



www.civil-mercantil.com

TRIBUNAL SUPREMO

Sentencia 835/2015, de 23 de diciembre de 2015

Sala de lo Penal

Rec. n.º 729/2015

SUMARIO:

Delito continuado de estafa agravado por la cuantía. Apropiación indebida. Usurpación. Atenuante de parentesco. La autora de los hechos sustrajo dinero de las cuentas del fallecido de la que solamente figuraba como autorizada sin contar con la autorización de sus herederos, ocultando al banco el fallecimiento del titular de la cuenta y por tanto engañándolos (no solamente engaña a un tercero quien le comunica algo falso como si fuera auténtico, sino también quien le oculta datos relevantes que estaba obligado a comunicarle) y quedando acreditado que pertenecía solamente al fallecido y no conjuntamente a ambos y que actuó con conocimiento de que su autorización para disponer de la cuenta había finalizado con el fallecimiento del titular. Respecto a los deberes de autoprotección de la entidad bancaria, se indica que el banco no tiene por qué comprobar si los titulares de las cuentas están vivos. Concorre la atenuante de parentesco propia de los delitos patrimoniales ya que la relación entre la recurrente y el fallecido y la identificación de la madre de este como persona perjudicada, resulta de los hechos probados y la ruptura de la relación, que alega la acusación particular, no ha quedado probada según la sentencia impugnada. Según el relato fáctico, el agraviado o perjudicado por el delito es la madre del fallecido. Por lo tanto, ascendiente del fallecido, conviviente con la acusada autora de los hechos. La pena, determinada en función del perjuicio total causado, se debe imponer en la mitad superior y no se ha infringido la obligación de motivar, puesto que la pena impuesta coincide con el mínimo legalmente correspondiente a los hechos que se declaran probados tal como han sido calificados.

PRECEPTOS:

Ley Orgánica 10/1995 (CP), arts. 21.6, 23, 66, 72, 74.1, 248, 249 y 250.1.5.º y 268.

Constitución Española, arts. 14, 24 y 120.3.

Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, art. 11.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966, art. 14.2.

Convenio Para la Protección de los Derechos Humanos de 1950 (CEDH), art. 6.2.

PONENTE:

Don Miguel Colmenero Menéndez de Luarca.

EN NOMBRE DEL REY

La sala Segunda de lo Penal, del Tribunal Supremo, constituida por los Excmos. Sres. mencionados al margen, en el ejercicio de la potestad jurisdiccional que la Constitución y el pueblo español le otorgan, ha dictado lo siguiente



www.civil-mercantil.com

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veintitrés de Diciembre de dos mil quince.

En el recurso de Casación por infracción de Ley y de precepto Constitucional, así como por quebrantamiento de Forma, que ante Nos pende, interpuesto por Sacramento , contra sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Oviedo, Sección Tercera, con fecha veinticinco de Febrero de dos mil quince , en causa seguida contra Sacramento , por delito continuado de apropiación indebida, o alternativamente un delito continuado de estafa y un delito de usurpación de inmuebles, los Excmos. Sres. componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que al margen se expresan se han constituido para Votación y Fallo, bajo la Presidencia del primero de los citados y Ponencia del Excmo. D. Miguel Colmenero Menendez de Luarca, siendo parte recurrente la acusada Sacramento , representada por el Procurador Sr. D. Ignacio de Noriega Arquer y defendido por el Letrado Sr. D. Jesús C. Espina Granda. En calidad de parte recurrida, la acusación particular Carolina , representada por el Procurador Sr. D. Nicolás Álvarez Real y defendido por el Letrado Sr. Marcelino Abraira Piñeiro.

I. ANTECEDENTES

Primero.

El Juzgado de Instrucción nº 1 de los de Canga de Onís instruyó las diligencias previas de Procedimiento abreviado con el número 47/2012, contra Sacramento ; y una vez decretada la apertura del Juicio Oral, lo remitió a la Audiencia Provincial de Oviedo (Sección 3ª, rollo 52/2014) que, con fecha veinticinco de Febrero de dos mil quince, dictó sentencia que contiene los siguientes HECHOS PROBADOS:

"Resulta probado y así se declara expresamente que: La acusada, Sacramento mayor de edad y con antecedentes penales no computables en esta causa, mantuvo una relación de pareja de hecho con Javier durante más de veinte años. El día 17 de octubre de 2010 se produjo el fallecimiento de Javier , debido a un infarto agudo de miocardio, y el día siguiente, esto es, el día 18 de octubre de 2010, la acusada procedió a cancelar una imposición a plazo fijo, identificada con el nº NUM000 , que Javier había concertado como único titular en la sucursal de Banasto de la localidad de Ribadesella, por importe de 150.000 euros, ingresándola seguidamente en la cuenta corriente a la vista nº NUM001 , también de Banesto, donde figuraba como único titular Javier , lo cual generó unos gastos de cancelación anticipada por importe de 707,41 euros, para una vez efectuada esta operación y aprovechándose Sacramento de su condición de autorizada en las referidas cuentas procedió, a sabiendas de que su poder de disposición sobre las mismas se había extinguido por el fallecimiento de Javier y con ánimo de obtener un ilícito beneficio, a realizar los reintegros siguientes, de los que dispuso para sí y en su propio beneficio:

En fecha 18 de octubre de 2010 por importe de 10.000 E
En fecha 19 de octubre de 2010 por importe de 99.000 euros.
En fecha 20 de octubre de 2010 por importe de 1.000 E.
En fecha 9 de diciembre de 2010 por importe de 1.800 E.
En fecha 10 de diciembre de 2010 por importe de 5.000 E.
En fecha 17 de diciembre de 2010 por importe de 1000 Es.



www.civil-mercantil.com

En fecha 4 de enero de 2011 por importe de 2.000 E.
En fecha 11 de enero de 2011 por importe de 3.000 E.
En fecha 18 de enero de 2011 por importe de 3.000 E
En fecha 19 de enero de 2011 por importe de 12.000 E. Arrojando un total de 137.800

E.

La acusada ocultó deliberadamente al Director y demás personal bancario de la sucursal del Banesto de Ribadesella el fallecimiento de Javier , enterándose el Director tres meses más tarde de acaecido el óbito, procediendo entonces al bloqueo de la cuenta. Las cantidades extraídas de la cuenta bancaria de la titularidad de Javier lo fueron con ánimo de obtener la acusada un ilícito beneficio, aprovechándose de una autorización que se había cancelado con el fallecimiento del titular, guardando el importe de las extracciones -137.800€- en una caja fuerte de un Banco, a su única disposición.

Javier falleció en estado de soltero sin descendencia y sin haber otorgado testamento, siendo declarada heredera, conforme Acta de Notoriedad de declaración de Herederos Ab intestato otorgada en fecha 89 de febrero de 2011, su madre Dña. Carolina (sic)".

Segundo.

La Audiencia de instancia en la citada sentencia, dictó la siguiente Parte Dispositiva:

"Que debemos condenar y condenamos a Sacramento como autora penalmente responsable de un delito continuado de estafa agravada, ya definido, sin concurrir circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de 3 años, 6 meses y 1 día con la accesoria legal de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y pena de multa de 10 meses a razón de 20 euros día, y a que indemnice a Carolina en la suma de 138.507,41 e mas los intereses legales devengados con arreglo a lo establecido en el art. 576 de la Ley de Enjuiciamiento civil , así como al pago de un tercio de las costas causadas con inclusión de las correspondientes a la acusación particular.

Que debemos absolver y absolvemos a Sacramento del delito de usurpación de bienes inmuebles y del delito de apropiación indebida, de los que venía siendo acusada(sic)".

Tercero.

Que en fecha 10/03/2015 se dictó auto aclaratorio, cuya parte dispositiva es la que sigue:

"SE ACUERDA LA ACLARACIÓN de la Sentencia nº 79/15 de 25/02/2015 en el sentido siguiente: 1º) en la página 2ª donde dice el procurador que es suscribe el José Manuel Tahoces Vega debe figurar José Manuel Tahoces Blanco. 2º) En la página 8 donde dice "...que mantuvo durante más de 20 años con Pedro Antonio " debe figurar "que mantuvo durante más de 20 años con Javier ". 3º) En el fallo debe figurar que la pena de 3 años, 6 meses y un día es de prisión(sic)".

Cuarto.

Notificada la resolución a las partes, se preparó recurso de casación por infracción de Ley y de precepto constitucional, así como por quebrantamiento de Forma, por Sacramento , que se tuvo por anunciado, remitiéndose a esta Sala del Tribunal Supremo las certificaciones



www.civil-mercantil.com

necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el presente recurso.

Quinto.

El recurso interpuesto por Sacramento , se basó en los siguientes MOTIVOS DE CASACIÓN:

1.- Al amparo del art. 852 de la Ley de E. Criminal y del 5.4 de la Ley orgánica del Poder Judicial , por infracción de precepto constitucional, al haberse vulnerado los arts. 9 y 14 de la Constitución Española .

2.- Al amparo del art. 852 de la Ley de E. Criminal y del 5.4 de la LOPJ , por infracción de precepto constitucional, al haberse vulnerado los arts. 24.1 y 2 de la CE , del derecho a la tutela judicial efectiva, a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías y a la presunción de inocencia.

3.- Al amparo del art. 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , por infracción de Ley, al haberse infringido en aplicación indebida de los arts. 248.1 , 249 , 250-1.6 y 74 del Código Penal .

4.- Al amparo del art. 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , por infracción de Ley, al haberse infringido en inaplicación del art. 268 del Código Penal (en relación con el art. 23 del mismo Código).

5.- Al amparo del art. 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , por infracción de Ley, al haberse infringido en inaplicación el art. 21.6 del Código Penal , dilaciones indebidas.

6.- Al amparo del art. 851.1º de la Ley de E. Criminal , por quebrantamiento de forma, al darse predeterminación del fallo.

Sexto.

Instruidos el Ministerio Fiscal y la parte recurrida del recurso interpuesto, por parte de los mismos solicitan la inadmisión del recurso de casación interpuesto, o subsidiariamente su desestimación, por las razones vertidas en los escritos que obran unidos a los presentes autos; quedando conclusos los autos para señalamiento de Fallo cuando por turno correspondiera.

Séptimo.

Hecho el señalamiento para Fallo, se celebró el mismo prevenido para el día dieciséis de Diciembre de dos mil quince.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.

La Audiencia Provincial de Oviedo condenó a la recurrente como autora de un delito continuado de estafa agravada, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de tres años, seis meses y un día de prisión y multa de 10 meses con cuota diaria de 20 euros. Contra la sentencia de instancia interpone recurso de casación. En el primer motivo, al amparo del artículo 852 de la LECrim y 5.4 de la LOPJ , denuncia la vulneración de los artículos 9 y 14 de la Constitución . Sostiene que se ha incurrido



www.civil-mercantil.com

en arbitrariedad al fijar la pena, infringiendo el principio non bis in idem. Argumenta que no se razona la imposición en la mitad superior.

1. Reiteradamente ha señalado esta Sala que la obligación constitucional de motivar las sentencias expresada en el artículo 120.3 de la Constitución comprende la extensión de la pena. El Código Penal en el artículo 66 establece las reglas generales de individualización, y en el artículo 72 concluye disponiendo que los Jueces y Tribunales razonarán en la sentencia el grado y la extensión de la pena concretamente impuesta. La individualización realizada por el tribunal de instancia es revisable en casación no solo en cuanto se refiere a la determinación de los grados a la que se refiere especialmente el citado artículo 66, sino también en cuanto afecta al empleo de criterios admisibles jurídico-constitucionalmente en la precisa determinación de la pena dentro de cada grado o de la mitad superior o inferior que proceda.

Asimismo ha señalado que la imposición del mínimo no precisa de una especial motivación en cuanto que se trata de una ineludible consecuencia de la calificación jurídica de los hechos, previamente establecida.

Ante la ausencia de motivación, este Tribunal puede examinar la proporcionalidad de la pena en función de los hechos declarados probados, así como la alegación de elementos de hecho relevantes, favorables al acusado, cuya valoración haya sido indebidamente omitida en la sentencia, y en caso de que no exista justificación implícita de la pena impuesta, proceder a imponer la pertinente, o la mínima legalmente procedente en caso de ausencia total de datos que justifiquen la exasperación punitiva.

2. En el caso, el Tribunal ha considerado, y en este motivo no se discute, que los hechos constituyen un delito continuado de estafa agravado por la cuantía de la defraudación, de los artículos 248 , 249 y 250.1.5º del Código Penal , castigado con pena de uno a seis años de prisión y multa de seis a doce meses. La agravación resulta no solo del cálculo del perjuicio total causado, que asciende a 137.800 euros, sino también en atención a que uno solo de los actos delictivos, el que tuvo lugar el 19 de octubre de 2010, ascendió a 99.000 euros.

Tratándose de un delito continuado, la pena, determinada en función del perjuicio total causado, se debe imponer en la mitad superior, sin que la prohibición de doble valoración impida aplicar las previsiones del artículo 74.1 en cuanto a ese extremo, cuando una o alguna de las defraudaciones, por sí misma, ya justificara dicha pena al superar las exigencias previstas en la jurisprudencia o, ya desde la reforma de 2010, en el propio artículo 250.1.5º, que ascendían respectivamente a 36.000 o a 50.000 euros.

Por lo tanto, no se ha incurrido en arbitrariedad al establecer la pena en tres años, seis meses y un día, mínimo de la mitad superior. Tampoco se ha infringido realmente la obligación de motivar, puesto que la pena impuesta coincide con el mínimo legalmente correspondiente a los hechos que se declaran probados tal como han sido calificados jurídico-penalmente, y por lo tanto es una consecuencia legalmente necesaria de la calificación jurídica.

Consecuentemente, el motivo se desestima.

Segundo.

En el motivo segundo, también al amparo del artículo 852 de la LECrim y 5.4 de la LOPJ , denuncia la vulneración de varios derechos fundamentales, aunque en el desarrollo del motivo solamente se refiere a la presunción de inocencia. Argumenta que la recurrente, desde hacía más de veinte años, había mantenido una relación de convivencia con el fallecido; que en ese tiempo, ambos trabajaron juntos en el negocio de repostería en Gijón; que ese trabajo determinó la creación de un patrimonio común, uno de cuyos activos era el dinero que tenían



www.civil-mercantil.com

en la entidad Banesto de Ribadesella. Ese dinero estaba formalmente a nombre del fallecido, pero la recurrente estaba autorizada a disponer sin limitación. Todo ello conduce a entender que se trata de una cuestión civil, pues no puede concluirse que el dinero era de propiedad exclusiva del fallecido.

1. El derecho a la presunción de inocencia reconocido en el artículo 24 CE implica que toda persona acusada de un delito o falta debe ser considerada inocente hasta que se demuestre su culpabilidad con arreglo a la Ley (artículo 11 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos ; artículo 6.2 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, y artículo 14.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos), lo cual supone que se haya desarrollado una actividad probatoria de cargo con arreglo a las previsiones constitucionales y legales, y por lo tanto válida, cuyo contenido incriminatorio, racionalmente valorado de acuerdo con las reglas de la lógica, las máximas de experiencia y los conocimientos científicos, sea suficiente para desvirtuar aquella presunción inicial, en cuanto que permita al Tribunal alcanzar una certeza objetiva sobre la realidad de los hechos ocurridos y la participación del acusado, de manera que con base en la misma pueda declararlos probados. El control casacional se orienta a verificar estos extremos, validez y suficiencia de la prueba y racionalidad en su valoración, sin que suponga una nueva valoración del material probatorio, sustituyendo la realizada por el tribunal de instancia por otra efectuada por un Tribunal que no ha presenciado la prueba.

No se trata, por lo tanto, de comparar la valoración probatoria efectuada por el Tribunal y la que sostiene la parte que recurre, sino de comprobar la racionalidad de aquella y la regularidad de la prueba utilizada. Y de otro lado, salvo que se aprecie la existencia de un razonamiento arbitrario o manifiestamente erróneo, no es posible prescindir de la valoración de pruebas personales efectuada por el tribunal que ha presenciado directamente la práctica de las mismas.

2. Según se argumenta en la sentencia impugnada, la recurrente reconoció los aspectos esenciales de los hechos, es decir, la extracción después del fallecimiento del dinero de la cuenta de la que era titular el fallecido; que en esa cuenta solamente figuraba como autorizada; y la no comunicación a la entidad bancaria del fallecimiento del titular. Respecto de la propiedad del dinero del que la recurrente dispuso en la forma que se relata en los hechos probados, el Tribunal razona valorando las pruebas disponibles, en el sentido de considerar acreditado que pertenecía solamente al fallecido y no conjuntamente a ambos. Así, argumenta que según la testifical el dinero del depósito procedía de la venta de un fondo de inversión del que era titular único el fallecido; que ocultó a la madre del fallecido la existencia de ese depósito; que la recurrente y el fallecido tenían patrimonios separados; que la recurrente, que afirma haber utilizado el dinero en la empresa de explotación de una cafetería, reconoce que desde 2006 era la única socia y administradora de la sociedad; que le pagaba al fallecido una cantidad mensual en concepto de alquiler del local; que ella es titular de otra cuenta en la que figuraba como autorizado el fallecido; que tenía un piso de su propiedad en Ribadesella.

De todos esos datos, el Tribunal concluye de forma razonada que la recurrente sabía que ese dinero era de la propiedad exclusiva del fallecido, dado que ella tenía su propio patrimonio, separado del de aquel, y que actuó con conocimiento de que su autorización para disponer de la cuenta había finalizado con el fallecimiento del titular.

Por todo ello, se entiende que ha existido prueba de cargo válida y que ha sido valorada por el Tribunal de instancia con respeto a las reglas de la lógica y a las máximas de experiencia, y sin ignorar los conocimientos científicos, por lo cual el motivo se desestima.

Tercero.

En el tercer motivo, al amparo del artículo 849.1º de la LECrim, denuncia la infracción por aplicación indebida de los artículos 248.1, 249, 250.1.6 y 74 del Código Penal. Entiende que no concurren el ánimo de lucro ilícito y el dolo defraudatorio. Argumenta que no empleó engaño o artificio frente a los perjudicados, la herencia yacente o los herederos del fallecido. Y en segundo lugar, señala que o bien el director de la sucursal bancaria sabía que el dinero era de ambos o incurrió en negligencia al no tomar medidas para evitar que el dinero saliera de la entidad. En cuanto al ánimo de lucro, la acusada actuó en la creencia de que el dinero era suyo.

1. El tipo objetivo del delito de estafa requiere la existencia de un engaño por parte del sujeto activo que provoque en otro un error que le induzca a realizar un acto de disposición patrimonial que produzca un perjuicio, propio o de un tercero. El artículo 248 del Código Penal califica el engaño como bastante, haciendo referencia a que ha de ser precisamente esa maquinación del autor la que ha de provocar el error origen del desplazamiento patrimonial, con lo cual está mencionando dos aspectos que ha resaltado la jurisprudencia. En primer lugar, que el engaño ha de ser idóneo, de forma que ha de tenerse en cuenta, de un lado, su potencialidad, objetivamente considerada, para hacer que el sujeto pasivo del mismo, considerado como hombre medio, incurra en un error; y de otro lado, las circunstancias de la víctima, o dicho de otra forma, su capacidad concreta según el caso para resistirse al artificio organizado por el autor. En segundo lugar, es preciso que exista una relación de causalidad entre el engaño que provoca el error y el acto de disposición que da lugar al perjuicio, de donde se obtiene que aquél ha de ser precedente o, al menos, concurrente, al momento en que tal acto tiene lugar. Por lo tanto, el engaño debe ser la causa del error; el error debe dar lugar al acto de disposición y éste ha de ser la causa del perjuicio patrimonial.

Aunque generalmente la maquinación engañosa se construye sobre la aportación de datos o elementos no existentes, dotándoles de una apariencia de realidad que confunde a la víctima, es posible también que consista en la ocultación de datos que deberían haberse comunicado para un debido conocimiento de la situación por parte del sujeto pasivo, al menos en los casos en los que el autor está obligado a ello. No solamente engaña a un tercero quien le comunica algo falso como si fuera auténtico, sino también quien le oculta datos relevantes que estaba obligado a comunicarle, actuando como si no existieran, pues con tal forma de proceder provoca un error de evaluación de la situación que le induce a realizar un acto de disposición que en una valoración correcta, de conocer aquellos datos, no habría realizado.

Por otro lado, ha de recordarse que este motivo de casación solamente permite verificar la correcta subsunción de los hechos que se declaran probados, sin prescindir de ninguno de ellos y sin añadir otros diferentes. Las alegaciones realizadas en franca contradicción con el relato fáctico conducen a la inadmisión del motivo, que ya en este trámite, operaría como causa y razón de desestimación.

2. En el caso, de la sentencia impugnada se desprende que la recurrente sabía que no era titular, sino solamente autorizada en la cuenta sobre la que operó para hacer suyo el dinero depositado en ella, y también que la autorización lógicamente desaparecía o dejaba de tener validez desde el momento del fallecimiento del titular. A pesar de ello, ocultó a los empleados de la entidad bancaria que el titular había fallecido, dato que, por lo que se acaba de decir, sabía que revestía especial trascendencia. De esta forma engañó a la entidad bancaria, en perjuicio de los herederos del fallecido.

Es cierto que no coinciden el sujeto pasivo del engaño y el perjudicado, pero tal eventualidad está expresamente prevista en el tipo penal que alude al perjuicio propio o de



www.civil-mercantil.com

tercero, en tanto que describe la conducta típica como la utilización de engaño bastante para producir error en otro, induciéndolo a realizar un acto de disposición en perjuicio propio o ajeno.

En lo que se refiere al ánimo de lucro, la recurrente lo niega sobre la base de afirmar que creía que el dinero era también suyo, lo cual no se ha declarado en la sentencia, habiendo sido rechazada esa posibilidad de forma razonable en atención a las pruebas practicadas expresamente valoradas en la sentencia impugnada.

3. En cuanto a la alegación referida a la adopción de medidas de autoprotección por parte de la entidad bancaria, no faltan pronunciamientos de esta Sala en el sentido de que no puede acogerse a la protección penal que invoca quien en las relaciones del tráfico jurídico económico no guarde la diligencia que le era exigida en atención al puesto que ocupaba en el contexto en el que se produce el engaño. Así, la STS 161/2002 de 4 de febrero , con cita de otras sentencias - SSTS 1285/98 de 29 de octubre , 529/2000 de 27 de marzo , 738/2000 de 6 de noviembre , 2006/2000 de 22 de diciembre , y la 1686/2001 de 24 de septiembre .

Sin embargo, aunque esa tesis pueda tener vigencia en supuestos excepcionales en los que se aprecie una flagrante negligencia en el modo de operar, generalmente en función de las exigencias propias del sector comercial, en el que ocurren los hechos, tal cosa no puede interpretarse de un modo general en el sentido de que para mantener la protección penal frente a esas conductas defraudatorias sea preciso actuar conforme a un inderogable principio de desconfianza en las relaciones personales, sociales y comerciales. Más bien al contrario, la convivencia en una sociedad libre, cuando no se trata de supuestos en que por unos se ejerce poder sobre otros, exige unas razonables dosis de confianza en que los demás se ajustarán a las normas, de modo que el quebrantamiento de esa confianza pueda en su caso merecer una respuesta negativa, pudiendo encontrar excepciones en aquellos casos en los que, tratándose de actuaciones muy formalizadas, se haya prescindido de las cautelas que la propia norma establece.

En el caso, ninguna norma legal o consuetudinaria impone a los empleados de entidades bancarias la verificación de que los titulares de cuentas corrientes están vivos cuando una persona autorizada para operar en ellas, pretende disponer del dinero depositado. No se desprende de la sentencia que existieran razones que les hicieran sospechar de una actuación torticera por parte de la recurrente que les hubiera obligado a adoptar alguna clase de precaución o cautela.

Por lo tanto, no se aprecia negligencia alguna que haga desaparecer la idoneidad del engaño a los efectos del delito de estafa.

Consecuentemente, el motivo se desestima.

Cuarto.

En el motivo quinto, al amparo también del artículo 849.1º de la LECrim , denuncia la infracción por inaplicación indebida del artículo 268 en relación con el artículo 23 del Código Penal . Considera que dada la convivencia more uxorio en que vivía la acusada con el fallecido, debió aplicarse la circunstancia de parentesco como atenuante, al ser los perjudicados por el delito ascendientes y hermanos de la pareja de hecho de la acusada.

1. La circunstancia mixta de parentesco resulta aplicable cuando, en atención al tipo delictivo, la acción merece un reproche mayor o menor del que generalmente procede, a causa de la relación parental de que se trate. El artículo 23 dispone, entre otros supuestos, que es circunstancia que puede agravar o atenuar la responsabilidad ser el agraviado ascendiente del ofensor o de su cónyuge o conviviente.



www.civil-mercantil.com

La jurisprudencia ha entendido generalmente que en los delitos que tienen un carácter personal opera como agravante, mientras que lo hace como atenuante en los de naturaleza patrimonial.

2. En el caso, la recurrente no planteó la cuestión en la instancia, por lo que hurtó el debido debate sobre la cuestión.

Esta Sala ha entendido (entre otras en la STS nº 563/2008 y en la STS nº 363/2006) de forma que puede considerarse consolidada que el recurso de casación por infracción de Ley se circunscribe a los errores legales que pudo haber cometido el juzgador al enjuiciar los temas sometidos a su consideración por las partes, sin que puedan formularse, ex novo y per saltum alegaciones relativas a otros no suscitados con anterioridad, que obligarían al tribunal de casación a abordar asuntos no sometidos a contradicción en el juicio oral (SSTS de 8 de febrero de 1996 y de 10 de noviembre de 1994). Pero también es cierto que la doctrina jurisprudencial (por ejemplo STS 707/2002 de 26.4 [RJ 2002\4792]), admite dos clases de excepciones a este criterio. En primer lugar cuando se trate de infracciones constitucionales que puedan ocasionar materialmente indefensión. Y en segundo lugar cuando se trate de infracciones de preceptos penales sustantivos cuya subsanación beneficie al reo (por ejemplo la apreciación de una circunstancia atenuante) y que puedan ser apreciadas sin dificultad en el trámite casacional porque la concurrencia de todos los requisitos exigibles para la estimación de las mismas conste claramente en el propio relato fáctico de la sentencia impugnada, independientemente de que se haya aducido o no por la defensa.

En el caso, la relación entre la recurrente y el fallecido y la identificación de la madre de éste como persona perjudicada, resulta de los hechos probados. La ruptura de la relación, que alega la acusación particular, no ha quedado probada según la sentencia impugnada.

Según el relato fáctico, el agraviado o perjudicado por el delito es la madre del fallecido. Por lo tanto, ascendiente del fallecido, conviviente con la acusada autora de los hechos.

El motivo se estima, aunque no causará alteración alguna en la pena que ha sido impuesta en el mínimo legalmente procedente, como antes se ha dicho.

Quinto.

En el quinto motivo, por la misma vía de impugnación, denuncia la infracción, por inaplicación, de la atenuante de dilaciones indebidas, que considera patentes en el desarrollo de la causa. Señala que la causa es iniciada por denuncia presentada el 3 de junio de 2011 y la sentencia es de fecha 25 de febrero de 2015 , cuando la causa carece de complejidad. Además, argumenta que en esos cuatro años ya se celebró un juicio por estos mismos hechos contra la acusada, ante el Juzgado de lo Penal, que finalizó con sentencia absolutoria, aunque fue anulado por la misma Sala de la Audiencia.

1. El derecho fundamental a un proceso sin dilaciones indebidas, que aparece expresamente reconocido en el artículo 24.2 de la Constitución , no es identificable con el derecho al cumplimiento de los plazos establecidos en las leyes procesales, pero impone a los órganos jurisdiccionales la obligación de resolver las cuestiones que les sean sometidas, y también la de ejecutar lo resuelto, en un tiempo razonable. Se trata de un concepto indeterminado cuya concreción se encomienda a los Tribunales. 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 Sole y Martín de Vargas c. España , y las que en ellas se citan). En la regulación expresa que de esta causa de atenuación aparece



www.civil-mercantil.com

en el artículo 21.6ª del Código Penal tras la reforma operada por la Ley Orgánica 5/2010, se exige para su aplicación con efectos de atenuante simple que se trate de una dilación extraordinaria e indebida en la tramitación del procedimiento, lo que excluye los retrasos que no merezcan estas calificaciones; y, además, que no sea atribuible al propio inculpado y que no guarde proporción con la complejidad de la causa.

2. El recurrente no planteó la cuestión en la instancia. Esta Sala ha aceptado el examen de la cuestión en determinados casos, aun cuando se plantee por primera vez en el recurso de casación, cuando la alegación se basa en paralizaciones de la tramitación debidamente designadas por el recurrente, comprobables como mero dato objetivo fácilmente accesible, respecto de las que pueda excluirse la responsabilidad del propio acusado. No ocurre así en el caso, en el que, a causa del silencio de la defensa del acusado, no se practicó prueba, ni se pudieron realizar alegaciones acerca de las circunstancias y de las razones de que se celebrara un juicio ante el Juzgado de lo Penal y de que luego fuera declarado nulo. No es posible, pues, resolver ahora apreciando una atenuante sin conocer si concurren los requisitos exigidos por el artículo 21.6 del Código Penal en orden a que el retraso deba considerarse indebido y no atribuible al propio acusado. Por otro lado, la duración global de la causa no puede considerarse especialmente excesiva.

El motivo se desestima.

Sexto.

En el sexto y último motivo, al amparo del artículo 851.1º de la LECrim , denuncia predeterminación del fallo. Considera que se produce al emplear la expresión "con ánimo de obtener un ilícito beneficio".

1. Es claro que la fundamentación jurídica y el fallo de cualquier sentencia deben referirse a los hechos que se han declarado probados, en los que pueden incluirse hechos de naturaleza objetiva y subjetiva, entre estos últimos, la intención del autor. En ese sentido, todo relato fáctico predetermina el fallo. Pero no es esa la predeterminación prohibida por la ley.

Como ha señalado la jurisprudencia, la predeterminación del fallo que se contempla y proscribire en el art. 851.1º de la LECrim , es aquella que se produce exclusivamente por conceptos jurídicos que definen y dan nombre a la esencia del tipo penal aplicado, sustituyendo la necesaria narración fáctica por una afirmación jurídica que califica lo ocurrido, y que según una reiteradísima jurisprudencia (Sentencias de 7 de mayo de 1996 , 11 de mayo de 1996 , 23 de mayo de 1996 , 13 de mayo de 1996 , 5 de julio de 1996 , 22 de diciembre de 1997 , 30 de diciembre de 1997 , 13 de abril de 1998 , 20 de abril de 1998 , 22 de abril de 1998 , 28 de abril de 1998 , 30 de enero de 1999 , 13 de febrero de 1999 y 27 de febrero de 1999) exige para su estimación: A) Que se trate de expresiones técnico-jurídicas que definan o den nombre a la esencia del tipo aplicado. B) Que tales expresiones sean por lo general asequibles tan sólo para los juristas o técnicos y no compartidas en el uso del lenguaje común. C) Que tengan un valor causal apreciable respecto del fallo, y D) Que, suprimidos tales conceptos jurídicos dejen el hecho histórico sin base alguna y carente de significado penal, (STS nº 807/2014, de 2 de diciembre).

2. En el caso, la expresión a la que se refiere la recurrente es de uso coloquial y perfectamente comprensible para cualquiera. Además, con ella no se sustituye la narración fáctica, sino que en el apartado dedicado a los hechos probados se describen claramente los hechos que ejecutó la acusada, haciendo suyo un dinero que pertenecía al fallecido y que



www.civil-mercantil.com

correspondería, en valoración lógica, a sus herederos. La identificación del ánimo con el que la acusada actuó no constituye la predeterminación prohibida.

Por lo tanto, el motivo se desestima.

III. FALLO

Que debemos DECLARAR y DECLARAMOS HABER LUGAR PARCIALMENTE al recurso de Casación por infracción de Ley, y de precepto Constitucional, así como por quebrantamiento de Forma, interpuesto por la representación procesal de Sacramento , contra sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Oviedo (Sección Tercera), con fecha veinticinco de Febrero de dos mil quince , en causa seguida contra la misma, por delito continuado de estafa agravada. Con declaración de oficio de las costas procesales del presente recurso.

Comuníquese esta resolución a la mencionada Audiencia a los efectos legales oportunos, con devolución de la causa que en su día remitió interesando acuse de recibo.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos Manuel Marchena Gomez Miguel Colmenero Menendez de Luarda Francisco Monterde Ferrer Alberto Jorge Barreiro Juan Saavedra Ruiz

SEGUNDA SENTENCIA

EN NOMBRE DEL REY

La sala Segunda de lo Penal, del Tribunal Supremo, constituida por los Excmos. Sres. mencionados al margen, en el ejercicio de la potestad jurisdiccional que la Constitución y el pueblo español le otorgan, ha dictado lo siguiente

En la Villa de Madrid, a veintitrés de Diciembre de dos mil quince.

El Juzgado de Instrucción de los de Cangas de Onís instruyó las diligencias del procedimiento Abreviado con el número 47/2.012, por delito de continuado de apropiación indebida o alternativamente un delito continuado de estafa y un delito de usurpación de inmuebles, contra Sacramento , con DNI número NUM002 , nacida en Mieres el día NUM003 de 1957, hija de Maximo y de Marta , domiciliada en la CALLE000 de la localidad de Ribadesella, con antecedentes penales no computables; y una vez decretada la apertura del Juicio Oral, lo remitió a la Audiencia Provincial de Oviedo, Sección Tercera, que con fecha veinticinco de Febrero de dos mil quince dictó Sentencia condenando a Sacramento como autora penalmente responsable de un delito continuado de estafa agravada, ya definido, sin concurrir circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de 3 años, 6 meses y 1 día con la accesoria legal de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y pena de multa de 10 meses a razón de 20 euros día, y a que indemnice a Carolina en la suma de 138.507,41 e mas los intereses legales devengados con arreglo a lo establecido en el art. 576 de la Ley de Enjuiciamiento civil , así como al pago de un tercio de las costas causadas con inclusión de las correspondientes a la acusación particular.- Absolviendo a Sacramento del delito de usurpación de bienes inmuebles y del delito de apropiación indebida, de los que venía siendo acusada.- Sentencia que fue recurrida en casación ante esta Sala Segunda del Tribunal Supremo por la representación legal



www.civil-mercantil.com

de la acusada y que ha sido CASADA Y ANULADA PARCIALMENTE, por lo que los Excmos. Sres. Magistrados anotados al margen, bajo la Presidencia del primero de los indicados y Ponencia del Excmo. Sr. D. Miguel Colmenero Menendez de Luarca, proceden a dictar esta Segunda Sentencia con arreglo a los siguientes:

I. ANTECEDENTES

Único.

Se reproducen e integran en esta Sentencia todos los de la sentencia de instancia parcialmente rescindida en cuanto no estén afectados por esta resolución.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

Único.

Por las razones expuestas en nuestra sentencia de casación procede apreciar la atenuante de parentesco, aunque no causará efectos en la pena impuesta en la sentencia recurrida.

III. FALLO

Se mantienen los pronunciamientos de la sentencia de instancia añadiendo que concurre la atenuante de parentesco del artículo 23 del Código Penal .

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos Manuel Marchena Gomez Miguel Colmenero Menendez de Luarca Francisco Monterde Ferrer Alberto Jorge Barreiro Juan Saavedra Ruiz

PUBLICACIÓN .- Leídas y publicadas han sido las anteriores sentencias por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D Miguel Colmenero Menendez de Luarca, mientras se celebraba audiencia pública en el día de su fecha la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario certifico.

El contenido de la presente resolución respeta fielmente el suministrado de forma oficial por el Centro de Documentación Judicial (CENDOJ). La Editorial CEF, respetando lo anterior, introduce sus propios marcadores, traza vínculos a otros documentos y hace agregaciones análogas percibiéndose con claridad que estos elementos no forman parte de la información original remitida por el CENDOJ.