecho de todo imputado a ser enjuiciado en un plazo razonable no puede degenerar en un derecho de todo delincuente a ser descubierto con prontitud (STS 940/2009 de 30 de septiembre). En definitiva el conjunto de los retrasos injustificados se contraen a los producidos desde la incoación del proceso y no desde la comisión del hecho delictivo (STS. 371/2015 de 17.6).

En el caso presente, hasta el momento del dictado de la sentencia de apelación, no puede considerarse que el recurrente no haya obtenido respuesta judicial en un plazo razonable, a la vista de la duración total del procedimiento desde la incoación de las diligencias previas y la emisión de la sentencia de instancia -23 meses- máxime teniendo en cuenta las circunstancias del procedimiento, voluminoso con pluralidad de afectados y múltiples operaciones dinerarias a realizar.

Asimismo, el tiempo transcurrido para la sustanciación del recurso de apelación, lo ha sido en un plazo razonable. La duración de la causa no puede entenderse haya sido excesiva o extraordinaria.

QUINTO.- El motivo quinto por quebrantamiento de forma, art. 850.3 LECrim, por haberse denegado la admisión de medios de prueba.

Se argumenta que días antes de las sesiones del juicio oral, se solicitó la práctica de testificales de los presuntos perjudicados que constan identificados en la pieza separada, los cuales en instrucción no fueron citados a declarar, petición que fue reiterada en el acto del juicio oral, sesión primera de 2-10-2018.

Se consignó protesta por la denegación y mediante recurso de apelación se interesó la práctica de prueba en segunda instancia.

También se denegaron las testificales de dos facultativos solicitados por la defensa en escrito presentado en días previos a la sesión del juicio oral, en concreto de la Dra. Elvira y el Dr. Lázaro .

En tercer lugar se denegaron dos periciales, consistentes en una pericial económica contable solicitada el 13-9-2018, y otra pericial informática el 20-9-2018, cuyo objeto eran los teléfonos móviles, tarjetas SIM y dispositivos IPADS que le fueron decomisados al recurrente en los registros de su vehículo, domicilio... .

Finalmente se denegaron también documentales consistentes en requerir a las cadenas de televisión en las que desde el año 2010 hasta el año 2016 apareció el recurrente para que remitan la documentación de consentimiento de difusión de las imágenes de la menor, así como la documentación contractual firmada entre el acusado, productora y cadena televisiva emisora; requerimiento al Dr. Aureliano para que remitiera el historial médico que obre en su poder de la menor Gracia , y se libre oficio al HOSPITAL000 para remisión historial médico de la referida menor.

En segunda instancia se denegaron nuevos medios de prueba solicitados conforme el art. 790.3 LECrim. En primer lugar la totalidad de medios de prueba que no pudieron proponerse en primera instancia. Y en este sentido procede admitir tres vídeos de la cadena Telecinco en el programa Ana Rosa en los años 2008, 2009 y 2016, material probatorio que fue denegado. Y acompaña el recurrente lápiz de memoria USB con los tres archivos ante la Superioridad.

El motivo deviene improsperable.

5.1.- La sentencia de esta Sala 477/2020, de 28-9, con cita SSTS 771/2006, de 18-7 y 181/2007, de 7-3, recordó que "la formulación en tiempo y forma de una proposición de prueba no es bastante, aun siendo necesario, para originar en caso de inadmisión, el quebrantamiento de forma que se denuncia, es preciso además que la prueba merezca la calificación de "pertinente". Como ha recordado el Tribunal Supremo, en Sentencia de 16 de abril de 1998, la constitucionalidad, por virtud del artículo 24 de la Constitución Española del derecho fundamental a utilizar los medios de prueba como inseparable del derecho mismo a la defensa no se configura como un derecho absoluto e incondicionado a que se practiquen todas las pruebas propuestas por las partes, ya que como señala la doctrina del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo, el derecho a la prueba no desapodera al Tribunal competente de su facultad para valorar, en cuanto a su admisión, la pertinencia de las propuestas "rechazando las demás" (artículos 659 y concordantes de la Ley de Enjuiciamiento Criminal), y



en cuanto a su práctica la necesidad de las admitidas pero cuya realización efectiva plantea dificultades o dilaciones indebidas (Sentencias del Tribunal Supremo 1661/2000 de 27.11).

No existe para el tribunal la obligación de admitir toda diligencia de prueba propuesta, o, en su caso, de suspender todo enjuiciamiento por imposibilidad de practicar una prueba anteriormente admitida. Es necesario que el Tribunal de instancia realice una ponderada decisión valorando los intereses en conflicto, decidiendo sobre la pertinencia de la prueba y su funcionalidad. Ha de valorarse, como se ha dicho, los intereses en juego: el derecho de defensa, la pertinencia de la prueba propuesta y, en su caso, la necesidad de realizar el enjuiciamiento impidiendo su demora.

Por ello, para una adecuada valoración del conflicto, la jurisprudencia ha proporcionado dos criterios, el de la pertinencia y el de la relevancia. Por la primera se exige una relación entre las pruebas y el objeto del proceso. La relevancia presenta un doble aspecto, el funcional, relativo a los requisitos formales necesarios para la práctica y desarrollo de la prueba y de la impugnación; y el material, relativo a la potencialidad de la prueba denegada con relación a una alteración del fallo de la sentencia (STS. 136/2000 de 31.1). Así pues, para que tenga éxito un recurso de casación basado en este motivo, es preciso que "el órgano judicial haya denegado la diligencia de prueba no obstante merecen la calificación de "pertinentes", porque no está obligado el Juez a admitir todos los medios de prueba que cada parte estime pertinentes a su defensa "sino los que el Juzgador valore libre y razonablemente como tales". Y dos son los elementos a valorar al respecto: la pertinencia, propiamente dicha, y la relevancia de la prueba propuesta: "pertinencia" es la relación entre las pruebas propuestas con lo que es objeto del juicio y constituye "thema decidendi"; "relevancia" existe cuando la no realización de tal prueba, por su relación con los hechos a que se anuda la condena o la absolución u otra consecuencia penal relevante, pudo alterar la Sentencia en favor del proponente, pero no cuando dicha omisión no haya influido en el contenido de ésta, a cuyo tenor el Tribunal puede tener en cuenta el resto de las pruebas de que dispone, por ello ha de ser necesaria, es decir que tenga utilidad para los intereses de defensa de quien la propone, de modo que su omisión le cause indefensión, y ha de ser posible, en atención a las circunstancias que rodean su práctica (STS. 21.5.2004).

Las SSTs 643/2016 de 14 julio, y 881/2016 de 23 noviembre, sintetizan con precisión el alcance de la casación por motivo de denegación de diligencia de prueba previsto en el artículo 850.1 LECrim. que requiere para prosperar <<según se deduce de los términos de tal precepto, de lo dispuesto en los arts. 659, 746.3, 785 y 786.2 LECrim. y de la doctrina del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional, las condiciones siguientes:

1º) La prueba denegada tendrá que haber sido pedida en tiempo y forma, en el escrito de conclusiones provisionales y también en el momento de la iniciación del juicio en el procedimiento abreviado (art. 786.2).
2º) La prueba tendrá que ser pertinente, es decir relacionada con el objeto del proceso y útil, esto es con virtualidad probatoria relevante respecto a extremos fácticos objeto del mismo; exigiéndose, para que proceda la suspensión del juicio, que sea necesaria; oscilando el criterio jurisprudencial entre la máxima facilidad probatoria y el rigor selectivo para evitar dilaciones innecesarias; habiendo de ponderarse la prueba de cargo ya producida en el juicio, para decidir la improcedencia o procedencia de aquella cuya admisión se cuestiona.
3º) Que se deniegue la prueba propuesta por las partes, ya en el trámite de admisión en la fase de preparación del juicio, ya durante el desarrollo del mismo, cuando se pide en tal momento la correlativa suspensión del juicio. 4º) Que la práctica de la prueba sea posible por no haberse agotado su potencia acreditativa. Y 5º) Que se formule protesta por la parte proponente contra la denegación (SSTs. 1661/2000 de 27-11; 869/2004, de 2-7; 705/2006, de 28-6; y 849/2013, de 12-11).

Falta de protesta que impide el recurso de casación al amparo del art. 850 LECrim y que el TS ha dicho debe hacerse en el plazo de 5 días a partir de la fecha de la notificación del auto denegatorio (STS 760/2001, de 7 de mayo). La protesta tiene por finalidad plantear ante el tribunal que acordó la denegación o en su caso, la suspensión, la proporcionalidad de la decisión adoptada, teniendo en cuenta, nuevamente, los intereses en conflicto desde la protesta de la parte que la propuso, manifestando así un no acatamiento de la decisión adoptada, al tiempo que proporcionaría criterios que permiten el replanteamiento de la decisión.

Esta Sala de casación, al examinar el requisito de la necesidad de la prueba denegada, establece, en la sentencia 545/2014, de 26 de junio, que para que pueda prosperar un motivo por denegación de prueba hay que valorar no sólo su pertinencia sino también y singularmente su necesidad; más aún, su indispensabilidad en el sentido de eventual potencialidad para alterar el fallo. La prueba debe aparecer como indispensable para formarse un juicio correcto sobre los hechos justiciables. La necesidad es requisito inmanente del motivo de casación previsto en el art. 850.1 LECrim. Si la prueba rechazada carece de utilidad o no es "necesaria" a la vista del desarrollo del juicio oral y de la resolución recaída, el motivo no podrá prosperar. El canon de "pertinencia" que rige en el momento de admitir la prueba se muta por un estándar de "relevancia" o "necesidad" en el momento de resolver sobre un recurso por tal razón.



Y en la misma resolución citada se precisa que en casación la revisión de esa decisión ha de hacerse a la luz de la sentencia dictada, es decir, en un juicio ex post. No se trata tanto de analizar si en el momento en que se denegaron las pruebas eran pertinentes y podían haberse admitido, como de constatar a posteriori y con conocimiento de la sentencia (ahí radica una de las razones por las que el legislador ha querido acumular el recurso sobre denegación de pruebas al interpuesto contra la sentencia, sin prever un recurso previo autónomo), si esa denegación ha causado indefensión. Para resolver en casación sobre una denegación de prueba no basta con valorar su pertinencia. Ha de afirmarse su indispensabilidad. La superfluidad de la prueba, constatable a posteriori convierte en improcedente por mor del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas una anulación de la sentencia por causas que materialmente no van a influir en su parte dispositiva.

La STC 142/2012, de 2 de julio, al analizar el derecho a la prueba en el ámbito del art. 24.2 de la CE, argumenta que "...este Tribunal ha reiterado que la vulneración del derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa exige, en primer lugar, que el recurrente haya instado a los órganos judiciales la práctica de una actividad probatoria, respetando las previsiones legales al respecto. En segundo lugar, que los órganos judiciales hayan rechazado su práctica sin motivación, con una motivación incongruente, arbitraria o irrazonable, de una manera tardía o que habiendo admitido la prueba, finalmente no hubiera podido practicarse por causas imputables al propio órgano judicial. En tercer lugar, que la actividad probatoria que no fue admitida o practicada hubiera podido tener una influencia decisiva en la resolución del pleito, generando indefensión al actor. Y, por último, que el recurrente en la demanda de amparo alegue y fundamente los anteriores extremos (por todas, STC 14/2001, de 28 de febrero)". Y también tiene dicho que cuando el medio de prueba rechazado en ningún modo podría alterar el fallo no procederá la anulación de la resolución (STC 45/2000, de 14 de febrero)>>.

5.2.- En el caso actual, la sentencia de instancia razonó la denegación de las pruebas propuestas al inicio del plenario, bien por tratarse de documental que podía obtener la propia parte (un historial clínico de la menor), bien por tratarse de pruebas extemporáneas e innecesarias ante la copiosa documentación médica existente en la causa (citaciones como testigos de más facultativos).

En apelación reiteró la práctica de las pruebas que propuso en la fase de cuestiones previas en la instancia. Petición que fue desestimada por auto de 9-5-2019 razonando que ninguna de las pruebas propuestas en la segunda instancia superó el juicio de pertinencia, necesidad o utilidad que ha de preceder a todas las que se desplieguen durante el debate del juicio oral y que corresponde efectuar en exclusiva al Tribunal del juicio; y tampoco le era dado a la parte su reiteración para examen por parte del Tribunal de apelación, dado que el primer presupuesto establecido en el art. 790.3 LECrim para reiterar en segunda instancia pruebas que hayan sido indebidamente denegadas, y este caso todas las reiteradas ante el Tribunal de apelación habían sido razonada y justificadamente denegadas para el juicio oral, lo que aleja toda posibilidad de afectación del derecho de la parte a utilizar los medios de prueba que estime oportunos para su defensa, citando en su apoyo la doctrina constitucional contenida en sentencias del Pleno nº 133/2014, de 22 julio -FJ 6- y la nº 14/2011, de 28-2 (FJ 2).

Consecuentemente, se debe concluir que ni la Audiencia limitó irrazonablemente el derecho de la parte a la prueba ni su denegación en apelación supuso quebranto alguno de ese mismo derecho, puesto que el intento de introducir en segunda instancia pruebas rechazadas fundadamente en la primera no tiene cobertura normativa en nuestro sistema de enjuiciamiento penal, en el que la esencia de la segunda instancia presupone la identidad de marcos probatorios, fácticos y jurídicos entre el tribunal de segundo grado y el tribunal de instancia, es decir, que la labor revisora del tribunal de apelación ha de proyectarse sobre idénticos presupuestos a los que fueron llevados ante el tribunal del juicio oral, de tal forma que la incorporación novedosa en segunda instancia de medios de prueba que no hayan sido vistos por el tribunal de primer grado únicamente sea admitida en los supuestos excepcionales previstos en la ley procesal, bien porque se trate de elementos que no pudieron llevarse ante el primer tribunal (por que la parte justifique que no pudo acceder a ellos con antelación al juicio) o bien porque habiendo sido propuestos para el juicio oral no hubieren podido desplegarse entonces por razones diversas, incluida la indebida denegación del tribunal. Y a ninguno de estos supuestos responden las pruebas propuestas para la apelación.

Por último, la aportación de un lápiz de memoria USB con tres archivos para su visionado en casación, resulta totalmente improcedente. No cabe en casación plantear la pretensión de practicar la prueba denegada en la instancia o en la apelación.

SEXTO.- El motivo sexto por infracción de ley, art. 849.1 LECrim, por inaplicación indebida del art. 65.1 c) LOPJ.

Insiste en su alegación de que el órgano competente para el enjuiciamiento de los hechos era la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, al estar juzgándose supuestos hechos delictivos en los que hay víctimas de



territorios de las Audiencias Provinciales de Lleida, Barcelona, Palma de Mallorca y Madrid, afectando a una generalidad de personas.

6.1.- Esta pretensión fue planteada en la instancia como cuestión previa y desestimada por la Audiencia, reiterada en apelación y resuelta por el TSJ (fundamento derecho segundo, punto 2), manteniendo la competencia de la Audiencia Provincial de Lleida con argumentos que deben ser asumidos en esta sede casacional.

En efecto, como hemos dicho en AATS 16-3-2022 (cuestión de competencia 21130/2021) y 23-11-2022 (cuestión de competencia 20445/22), el artículo 65.1º.c) de la LOPJ dispone la competencia de la Audiencia Nacional para el enjuiciamiento de las causas por delitos de defraudaciones y maquinaciones para alterar el precio de las cosas que produzcan o puedan producir grave repercusión en la seguridad del tráfico mercantil, en la economía nacional o perjuicio patrimonial en una generalidad de personas en el territorio de más de una Audiencia. La exigencia, como se deduce de la conjunción utilizada en el texto legal es meramente disyuntiva; de ahí que sea suficiente la concurrencia de uno solo de tales presupuestos para que deba reconocerse la competencia de la Audiencia Nacional, y consiguientemente de los Juzgados Centrales de Instrucción. Aunque, en general, en estos casos será también apreciable la complejidad de los hechos, este aspecto, aislado de cualquiera de las previsiones legales, no es suficiente para determinar la competencia de los Juzgados Centrales.

Por otro lado, según reiteradas resoluciones de esta Sala, la competencia de los Juzgados Centrales de la Audiencia Nacional, abstracción hecha en los tipos penales específicos, ha de ser interpretada de forma restrictiva en función de la excepcionalidad de la norma competencial en detrimento del principio general de territorialidad. Por ello esta Sala ha declarado que "los criterios de atribución contenidos en el art. 65.1 c) y d) han de ser interpretados en función de la dificultad de una instrucción el territorio donde se cometió el delito", (Auto de 20 de octubre de 2020).

En el caso se descarta la grave repercusión en la seguridad del tráfico o en la economía nacional, restando el examen de la concurrencia del requisito relativo a la generalidad de personas, en el que se apoya el planteamiento del Juzgado de Instrucción de Plasencia.

En relación con este aspecto, ha de recordarse que, como se decía en el auto de 2 de diciembre de 2004, esta Sala, en pleno celebrado el día 30.4.99, a propósito del art. 65.1º c) acordó lo siguiente: "La exigencia de generalidad de personas en el territorio de más de una audiencia ha de ser interpretada finalísticamente, en función de la posibilidad de instrucción, valorando la trascendencia económica, así como si la necesidad de una jurisdicción única sobre todo el territorio servirá para evitar dilaciones indebidas".

Por otro lado, en el auto de 4 de julio de 2003, se recordaba que esta Sala viene interpretando el concepto de generalidad de personas -utilizado también por el legislador en el art. 74 del CP- como una muchedumbre, universalidad o en definitiva una gran cantidad de individuos.

Además, como se señalaba en el ATS de 12 de febrero de 2015 (CC 20746/2014) y en el ATS de 25 de enero de 2017 (CC 20785/2016), "En el auto de fecha 11 de mayo de 2012, se delimitan aún más las exigencias para que pueda atribuirse la competencia a la Audiencia Nacional, recordando la excepcionalidad del ámbito competencial que la LOPJ reserva a la Audiencia Nacional lo que sugiere un criterio restrictivo como norma general, y señalábamos que el hecho de que la pluralidad de víctimas se encuentren situadas en distintas provincias no es un dato que determine per se la competencia de la Audiencia Nacional. Atendiendo a lo expresado anteriormente, será necesario que el número de perjudicados sea elevado y que los hechos hayan tenido una trascendencia económica de cierta entidad".

6.2.- Siendo así, el razonamiento del TSJ para mantener la competencia asumida por la Audiencia Provincial de Lleida, resulta impecable: "por cuanto que garantiza que se mantenga incólume el derecho de los acusados ser juzgados por el tribunal predeterminado; derecho que únicamente se vería vulnerado en un escenario de sustracción arbitraria del órgano al que la Ley atribuye el conocimiento de estos hechos. Bien al contrario, en el caso que se nos presenta la competencia de la Audiencia ha sido debidamente motivada en plena coherencia con la naturaleza de los hechos y con la propuesta de calificación jurídica efectuada por las partes (por más que la pretensión defensiva que busca su enjuiciamiento por la Audiencia Nacional obligaría a tomar como punto de partida unos hechos de acusación más graves de los relatados en los escritos de acusación y, desde luego, también más graves que los finalmente tenidos por probados en la sentencia recurrida, donde tan siquiera se propone la aplicación del art. 74.2 in fine del CP). Ningún resquicio queda, por tanto, para variar los criterios competenciales que llevaron los hechos a conocimiento de la Audiencia de Lleida."

El motivo se desestima.

SÉPTIMO.- El motivo séptimo por infracción de ley art. 849.1 LECrim: falta de aplicación del art. 219.11 LOPJ.



El motivo reproduce por vía inapropiada la cuestión ya planteada en el motivo segundo sobre la falta de imparcialidad de la Audiencia, por lo que damos por reproducido lo ya argumentado en aras a su desestimación.

OCTAVO.- El motivo octavo al amparo del art. 849.1 LECrim por aplicación indebida de los arts. 248.1 y 250.1.5 CP.

El recurrente divide en tres apartados el motivo del recurso:

- a) Indebida aplicación del tipo penal por inexistencia de engaño bastante.
- b) Inexistencia de delito de estafa en las dos donaciones del "Grupo Inversor para el Desarrollo SL".
- c) No se sabe el importe de la presunta defraudación: obligación de repetir parte del fallo de la sentencia de primera instancia en materia de responsabilidad civil.

El motivo deberá ser desestimado.

8.1.- En relación a la inexistencia de engaño bastante, como recuerdan las SSTS 590/2018, de 26-11; 499/2019, de 23-10; 437/2021, de 20-5; 744/2021, de 5-10; 83/2022, de 27-1, es cierto que el engaño típico en el delito de estafa es aquél que genera un riesgo jurídicamente desaprobado para el bien jurídico tutelado y concretamente el idóneo o adecuado para provocar el error determinante de la injusta disminución del patrimonio ajeno. La doctrina de esta Sala (Sentencia 17 de noviembre de 1999 y Sentencia de 26 de junio de 2000, núm. 634/2000, entre otras) considera como engaño "bastante" a los efectos de estimar concurrente el elemento esencial de la estafa, aquél que es suficiente y proporcional para la efectiva consumación del fin propuesto, debiendo tener la suficiente entidad para que en la convivencia social actúe como estímulo eficaz del traspaso patrimonial, valorándose dicha idoneidad tanto atendiendo a módulos objetivos como en función de las condiciones personales del sujeto engañado y de las demás circunstancias concurrentes en el caso concreto. La maniobra defraudatoria ha de revestir apariencia de realidad y seriedad suficiente para engañar a personas de mediana perspicacia y diligencia, complementándose la idoneidad abstracta con la suficiencia en el específico supuesto contemplado.

Es decir, para que concurra esta figura delictiva resulta precisa la concurrencia de esa relación interactiva montada sobre la simulación de circunstancias que no existen o la disimulación de las realmente existentes, como medio para mover la voluntad de quien es titular de bienes o derechos o puede disponer de los mismos en términos que no se habrían dado de resultar conocida la real naturaleza de la operación.

Al respecto, existe abundantísima jurisprudencia que cifra el delito de estafa en la presencia de un engaño como factor antecedente y causal de las consecuencias de carácter económico a que acaba de aludirse (por todas SSTS 580/2000, de 19 de mayo y 1012/2000, de 5 de junio).

Por ello, esta Sala casacional ha declarado a estos efectos que si el dolo del autor ha surgido después del incumplimiento, estaríamos, en todo caso ante un "dolo subsequens" que, como es sabido, nunca puede fundamentar la tipicidad del delito de estafa. En efecto, el dolo de la estafa debe coincidir temporalmente con la acción de engaño, pues es la única manera en la que cabe afirmar que el autor ha tenido conocimiento de las circunstancias objetivas del delito. Sólo si ha podido conocer que afirmaba algo como verdadero, que en realidad no lo era, o que ocultaba algo verdadero es posible afirmar que obró dolosamente. Por el contrario, el conocimiento posterior de las circunstancias de la acción, cuando ya se ha provocado, sin dolo del autor, el error y la disposición patrimonial del supuesto perjudicado, no puede fundamentar el carácter doloso del engaño, a excepción de los supuestos de omisión impropia. Es indudable, por lo tanto, que el dolo debe preceder en todo caso de los demás elementos del tipo de la estafa (STS 8.5.96).

Añadiendo la jurisprudencia que si ciertamente el engaño es el nervio y alma de la infracción, elemento fundamental en el delito de estafa, la apariencia, la simulación de un inexistente propósito y voluntad de cumplimiento contractual en una convención bilateral y recíproca supone al engaño bastante para producir el error en el otro contratante. En el ilícito penal de la estafa, el sujeto activo sabe desde el momento de la concreción contractual que no querrá o no podrá cumplir la contraprestación que le incumbe -S. 1045/94 de 13.5-. Así la criminalización de los negocios civiles y mercantiles, se produce cuando el propósito defraudatorio se produce antes o al momento de la celebración del contrato y es capaz de mover la voluntad de la otra parte, a diferencia del dolo "subsequens" del mero incumplimiento contractual (sentencias por todas de 16.8.91, 24.3.92, 5.3.93 y 16.7.96).

Es decir, que debe exigirse un nexo causal o relación de causalidad entre el engaño provocado y el perjuicio experimentado, ofreciéndose este como resultancia del primero, lo que implica que el dolo del agente tiene que anteceder o ser concurrente en la dinámica defraudatoria, no valorándose penalmente, en cuanto al tipo de estafa se refiere, el dolo "subsequens", sobrevenido y no anterior a la celebración del negocio de



que se trate, aquel dolo característico de la estafa supone la representación por el sujeto activo, consciente de su maquinación engañosa, de las consecuencias de su conducta, es decir, la inducción que alienta al desprendimiento patrimonial como correlato del error provocado y el consiguiente perjuicio suscitado en el patrimonio del sujeto víctima, secundado de la correspondiente voluntad realizativa.

En definitiva, esta Sala ha considerado que el engaño consiste en afirmar como verdadero algo que no lo es o en ocultar circunstancias relevantes para la decisión del perjudicado.

8.2.- En cuanto al concepto calificativo de "bastante" que se predica en el precepto del engaño, en SSTs 210/2021, de 9-3; 744/2021, de 5-10; 111/2022, de 10-2, ha sido objeto tradicionalmente de gran discusión doctrinal, y en este sentido se ha considerado, de un lado, que tal elemento ha de interpretarse en términos muy estrictos entendiéndose que el engañador ha de representar una verdadera "mise en scene" capaz de provocar error a las personas más "avispidas", mientras que, de otro, se parte de un concepto más laxo entendiéndose que el engañado puede ser el ciudadano medio, con conocimientos normales, de inteligencia y cuidado también normal, e incluso puede entenderse bastante cuando el estafador ha elegido a sus víctimas debido precisamente a su endeble personalidad y cultura (STS. 1243/2000 de 11.7).

La STS. 1508/2005 de 13.12 insisten en que la doctrina científica y la jurisprudencia coinciden en afirmar la dificultad para calificar de bastante una conducta engañosa. Suele afirmarse que la calidad del engaño ha de ser examinado conforme a un baremo objetivo y otro subjetivo. El baremo objetivo va referido a un hombre medio y a ciertas exigencias de seriedad y entidad suficiente para afirmarlo. El criterio subjetivo tiene presente las concretas circunstancias del sujeto pasivo. En otras palabras, la cualificación del engaño como bastante pasa por un doble examen, el primero desde la perspectiva de un tercero ajeno a la relación creada y, el segundo, desde la óptica del sujeto pasivo, sus concretas circunstancias y situaciones, con observancia siempre, de la necesaria exigencia de autodefensa, de manera que se exigirá en el examen del criterio subjetivo una cierta objetivación de la que resulta una seriedad y entidad de la conducta engañosa.

Por ello -hemos dicho en la STS. 918/2008 de 31.12- que modernamente se tiende a admitir la utilización de cierto contenido de "subjetividad" en la valoración objetiva del comportamiento con la idea de que no es posible extraer el significado objetivo del comportamiento sin conocer la representación de quien actúa. En el tipo de la estafa esos conocimientos del autor tienen un papel fundamental, así si el sujeto activo conoce la debilidad de la víctima y su escaso nivel de instrucción, engaños que en términos de normalidad social aparecen como objetivamente inidóneos, sin embargo, en atención a la situación del caso particular, aprovechada por el autor, el tipo de la estafa no puede ser excluido. Cuando el autor busca de propósito la debilidad de la víctima y su credibilidad por encima de la media, en su caso, es insuficiente el criterio de la inadecuación del engaño según su juicio de prognosis basado en la normalidad del suceder social, pues el juicio de adecuación depende de los conocimientos especiales del autor. Por ello ha terminado por imponerse lo que se ha llamado módulo objetivo-subjetivo que en realidad es preponderantemente subjetivo.

Pero además, en esta graduación del engaño, es preciso tener en cuenta la situación de peligro para el patrimonio sobre el que se desarrolla la conducta engañosa. Es decir, la valoración de la conducta engañosa difiere si ésta se desarrolla sobre un patrimonio en peligro, por su actuación en el mercado, o cuando éste no está en esa situación y la conducta engañosa, precisamente, supone su puesta en peligro, pues la misma se desarrolla contra un patrimonio que no tiene peligro alguno al tratarse de relaciones privadas entre autor y víctima del error con una proyección económica creada por la actuación del actor que utiliza la conducta engañosa (STS. 2464/2001 de 20.12). Ahora bien, debe también señalarse (SSTs. 1195/2005 de 9.10, 945/2008 de 10.12), que el concepto de engaño bastante, no puede servir para desplazar en el sujeto pasivo del delito todas las circunstancias concurrentes desplegadas por el ardid del autor del delito, de manera que termine siendo responsable de la maquinación precisamente quien es su víctima, que es la persona protegida por la norma penal ante la puesta en marcha desplegada por el estafador.

Quiere esto decir que únicamente el burdo engaño, esto es, aquel que puede apreciar cualquiera, impide la concurrencia del delito de estafa, porque, en ese caso, el engaño no es "bastante". Dicho de otra manera: el engaño no puede quedar neutralizado por una diligente actividad de la víctima (Sentencia 1036/2003, de 2 de septiembre), porque el engaño se mide en función de la actividad engañosa activada por el sujeto activo, no por la perspicacia de la víctima. De extremarse este argumento, si los sujetos pasivos fueran capaces siempre de detectar el ardid del autor o agente del delito, no se consumiría nunca una estafa y quedarían extramuros del derecho penal aquellos comportamientos que se aprovechan la debilidad convictiva de ciertas víctimas (los timos más populares en la historia criminal, estampita, engaño de la máquina de fabricar dinero o "filomish", billete de lotería premiado o "tocomocho", timo del pañuelo o "paquero", etc...).

8.3.- En definitiva, en la determinación de la suficiencia del engaño hemos de partir de una regla general que sólo debe quebrar en situaciones excepcionales y muy concretas. Regla general que enuncia la STS.



1243/2000 de 11.7 del siguiente modo: "el engaño ha de entenderse bastante cuando haya producido sus efectos defraudadores, logrando el engañador, mediante el engaño, engrosar su patrimonio de manera ilícita, o lo que es lo mismo, es difícil considerar que el engaño no es bastante cuando se ha consumado la estafa. Como excepción a esta regla sólo cabría exonerar de responsabilidad al sujeto activo de la acción cuando el engaño sea tan burdo, grosero o esperpéntico que no puede inducir a error a nadie de una mínima inteligencia o cuidado. Y decimos esto porque interpretar ese requisito de la suficiencia con un carácter estricto, es tanto como trasvasar el dolo o intencionalidad del sujeto activo de la acción, al sujeto pasivo, exonerando a aquél de responsabilidad por el simple hecho, ajeno normalmente a su voluntad delictual, de que un tercero, la víctima, haya tenido un descuido en su manera de proceder o en el cumplimiento de sus obligaciones. Esa dialéctica la entendemos poco adecuada cuando se trata de medir la culpabilidad del sometido a enjuiciamiento por delito de estafa, y que podría darse más bien en los supuestos de tentativa y, sobre todo, de tentativa inidónea".

La sentencia 476/2009 de 7.5, da respuesta a esta cuestión desde la construcción dogmática de la imputación objetiva, que permite afirmar que cuando se trata de delitos de resultado, el mismo es imputable al comportamiento del autor si éste crea un riesgo, jurídicamente desaprobado, y de cuyo riesgo el resultado (aquí el desplazamiento patrimonial perjudicial) es su realización concreta.

Esta sentencia analiza de forma minuciosa la hipótesis que pudiera calificarse de autopuesta en peligro. Es decir, cuando la víctima no es ajena con su comportamiento a la producción del resultado. Supuesto en que surge la necesidad de decidir si la víctima pierde la protección del Derecho Penal, bajo criterios de autorresponsabilidad, o si, por el contrario, debe mantenerse la atribución de responsabilidad al autor que creó el riesgo. Lo determinante sería la existencia de ámbitos de responsabilidad diferenciados, con determinación normativa previa a la imputación.

Y en este sentido la citada sentencia 476/2009, nos dice: "Parece claro que no puede entenderse cometido el tipo penal de estafa, como cualquiera otro tipo de los que implican desplazamiento o sustracción patrimonial, a los que es común que la víctima sufra la pérdida de una cosa, si esa pérdida puede imputarse plenamente a quien -generalmente la víctima- era tenedor o poseedor de esa cosa.

Pero esa imputación a la víctima de la pérdida no cabe si el poseedor no ha tomado parte alguna en aquélla, ni de manera activa ni por omisión. Y tampoco si, habiendo tenido esa participación, concurre alguna causa obstativa de la imputación. Lo que puede ocurrir por encontrarse el poseedor en situación que le imposibilita intervenir o de desconocimiento de la eventualidad de tal desposesión. En algunos casos puede ser un tercero el que provoca el comportamiento de la víctima, privándole de autonomía o generándole un error. Entonces la imputación solamente podrá hacerse a quien ha puesto tal causa que obsta que pueda hacerse la misma a la víctima.

8.4.- En el caso de la estafa no cabe imputar a la víctima el desapoderamiento que resulta, cuando no actúa voluntariamente. Y no cabe hablar de voluntariedad, en ese sentido, aun cuando el acto de desplazamiento sea voluntario, si esa voluntad es fruto del engaño, como si lo es de la violencia o de la ignorancia....

No existirá la imputación que la doctrina denomina "de segundo nivel", cuando, aun pudiendo predicarse la voluntad del acto en el sujeto, éste actúa bajo error exculpante, que no sobre el tipo. Eso ocurre si no le era exigible una actitud de atención mayor que la desplegada. La víctima no puede entonces estimarse "culpable" del error padecido.

En este punto es cierto que como señalan las SSTs. 95/2012 de 23.2, 581/2009 de 2.6, 368/2007 de 9.5, 1276/2006 de 20.12, 898/2005 de 7.7, y 1227/2004 de 18.10, en los delitos contra el patrimonio -estafa señaladamente- la protección penal debe limitarse a los casos en que la acción del autor ha vencido los mecanismos de defensa dispuestos por el titular del bien o del patrimonio.

Singularmente, en el delito de estafa, no basta para realizar el tipo objetivo con la concurrencia de un engaño que causalmente produzca un perjuicio patrimonial al titular del patrimonio perjudicado, sino que es necesario todavía, en un plano normativo y no meramente ontológico, que el perjuicio patrimonial sea imputable objetivamente a la acción engañosa, de acuerdo con el fin de protección de la norma, requiriéndose, a tal efecto, en el art. 248 CP que ello tenga lugar mediante un engaño "bastante". Por tanto, el contexto teórico adecuado para resolver los problemas a que da lugar esta exigencia típica es el de la imputación objetiva del resultado.

Como es sabido, la teoría de la imputación objetiva parte de la idea de que la mera verificación de la causalidad natural no es suficiente para la atribución del resultado, en cuanto, comprobada la causalidad natural, se requiere además verificar que la acción ha creado un peligro jurídicamente desaprobado para la producción del resultado, que el resultado producido es la realización del mismo peligro creado por la acción y en cualquier caso, que se trate de uno de los resultados que quiere evitar la norma penal.



En consecuencia, el primer nivel de la imputación objetiva es la creación de un riesgo típicamente relevante. El comportamiento ha de ser, pues, peligroso, esto es, crear un determinado grado de probabilidad de lesión o puesta en peligro del bien jurídico protegido. El juicio de probabilidad (prognosis posterior objetiva) requiere incluir las circunstancias conocidas o reconocibles que un hombre prudente en el momento de la acción más todas las circunstancias conocidas o reconocibles por el autor sobre la base de sus conocimientos excepcionales o al azar.

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

Ahora bien, destaca la doctrina, que el riesgo creado no debe ser un riesgo permitido. En la medida en que el engaño se contenga dentro de los límites del riesgo permitido es indiferente que la víctima resulte en el supuesto particular engañada por su excesiva credibilidad, aunque ello sea conocido por el autor. La adecuación social del engaño excluye ya la necesidad de valoraciones ulteriores sobre la evitabilidad o inevitabilidad del error. En consecuencia, el juicio de idoneidad del engaño en orden a la producción del error e imputación a la disposición patrimonial perjudicial comienza a partir de la constatación de que el engaño no es de los socialmente adecuados o permitidos.

Como último estadio de la imputación objetiva adquiere especial relevancia en el tipo de la estafa el alcance de la protección de la norma, que constituye un criterio fundamental para delimitar el ámbito típico de la estafa y llevar sus justos términos el principio de la función de protección subsidiaria que corresponde al Derecho penal.

8.5.- En este contexto adquiere su verdadero significado la cuestión de la lesión por la víctima de sus deberes de autoprotección a la que se refiere la sentencia de esta Sala de 29.10.98, para negar la adecuación de la conducta al tipo objetivo de la estafa.

Desde este punto de vista, puede decirse que el tipo penal de la estafa protege el patrimonio en la medida en que su titular haya observado el comportamiento exigible en orden a su protección, pero no en el caso en que se haya relajado en la observancia de sus deberes de autotutela primaria. Por tanto, en la medida en que el error que sufre el sujeto pasivo, en atención a las circunstancias del caso particular, las relaciones entre autor y víctima y las circunstancias subjetivas de esta última, resulta evitable con una mínima diligencia y sea exigible su citación, no puede hablarse de engaño bastante y en consecuencia no puede ser imputado el error a la previa conducta engañosa quebrándose la correspondiente relación de riesgo pues "bastante" no es el engaño que puede ser fácilmente evitable, sino aquel que sea idóneo para vencer los mecanismos de defensa puestos por el titular del patrimonio perjudicado. En estos casos el error es producto del comportamiento negligente de la víctima. Por eso se ha podido decir que la constatación de la idoneidad general es un proceso normativo que valora tanto la intensidad del engaño, como las causas, a la hora de establecer la vencibilidad del engaño por parte de la víctima.

La cuestión de cuando es exigible un comportamiento tendente a la evitación del error depende de cada caso, de acuerdo con las pautas sociales en la situación concreta y en función de las relaciones entre el sujeto activo y el perjudicado.

Se trata de un problema de distribución de riesgos y fundamentación de posiciones de garante, por ejemplo, una estrecha relación mercantil basada en la confianza puede fundamentar el deber de garante en el vendedor que tiene la obligación de evitar la lesión patrimonial de la otra parte.

Con todo existe un margen en que le está permitido a la víctima un relajamiento de sus deberes de protección, de lo contrario se impondría el principio general de desconfianza en el tráfico jurídico que no se acomoda con la agilidad del sistema de intercambio de bienes y servicios de la actual realidad socio-económica. El ámbito del riesgo permitido dependerá de lo que sea adecuado en el sector en el que opere, y entre otras circunstancias, de la importancia de las prestaciones que se obliga cada parte, las relaciones que concurren entre las partes contratadas, las circunstancias personales del sujeto pasivo y la capacidad para autoprotgerse y la facilidad del recurso a las medidas de autoprotección.



8.6.- En el caso presente, en los hechos probados -cuyo escrupuloso respeto exige la vía casacional del art. 849.1- se recoge con total claridad, como los acusados, aprovechando la enfermedad de su hija menor, urdieron un plan para obtener un lucro patrimonial ilícito, constituyendo a tal fin la ASOCIACIÓN Gracia PARA LA TRICOTIODISTROFIA Y ENFERMEDADES RARAS DE BALEARES, cuyo objeto social era recaudar fondos y ayudas para la investigación de la enfermedad, informar y ayudar a familias con niños con enfermedades raras e informar a las Administraciones Públicas de enfermedades raras, cuando en realidad la finalidad era obtener el enriquecimiento personal de los acusados. Así, en el factum se narra como los acusados estuvieron solicitando ayudas y donativos con la excusa de sufragar tratamientos farmacológicos, médicos y quirúrgicos para la menor y para investigar la enfermedad que la misma padecía, constando que han realizado frecuentes e importantes reintegros de la cuenta bancaria de la Asociación y han pagado con cargo a dicha cuenta el alquiler de vivienda y locales de los que han disfrutado a lo largo de los años, así como la compra de vehículos y la concertación de seguros de todo tipo, pagos de hoteles, compras y consumos diversos.

Como señala la sentencia recurrida, la simulación generada por los acusados al aparecer en medios de comunicación de masas, compareciendo con su hija de corta edad, apelando a la generosidad del público ante la urgencia de costosas atenciones médicas irreales y anunciando un desenlace de compromiso vital inminente de no recibir tales cuidados, también irreales, al tiempo que facilitaban un número de cuenta bancaria como canal recaudador de los donativos buscados, constituye un marco objetivo perfectamente idóneo para suscitar humanos sentimientos de solidaridad con la niña y sus padres, y, en consecuencia, también moverles a realizar las aportaciones buscados por los acusados, que lograron de ese modo sorprender la buena fe y la mejor voluntad de diversas personas que pensaban contribuían a la curación de la menor, sin que tuvieran a su alcance ninguna posibilidad de desenmascarar a los defraudadores.

8.7.- En relación a las donaciones realizadas por el Grupo Inversor para el Desarrollo SL, cuestiona el recurrente que una sociedad como es la referida, constituida para promover el desarrollo y la investigación, haya podido ser engañada por los acusados y también que las cantidades donadas a la asociación de los acusados hubieran sido movidas por un engaño previo y bastante, pues alega que de una sociedad de aquellas características cabía esperar una indagación mayor sobre las informaciones que hubiera podido recibir de los acusados.

Pretensión inaceptable. La sentencia recurrida razona de la misma manera que la anteriormente expresada para la desestimación del motivo, toda vez que la ficción generada por los acusados se basaba en una relación de confianza derivada de la agobiante situación que presentaban, lo que no daba lugar a una investigación derivada de desconfianza.

8.8.- Y respecto a que no se sepa el importe de la defraudación dado el fallo de la sentencia recurrida anulando los pronunciamientos civiles realizados en favor del "resto de los perjudicados", lo que se ordena es la retroacción de la causa al momento del dictado de la sentencia de la Audiencia, a fin de que por el mismo Tribunal se confiera nueva redacción a la misma individualizando los perjudicados que hayan de resultar indemnizados y también los importes respectivos de las donaciones que hayan de recuperar (como explica en el fundamento de derecho segundo, motivo 8). Pronunciamiento excluido del recurso de casación, conforme establece el art. 847.2 LECrim.

8.9.- Finalmente, no resulta ocioso destacar las consideraciones que se contienen en la STS 262/2019, de 24-5, sobre la salud como bien de utilidad social, en un caso que guarda cierta similitud con el presente: acusados que organizaron "falazmente" una cena baile en favor de varios niños con enfermedades, con la finalidad de donar la recaudación a sus padres para sufragar los gastos inherentes al tratamiento médico precisado, y sin embargo, se quedaron con la total recaudación, y que aplicó la agravante nº 1 del art. 250 CP, objeto del delito sobre bienes de utilidad social -agravación que en el caso presente no se ha solicitado por las acusaciones-.

Dice así referida sentencia:

"Esta Sala debe estimar que el concepto salud y todos aquellos escenarios relacionados con la misma, donde se cometa un delito de estafa, en cuanto a la aplicación de la agravación por concurrencia de una de las circunstancias que concurren en el precepto, está incluido entre los bienes de utilidad social expuestos en el nº 1 del art. 250.1 CP.

No podemos negar, por ello, que la salud es, hoy en día, un bien, tanto individual, como colectivo, que se puede categorizar entre aquellos que pueden ser considerados como bienes de utilidad social. Y ello, porque afecta a naturaleza propia del ser humano y tiene, por sí misma, una proyección que puede enfocarse ad intra, cuando, por ejemplo, bajo esta perspectiva se ataca a la salud individual, no físicamente en este escenario, sino utilizando medios mendaces para poder engañar a una persona que pueda padecer una enfermedad y se le ofrezcan, por ejemplo, remedios que, en modo alguno, mejorarán la grave situación de su enfermedad. Y,



también, puede proyectarse ad extra cuando se trata de utilizar instrumentos fraudulentos para, por medio de engaño, atacar al valor de la salud individual o pública como un bien de reconocida utilidad social.

La salud y las múltiples variantes en las que ésta se manifiesta debe tener un relevante campo de protección en el campo del derecho penal, suponiendo un plus de agravación cuando el ilícito penal se conecta de forma directa o indirecta con el valor "salud". Y en este escenario, la vía del art. 250.1.1º CP resulta proporcional y adecuada para aplicar una agravación en los supuestos donde se apliquen las agravantes del art. 250 CP, y, en concreto, su apreciación como bien de reconocida utilidad social digna de protección pública.

Así pues, la cuestión nuclear que tratamos en este motivo se centra en ubicar adecuadamente el empleo del medio engañoso cuando afecta a la salud, como vía para engarzarlo en la agravación de la penalidad, al situarlo en la configuración de bien de utilidad social. Y ello, por la evidente mayor reprochabilidad penal que se ciñe cuando las conductas típicas del empleo del engaño bastante con ánimo de lucro afectan, o tienen incidencia, en la salud de las personas, lo que ocurrirá, como este caso, cuando bajo el pretexto de "procurar la mejora en la salud de una persona", -y en este caso menores- se utiliza un ardid, trampa, o argucia para conseguir el convencimiento de las personas para que colaboren en conseguir ese bien máximo que es la salud, mediante trabajo y/o aportaciones para un aparente fin altruista, como es recaudar fondos para esa mejora de la salud, cuando el objetivo final es de apropiación de las sumas recaudadas, lo que integra el delito de estafa por el empleo de engaño bastante, ánimo de lucro y perjuicio a tercero, mediante el instrumento o "efecto llamada" de procurar la mejora en la salud de unos menores, lo que permite "mover las conciencias" de muchos ciudadanos que mediatizados por ese objetivo realizan trabajos y aportaciones económicas que al incorporarse al patrimonio del sujeto activo del delito integran el delito de estafa con la agravación específica del art. 250.1.1º CP.

En estos casos se instrumentaliza el concepto de la salud para alcanzar el convencimiento de la sociedad y que colaboren los ciudadanos en la apariencia orquestada por el sujeto activo para conseguir ese engaño determinante de la estafa, y en la pluralidad de sujetos pasivos que son movidos por el fin de conseguir la mejora en la salud.

Bajo esta tesis, resulta evidente que la estafa recae sobre un bien de reconocida utilidad pública, ya que el art. 250.1.1º CP permite aplicar la agravación cuando afecta la estafa a otros bienes de reconocida utilidad social, y entre ellas la salud.

Y en efecto, mayor bien que el destinado a atender económicamente la salud de unos niños enfermos no podría existir, por lo que la agravación está correctamente aplicada. Existe una perversidad de la conducta de los condenados, ya que aprovechándose de la enfermedad de unos menores pretenden despertar la conciencia de los ciudadanos para que adquieran las entradas para el pretendido fin benéfico. No se trata de una estafa más. Se trata de una estafa cuyo acicate se disfraza para contribuir a un fin social de contenido humanitario que determina el desplazamiento patrimonial.

Debe ponerse de manifiesto, también, que la declaración de la utilidad pública, o del interés social, hace referencia a la causa o fin que justifica la protección de ese bien sobre el que gira esa necesidad de protección por su destacada proyección social.

La distinción entre utilidad pública e interés social traduce la amplitud con que se configura la causa y razón de protección, ya que ésta puede consistir tanto en un fin cuya cuestión esté legalmente atribuida a las administraciones públicas (utilidad pública), como en un fin ciertamente social tutelado como tal, pero que puede estar, y normalmente está, entregado en su realización a la actividad privada (interés social). Pero en ambas opciones serían intereses tutelados por la vía del art. 250.1.1º CP.

La doctrina destaca en este punto por cosas de utilidad social, en sentido propio, hay que entender las directamente destinadas a la satisfacción de fines colectivos [STS, Sala 2.ª, núm. 981/2001, de 30 de mayo (Rec. 1663/1999)]. Constituyen también un elemento normativo y se extienden al conjunto de cosas típicas más allá de las de primera necesidad y que cumplen fines colectivos o satisfacen necesidades consideradas beneficiosas para el conjunto de los integrantes del grupo social, aunque se atribuyan a uno o varios de los individuos concretos que lo componen.

Y en este caso debe entenderse que no puede entenderse como una estafa básica del art. 248 CP la redacción de un hecho probado donde la salud de unos niños enfermos, como bien a tratar y cuidar por la comunidad, sea el elemento determinante de la estafa, donde concurre el engaño bastante para mover las voluntades de los sujetos en aras a la consecución de un fin colectivo, cual es que los niños que estaban enfermos pudieran tener más opciones de recuperarse si se recaudaba dinero para darles un mejor tratamiento en base a las mejores disponibilidades económicas de sus padres. Pero, lejos de ello, ese pretendido "objetivo social" se desvaneció



cuando se detectó que no era para ese fin el dinero recaudado, sino para el enriquecimiento personal de los condenados.

La salud de los menores, que era el destino de la recaudación, debe configurarse, por ello, como un bien que los comensales trataban de atender y fue lo que movió las conciencias de los ciudadanos como engaño bastante determinante de la estafa, ya que la perversidad social de los condenados determinó un aprovechamiento de esta enfermedad para conseguir estos desplazamientos patrimoniales que deben encuadrar los hechos, como así hizo el Tribunal en una agravación de la conducta por su mayor reproche social, y por ende, penal, como así ha ocurrido.

Mayor reprochabilidad penal cuando queda afectada la salud como bien digno de especial protección.

La reprochabilidad penal mayor que conlleva la justificación de la aplicación del art. 250.1.1º CP y permite agravar la penalidad tiene su máxima expresión cuando afecta a bienes como la salud, y operaría en estafas que utilizan ese "aprovechamiento" del pretexto de la salud de las personas para ejercer un vencimiento psicológico en la colaboración de las personas de colaborar en una causa justa, como lo es conseguir el bien máspreciado del ser humano, como es la salud física y/o mental.

De esta manera, esta agravación se daría, por ejemplo, cuando se llevan a cabo actos mendaces de estafa contra asociaciones destinadas a promover la salud de las personas aprovechando su vulnerabilidad, ya que éstas encarnan la protección del bien de utilidad social, como lo es el de la salud de las personas que tratan de tutelar, o cuando una persona se ampara, como en este caso, en destinar un dinero que se recaudará en una gala benéfica para unas personas que sí que padecen una enfermedad, engañando, tanto a los familiares de los enfermos, como a quienes ponen los medios para esa gala, y a quienes aportan el dinero por ese justo fin que es la protección y mejora de la salud.

También concurriría ante una pretendida enfermedad de alguien, o de su entorno, para conseguir subvenciones por las aportaciones de terceros, llevados por la crudeza del alegato acerca de esa grave enfermedad, cuando tal enfermedad no existe.

La agravación de estas conductas viene provocada por la especial perversidad de quien se aprovecha de la salud, como bien de reconocida utilidad pública y social, como medio para conseguir el cobro de cantidades que se ingresan en el patrimonio del estafador, en lugar de hacerlo en el destino anunciado de su salud, de alguien de su entorno, o de terceros, ejerciendo, en este caso, el estafador como intermediario en la gestión."

NOVENO.- El motivo noveno por infracción de ley art. 849.1 LECrim: indebida aplicación del art. 74 CP.

El motivo reproduce lo ya expuesto en apelación:

- En primer lugar en la inexistencia del delito continuado de estafa dado que desde el año 2010 a 2016 existen tres periodos concretos e inconexos: etapa anterior a la Navidad del año 2010, un segundo desde septiembre 2012 a enero 2013, y por último un tercero que abarcaría los años 2015 a 2016, lo que implicaría que la primera etapa anterior a la Navidad de 2010, estaría prescrito por aplicación del plazo vigente al tiempo de los hechos, 3 años para el delito menos grave.

- En segundo lugar aplica la continuidad delictiva del tipo agravado de estafa del art. 250.1.5ª (más de 50.000 €) y en el plano de determinación de la pena aplica la pena en su mitad superior. Es decir, parte de un arco punitivo que va desde 1 año a 6 años prisión, siendo la mitad superior la pena mínima a imponer por aplicación del art. 74.2 CP. Sin embargo, el tipo delictivo de estafa agravado ya penaliza y eleva el tipo básico a tipo agravado, y por este motivo volver a penalizar imponiendo la pena en su mitad superior, provoca vulnerar el ne bis in idem. Por lo tanto, si se mantiene el delito continuado a la hora de determinar la pena a imponer, debemos ir en toda su extensión (de uno a seis años).

El motivo se desestima.

9.1.- El delito continuado no es más que una construcción penológica por medio de la cual los varios delitos cometidos por una persona se sancionan con una pena unitaria. No es, pues, un solo delito, sino varios sancionados como uno que se denomina así como "delito continuado", -tal vez sería preferible hablar de "delito en continuidad delictiva"-.

Nació como una construcción jurisprudencial para atemperar las rígidas consecuencias del concurso real, STS 670/2018, de 19 de diciembre, y se convirtió posteriormente en ley, que dejó claro al intérprete que cuando los bienes jurídicos atacados fueran eminentemente personales, siempre será aplicable el art. 73 CP, y cuando se trate de infracciones contra el honor o la libertad e indemnidad sexuales, que afectan al mismo sujeto pasivo, se aplicará lo dispuesto en el apartado 3 del art. 74 del propio Código, para tomar en consideración, o no, la continuidad delictiva.



Realidad jurídica del delito continuado que, conforme la STS 650/2018, de 14 de diciembre, requiere: a) Un elemento fáctico consistente en la pluralidad de acciones u omisiones de "hechos típicos diferenciados que no precisan ser singularizados ni identificados en su exacta dimensión", por ello "esa pluralidad dentro de la unidad final es lo que distingue al delito continuado del concurso ideal de delitos", ya que "en éstos la acción es única aunque los delitos sean plurales; en aquél las acciones son plurales pero el delito se valora como único".

b) Una cierta "conexidad temporal" dentro de esa pluralidad, no debiendo transcurrir un lapso de tiempo excesivo, pues una gran diferencia temporal debilitaría o haría desaparecer la idea del plan que como elemento ineludible de esta figura delictiva examinaremos a continuación.

c) El requisito subjetivo de que el sujeto activo de las diversas acciones las realice "en ejecución de un plan preconcebido o aprovechando idéntica ocasión". Es el elemento más importante que realmente provoca la unidad delictiva en que consiste la continuidad, aunque deba distinguirse entre lo que supone el plan preconcebido y el aprovechamiento de una igual ocasión. Lo primero hace referencia al dolo conjunto o unitario que debe apreciarse en el sujeto al iniciarse las diversas acciones, y que se trata de "una especie de culpabilidad homogénea, una trama preparada con carácter previo programada para la realización de varios actos muy parecidos"; lo segundo se da, no cuando la intencionalidad plural de delinquir surja previamente, sino cuando el dolo se produce ante una situación idéntica a la anterior que hace "caer" al delincuente en la comisión delictiva, repitiéndola.

d) Homogeneidad del "modus operandi" en las diversas acciones, utilizando métodos, medios o técnicas de carácter análogo o parecido.

e) El elemento normativo de que sean iguales o semejantes los preceptos penales conculcados, tengan como substrato la misma norma y que ésta tutele el mismo bien jurídico, (homogeneidad normativa).

f) Que el sujeto activo sea el mismo en las diversas acciones fraccionadas", aunque la moderna doctrina jurisprudencial admite la participación adhesiva, por lo que cabría la variación de sujeto activo (SSTS. 97/2010 de 20.2, 89/2010 de 10.2, 860/2008 de 17.12, 554/2008 de 24.9, 11/2007 de 16.1, 309/2006 de 16.3).

Desde el punto de vista negativo no es posible obviar que no es necesaria la identidad de sujetos pasivos -el delito continuado admite uno o varios sujetos pasivos, la exigencia del perjuicio a una generalidad de personas solo se exige en el denominado delito masa que permite la pena superior en uno o dos grados-, los bienes jurídicos no han de ser acentuadamente personales; y no es precisa la unidad espacial y temporal disgregador que las haga parecer ajenas y desentendidas unas de otras, problema que habría de examinarse racional y lógicamente en cada supuesto. El delito continuado precisa a este respecto que, por encima del tiempo, haya una ligazón o causa común, aunque diluya la unidad temporal (SSTS 169/2000, de 14 de febrero; 505/2006, de 10 de mayo; 919/2007, de 20 de noviembre; 354/2014, de 9 de mayo).

De modo que estaremos en presencia de dicha construcción punitiva denominada delito continuado, cuando concurra una pluralidad de acciones u omisiones que dentro de un mismo plan preconcebido del autor, o aprovechando la misma ocasión, infrinjan el mismo o similar precepto penal, naturalmente siempre que se perpetren dentro de una proximidad temporal y actuando el autor con un dolo unitario, y obviamente siempre que se trate de varios delitos no juzgados con anterioridad, ni fragmentados por la acción del Estado en su función de persecución delictiva.

9.2.- En el caso actual, esta cuestión fue planteada en la instancia y apelación y desestimada con argumentos asumibles en esta vía casacional.

En efecto, tal como razona la sentencia recurrida: "basta con acudir a la secuencia de hechos declarados probados para constatar cómo a lo largo del espacio temporal abarcado allí (desde la primera comparecencia pública ante los medios, que se ubica temporalmente en 28 de noviembre de 2008 en "Balears en Acció" y la constitución de la Asociación en 28 de febrero de 2009, hasta su detención en 6 de octubre de 2016) no existe ningún período relevante (a efectos de prescripción) de cese en las maquinaciones desplegadas para la obtención de donativos, habiendo llegado a contabilizarse un total de 13 apariciones en IB3 tv entre 2010 y 2013, 8 apariciones en el programa "Espejo Público" de Antena 3 entre 2012 y 2016, además de sendas entrevistas en La Vanguardia y El Mundo, a las que han de añadirse las entrevistas con padres de alumnos del centro en que cursaba su hija desde el curso escolar 2013-2014; manteniéndose todo ese período en la percepción de los donativos efectuados por sus víctimas, de los que se han traído para el cálculo del botín, exclusivamente, los ingresados entre los años 2014 a 2016 (a los que alcanza el informe patrimonial realizado por MMEE), además del ingreso puntual efectuado en 2012 por valor de 10.000 euros por la sociedad Grupo Inversor para el Desarrollo, S.L.

Así pues, no podemos más que coincidir con las valoraciones realizadas en el fundamento cuarto de la sentencia recurrida cuando atribuye a un mero artificio la pretensión defensiva de fragmentar estos hechos en



tres períodos autónomos a efectos de su calificación jurídica, llegando a proponer la prescripción de primero de ellos (con olvido de la regla de cómputo de los plazos de prescripción prevista en el art. 132.1 del CP) y la tentativa para la estafa que radica cometida entre los años 2015 y 2016, como si en ese período no hubiere ingresado donativos y no hubiese dejado evidencia cumplida del destino proyectado para ellos, su lucro personal. Como también coincidimos con la Audiencia cuando aprecia la concurrencia de todos los elementos contemplados en el art. 74 del CP en estos términos: "Los acusados, (...), durante el largo periodo temporal reflejado en el relato fáctico de la sentencia llevaron a cabo de manera reiterada una pluralidad de actos de naturaleza homogénea que respondían a un dolo unitario y una misma dinámica comisiva, los cuales no pueden ser considerados aislados unos de otros ni desconectados en el tiempo, siendo que todos ellos tendían a un único e idéntico fin, cual era la obtención fraudulenta de ingresos para su enriquecimiento personal,...". Pero es que, sin duda, la calificación jurídica ahora cuestionada es la más favorable para los acusados, máxime si ya desde posiciones acusatorias se descarta toda posibilidad de acudir a la calificación de los hechos y sanción que habilita el art. 74.2 in fine del CP."

9.3.- La segunda cuestión, relación entre delito continuado y el tipo agravado del art. 250.1.5º, en cuanto a la posible vulneración del principio "non bis in ídem", al valorarse conjuntamente el delito continuado y la agravación del art. 250.1-5ª, la Sala Segunda del Tribunal Supremo, SS 8/2008, de 24 de enero; 483/2012, de 7 de junio; 433/2014, de 13 de diciembre; 737/2016, de 5 de octubre; 211/2017, de 29 de marzo; 877/2017, de 13 de diciembre; 152/2018, de 2 de abril, 222/2018, de 10 de mayo; 650/2018, de 14 de diciembre, tiene declarado declaran que el delito continuado no excluye la agravante de los hechos que individualmente componen la continuidad delictiva. Es decir que si en uno de los hechos concurre una circunstancia agravante, como es la del art. 250.1.5 CP, ésta debe ser considerada como agravante de todo el delito continuado, aunque en otros hechos no haya concurrido la agravante. Ello quiere decir que en estos casos no existe vulneración del principio non bis in ídem.

Incluso respecto a la hipótesis más controvertida doctrinalmente, cuando las distintas cuantías defraudadas fueran individualmente insuficientes para la cualificación del art. 250.1. 5º, pero sí globalmente consideradas, el Pleno de esta Sala Segunda de 30 octubre 2007, acordó:

"El delito continuado siempre se sanciona con la mitad superior de la pena, cuando se trata de delitos patrimoniales la pena básica no se determina en atención a la infracción más grave, sino al perjuicio total causado.

La regla prevenida, art. 74.1 del CP., queda sin efecto cuando su aplicación fuese contraria a la prohibición de la doble valoración".

Acuerdo que lleva en estos supuestos a la aplicación del art. 250.1.5, cuando los delitos, aún inferiores a 50.000 euros, en conjunto sí superan esa cifra, si bien no se aplica el párrafo 1º del art. 74, sino el 2º; pues la suma de las cuantías ya se tiene en cuenta para agravar la pena, aplicando la del art. 250.1 y no la del art. 249 CP.

En este sentido es significativa la STS. 950/2007 de 13.11, que acogió como doctrina correcta la que entiende que si bien el artículo 74.2 constituye una regla específica para los delitos patrimoniales, tal especificidad solo se refiere a la determinación de la pena básica sobre la que debe aplicarse la agravación, de forma que el artículo 74.1 es aplicable como regla general cuando se aprecie un delito continuado, salvo en aquellos casos en los que tal aplicación venga impedida por la prohibición de doble valoración. Dicho de otra forma, la agravación del artículo 74.1 solo dejará de apreciarse cuando la aplicación del artículo 74.2 ya haya supuesto una agravación de la pena para el delito continuado de carácter patrimonial.

La Sala ha entendido hasta ahora de forma pacífica que cuando se trata de infracciones patrimoniales, la pena se impondrá teniendo en cuenta el perjuicio total causado conforme dispone el artículo 74.2 CP. De manera que, si la suma de ese perjuicio es superior a 50.000 euros, la pena procedente es la prevista en el artículo 250.1. 5º y si es inferior a esa cifra la del artículo 249.

Cuando esa cifra (la relevante para incrementar la pena básica) se alcanza por la suma de las diferentes infracciones, acudir a la agravación del apartado 1 del artículo 74 vulneraría la prohibición de doble valoración de una misma circunstancia o de un mismo elemento, pues de un lado se ha tenido en cuenta para acudir al artículo 250.1. 5ª, con la consiguiente elevación de la pena y de otro se valoraría para acudir al artículo 74.1, agravándola nuevamente. Ello conduciría a determinar la pena conforme al perjuicio total causado, pero sin que fuera preciso imponerla en su mitad superior, de forma que el Tribunal podría recorrer la pena en toda su extensión.

Por lo tanto, la regla del artículo 74.2 resulta específica para los delitos contra el patrimonio en el sentido de que la pena básica que debe ser tenida en cuenta en el caso de estos delitos continuados no es la correspondiente a la infracción más grave sino la correspondiente al perjuicio total causado, ambas en su mitad superior



(pudiendo alcanzar hasta la mitad inferior de la pena superior en grado). De esta forma, el delito continuado patrimonial recibiría un trato penológico similar a cualquier otro delito continuado.

Como excepción a la regla anterior se presentan aquellos casos en los que la aplicación del artículo 74.1 infringiera la prohibición de doble valoración, lo que tendría lugar cuando la valoración del perjuicio total causado ya supusiera un aumento de la pena correspondiente a las infracciones cometidas separadamente consideradas.

En consecuencia, el delito continuado se debe sancionar con la mitad superior de la pena que puede llegar hasta la mitad inferior de la pena superior en grado con independencia de la clase de delito de que se trate. Cuando se trata de delitos patrimoniales la pena básica que debe ser incrementada con arreglo al artículo 74.1 no se determina en atención a la infracción más grave, sino al perjuicio total causado. Y, finalmente, la regla contenida en el artículo 74.1, solo queda sin efecto cuando su aplicación fuera contraria a la prohibición de doble valoración, es decir en aquellos casos en los que la pena ya haya sido incrementada en atención al perjuicio total causado por tratarse de delito continuado.

Con tal criterio interpretativo se pretende que la regla especial establecida en el art. 74.2 para los delitos de naturaleza patrimonial no siempre excluya la simultánea aplicación de la regla genérica contenida en el art. 74.1. Tal regla genérica quedaría automáticamente excluida cuando el importe total del perjuicio ha determinado ya un cambio de calificación jurídica y la correlativa agravación por la continuidad, es decir en aquellos casos en que, por razón del importe total del daño patrimonial, se desplazan del tipo básico al tipo cualificado. En estos casos la aplicación incondicional del art. 74.1 determinaría la vulneración del "non bis in ídem" (SSTS 8/2008, de 24-1; 483/2012, de 7-6; 433/2014, de 13-12; 737/2016, de 5- 10; 211/2017, de 29-3; 877/2017, de 13-12; 222/2018, de 10-5; 650/2018, de 14-12).

9.4.- En el caso presente, esta cuestión también fue planteada en apelación y desestimada por la sentencia recurrida que razonó que:

"La premisa de partida que esgrime la defensa no se cumple, pues la Audiencia no recurre al doble mecanismo agravatorio que contemplan, por un lado, la agravante específica de cuantía notoria (50.000 euros) y, por otro, la continuidad delictiva en aplicación del art. 74.1 del Código Penal. Como es de ver en el fundamento de derecho séptimo de la sentencia recurrida, en que se ofrecen las razones por las que la Audiencia llega al concreto reproche dispuesto para cada uno de los acusados, se constata que el punto de partida de la individualización punitiva se halla en la calificación realizada de los hechos sometidos a su enjuiciamiento, esto es, de la pena marco prevista en el art. 250.1 del Código Penal (después de haber excluido la calificación propuesta por la acusación particular en aplicación del art. 250.2 in fine del mismo Código en redacción conferida en L.O. 1/2015, de 30 de marzo) al estimar presente el motivo 5º de agravación previsto en dicho artículo, teniendo en cuenta para ello el perjuicio total causado con la defraudación, que excede y con mucho (en 8 veces) de los 50.000 euros fijados ya en la legalidad penal previa a la L.O. 1/2015, de 30 de marzo. Y es a partir de esa penalidad marco (que le permite al tribunal moverse entre uno y seis años de prisión y en una multa entre los seis y los doce meses) dentro de la cual el tribunal hace uso del arbitrio que le reconoce la regla 6ª del art. 66.1 del Código Penal, en escenario de no concurrencia de circunstancias simples de atenuación ni de agravación, para imponer la pena en la extensión que estime adecuada a la gravedad de los hechos, por un lado, y a las circunstancias personales de los culpables, por otro.

Precisamente en la identificación de esas circunstancias, tanto objetivas como subjetivas, de influencia obligada en la decisión sobre el merecimiento de pena de uno y otro acusado, es en lo que empeña el fundamento séptimo de su sentencia, cuando recurre a "la naturaleza de los hechos y circunstancias en que se produjeron los mismos y de la gravedad y reprochabilidad de la conducta observada en cada uno de los acusados (siendo evidente la mayor relevancia e importancia en el papel desempeñado por Gracia fcia y), así como del importe y valor de lo defraudado". No será preciso reiterar aquí las razones ofrecidas por la Audiencia para justificar la intensidad del reproche dispensado. Cualquier persona que se aproxime a la naturaleza de los hechos y a las circunstancias personas de los acusados, que verifique el lucro logrado por tan despreciable proceder y el destino parcialmente conferido a los fondos obtenidos con el pretexto de estar en juego la vida de su propia hija, valorará plenamente justificada la reacción dispensada para uno y otro acusado.

Así pues, la Audiencia ha hecho un uso racional y atendible del arbitrio legal que le faculta para individualizar la pena a imponer dentro del marco legal previsto para el delito cometido, justificando también las razones que le han llevado a discriminar favorablemente la conducta de la acusada respecto de la del acusado, por el superior relieve que confiere a este último, sin que se identifique la infracción de legalidad denunciada, pues no ha necesitado la Audiencia recurrir a la agravación punitiva prevista en el art. 74.1 del Código Penal para llegar a las penas finalmente impuestas a los acusados."



Razonamiento de la sentencia que no ha sido propiamente cuestionada en esta vía casacional al limitarse a reiterar la misma argumentación ya rechazada por el Tribunal Superior de Justicia.

DÉCIMO.- El motivo décimo por infracción de ley, art. 849.1 LECrim, indebida aplicación del art. 127 CP.

Cuestiona el decomiso decretado respecto de vehículos, relojes, equipos informáticos y dinero en efectivo intervenidos, dado el exceso de valor que tendrían estos elementos decomisados respecto del importe global en que se ha fijado el lucro neto obtenido como producto de la estafa cometida, 402.232,65 €, de los cuales 314.212,65 € aparecen consignados en la cuenta de consignaciones.

Se dice en el motivo que dado el valor asignado a la colección de relojes que se han tasado en 60.000 €, el precio de adquisición del vehículo de la asociación -24.745 €, los 2.180 € intervenidos en el momento de la detención, y el valor estimado para los equipos informáticos también intervenidos, unido a que el recurrente llevaba a cabo una actividad comercial de vinos, regentaba dos locales, amén de tener clientes en ferias y mercadillos, el valor de todo ello excedería en conjunto del importe obtenido por el delito. Por lo tanto, la presunción de que el resto de los fondos no son de procedencia ilícita sería factible.

El motivo se desestima.

10.1.- La jurisprudencia de esta Sala ha entendido que el comiso -con anterioridad incluso a la reforma operada por LO 1/2015, de 30-3, con base a la Directiva 2014/42/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 3-4-2014-, era una consecuencia sui generis del delito de naturaleza plural, distinta de la pena y de las medidas de seguridad. Igualmente esta Sala declaró que se trataba de "una tercera clase de sanciones penales, siguiendo así nuestro Código la línea iniciada por los Derechos Germánicos (Código Penal suizo o Código Penal alemán) de establecer un tercer género de sanciones bajo la denominación de "consecuencias jurídicas o consecuencias accesorias". En coherencia con esta configuración hemos dicho en STS 1528/2002, de 20-9, entre otras, que "el comiso, aunque no incluido en el catálogo de las penas contenidas en el art. 33 CP, constituye una sanción sometida a los principios de culpabilidad, proporcionalidad, pertinencia y legalidad." (STS 299/2019, de 7-6).

No se trata de una responsabilidad civil ex delicto, ésta constituye una cuestión de naturaleza esencialmente civil, con independencia de que sea examinada en el proceso penal y nada impide que, por ello, su conocimiento sea diferido, en su caso, a la jurisdicción civil. El comiso por el contrario, guarda una directa relación con las penas y con el derecho sancionador, en todo caso, con la lógica exigencia de su carácter personalista y el obligado cauce procesal penal para su imposición.

10.2.- Pues bien, con independencia de esta naturaleza jurídica que implica que tal medida ha de ser solicitada por el Ministerio Fiscal o partes acusadoras, de donde se deduce la necesidad de su planteamiento y debate en el juicio oral, y que la resolución que lo acuerde ha de ser motivada, el problema puede surgir a la hora de determinar su exacta definición, partiendo de que la finalidad del precepto es anular cualquier ventaja obtenida por el delito. Las dudas interpretativas se concentran fundamentalmente en las tres categorías de bienes que se incluyen como objeto de comiso, al amparo de la norma general, contenida en el citado art. 127 CP (SSTS 877/2014, de 22-12; 134/2017, de 2-3; 512/2017, de 5-7).

Por efectos del delito debe entenderse, todo objeto o bien que se encuentre, mediata o inmediatamente en poder del delincuente como consecuencia de la infracción aunque sea el objeto de la sanción típica (dinero, drogas, armas, etc). Los instrumentos del delito, por su parte, han sido definidos jurisprudencialmente como los útiles y medios utilizados en la ejecución del mismo. Mientras que las ganancias incluyen todo provecho económico obtenido directa e indirectamente de dicha infracción, añadiendo el legislador una cláusula subrogatoria para salvar las transformaciones que hubieran podido experimentar los mismos, lo cual es del todo punto razonable, pues de lo contrario sería fácil burlar el comiso mediante la adquisición o permuta de los efectos o bienes que constituyen ganancias provenientes del hecho ilícito, lo que responde a una estructura de la relación de causalidad de gran amplitud, pues de lo que se trata es de anular cualquier ventaja obtenida a partir de aquel (STS 508/2015, de 27-7).

10.3.- Respecto al origen ilícito de los bienes a efectos del decomiso, esta procedencia ilícita puede quedar acreditada mediante prueba indirecta o indiciaria y de demostración del origen criminal -presupuesto imprescindible para decretar el comiso- no requiere la identificación de las concretas operaciones delictivas, bastando a tales efectos que quede suficientemente probada la actividad delictiva de modo genérico. Respecto a la probanza de dicha procedencia, no puede pretenderse que lo sea en los mismos términos que el hecho descubierto y merecedor de la condena, sino que por contrario, esa prueba necesariamente debe ser de otra naturaleza y versar de forma genérica sobre la actividad desarrollada por el condenado (o titular de bien decomisado) con anterioridad a su detención o la operación criminal detectada (SSTS 969/2013, de 18-12; 508/2015, de 27-10). Prueba indiciaria que podrá consistir en las investigaciones policiales sobre que el



acusado venía dedicándose desde hacía tiempo a la actividad por la que en fin fue condenado, en que el bien cuyo comiso se sustenta haya sido adquirido durante ese periodo de tiempo en que el condenado se venía dedicando, en términos de sospecha racional, a la actividad delictiva en cuestión, en que el bien a decomisar no haya tenido una financiación lícita y acreditada o, lo que es lo mismo, la inexistencia de patrimonio, ventas, negocios o actividades económicas capaces de justificar el incremento patrimonial producido, etc... Probados estos datos indiciarios y puestos en relación, unos con otros, podrá entenderse acreditada la procedencia ilícita del bien hallado en poder del condenado, aunque no proceda propiamente de la operación descubierta y por la que se le condena, pudiendo en consecuencia ser objeto de decomiso como ganancia procedente del delito (STS 877/2014, de 22-12).

En este sentido el art. 127 bis, añadido por LO 1/2015, de 30-3, dispone que el Juez o Tribunal ordenará también el decomiso de los bienes, efectos y ganancias pertenecientes a una persona condenada por alguno de los siguientes delitos (entre ellos letra d, delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico en los supuestos de continuidad delictiva y reincidencia), cuando resuelva, a partir de indicios objetivos fundados, que los bienes o efectos provienen de una actividad delictiva y no se acredite su origen ilícito.

10.4.- Además la decisión del Tribunal, en el caso presente, se explica suficientemente en el fundamento de derecho 2º, punto 9, que al analizar esta misma alegación, razona con la sentencia de instancia que: "Procede aplicar el dinero intervenido a cubrir la totalidad de las responsabilidades pecuniarias derivadas de la presente causa, decretándose el comiso del importe restante una vez satisfechas las mismas, así como el comiso de los efectos intervenidos, habiendo resultado acreditado el origen ilícito de los mismos por cuanto se ha expuesto, ello de conformidad con lo establecido en el art. 127 del CP". Con este fundamento, en el fallo de esa misma sentencia, se dispone que "El dinero intervenido se aplicará a cubrir la totalidad de las responsabilidades pecuniarias derivadas de la presente causa, decretándose el comiso del importe restante una vez satisfechas las mismas, así como el comiso de los efectos intervenidos."

Por lo que se refiere al decomiso de efectos, que es el impugnado en el motivo, a pesar de la amplitud e imprecisión con que es decidido en la sentencia recurrida, con acudir al cuerpo razonador de la propia sentencia, tal y como se sugiere ya en su fundamento noveno, se extraerá sin dificultad la inferencia racional y lógica de su origen ilícito, por haber sido adquiridos con dinero procedente de la actividad defraudatoria a la que durante aquel largo período de tiempo se dedicaron los acusados, sin que les constase a ninguno de ellos ninguna otra fuente generadora de dinero lícito en cantidad que les permitiese dotarse de aquellos equipamientos. También de los hechos probados y los fundamentos ofrecidos por la Audiencia se constata que los efectos a que alcanza el decomiso se refieren a los vehículos, a una colección de relojes de lujo, y a teléfonos móviles, ordenadores y equipos informáticos intervenidos a los acusados.

Debe, por tanto mantenerse ahora el decomiso dispuesto en la instancia respecto de estos efectos intervenidos a los acusados, pues encuentra la decisión perfecta cobertura en la previsión del art. 127.1 del Código Penal cuando dispone, como consecuencia accesoria de todo delito doloso, la pérdida y el decomiso de todos los efectos que provengan del delito, así como de las ganancias obtenidas del mismo, cualesquiera que sean las transformaciones que hubieren podido experimentar. Por tanto, basta con la justificación de su adquisición con el producto del delito para que deba seguir el efecto de su pérdida, con independencia del valor concreto que puedan haber alcanzado en el momento de la incautación."

10.5.- El motivo, por lo expuesto, deberá ser desestimado. Y el resto de alegaciones del motivo atinentes a la responsabilidad civil, ha sido objeto de pronunciamiento anulatorio por la sentencia de apelación del TSJ, limitándose el presente recurso de casación a aquella parte confirmada por esta sentencia, mientras que la referida parte anulada, tras su nueva sustanciación en la instancia y apelación, ha dado lugar a la formación de otro rollo de casación 1/1036/2021 para resolver las cuestiones relativas a aquellos pronunciamientos civiles, siendo en ese recurso de casación interpuesto por Alfonso y Mariana, donde deberán ser resueltas.

UNDÉCIMO.- El motivo undécimo por infracción de ley, art. 849.1 LECrim, falta de aplicación del art. 66.1, regla 2º, relativa a las atenuantes muy cualificadas.

El motivo, en cuanto postula la aplicación de las atenuantes de reparación del daño y dilaciones indebidas, está supeditado a la estimación de los motivos cuarto y duodécimo (relativos a la concurrencia de la atenuante 21.6 (dilaciones indebidas) y décimo tercero (reparación del daño, art. 21.5), por lo que nos remitimos a su análisis para su eventual procedencia o desestimación.

DUODÉCIMO.- El motivo duodécimo por infracción de ley al amparo del art. 849.1 LECrim, inaplicación indebida del art. 21.6 CP, dilaciones indebidas.

El motivo debe ser desestimado, remitiéndonos a lo expuesto en el motivo cuarto, en el que se formulan las mismas alegaciones por la vía casacional de infracción de preceptos constitucionales.



DÉCIMO TERCERO.- El motivo décimo tercero por infracción de ley, art. 849.1 LECrim, falta de aplicación del art. 21.5 CP.

Entiende el recurrente que debió aplicarse dicha atenuante por cuanto antes de que se iniciara el procedimiento judicial procedió a retornar a un total de 25 afectados que donaron fondos a la Asociación, el importe total de 1.485 euros.

Insiste el recurrente en los mismos argumentos invocados en la previa apelación y deben seguir igual suerte desestimatoria.

13.1.- En efecto, debemos recordar la doctrina jurisprudencial al respecto contenida, entre las más recientes, SSTs 125/2018, de 15-3; 293/2018, de 18-6; 126/2020, de 6-4; y 741/2022, de 20-7, que señala que el artículo 21.5 del Código Penal dispone que es circunstancia atenuante la de haber procedido el culpable a reparar el daño ocasionado a la víctima o a disminuir sus efectos, exigiendo expresamente que tal conducta tenga lugar en cualquier momento del procedimiento y con anterioridad a la celebración del acto del juicio oral.

Con esta previsión, recuerda la STS 345/2013, de 21 de abril, se reconoce eficacia en orden a la disminución de la pena a algunos actos posteriores al delito, que por lo tanto no pueden influir en la cantidad de injusto ni en la imputación personal al autor, pero que sin embargo facilitan la protección de la víctima al orientar la conducta de aquél a la reparación o disminución de los daños causados. Pero, aun así, precisa esta resolución, con cita de la STS 1028/2010, de 4 de noviembre, la reparación debe proceder del culpable, aun cuando se admita que la haga efectiva un tercero por encargo de aquel.

La citada STS 1028/2010, indicaba que la jurisprudencia tiene señalado que, en la actual redacción de la atenuante, se prescinde de la existencia del arrepentimiento y que se trata de cumplir una función de reforzar la protección de las víctimas. Aun así, aparece claramente en el Código que la reparación debe proceder del culpable.

En idéntico sentido, la STS 733/2012, de 4 de octubre, señala que debe tratarse de actos personales y voluntarios del responsable del delito, o al menos atribuibles al mismo a través de su participación activa, por lo que quedan excluidas las indemnizaciones entregadas o consignadas por las compañías aseguradoras (por ejemplo, STS nº 1787/2000 y STS nº 218/2003) en cumplimiento de las obligaciones legales o contractuales que les competen. Así, en la STS nº 1006/2006, se señalaba que "Desde una perspectiva subjetiva, la atenuante contempla una conducta "personal del culpable". Ello hace que se excluyan: 1.-los pagos hechos por compañías aseguradoras en cumplimiento del seguro obligatorio 2.-supuestos de constitución de fianza exigidos por el juzgado. 3.-conductas impuestas por la Administración. 4.-simple comunicación de la existencia de objetos buscados, cuando hubieran sido descubiertos necesariamente.

La interpretación jurisprudencial de la atenuante de reparación prevista en el art. 21.5 del CP -decíamos en la STS 988/2013, 23 de diciembre-, ha asociado su fundamento material a la existencia de un actus contrarius mediante el cual el acusado reconoce la infracción de la norma cometida, con la consiguiente compensación de la reprochabilidad del autor (cfr. SSTs 319/2009, 23 de marzo, 542/2005, 29 de abril). Su razón de ser, pues, está íntimamente ligada a la existencia de un acto reparador que, en buena medida, compense el desvalor de la conducta infractora. Y ese fundamento no es ajeno a la preocupación legislativa, convertida en pauta de política criminal, por facilitar la protección de la víctima, logrando así, con el resarcimiento del daño causado, la consecución de uno de los fines del proceso. Por su fundamento político criminal se configura como una atenuante "ex post facto", que no hace derivar la disminución de responsabilidad de una inexistente disminución de la culpabilidad por el hecho, sino de la legítima y razonable pretensión del legislador de dar protección a la víctima y favorecer para ello la reparación privada posterior a la realización del delito (SSTs 2068/2001, 7 de diciembre; 2/2007, 16 de enero; 1171/2005, 17 de octubre). Y hemos acogido un sentido amplio de la reparación, que va más allá de la significación que se otorga a esta expresión en el art. 110 del CP, pues dicho art. 110 se refiere exclusivamente a la responsabilidad civil, diferenciable de la responsabilidad penal, a la que afecta la atenuante. Cualquier forma de reparación del delito o de disminución de sus efectos, sea por la vía de la restitución, de la indemnización de los perjuicios, o de la reparación moral, puede integrar las previsiones de la atenuante (SSTs 545/2012, 22 de junio; 2/2007, 16 de enero; 1346/2009, 29 de diciembre y 50/2008, 29 de enero, entre otras).

Pero también hemos dicho que, para la especial cualificación de esta circunstancia, se requiere -cfr. 868/2009, 20 de julio- que el esfuerzo realizado por el culpable sea particularmente notable, en atención a sus circunstancias personales (posición económica, obligaciones familiares y sociales, especiales circunstancias coyunturales, etc.) y al contexto global en que la acción se lleve a cabo. La mayor intensidad de la cualificación ha de derivarse, ya sea del acto mismo de la reparación -por ejemplo, su elevado importe-, ya de las circunstancias que han condicionado la respuesta reparadora del autor frente a su víctima.



Tiene declarado esta Sala, como es exponente la Sentencia 957/2010, de 2 de noviembre, que el fundamento de la circunstancia de reparación se traduce en una disminución de la pena a imponer y ello, por dos razones: a) Porque es necesario -y justo- ofrecer algún premio a quien está dispuesto a dar una satisfacción a la víctima del delito, reparando las consecuencias civiles de su acción. Ciertamente todo delito en cuanto supone una violación de las reglas que permiten la convivencia y libertad de la sociedad, supone que la propia sociedad queda victimizada con cualquier delito, y a ello responde la necesidad de la pena como reparación del daño causado, pero no hay que olvidar, que junto con esa víctima mediata y general, sin rostro, que es la comunidad, existe una víctima concreta, corporal y con rostro que es la que recibe la acción delictiva, pues bien parece obvio que cualquier acto del responsable del delito tendente a dar una reparación a la víctima debe tener una recepción positiva en el sistema de justicia penal, porque admitiendo el protagonismo de la víctima en el proceso penal, hay que reconocer que tiene relevancia el acto de reparación que haya podido efectuar el causante de la lesión, porque se satisfacen y se reparan los derechos de la víctima dañados por el agresor. b) Porque qué duda cabe que el acto del responsable del delito de reparar el perjuicio causado de forma voluntaria, puede tener el valor de un dato significativo de una regeneración y consiguiente disminución de su peligrosidad en el futuro.

Se añade en esa Sentencia que la actual atenuante de reparación está llamada a desempeñar un importante juego en el sistema de justicia penal una vez que se ha despojado en el vigente Código Penal de dos requisitos que limitaban mucho su efectividad. El primero hacía referencia a un fundamento espiritualista: que la reparación lo fuera como expresión de un arrepentimiento espontáneo, lo que obligaba a los Tribunales a indagar en el proceloso mundo de las intenciones del autor del hecho delictivo, y, paralelamente, a escenificar un "arrepentimiento" si se quería uno beneficiar de la atenuante. Con un criterio más objetivo, más laico si se quiere, lo relevante es el hecho de reparar el daño causado a la víctima, quedando para el fuero interno de cada persona los móviles que pudieran estar en el fondo de la decisión. El segundo hacía referencia a un requisito temporal que carecía de todo fundamento: se exigía que la reparación fuera "...antes de conocer la apertura del procedimiento judicial...". Actualmente se admite que la reparación sea "...en cualquier momento del procedimiento y con anterioridad a la celebración del acto del juicio oral...", límite no caprichoso sino justificado porque después del juicio, ya no cabrá la aplicación de la atenuante, aunque pudiera tener algún efecto en la ejecución de las penas.

13.2.- Recapitulando nuestra doctrina jurisprudencial, tiene establecida una doctrina que resume la sentencia 239/2010, de 24 de marzo, que a su vez se remite a otras resoluciones anteriores (SSTS 225/2003 de 28-2; 1517/2003, de 28-11; 701/2004, de 6-5; 809/2007, de 11-10; 78/2009, de 11-2; 1238/2009, de 11-12), doctrina que se condensa en los siguientes párrafos:

"...la reparación del daño causado por el delito o la disminución de sus efectos se contemplaba en el C.P. anterior en el ámbito de la atenuante de arrepentimiento espontáneo, configurándose en el C.P. de 1995 como una atenuante autónoma de carácter objetivo fundada en razones de política criminal.

Por su naturaleza objetiva esta circunstancia prescinde de los factores subjetivos propios del arrepentimiento, que la jurisprudencia ya había ido eliminando en la atenuante anterior. Por su fundamento de política criminal se configura como una atenuante "ex post facto", que no hace derivar la disminución de responsabilidad de una inexistente disminución de la culpabilidad por el hecho, sino de la legítima y razonable pretensión del legislador de dar protección a la víctima y favorecer para ello la reparación privada posterior a la realización del delito.

Como consecuencia de este carácter objetivo su apreciación exige únicamente la concurrencia de dos elementos, uno cronológico y otro sustancial. El elemento cronológico se amplía respecto de la antigua atenuante de arrepentimiento y la actual de confesión, pues no se exige que la reparación se produzca antes de que el procedimiento se dirija contra el responsable, sino que se aprecia la circunstancia siempre que los efectos que en el precepto se prevén se hagan efectivos en cualquier momento del procedimiento, con el tope de la fecha de celebración del juicio. La reparación realizada durante el transcurso de las sesiones del plenario queda fuera de las previsiones del legislador, pero según las circunstancias del caso puede dar lugar a una atenuante analógica.

El elemento sustancial de esta atenuante consiste en la reparación del daño causado por el delito o la disminución de sus efectos, en un sentido amplio de reparación que va más allá de la significación que se otorga a esta expresión en el artículo 110 del Código Penal, pues el artículo 110 se refiere exclusivamente a la responsabilidad civil, diferenciable de la responsabilidad penal a la que afecta la atenuante. Cualquier forma de reparación del daño o de disminución de sus efectos, sea por la vía de la restitución o de la indemnización de perjuicios, puede integrar las previsiones de la atenuante. Ahora bien, la consistente en la reparación del daño moral en ciertos delitos (libertad sexual, honor o dignidad, entre otros), ofrece los contornos que se recogen en la STS 1112/2007 de 27 de diciembre.



Como se ha expresado por la jurisprudencia de esta Sala (STS. 285/2003, de 28-2, entre otras muchas posteriores) lo que pretende esta circunstancia es incentivar el apoyo y la ayudas a las víctimas, lograr que el propio responsable del hecho delictivo contribuya a la reparación o disminución del daño de toda índole que la acción delictiva ha ocasionado, desde la perspectiva de una política criminal orientada por la victimología, en la que la atención a la víctima adquiere un papel preponderante en la respuesta penal. Para ello resulta conveniente primar a quien se comporta de una manera que satisface el interés general, pues la protección de los intereses de las víctimas no se considera ya como una cuestión estrictamente privada, de responsabilidad civil, sino como un interés de toda la comunidad.

La reparación debe ser suficientemente significativa y relevante, pues no procede conceder efecto atenuatorio a acciones ficticias, que únicamente pretenden buscar la aminoración de la respuesta punitiva sin contribuir de modo eficiente y significativo a la efectiva reparación del daño ocasionado (Sentencias núm. 1990/2001, de 24 octubre, 1474/1999 de 18 de octubre, 100/2000 de 4 de febrero y 1311/2000 de 21 de julio). De forma muy restrictiva y esporádica se ha admitido por esta Sala el efecto atenuatorio de la reparación simbólica (Sentencias núm. 216/2001, de 19 febrero y núm. 794/2002, de 30 de abril)".

13.3.- En el caso presente, como con acierto precisa el Ministerio Fiscal al impugnar el motivo: "Dicho retorno de 1.485 euros a 25 donantes no puede tener relevancia a efectos de atenuación cuando se realiza al saberse descubierto y en un contexto defraudatorio de las dimensiones a las que se refiere el relato fáctico, lo que determina que la pretendida reparación ni es significativa ni relevante, sobre todo cuando únicamente se pretende buscar la aminoración de la respuesta punitiva sin contribuir de modo eficiente y significativo a la efectiva reparación del daño ocasionado." -no olvidemos que la sentencia considera probado un resultado final de dinero ilícitamente obtenido para enriquecimiento personal de 402.232,65 €-.

DÉCIMO CUARTO.- El motivo décimo cuarto por infracción de ley al amparo del art. 849.1 LECrim por inaplicación indebida del art. 20.5 CP.

Considera que, pese a lo que la sentencia que resuelve la apelación dice, sí cabe apreciar la aplicación del art. 20.5 CP al concurrir todos los requisitos de la eximente de estado de necesidad, al haber actuado con la intención de alargar la esperanza de vida de su hija afectada de esa enfermedad DIRECCION000 , y la recaudación de fondos fue para dar cobertura a las necesidades vitales de la misma.

El motivo debe ser desestimado.

14.1.- Como señala nuestra doctrina jurisprudencial (STS 636/2016, de 14-7) el estado de necesidad, como circunstancia eximente, semieximente o incluso como atenuante analógica, ha sido reiteradamente estudiado, pues no en balde se trata de una situación límite en la que el equilibrio, la ponderación y la ecuanimidad de los jueces han de marcar a frontera entre lo permitido y lo prohibido. De un lado, para ponderar racionalmente situaciones en las que el sujeto tiene que actuar a impulsos inexorables legítimos, y de otro para evitar que se expandan impunidades inadmisibles, con quiebra de la seguridad jurídica, si se admitiese que cualquier conflicto de intereses abocara a la comisión del delito.

Por ello, para estimar cualquier atenuación de la responsabilidad penal con base en esta circunstancia, han de hacerse dos valoraciones: a) la de la proporcionalidad; y b) la de la necesidad. La primera lleva a comparar el mal causado y el que se pretende evitar. Si se concluye que existe entre ambos una muy relevante desproporción, además de excluirse la exención completa o incompleta, se excluirá también la analógica.

La segunda exige que el mal a evitar se presente como real, grave e inminente. De la medida de tales notas dependerá la intensidad de la influencia del estado en la medida de la responsabilidad penal. Pero además se requiere que el sacrificio del bien jurídico protegido por la norma, que establece el tipo penal cometido, sea ineludible, porque no quepa acudir a alternativas que conjuren aquel mal sin la comisión de éste (STS 710/2017, de 17-10).

Esto es, que el agente ha de haber agotado todos los medios alternativos lícitos para soslayar el mal antes de acudir a la vía delictiva, de tal manera que, fracasados aquellos, no quepa otra posibilidad mínimamente razonable que el delito, pues a nadie se le puede exigir la heroicidad o el martirio en este ámbito (SSTS 186/2008, de 12-5; 559/2008, de 19-6).

14.2.- Siendo así, formalizado el motivo por infracción de ley, art. 849.1 LECrim, es constante la jurisprudencia, por todas, SSTS 83/2022, de 27-1; 394/2022, de 21-4, en el sentido de que cuando el recurso de casación se articula por esta vía, ha de partir de las precisiones fácticas que haya establecido el Tribunal de instancia, por no constituir una apelación ni una revisión de la prueba. Se trata de un recurso de carácter sustantivo penal cuyo objeto exclusivo es el enfoque jurídico que a unos hechos dados, ya inalterables, se pretende aplicar, en discordancia con el Tribunal sentenciador. La técnica de la casación penal exige que en los recursos de esta naturaleza se guarde el más absoluto respeto a los hechos que se declaren probados en la sentencia recurrida,

ya que el ámbito propio de este recurso queda limitado al control de la juridicidad, o sea, que lo único que en él se puede discutir es si la subsunción que de los hechos hubiese hecho el Tribunal de instancia en el precepto penal de derecho sustantivo aplicado es o no correcta jurídicamente, de modo que la tesis del recurrente no puede salirse del contenido del hecho probado. De tal manera, que la falta de respeto a los hechos probados o la realización de alegaciones jurídicas contrarias o incongruentes con aquellos, determina la inadmisión del motivo, -y correspondientemente su desestimación- conforme lo previsto en el art. 884.3 LECr (STS 421/2018, de 20 de septiembre).

El artículo 849.1 de la LECrim fija como motivo de casación "Cuando dados los hechos que se declaran probados (...) se hubiera infringido un precepto penal de carácter sustantivo u otra norma jurídica del mismo carácter que deba ser observada en la aplicación de la Ley Penal". Se trata por tanto, como tiene pacíficamente establecido la jurisprudencia más estable del Tribunal Supremo, de un motivo por el que sólo se plantean y discuten problemas relativos a la aplicación de la norma jurídica, lo que exige ineludiblemente partir de unos hechos concretos y estables, que deberán ser los sometidos a reevaluación judicial. Es un cauce de impugnación que sirve para plantear discrepancias de naturaleza penal sustantiva, buscándose corregir o mejorar el enfoque jurídico dado en la sentencia recurrida a unos hechos ya definidos. El motivo exige así el más absoluto respeto del relato fáctico declarado probado u obliga a pretender previamente su modificación por la vía de los artículos 849.2 LECrim (error en la apreciación de la prueba) o en la vulneración del derecho a la presunción de inocencia, del artículo 852 de la ley procesal, pues no resulta posible pretender un control de la juridicidad de la decisión judicial alterando argumentativamente la realidad fáctica de soporte, con independencia de que se haga modificando el relato fáctico en su integridad mediante una reinterpretación unilateral de las pruebas o eliminando o introduciendo matices que lo que hacen es condicionar o desviar la hermenéutica jurídica aplicada y aplicable (STS 511/2018, de 26 de octubre).

El motivo por infracción de Ley del artículo. 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal es la vía adecuada para discutir ante este Tribunal si el Tribunal de instancia ha aplicado correctamente la Ley. Pero siempre partiendo del relato fáctico que contiene la sentencia, sin alterar, suprimir o añadir los hechos declarados probados por el Tribunal de instancia.

Señala la sentencia 628/2017, de 21 de septiembre, que este precepto, que autoriza la denuncia del error de derecho en la aplicación de una norma penal de carácter sustantivo, impone como presupuesto metodológico la aceptación del hecho probado, hasta el punto que el razonamiento mediante el que se expresa el desacuerdo con la decisión del Tribunal no puede ser construido apartándose del juicio histórico. De lo contrario, se incurre en la causa de inadmisión -ahora desestimación- de los arts. 884.3 y 4 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

14.3.- Pues bien, en el caso actual ninguna referencia se contiene en los hechos probados sobre la concurrencia de elemento alguno del estado de necesidad. Por el contrario, se detalla que el fin que los acusados desplegaron el artificio para la obtención de fondos era un lucro personal, y en la fundamentación jurídica se hace hincapié sobre las características de la enfermedad de Gracia, la ausencia de riesgo inminente y la total ausencia de evidencias de que los acusados hubiesen accedido al extranjero a recibir la menor los tratamientos o las intervenciones defendidas públicamente para el fraude.

DÉCIMO QUINTO.- El motivo décimo quinto al amparo del art. 849.1 LECrim, por indebida aplicación arts. 50 a 53 CP.

Alega el recurrente que la cuota diaria de 10 € es excesiva y más cuando el Tribunal ha reconocido que desconoce por completo la solvencia del recurrente, por lo que estima que debe rebajarse a 3 € diarios.

El motivo deviene improsperable.

15.1.- Es cierto que la sentencia de instancia impone la multa de 10 € día -inferior a la solicitada por el Fiscal -18 €- y la acusación particular -20 €- sin razonamiento alguno en cuanto a esa extensión. No obstante, la sentencia de apelación razona: "En el caso, el importe asignado a cada una de las cuotas de la multa impuesta resulta equivalente y aproximado al precio de una hora del trabajo de más baja cualificación, de tal forma que debe estimarse prudente y adecuada a las posibilidades de pago por persona condenada que se halle en edad laboral, sin mayores indagaciones sobre activos patrimoniales y cargas que puedan pesar sobre ese patrimonio. Precisamente, y a salvo que se busque desnaturalizar la pena y hacerla perder todo su sentido y eficacia preventiva, la pretensión de su aproximación a los mínimos legales solamente sería aceptable en escenario en que al proceso se haya traído cumplida probanza de la absoluta carencia de recursos económicos, propios de situaciones de indigencia, situación que ni consta ni se invoca en relación con el acusado ahora recurrente."

Razonamiento conforme con la más actual jurisprudencia (SSTS 712/2021, de 22-9; 146/2022, de 17-2; 741/2022, de 20-7), consciente de la frecuente penuria de datos en las causas, en evitación de que resulte



inaplicable el art. 50.5 del CP, ha ensayado una interpretación flexible del precepto, de tal modo que la fijación de la multa podrá fundamentarse (SSTS 125/2009, de 2-12; 774/2013, de 21-10) en los siguiente extremos: a) la acreditada situación económica concreta del sancionado, con apoyo expreso en la correspondiente pieza de responsabilidad civil; b) alguna circunstancia específicamente reveladora de una determinada capacidad económica (propiedad de un automóvil o de la vivienda que ocupa, por ejemplo); c) cuando menos, algún dato que el juzgador de instancia, desde la apreciación que le permite su inmediación en juicio, ponga de relieve, con argumentos racionalmente aceptables, en la motivación de su decisión al respecto; d) en todo caso, incluso la posibilidad de que el Tribunal ad quem vislumbre, con los datos que se ofrezcan en el procedimiento, que la cuantía aplicada no aparece como desproporcionada, al no resultar excesiva dado su importe, situado con proximidad al límite legal mínimo, siempre que no pueda considerarse al condenado carente de todo tipo de ingresos (SSTS 232/2014, de 25-3; 434/2014, de 3-6; 441/2014, de 5-6; 318/2016, de 15-4; 407/2020, de 20-7).

15.2.- No podemos olvidar en este sentido que si bien algunas resoluciones de esta Sala se muestran radicalmente exigentes en otros aspectos, aplicando sin paliativos, la cuantía mínima legal de la cuota diaria, en ausencia de investigación sobre la capacidad económica del acusado, otras más recientes por el contrario, admiten que dada la amplitud de los límites cuantitativos previstos en la ley, de dos a 400 euros, y la imposición de una cuota diaria en la "zona baja" de esa previsión, no requiere de expreso fundamento, puesto que una cifra menor habría que considerarla insuficientemente reparadora y disuasoria, por lo que la sanción penal no cumpliría adecuadamente su función de prevención general positiva.

En efecto, el art. 50.5 CP señala que los tribunales fijarán en la sentencia el importe de las cuotas diarias "teniendo en cuenta para ello exclusivamente la situación económica del reo, deducida de su patrimonio, ingresos, obligaciones, cargas familiares y demás circunstancias personales del mismo. Pero con ello no se requiere significar que los tribunales deban efectuar una inquisición exhaustiva de todos los factores directos o indirectos que puedan afectar a las disponibilidades económicas del acusado, que resulta imposible y es además, desproporcionado, sino únicamente que deben tomar en consideración aquellos datos esenciales que permitan efectuar una razonable ponderación de la cuantía proporcionada de la multa que haya de imponerse (SSTS 201/2014, de 14-3; 434/2014, de 3-6; 572/2019, de 25-11).

15.3.- En el caso actual, si el ámbito legalmente abarcado por la pena de multa (2 a 400 € la cuota diaria) lo dividiésemos hipotéticamente en 10 tramos o escalones de igual extensión de 39,8 €, cada uno, el primer escalón sería de 2 a 41,8 €, por lo que cuando se aplica la pena en la mitad inferior de este primer tramo, señalando la cuota diaria en 10 €, ha de estimarse que se está imponiendo la pena en su grado mínimo, aun cuando no alcance el mínimo absoluto (SSTS 49/2005, de 28-1; 146/2006, de 10-2; 711/2006, de 8-6).

DÉCIMO SEXTO.- Desestimándose el recurso, procede condenar en costas al recurrente (art. 901 LECrim).

FALLO

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

1º) Desestimar el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de **Alfonso** , contra la sentencia nº 71/2019, de fecha 30 de mayo de 2019, dictada por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, en el Rollo de Procedimiento Apelación nº 41/2019.

2º) Imponer al recurrente el pago de las costas ocasionadas en el presente recurso.

Comuníquese la presente resolución, a la mencionada Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, con devolución de la causa en su día remitida.

Notifíquese esta resolución a las partes haciéndoles saber que contra la misma no cabe recurso e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

Manuel Marchena Gómez, presidente Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre

Vicente Magro Servet Susana Polo García Eduardo de Porres Ortiz de Urbina