

**BASE DE DATOS DE Norma DEF.-**

Referencia: NCJ065613

**TRIBUNAL SUPREMO**

*Sentencia 499/2021, de 9 de junio de 2021*

*Sala de lo Penal*

*Rec. n.º 3336/2019*

**SUMARIO:**

**Delitos contra la Administración de Justicia. Delito de simulación de delito. Tipicidad y elementos.**

Los elementos que configuran el delito de simulación de delito son:

- a) La acción de simular ser responsable o víctima de una infracción penal o denunciar una infracción de este tipo inexistente en realidad, siendo el destinatario de la acción un funcionario judicial o administrativo que ante la noticia del delito tenga profesionalmente la obligación de proceder a su averiguación.
- b) Que esa actuación falsaria motive o provoque alguna actuación procesal. A este respecto, se produce cuando se lleven a cabo determinados actos que se sabe, y a ello están destinados, van a provocar la intervención policial y posteriormente la judicial, iniciándose las correspondientes diligencias procesales.
- c) El elemento subjetivo que se integra con la consciencia de la falsedad de aquello que se dice y la voluntad específica de presentar como verdaderos hechos que no lo son, lo que excluye la comisión culposa.

La actual línea jurisprudencial considera a esta figura como un delito de resultado, que estaría constituido por la actuación procesal subsiguiente, de suerte que en el ámbito de la ejecución se admite la tentativa en aquellos casos en los que la «notitia criminis» o denuncia simulada no llega a producir una actuación procesal, por lo que, a la postre, este elemento del tipo ya no se estima como una condición objetiva de punibilidad, sino como el resultado de la acción típica

**PRECEPTOS:**

Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1882, arts. 160, 741 y 789.1.

Ley Orgánica 10/1995 (CP), arts. 21, 77, 248, 249, 50 y 457.

Constitución Española, arts. 24.2 y 117.3.

**PONENTE:**

*Don Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre.*

**SENTENCIA**

Excmos. Sres.

D. Andrés Martínez Arrieta  
D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre  
D. Andrés Palomo Del Arco  
D. Vicente Magro Servet  
D. Javier Hernández García

En Madrid, a 9 de junio de 2021.

Esta Sala ha visto el recurso de casación nº 3336/2019, interpuesto por Genaro, representado por el procurador D. Francisco de Asís Bueno Sánchez, bajo la dirección letrada de D. Emilio Calderón Arnedo; y por Hermenegildo y EBLA INVERSIONES DE CAPITAL SL, representados por el procurador D. José Diego Castillo Gómez, bajo la dirección letrada de D. Joaquín María Pérez de los Cobos, contra la sentencia nº 452/2018, de fecha 12 de noviembre de 2018, dictada por la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Murcia, en el Rollo de Procedimiento Abreviado nº 28/2017. Ha intervenido el Ministerio Fiscal; y, como parte recurrida Seguros Catalana Occidente, Cía de Seguros y Reaseguros, representada por la procuradora Dª. Katuska Marín Martín, bajo la dirección letrada de D. Juan José Moreno Hellín.

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

**ANTECEDENTES DE HECHO**

**Primero.**

El Juzgado de Instrucción nº 7 de Murcia instruyó Diligencias Previas de P.A. nº 2863/2009, contra Genaro y contra Hermenegildo, y contra la mercantil Ebla Inversiones de Capital SL, en calidad de responsable civil subsidiario, por delitos de estafa y simulación de delito y, una vez concluso, lo remitió a la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Murcia, que en el Rollo de Procedimiento Abreviado nº 28/2017, dictó sentencia nº 452/2018, de fecha 12 de noviembre de 2018, que contiene los siguientes hechos probados:

"PRIMERO.- Son hechos probados y así se declaran en la presente instancia:

Los acusados Hermenegildo, con DNI nº NUM000, sin antecedentes penales y Genaro con DNI nº NUM001, ejecutoriamente condenado en sentencia firme de fecha 4-05-2007, por delito de falsificación de documentos públicos, actuando ambos con ánimo de lucro, se concertaron para defraudar a compañía Catalana de Occidente S.A., en virtud de la póliza de seguro multirriesgo de automóvil nº NUM002, suscrita el 18 de octubre del 2007, por el acusado Genaro, como conductor habitual del vehículo BMW modelo 630i, con matrícula ....-DVY y número de bastidor NUM003, y como propietaria del turismo, EBLA inversiones de Capital SL con NIF B-73482118, sociedad unipersonal, cuyo único socio y administrador es el acusado, Hermenegildo.

En virtud de lo acordado, Genaro compareció en puesto de la Guardia Civil de Torrevieja, a las 05,30 horas del día 18 de mayo de 2008, para denunciar, a sabiendas de su falsedad, la sustracción del turismo por autores desconocidos entre las 01,00 y las 05,00 horas de ese día.

En base a tal denuncia, el acusado Hermenegildo, como socio único de la entidad Ebla inversiones de capital SL, y como dueña del turismo sustraído; efectuó reclamación del siniestro a la compañía de seguros, quien tramitó el expediente nº NUM004 e indemnizó, firmando el finiquito el acusado mediante transferencia bancaria a la cuenta de la sociedad en la CAM nº NUM005, realizada el 11 de agosto de 2008, en la cantidad de 71.820,49 €, cuenta en que dicho acusado se encontraba autorizado para disponer.

El turismo BMW con matrícula ....-DVY, nº de bastidor NUM003, fue recuperado por del Cuerpo Nacional de Policía a las 10,30 horas día 25-02-2009, en el taller Gerauto de Santomera sito en C/ de Abanilla nº 2, donde el acusado Genaro lo había depositado en el mes de agosto de 2008.

SEGUNDO.- La relación de hechos declarados resulta inferida en el uso de la libre apreciación de la prueba que autoriza el Art.741 de Ley de Enjuiciamiento Criminal y teniendo en cuenta la obligación de razonar adecuadamente los medios de prueba practicados, así como el razonamiento por el que el Juzgador llega a dicha convicción y la participación en los mismos de los acusados, conforme exige el Art. 120, 3º de Constitución. La Sala declara la conclusión fáctica acogida en los anteriores hechos probados se funda en la existencia de prueba de cargo bastante de carácter incriminatorio practicada en el plenario con las garantías propias del enjuiciamiento criminal (inmediación, igualdad, contradicción, concentración, oralidad y publicidad), que ha permitido desvirtuar el principio de presunción de inocencia que inicialmente amparaba a los acusados y que se considera suficiente y bastante para la fijación de los hechos y de su autoría. "

**Segundo.**

La Audiencia de instancia, dictó el siguiente pronunciamiento:

"Que debemos condenar y CONDENAMOS a los acusados Hermenegildo y Genaro como autores de un delito de simulación de delito y otro de estafa, ya definidos, concurriendo la circunstancia atenuante de dilaciones indebidas como cualificada a las siguientes penas:

A Hermenegildo, por el delito de simulación del delito la pena de 9 meses de multa con cuota diaria de 6 € y la responsabilidad personal subsidiaria del art. 53 CP en caso de impago, de un día de privación de libertad por dos cuotas impagadas; y por el delito de estafa agravada, la pena de 2 años y seis meses de prisión, con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo y 9 meses de multa con cuota diaria de 6 € y la responsabilidad personal subsidiaria del art. 53 en caso de impago, de un día de privación de libertad por dos cuotas impagadas.

A Genaro, por el delito de simulación del delito la pena de 9 meses de multa con cuota diaria de 6 € y la responsabilidad personal subsidiaria del art. 53 CP en caso de impago, de un día de privación de libertad por dos cuotas impagadas y por el delito de estafa agravada, la pena de 2 años y seis meses de prisión, con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo y 9 meses de multa con cuota diaria de 6 € y la responsabilidad personal subsidiaria del art. 53 en caso de impago, de un día de privación de libertad por dos cuotas impagadas.

En sede de responsabilidad civil los acusados y la entidad responsable civil Ebla inversiones SL, deberán indemnizar a la entidad aseguradora Catalana Occidente, conjunta y solidariamente en la cantidad de 71.820,49 euros, más intereses legales, siendo de aplicación el artículo 576 de la Ley de Enjuiciamiento civil.

Y con imposición de costas causadas incluyendo las de la acusación particular.

Notifíquese esta sentencia a las partes personadas, instruyéndoles de que no es firme y que contra la misma pueden interponer recurso de casación ante la Sala Segunda del Tribunal Supremo, que ha de prepararse mediante escrito autorizado por Abogado y Procurador, presentado ante este Tribunal dentro de los cinco días siguientes a su notificación, conteniendo los requisitos exigidos en el art. 855 y ss de la LECRM. "

### **Tercero.**

Notificada la sentencia a las partes, se preparó recurso de casación, por infracción de ley, y de precepto constitucional, 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.

### **Cuarto.**

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

Motivos aducidos en nombre del recurrente Genaro:

Primero.- Al amparo del nº 2 del art. 849 LECrim así como del art. 5.4 LOPJ por entender infringida la Constitución y jurisprudencia aplicable al caso.

Segundo.- Al amparo del art. 849.1. LECrim por entender que a la luz de los hechos probados, no se han aplicado debidamente las normas sustantivas y la jurisprudencia aplicable al caso.

Motivos aducidos en nombre de los recurrentes Hermenegildo y Ebla Inversiones de Capital SL:

Primero.- Al amparo del art. 852 LECrim y art. 5.4 LOPJ, por haber mediado vulneración del art. 24.2 CE al negársele al recurrente la presunción de inocencia, produciendo vulneración a la tutela judicial efectiva al considerarlo autor de los hechos.

Segundo.- Al amparo del art. 849.1 LECrim por haber mediado inaplicación del in dubio pro reo al condenar indebidamente por los arts. 457 como medio del art. 77 y 248, 249 y 250.6, todos del Código Penal.

Tercero.- Al amparo del art. 849.1 LECrim, al infringirse los arts. 789.1 y 160 LECrim, por superarse el plazo estipulado para dictar sentencia y notificarla.

Cuarto.- Al amparo del art. 5.4 LOPJ por haber mediado vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, a un juicio sin dilaciones indebidas consagrado por el art. 24 CE, al infringir el art. 789.1 y 160 LECrim, superando el plazo para dictar sentencia;

Quinto.- Al amparo del art. 852 LECrim y 5.4 LOPJ por haber mediado vulneración del derecho a un juicio sin dilaciones indebidas y a la tutela judicial, art. 24 CE, cuya circunstancia ha supuesto hurtar al recurrente la tutela efectiva de la jurisdicción prometida por el nº 1 de la misma norma constitucional;

Sexto.- Al amparo del art. 849.1 LECrim por haber mediado inaplicación del inciso 6ª del art. 21 CP (atenuante analógica por dilaciones indebidas como muy cualificada) con los efectos penológicos del art. 66.1.2 del mismo texto.

Séptimo.- Al amparo del art. 849.1 LECrim, por indebida aplicación de los arts. 248, 249 y 250.6 del CP.

Octavo.- Al amparo del art. 849.1 LECrim, por indebida aplicación del art. 457 CP.

### **Quinto.**

Instruidas las partes, el Ministerio Fiscal y la parte recurrida impugnaron los recursos; la Sala los admitió, quedando conclusos los autos para el señalamiento de fallo cuando por turno correspondiera.

### **Sexto.**

Hecho el señalamiento del fallo prevenido, se celebró deliberación y votación el día 1 de junio de 2021.

## **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

*RECURSO Genaro*

**Primero.**

El motivo primero al amparo del nº 2 del art. 849 LECrim así como del art. 5.4 LOPJ por entender infringida la Constitución y jurisprudencia aplicable al caso.

No obstante, el enunciado del motivo en su desarrollo denuncia la vulneración del derecho a la presunción de inocencia en cuanto al delito de estafa, al no mencionarse ninguno de los factores que favorecerían su comisión (el otro delito, denuncia falsa, lo asumió desde el principio mostrando su colaboración con las autoridades tanto policiales como judiciales).

Argumenta que la póliza de seguro fue realizada y pagada por la mercantil Ebla Inversiones de Capital SL, cuyo representante es el otro acusado Sr. Hermenegildo. Igualmente la compra del vehículo y la posterior indemnización por el supuesto robo recayeron sobre la citada mercantil, cuya cuenta corriente estaba solo a disposición del Sr. Hermenegildo, sin que el recurrente tuviera relación alguna con la mercantil citada, ni en los hechos descritos, no obteniendo beneficio alguno de tal maniobra.

El recurrente se limitó a denunciar la desaparición del vehículo por insinuación del otro acusado, Sr. Hermenegildo, representante de la mercantil, que fue quien reclamó y cobró la indemnización.

El motivo deviene improsperable.

1.1.- Como hemos explicado en SSTS 158/2014, de 12-3; 503/2013, de 19-6, entre otras muchas, cuando se alega infracción de este derecho a la presunción de inocencia, la función de esta Sala no puede consistir en realizar una nueva valoración de las pruebas practicadas a presencia del Juzgador de instancia, porque a éste solo corresponde esa función valorativa, pero si puede este Tribunal verificar que, efectivamente, el Tribunal "a quo" contó con suficiente prueba de signo acusatorio sobre la comisión del hecho y la participación en él del acusado, para dictar un fallo de condena, cerciorándose también de que esa prueba fue obtenida sin violar derechos o libertades fundamentales y sus correctas condiciones de oralidad, publicidad, inmediación y contradicción y comprobando también que en la preceptiva motivación de la sentencia se ha expresado por el Juzgador el proceso de un raciocinio, al menos en sus aspectos fundamentales, que le han llevado a decidir el fallo sin infringir en ellos los criterios de la lógica y de la experiencia ( STS. 1125/2001 de 12.7).

Así pues, al Tribunal de casación le corresponde comprobar que el Tribunal ha dispuesto de la precisa actividad probatoria para la afirmación fáctica contenida en la sentencia, lo que supone constatar que existió porque se realiza con observancia de la legalidad en su obtención y se practica en el juicio oral bajo la vigencia de los principios de inmediación, oralidad, contradicción efectiva y publicidad, y que el razonamiento de la convicción obedece a criterios lógicos y razonables que permitan su consideración de prueba de cargo. Pero no acaba aquí la función casacional en las impugnaciones referidas a la vulneración del derecho fundamental a la presunción de inocencia, pues la ausencia en nuestro ordenamiento de una segunda instancia revisora de la condena impuesta en la instancia obliga al Tribunal de casación a realizar una función valorativa de la actividad probatoria, actividad que desarrolla en los aspectos no comprometidos con la inmediación de la que carece, pero que se extiende a los aspectos referidos a la racionalidad de la inferencia realizada y a la suficiencia de la actividad probatoria. Es decir, el control casacional a la presunción de inocencia se extenderá a la constatación de la existencia de una actividad probatoria sobre todos y cada uno de los elementos del tipo penal, con examen de la denominada disciplina de garantía de la prueba, y del proceso de formación de la prueba, por su obtención de acuerdo a los principios de inmediación, oralidad, contradicción efectiva y publicidad. Además, el proceso racional, expresado en la sentencia, a través del que la prueba practicada resulta la acreditación de un hecho y la participación en el mismo de una persona a la que se imputa la comisión de un hecho delictivo ( STS. 299/2004 de 4.3). Esta estructura racional del discurso valorativo si puede ser revisada en casación, censurando aquellas fundamentaciones que resulten ilógicas, irracionales, absurdas o, en definitiva arbitrarias ( art. 9.1 CE), o bien que sean contradictorias con los principios constitucionales, por ejemplo, con las reglas valorativas derivadas del principio de presunción de inocencia o del principio "nemo tenetur" ( STS. 1030/2006 de 25.10).

Doctrina esta que ha sido recogida en la STC. 123/2006 de 24.4, que recuerda en cuanto al derecho de presunción de inocencia, art. 24.2 CE. que "se configura en tanto que regla de juicio y desde la perspectiva constitucional, como el derecho a no ser condenado sin pruebas de cargo validas, lo que implica que exista una mínima actividad probatoria, realizada con las garantías necesarias, referida a todos los elementos esenciales del delito y que de la misma quepa inferir razonablemente los hechos y la participación del acusado en ellos. En cualquier caso es doctrina consolidada de este Tribunal que no le corresponde revisar la valoración de las pruebas a través de las cuales el órgano judicial alcanza su íntima convicción, sustituyendo de tal forma a los Jueces y Tribunales ordinarios en la función exclusiva que les atribuye el art. 117.3 CE. sino únicamente controlar la razonabilidad del discurso que une la actividad probatoria y el relato fáctico que de ella resulta... De modo que sólo podemos considerar insuficiente la conclusión probatoria a la que hayan llegado los órganos judiciales desde las exigencias del derecho a la presunción de inocencia si, a la vista de la motivación judicial de la valoración del

conjunto de la prueba, cabe apreciar de un modo indubitado, desde una perspectiva objetiva y externa, que la versión judicial de los hechos es más improbable que probable. En tales casos, aún partiendo de las limitaciones ya señaladas al canon de enjuiciamiento de este Tribunal y de la posición privilegiada de que goza el órgano judicial para la valoración de las pruebas, no cabrá estimar como razonable, bien que el órgano judicial actuó con una convicción suficiente, más allá de toda duda razonable, bien la convicción en sí ( STC. 300/2005 de 2.1, FJ. 5).

En definitiva, como esta Sala ha repetido de forma constante, en el ámbito del control casacional, cuando se denuncia la vulneración del derecho a la presunción de inocencia, se concreta, en la verificación de si la prueba de cargo en base a la cual el Tribunal sentenciador dicto sentencia condenatoria fue obtenida con respeto a las garantías inherentes del proceso debido, y por tanto:

- en primer lugar, debe analizar el "juicio sobre la prueba", es decir, si existió prueba de cargo, entendiendo por tal aquella que haya sido obtenida con respeto al canon de legalidad constitucional exigible, y que además, haya sido introducida en el Plenario de acuerdo con el canon de legalidad ordinaria y sometida a los principios que rigen dicho acto. Contradicción, intermediación, publicidad e igualdad.

- en segundo lugar, se ha de verificar "el juicio sobre la suficiencia", es decir, si constatada la existencia de prueba de cargo, ésta es de tal consistencia que tiene virtualidad de provocar el decaimiento de la presunción de inocencia.

- en tercer lugar, debemos verificar "el juicio sobre la motivación y su razonabilidad", es decir si el Tribunal cumplió con el deber de motivación, es decir si explicitó los razonamientos para justificar el efectivo decaimiento de la presunción de inocencia, ya que la actividad de enjuiciamiento es por un lado una actuación individualizadora no seriada, y por otra parte es una actividad razonable, por lo tanto, la exigencia de que sean conocidos los procesos intelectuales del Tribunal sentenciador que le han llevado a un juicio de certeza de naturaleza incriminatoria para el condenado, es, no sólo un presupuesto de la razonabilidad de la decisión, sino asimismo una necesidad para verificar la misma cuando la decisión sea objeto de recurso, e incluso la motivación fáctica actúa como mecanismo de aceptación social de la actividad judicial.

En definitiva, el ámbito del control casacional en relación a la presunción de inocencia se concreta en verificar si la motivación fáctica alcanza el estándar exigible y si, en consecuencia, la decisión alcanzada por el Tribunal sentenciador, en sí misma considerada, es lógico, coherente y razonable, de acuerdo con las máximas de experiencia, reglas de la lógica y principios científicos, aunque puedan existir otras conclusiones porque no se trata de comparar conclusiones sino más limitadamente, si la decisión escogida por el Tribunal sentenciador soporta y mantiene la condena, - SSTC 68/98, 85/99, 117/2000, 4 de Junio de 2001 ó 28 de Enero de 1002, ó de esta Sala 1171/2001, 6/2003, 220/2004, 711/2005, 866/2005, 476/2006, 528/2007 entre otras-.

Por ello, queda fuera, extramuros del ámbito casacional verificado el canon de cumplimiento de la motivación fáctica y la razonabilidad de sus conclusiones alcanzadas en la instancia, la posibilidad de que esta Sala pueda sustituir la valoración que hizo el Tribunal de instancia, ya que esa misión le corresponde a ese Tribunal en virtud del art. 741 LECriminal y de la intermediación de que dispuso, intermediación que no puede servir de coartada para eximir de la obligación de motivar.

Así acotado el ámbito del control casacional en relación a la presunción de inocencia, bien puede decirse que los Tribunales de apelación, esta Sala de Casación o incluso el Tribunal Constitucional en cuanto controlan la motivación fáctica de la sentencia sometida a su respectivo control, actúan verdaderamente como Tribunales de legitimación de la decisión adoptada en la instancia, en cuanto verificar la solidez y razonabilidad de las conclusiones alcanzadas, confirmándolas o rechazándolas -- SSTC de 10 de Junio de 2002, 3 de Julio de 2002, 1 de Diciembre de 2006, 685/2009 de 3 de Junio -y por tanto controlando la efectividad de la interdicción de toda decisión inmotivada o con motivación arbitraria.

La sentencia de esta Sala Segunda nº 131/2010 de 18.1, hace un compendio de la doctrina jurisprudencial sobre el control casacional de la valoración probatoria, en el sentido de que "ni el objeto del control es directamente el resultado probatorio, ni se trata en casación de formar otra convicción valorativa sin disponer de la imprescindible intermediación que sólo tuvo el Tribunal de instancia. El objeto de control es la racionalidad misma de la valoración elaborada por éste a partir del resultado de las pruebas que presencié. No procede ahora por tanto que el recurrente sugiera o proponga otra valoración distinta que desde su punto de vista se acomode mejor a su personal interés, sino que habrá de argumentar que es irracional o carente de lógica el juicio valorativo expresado por el Tribunal de la instancia". Al objeto de control es la racionalidad misma de la valoración elaborada por éste a partir de las pruebas que presencié. No procede ahora por tanto que el recurrente sugiera o proponga otra valoración distinta que desde un punto de vista se acomode mejor a su personal interés, sino que habrá de argumentar que es irracional o carente de lógica el juicio valorativo expresado por tribunal de instancia.

Partiendo del presupuesto necesario de que han de existir medios de pruebas validas y lícitas, de contenido incriminados, no bastará para tener por desvirtuada la presunción de inocencia con constatar que el Juzgado de instancia alcanzó la experiencia subjetiva de una íntima convicción firme sobre lo sucedido, sino que debe revisarse

en casación si esa convicción interna se justifica objetivamente desde la proyectiva de la coherencia lógica y de la razón.

A esta Sala por tanto no le corresponde formar su personal convicción a partir del examen de unas pruebas que no presencio, para a partir de ella confirmar la valoración del Tribunal de instancia en la medida en que una y otra sean coincidentes -lo que ha de examinar es si la valoración del juzgador, es decir, la suya que es la única que existe porque esta Sala no le sustituye con ninguna otra propia, es homologable por su misma lógica y razonabilidad; o como dice la STS 16.12.2009, si más allá del convencimiento subjetivo, que el Juez al valorar los medios de prueba adquiere sobre la veracidad de la acusación, puede estimarse que los medios que valoró autorizan a tener por objetivamente aceptable la veracidad de la acusación y que no existen otras alternativas a la hipótesis que justificó la condena susceptibles de calificarse también como razonables. Para que una decisión de condena quede sin legitimidad bastará entonces con que la justificación de la duda se consiga evidenciando que existan buenas razones que obstan aquella certeza objetiva. En síntesis, es necesario que concurra prueba de cargo lícita y válida, y es preciso también que el tribunal de instancia haya obtenido la certeza Sin lo primero es ocioso el examen de los demás porque falta el presupuesto mínimo para desvirtuar la presunción de inocencia. Y si falta lo segundo, porque el tribunal expresa duda y falta de convicción, la absolución se impone por el principio "in dubio pro reo". Pero dándose ambas condiciones además es necesario un tercer elemento: que entre el presupuesto y la convicción exista objetivamente un enlace de racionalidad y lógica cuyo control corresponde al tribunal de casación, en un examen objetivo que nada tiene que ver con la formación propia de una convicción propia sustantiva que no es posible sin la intermediación de la prueba".

1.2.- En el caso actual, la sentencia recurrida, en cuanto a la participación en la estafa del Sr. Genaro, no alberga la menor duda, al haber quedado sobradamente acreditada por la prueba indiciaria. En primer lugar, destaca el sinsentido de la justificación dada para disponer el del vehículo: la existencia de un crédito a su favor (80.000 € por dos pases de viviendas) no acreditado con medios objetivos (no basta un acto unilateral como un reconocimiento de deuda), lo que apunta claramente a un negocio simulado; ello unido a la misma fórmula de pago del mismo (la entrega de un coche en arrendamiento financiero) y su intervención como tomador del seguro. Segundo, porque el acusado no ha explicado el porqué de su colaboración en la denuncia falsa, que no puede tener más explicación que la de cobrar el seguro cuando él sabía que no había sido sustraído. Tercero, resulta decisivo que él, personalmente, tras la denuncia, dejase de utilizar el vehículo y lo trasladase al taller para su venta (donde fue localizado por la Policía), actuación necesaria para ponerlo fuera de circulación durante el tiempo necesario para cobrar el seguro. Y, por último, el Sr. Genaro reconoció en el plenario que, una vez que el Sr. Hermenegildo le dijo que había cobrado el seguro, le pidió que al menos le diese la mitad (a lo que este se negó, limitándose a prometerle un trabajo), petición y porcentaje de participación propio de quien está en pleno conocimiento de la operación y reclama su beneficio.

Sin olvidar la relación medial entre ambos delitos, concurre cuando se comete un hecho delictivo como medio necesario para cometer otro: concurso medial, también conocido como teleológico o instrumental o ideal impropio, que es una modalidad de concurso real (pluralidad de acciones en correspondencia con una pluralidad de delitos) sancionada como si se tratase de un concurso ideal (unidad de acción con pluralidad de delitos).

El concurso medial es un supuesto de pluralidad de acciones y consecuentemente un concurso real. Se trata, sin embargo, de un concurso real en el que la pena única total del hecho excepcionalmente no se rige por el principio general de acumulación, con los límites previstos en el art. 76, sino por la regla específica que establece el art. 77.1, supuesto paradigmático de la modalidad pluriofensiva (concurso ideal) es el caso del que lesione a un agente de la autoridad, que constituye un delito de atentado y otro de lesiones, y lo es de la modalidad medial la falsedad en documento mercantil para cometer una estafa. En sentido estricto sólo el primer supuesto constituye un concurso ideal, en tanto el segundo se trata propiamente de una modalidad o subforma del concurso real, que al tiempo de su penalización se acomodaba al sistema propio del concurso ideal, cuya asimilación, criticada por un importante sector doctrinal, para encontrar un fundamento en la existencia de una unidad de pensamiento y de voluntad que el legislador asimila al caso de unidad de acción, si bien evidentemente no basta tal relación de medio a fin en el propósito del sujeto activo, pues la ley exige que sea necesaria, esto es que no obedezca a una mera conveniencia o mayor facilidad para cometer el delito, sino que haya una conexión instrumental de carácter objetivo, situada más allá de mero pensamiento o deseo del autor de los hechos para entrar en el ámbito de lo imprescindible según la forma en que realmente ocurrieron. Por ello habrá casos en que aunque pudiera existir una relación de medio a fin en el propósito del sujeto, faltaría el nexo de necesidad. Exigido al respecto por la ley, la dificultad estaría en determinar en cada caso si concurre o no la mencionada necesidad.

En resumen para la existencia de concurso medial no basta el propósito de una relación de medio a fin existente simplemente en el ánimo del sujeto, sino que entre los diversos hechos constitutivos de diferentes delitos ha de haber una conexión de necesidad de carácter objetivo a deducir en cada supuesto de los distintos elementos concurrentes en el caso, de modo tal que puede decirse que uno de ellos fue imprescindible para la comisión del otro.

Por ello hemos dicho en STS 326/98, de 2-3; 123/2003, de 3-2; 297/2007, de 13-4, que para que proceda la estimación del concurso instrumental no basta la preordenación psíquica, o sea que la necesidad medial no ha

de ser contemplada solamente en el aspecto subjetivo o atendiendo al proceso psicológico o intencional del agente para llegar a conseguir el fin o resultado que se había propuesto, sino también al aspecto objetivo o real, de manera que al aplicar el juicio hipotético resulta que el segundo delito no se hubiera producido de no haber realizado previamente el o los delitos precedentes, pues el precepto atiende la unidad del hecho en el aspecto ontológico del ser y su causalidad efectiva y no al orden teleológico individual.

Por consiguiente, no es suficiente con que las diversas acciones aparezcan concatenadas por un propósito delictivo previo, sino que resulta inexcusable que se hallen ligadas por elementos lógicos, temporales o espaciales.

"No es fácil constatar -dice la STS 297/2007- el requisito de la necesidad medial, pero la doctrina y la jurisprudencia coinciden en afirmar que no es posible la contemplación abstracta de la cuestión, lo que haría imposible la estimación del fenómeno jurídico, sino en concreto, eso es, se ha de analizar si de la específica situación fáctica del delito medio resulta imprescindible para posibilitar o asegurar la comisión de otro. Se produce de esta forma una determinada inescindibilidad de las relaciones típicas, que alcanza su máxima expresión en el denominador "juicio hipotético negativo", que debe efectuarse en una consideración "ex ante", comprobado si en esa concreta situación el segundo delito no hubiere podido producirse de no haberse cometido previamente el delito medio".

### **Segundo.**

El motivo segundo al amparo del art. 849.1. LECrim por entender que a la luz de los hechos probados, no se han aplicado debidamente las normas sustantivas y la jurisprudencia aplicable al caso.

Considera que dado que su grado de participación fue mínimo y el beneficio nulo, debió aplicarse, por falta de perjuicio económico causado por él, el art. 248 CP y nunca el tipo agravado del art. 250.5 del mismo texto legal.

El motivo debe ser desestimado.

2.1.- Como hemos dicho en SSTS 391/2010, de 6-5; 776/2011, de 20-7; 927/2013, de 11-12; 158/2014, de 12-3, se diferencia la coautoría de la cooperación o de la participación, en el carácter o no, subordinado del partícipe a la acción del autor.

Será coautor quien dirija su acción a la realización del tipo con dominio en la acción, que será funcional si existe la división de funciones entre los intervinientes, pero todas con ese dominio de la acción característico de la autoría", y existe cooperación necesaria cuando se colabora con el ejecutor directo aportando una conducta sin la cual el delito no se habría cometido (teoría de la "conductio sine qua non"), cuando se colabora mediante la aportación de algo que no es fácil de obtener de otro modo (teoría de los bienes escasos) o cuando el que colabora puede impedir la comisión del delito, retirando su concurso (teoría del dominio del hecho), pero, en todo caso, será necesario que este partícipe en la acción del autor material se hubiese representado no solo la posibilidad sino aún la probabilidad de que en el iter realizado por éste pudiese llegar a ataques corporales de imprevisibles consecuencias para la víctima, normalmente impuestas por el porte de armas o medios peligrosos eficaces por aquel autor material ( SSTS. 1315/2005 de 10.11, 535/2008 de 18.9).

La complicidad se apreciará cuando no concurriendo las circunstancias antes expuestas caracterizadoras de la cooperación necesaria existe una participación accidental, no condicionante y de carácter secundario.

La complicidad, requiere el concierto previo o por adhesión ("pactum scaeleris"), la conciencia de la ilicitud del acto proyectado ("consciencia scaeleris"), el denominado "animus adiuuandi" o voluntad de participar, contribuyendo a la consecución del acto conocidamente ilícito y finalmente la aportación de un esfuerzo propio, de carácter secundario o auxiliar, para la realización del empeño común. Se distingue de la coautoría en la carencia del dominio funcional del acto y de la cooperación necesaria en el carácter secundario de la intervención, sin la cual la acción delictiva podría igualmente haberse realizado, por no ser su aportación de carácter necesario, bien en sentido propio, bien en sentido de ser fácilmente sustituible al no tratarse de un bien escaso.

Para la distinción entre cooperación necesaria y complicidad, entre la teoría del dominio del hecho y la de la relevancia, la jurisprudencia, aún con algunas vacilaciones, se ha decantado a favor de esta última, que permite, a su vez, distinguir entre coautores y cooperadores necesarios, visto que "el dominio del hecho depende no sólo de la necesidad de la aportación para la comisión del delito, sino también del momento en que la aportación se produce "de modo que" el que hace una aportación decisiva para la comisión del delito en el momento de la preparación, sin participar luego directamente en la ejecución, no tiene, en principio, el dominio del hecho" y así "será un partícipe necesario, pero no coautor", concluyendo que "lo que distingue al cooperador necesario del cómplice no es el dominio del hecho, que ni uno ni otro tienen. Lo decisivo a este respecto es la importancia de la aportación en la ejecución del plan del autor o autores" ( SSTS. 128/2008 de 27.2, 1370/2009 de 22.12, 526/2013 de 25.6), declarando ésta última que el cómplice no es ni más ni menos que un auxiliar eficaz y consciente de los planes y actos del ejecutor material, del inductor o del cooperador esencial que contribuye a la producción del fenómeno punitivo mediante el empleo anterior o simultáneo de medios conducentes a la realización del propósito que a aquéllos anima, y del que participa prestando su colaboración voluntaria para el éxito de la empresa criminal en el que todos están interesados. Se trata, no obstante, como acabamos de exponer, de una participación accidental y

de carácter secundario. El dolo del cómplice radica en la conciencia y voluntad de coadyuvar a la ejecución del hecho punible. Quiere ello decir, por tanto, que para que exista complicidad han de concurrir dos elementos: uno objetivo, consistente en la realización de unos actos relacionados con los ejecutados por el autor del hecho delictivo, que reúnan los caracteres ya expuestos, de mera accesoriedad o periféricos; y otro subjetivo, consistente en el necesario conocimiento del propósito criminal del autor y en la voluntad de contribuir con sus hechos de un modo consciente y eficaz a la realización de aquél, ( SSTS. 5.2.98, 24.4.2000).

En definitiva, el cómplice es un auxiliar del autor, que contribuye a la producción del fenómeno delictivo a través del empleo anterior o simultáneo de medios conducentes a la realización del proyecto que a ambos les anima, participando del común propósito mediante su colaboración voluntaria concretada en actos secundarios, no necesarios para el desarrollo del "iter criminis".

En la misma línea se ha pronunciado la STS. 243/2005 al señalar que la complicidad "Se distingue de la coautoría en la carencia del dominio funcional del acto y de la cooperación necesaria en el carácter secundario de la intervención, sin la cual la acción delictiva podría igualmente haberse realizado, por no ser su aportación de carácter necesario, bien en sentido propio, bien en el sentido de ser fácilmente sustituible al no tratarse de un bien escaso".

2.2.- En el caso presente, del factum -cuyo respeto exige la vía casacional del art. 849.1 LECrim, dado que en estos casos solo se discuten problemas de aplicación de la norma jurídica, esto es, si la subsunción que de los hechos probados hubiese hecho el tribunal de instancia en el precepto penal de derecho sustantivo aplicado es o no correcta jurídicamente- se desprende una participación de este recurrente calificable como coautoría.

En efecto, en el relato fáctico se recoge como "los acusados Hermenegildo y Genaro ... actuando ambos con ánimo de lucro, se concertaron para defraudar a compañía Catalana Occidente SA", detallando a continuación la concreta actuación desarrollada por cada acusado, de la que se desprende en relación al Sr. Genaro su activa colaboración tanto en la simulación del delito, como en la propia estafa, pues fue no solo quien puso la denuncia por la sustracción del vehículo, sino quien escondió y ocultó el mismo, llevándolo a un taller donde finalmente fue descubierto por la Policía. Actuación esta sin la que la estafa no hubiera podido ser cometida. Colaboración activa y necesaria para su comisión.

- Por último, en cuanto a la alegación de no haber obtenido beneficio económico alguno, ello no es obstáculo para su condena por el delito de estafa. Esta Sala tiene declarado (vid. STS 763/2013, de 14-10) que el ánimo de lucro, elemento subjetivo del injusto, consiste en la intención de obtener cualquier tipo de enriquecimiento patrimonial, ventaja, provecho o utilidad. Y también es jurisprudencia de esta Sala que ese beneficio, ventaja o utilidad puede ser para el sujeto activo del delito o para un tercero. Así se pronuncia la sentencia de esta Sala 1581/2003, de 28-11, en la que se declara que el ánimo de lucro en el delito de estafa no requiere que el autor persiga su propio y definitivo enriquecimiento. por el contrario, el ánimo de lucro también es de apreciar cuando la ventaja patrimonial antijurídica se persigue para luego beneficiar a otro.

## *RECURSO Hermenegildo Y EBLA INVERSIONES DE CAPITAL SL*

### **Tercero.**

El motivo primero al amparo del art. 852 LECrim y art. 5.4 LOPJ, por haber mediado vulneración del art. 24.2 CE al negársele al recurrente la presunción de inocencia, produciendo vulneración a la tutela judicial efectiva al considerarlo autor de los hechos.

Cuestiona la prueba valorada por el tribunal, declaraciones de los acusados y los testigos, para considerar que la única prueba es la palabra del coacusado Genaro.

El motivo se desestima.

3.1.- Dando por reproducida la doctrina jurisprudencial expuesta en el motivo primero del anterior recurrente interpuesto por la misma vulneración, debemos solo insistir en que la invocación del derecho fundamental a la presunción de inocencia permite a este tribunal constatar si la sentencia de instancia se fundamenta en:

- a) una prueba de cargo suficiente, referida a todos los elementos esenciales del delito;
- b) una prueba constitucionalmente obtenida, es decir que no sea lesiva de otros derechos fundamentales, requisito que nos permite analizar aquellas impugnaciones que cuestionan la validez de las pruebas obtenidas directa o indirectamente mediante vulneraciones constitucionales y la cuestión de la conexión de antijuridicidad entre ellas,
- c) una prueba legalmente practicada, lo que implica analizar si se ha respetado el derecho al proceso con todas las garantías en la práctica de la prueba,
- y d) una prueba racionalmente valorada, lo que implica que de la prueba practicada debe inferirse racionalmente la comisión del hecho y la participación del acusado, sin que pueda calificarse de ilógico, irrazonable o insuficiente el iter discursivo que conduce desde la prueba al hecho probado. Estos parámetros, analizados en profundidad, permiten una revisión integral de la sentencia de instancia, garantizando al condenado el ejercicio de

su derecho internacionalmente reconocido a la revisión de la sentencia condenatoria por un Tribunal Superior ( Art. 14 5º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos).

En reiterados pronunciamientos esta Sala viene manteniendo que el juicio sobre la prueba producida en el juicio oral es revisable en casación en lo que concierne a su estructura racional, es decir, en lo que respecta a la observación por parte del Tribunal de las reglas de la lógica, los principios de la experiencia y los conocimientos científicos.

Pero también es reiterada la doctrina de que, salvo supuestos en que se constate irracionalidad o arbitrariedad, este cauce casacional no está destinado a suplantar la valoración por parte del Tribunal sentenciador de las pruebas apreciadas de manera directa, como las declaraciones testificales o las manifestaciones de los imputados o coimputados, así como los dictámenes periciales, ni realizar un nuevo análisis crítico del conjunto de la prueba practicada para sustituir la valoración del Tribunal sentenciador por la del recurrente o por la de esta Sala, siempre que el Tribunal de Instancia haya dispuesto de prueba de cargo suficiente y válida, y la haya valorado razonablemente.

Es decir, que a esta Sala no le corresponde formar su personal convicción a partir del examen de unas pruebas que no presenció, para a partir de ella confirmar la valoración del Tribunal de instancia en la medida en que ambas sean coincidentes. Lo que ha de examinar es, en primer lugar, si la valoración del Tribunal sentenciador se ha producido a partir de unas pruebas de cargo constitucionalmente obtenidas y legalmente practicadas, y, en segundo lugar, si dicha valoración es homologable por su propia lógica y razonabilidad.

3.2.- En el caso actual el recurrente cuestiona la principal prueba de cargo cual es la declaración del anterior coimputado, dado que sus relaciones con él terminaron de forma muy conflictiva existiendo entre ambos una rivalidad y enfrentamiento evidente, por lo que debe considerarse su implicación por la declaración de aquel como espuria.

Pretensión inaceptable.

La jurisprudencia ha establecido con reiteración ( SSTS.60/2012k de 8-2, 84/2010 de 18.2, 1290/2009 de 23.12, 1142/2009 de 24.11) que las declaraciones de coimputados son pruebas de cargo válidas para enervar la presunción de inocencia, pues se trata de declaraciones emitidas por quienes han tenido un conocimiento extraprocesal de los hechos imputados, sin que su participación en ellos suponga necesariamente la invalidez de su testimonio, aunque sea un dato a valorar al determinar su credibilidad (Cfr. STC 68/2002, de 21 de marzo y STS nº 1330/2002, de 16 de julio, entre otras). Sin embargo, ambos Tribunales han llamado la atención acerca de la especial cautela que debe presidir la valoración de tales declaraciones a causa de la posición que el coimputado ocupa en el proceso, en el que no comparece como testigo, obligado como tal a decir la verdad y conminado con la pena correspondiente al delito de falso testimonio, sino como acusado y por ello asistido de los derechos a no declarar en su contra y a no reconocerse como culpable, por lo cual no está obligado legalmente a decir verdad, pudiendo callar total o parcialmente.

En orden a superar las reticencias que se derivan de esa especial posición del coimputado, la doctrina de esta Sala ha establecido una serie de parámetros o pautas de valoración, referidas a la comprobación, a cargo del Tribunal de instancia, de la inexistencia de motivos espurios que pudieran privar de credibilidad a tales declaraciones, como la existencia de razones de enemistad o enfrentamiento, odio o venganza, afán de autoexculpación u otras similares. A estos efectos, han de valorarse, de existir, las relaciones existentes entre quien acusa y quien es acusado.

En el examen de las características de la declaración del coimputado el Tribunal Constitucional ha afirmado que "la declaración inculpativa del coimputado carece de consistencia plena como prueba de cargo cuando, siendo única, no resulta mínimamente corroborada por otras pruebas", lo que ha sido matizado en otras sentencias ( STC 115/1998, 68/2001, de 17 de marzo y la antes citada STC 68/2002) en el sentido de que "el umbral que da paso al campo de libre valoración judicial de la prueba practicada está conformado en este tipo de supuestos por la adición a las declaraciones del coimputado de algún dato que corrobore mínimamente su contenido. Antes de ese mínimo no puede hablarse de base probatoria suficiente o de inferencia suficientemente sólida o consistente desde la perspectiva constitucional que demarca la presunción de inocencia".

No ha definido el Tribunal Constitucional lo que haya de entenderse por corroboración, "más allá de la idea de que la veracidad de la declaración del coimputado ha de estar avalada por algún dato, hecho o circunstancia externa, debiendo dejar la determinación de si dicha mínima corroboración se ha producido o no al análisis caso por caso" ( STC nº 68/2002, de 21 de marzo). Lo que el Tribunal Constitucional ha exigido, como recuerda la STC 68/2001, es que "la declaración quede "mínimamente corroborada" ( SSTC 153/1997 y 49/1998) o que se añada a las declaraciones del coimputado "algún dato que corrobore mínimamente su contenido" ( STC 115/1998), dejando, como no puede ser de otro modo, a la casuística la determinación de lo que deba ser entendido por corroboración", ( SSTC. 118/2004 de 12.7, 190/2003 de 27.10, 65/2003 de 7.4, SSTS. 14.10.2002, 13.12.2002, 30.5.2003, 12.9.2003, 30.5.2003, 12.9.2003, 29.12.2004).

En este sentido las sentencias Tribunal Constitucional 102/2008 de 28.7, FJ. 3 y 91/2008 de 21.7, FJ. 3, recuerdan que este Tribunal viene declarando por lo que hace a la invocada vulneración del derecho a la presunción

de inocencia, que "la declaración de un coimputado es una prueba "sospechosa" en la medida en que el acusado, a diferencia del testigo, no sólo no tiene obligación de decir la verdad, de modo que no puede convertirse en el único fundamento de una condena penal ( STC 17/2004, de 23 de febrero, FJ 3). En sentencias recientes, resumiendo nuestra doctrina al respecto, hemos afirmado que "las declaraciones de los coimputados carecen de consistencia plena como prueba de cargo cuando, siendo únicas, no resultan mínimamente corroboradas por otras pruebas. Las reglas de corroboración se concreta, por una parte, en que no ha de ser plena, sino mínima, y, por otra, en que no cabe establecer que ha de entenderse por corroboración en términos generales, más allá de que la veracidad objetiva de la declaración del coimputado ha de estar avalada por algún hecho, dato o circunstancia externa, debiendo dejarse el análisis caso por caso la determinación de si dicha mínima corroboración se ha producido o no. Igualmente hemos afirmado que los diferentes elementos de credibilidad objetiva de la declaración -como pueden ser la inexistencia de animadversión, el mantenimiento o no de su declaración o su coherencia interna- carecen de relevancia como factores de corroboración, siendo necesario que existan datos externos a la versión del coimputado que la corroboren, no en cualquier punto, sino en relación con la participación del recurrente en los hechos punibles que el órgano judicial considera probados. Por último este Tribunal también ha declarado que la declaración de un coimputado no puede entenderse corroborada, a estos efectos, por la declaración de otro coimputado y que los elementos cuyo carácter corroborador ha de ser valorada por este son exclusivamente los que aparezcan expresados en las resoluciones judiciales impugnadas como Fundamentos probatorios de la condena (por todas, SSTC. 230/2007 de 5.10 FJ. 3º y 34/2006 de 13.2), ), teniendo en cuenta en primer lugar, que la exigencia de que la declaración inculpativa del coimputado cuente con un elemento externo de corroboración mínima no implica la existencia de una prueba directa o indiciaria sobre la participación del condenado en los hechos que se le imputan sino, más limitadamente, una prueba sobre la veracidad objetiva de la declaración del coimputado respecto de la concreta participación del condenado ( STC. 57/2009 de 9.3); y en segundo lugar, que son los órganos de instancia los que gozan de la inmediación y de un contacto directo con los medios de prueba, en el presente caso, y desde la posición que ocupa este tribunal, debe concluirse que los concretos elementos de corroboración referidos en la sentencia impugnada cumplen con las exigencias constitucionales para superar los mínimos necesarios que doten de suficiencia a la declaración del coimputado para enervar la presunción de inocencia del recurrente. En efecto, si bien, como ya se ha señalado, no cabe considerar elementos de corroboración mínima la inexistencia de contradicciones o de enemistad manifiesta, el Tribunal Constitucional ya ha reiterado que la existencia de una coincidencia entre lo declarado por un coimputado y las circunstancias del condenado atinentes a su conducta delictiva, "configuran una realidad externa e independiente a la propia declaración del coimputado que la avalan" (así, SSTC. 233/2002 de 9.12, ó 92/2008 de 21.7).

3.3.- Siendo así, la sentencia recurrida considera que existen datos que corroboran la versión del coimputado Sr. Genaro. En primer lugar, el hecho mismo de una relación amistosa entre ellos en aquellos momentos, tal y como han reconocido. En segundo, la rocambolesca justificación dada para justificar la compra del coche por la sociedad y el uso y el aseguramiento por parte del Sr. Genaro. Tercero, el hecho mismo de que fuese el Sr. Hermenegildo quien finalmente cobrase el seguro y no abonase absolutamente nada al Sr. Genaro, que era, según su versión, el gran perjudicado, que se quedaba sin coche y sin sus supuestos 80.000 €. Y cuarto, lo absurdo de que el Sr. Genaro cobrase en un BMW de alta gama, valorado en 72.000 €, cuando carece de ingresos y patrimonio acreditado.

Consecuentemente, tal como razona la sentencia recurrida y se asume en esta sede casacional, la única explicación lógica de lo sucedido es el acuerdo desde el principio entre los acusados a través de dicho entramado para poder cobrarse falazmente el seguro tras la sustracción ficticia del vehículo.

#### **Cuarto.**

El motivo segundo al amparo del art. 849.1 LECrim por haber mediado inaplicación del in dubio pro reo al condenar indebidamente por los arts. 457 como medio del art. 77 y 248, 249 y 250.6, todos del Código Penal.

El recurrente se limita a referir el sentido y significado del referido principio, olvidando que el proceso de análisis de las diligencias permite deslindar dos fases perfectamente diferenciadas: 1º Una primera de carácter objetivo que podría calificarse de constatación de existencia o no de verdaderas pruebas, fase en la que a su vez habría que diferenciar dos operaciones distintas:

- a) precisar si en la realización de las diligencias probatorias se han adoptado y observado las garantías procesales básicas.
- b) precisar si, además, tales diligencias probatorias suponen o aportan objetivamente elementos inculpativos o de cargo.

2º Una segunda fase de carácter predominante subjetiva, para la que habría que reservar "estrictu sensu", la denominación usual de "valoración del resultado o contenido integral de la prueba", ponderando en conciencia los diversos elementos probatorios, en base a los cuales se forma libremente la conciencia del Tribunal.

En la primera fase operaría la presunción de inocencia, en la segunda el principio in dubio pro reo. Así la presunción de inocencia se desenvuelve en el marco de la carga probatoria y supone ( STC. 31.5.85) que no es el acusado a quien corresponde demostrar que es inocente frente a la acusación que contra él se formula, sino que es a quien le mantiene a quien compete acreditar la imputación mediante las correspondientes pruebas, practicadas con validez jurídica y que puedan objetivamente reputarse como pruebas de cargo.

El principio "in dubio pro reo", presuponiendo la previa existencia de la presunción de inocencia, se desenvuelve en el campo de la estricta valoración de las pruebas, es decir de la apreciación de la eficacia demostrativa por el Tribunal de instancia a quien compete su valoración la conciencia para formar su convicción sobre la verdad de los hechos ( art. 741 LECr.).

Reitera la jurisprudencia que el principio informador del sistema probatorio que se acuña bajo la fórmula del "in dubio pro reo" es una máxima dirigida al órgano decisor para que atempere la valoración de la prueba a criterios favorables al acusado cuando su contenido arroje alguna duda sobre su virtualidad inculpatoria; presupone, por tanto, la existencia de actividad probatoria válida con signo incriminador, pero cuya consistencia ofrece resquicios que pueden ser decididos de forma favorable a la persona del acusado.

El principio in dubio pro reo, se diferencia de la presunción de inocencia en que se dirige al Juzgador como norma de interpretación para establecer que en aquellos casos en los que a pesar de haberse realizado una actividad probatoria normal, tales pruebas dejasen duda en el ánimo del Juzgador, se incline a favor de la tesis que beneficie al acusado ( STS. 45/97 de 16.1).

Desde la perspectiva constitucional la diferencia entre presunción de inocencia y la regla in dubio pro reo resulta necesaria en la medida que la presunción de inocencia ha sido configurada por el art. 24.2 como garantía procesal del imputado y derecho fundamental del ciudadano protegido por la vía de amparo, lo que no ocurre con la regla in dubio pro reo, condición o exigencia "subjetiva" del convencimiento del órgano judicial en la valoración de la prueba inculpatoria existente aportada al proceso. Este principio sólo entra en juego, cuando efectivamente, practicada la prueba, ésta no ha desvirtuado la presunción de inocencia, pertenece a las facultades valorativas del juzgador de instancia, no constituye precepto constitucional y su excepcional invocación casacional solo es admisible cuando resulta vulnerado su aspecto normativo, es decir "en la medida en la que esté acreditado que el Tribunal ha condenado a pesar de la duda" ( SSTS. 70/98 de 26.1, 699/2000 de 12.4).

Aunque durante algún tiempo esta Sala ha mantenido que el principio in dubio pro reo no era un derecho alegable al considerar que no tenía engarce con ningún derecho fundamental y que en realidad, se trataba de un principio interpretativo y que por tanto no tenía acceso a la casación, sin embargo, en la actualidad tal posición se encuentra abandonada. Hoy en día la jurisprudencia reconoce que el principio in dubio pro reo forma parte del derecho a la presunción de inocencia y es atendible en casación. Ahora bien, solo se justifica en aquellos casos en los que el Tribunal haya planteado o reconocido la existencia de dudas en la valoración de la prueba sobre los hechos y las haya resuelto en contra del acusado ( SSTS. 999/2007 de 12.7, 677/2006 de 22.6, 1125/2001 de 12.7, 2295/2001 de 4.12, 479/2003, 836/2004 de 5.7, 1051/2004 de 28.9). Es verdad que en ocasiones el Tribunal de instancia no plantea la cuestión así, por ello es preciso un examen más pormenorizado para averiguar si, en efecto, se ha infringido dicho principio. Por ejemplo, si toda la prueba la constituye un solo testigo y éste ha dudado sobre la autoría del acusado, se infringiría dicho principio si el Tribunal, a pesar de ello, esto es, de las dudas del testigo hubiera condenado, pues es claro que de las diversas posibilidades optó por la más perjudicial para el acusado.

La STC. 147/99 de 15-6, recuerda:

"Con relación a la primera vulneración alegada debe precisarse, antes de nada, que, con la perspectiva constitucional, el principio in dubio pro reo, "en tanto que perteneciente al convencimiento íntimo o subjetivo del órgano judicial", ni está dotado de la protección del recurso de amparo, "ni puede en modo alguno ser objeto de valoración por este Tribunal cuando el órgano judicial no ha albergado duda alguna acerca del carácter incriminatorio de las pruebas practicadas" ( SSTC 63/1993, de 1 de marzo, F. 4; 103/1995, de 3 de julio, F. 4; 16/2000, de 16 de enero, F. 4; 209/2003, de 1 de diciembre, F. 5; 61/2005, de 14 de marzo, F. 4; y 137/2005, de 23 de mayo, F. 3).

La STS 666/2010, de 14-7, por su parte señala:

"el principio "in dubio pro reo" nos señala cuál debe ser la decisión en los supuestos de duda pero no puede determinar la aparición de dudas donde no las hay, existiendo prueba de cargo suficiente y válida, si el Tribunal sentenciador expresa su convicción sin duda razonable alguna, el referido principio carece de aplicación ( STS 709/97, de 21-5; 1667/2002, de 16-10; 1060/2003, de 25-6). En este sentido la STS 999/2007, de 26-11, con cita en la STS 939/98 de 13-7, que recordaba que "el principio in dubio pro reo no tiene acceso a la casación por suponer una valoración de la prueba que está vedada a las partes con arreglo a lo establecido en el art. 741 LECr., pero esta doctrina quiebra cuando es la propia Sala sentenciadora la que en sus razonamientos nos muestra unas dudas evidentes. En estos casos sí es posible examinar en casación la existencia y aplicación de tal principio favorable al

reo. Por tanto, el principio in dubio pro reo sí puede ser invocado para fundamentar la casación, cuando resulte vulnerado su aspecto normativo, es decir, en la medida en la que esté acreditado que el tribunal ha condenado a pesar de su duda. Por el contrario, no cabe invocarlo para exigir al tribunal que dude, ni pueda pedir a los jueces que no duden. La duda del tribunal, como tal, no es revisable en casación, dado que el principio in dubio pro reo no establece en qué supuestos los jueces tienen el deber de dudar, sino cómo se debe proceder en el caso de duda ( STS 1186/95, de 1-12; 1037/95, de 27-12)".

En el caso presente el tribunal no ha tenido duda alguna sobre la autoría ni sobre la concurrencia de los elementos de los delitos: nada aparece en la sentencia que permita sugerir la duda.

#### **Quinto.**

Articula a continuación el recurrente el motivotermino, al amparo del art. 849.1 LECrim, al infringirse los arts. 789.1 y 160 LECrim, por superarse el plazo estipulado para dictar sentencia y notificarla; el motivo cuarto, al amparo del art. 5.4 LOPJ por haber mediado vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, a un juicio sin dilaciones indebidas consagrado por el art. 24 CE, al infringir el art. 789.1 y 160 LECrim, superando el plazo para dictar sentencia; el motivo quinto, al amparo del art. 852 LECrim y 5.4 LOPJ por haber mediado vulneración del derecho a un juicio sin dilaciones indebidas y a la tutela judicial, art. 24 CE, cuya circunstancia ha supuesto hurtar al recurrente la tutela efectiva de la jurisdicción prometida por el nº 1 de la misma norma constitucional; y el motivo sexto, al amparo del art. 849.1 LECrim por haber mediado inaplicación del inciso 6ª del art. 21 CP (atenuante analógica por dilaciones indebidas como muy cualificada) con los efectos penológicos del art. 66.1.2 del mismo texto, motivos estos que en cuanto denuncian todos el haberse producido una excesiva duración en la tramitación del procedimiento, con la subsiguiente aplicación de la atenuante de dilaciones indebidas como muy cualificada, con las consecuencias penológicas que ello comporta, deben ser analizados conjuntamente.

5.1.- Siendo así, la jurisprudencia de esta Sala (vid. SSTS 152/2018, de 2-4; 528/2020, de 2-10; 370/2021, de 4-5) 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 inculpaado 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 determinarse que del mismo se han derivado consecuencias gravosas, ya que aquel retraso no tiene que implicar éstas de forma inexorable y sin 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 constatarse 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).

2) En cuanto a su consideración como muy cualificada, esta Sala Segunda, STS 650/2018, de 14 de diciembre, tiene dicho que si para apreciar la atenuante simple se requiere una dilación indebida "extraordinaria" en su extensión temporal, ello debe comportar que los elementos que configuran la razón atenuatoria se den de forma intensa y relevante.

En concreto en relación a la dilación se exige que supere el concepto de "extraordinaria", que sea manifiestamente "desmesurada", esto es que esté fuera de toda normalidad. También cuando la dilación materialmente extraordinaria, pero sin llegar a esa desmesura intolerable, venga acompañada de un plus de perjuicio para el acusado, superior al propio que irroga la intranquilidad por la incertidumbre de la espera, como puede ser que la ansiedad que ocasiona esa demora genere en el interesado una conmoción anímica de relevancia debidamente contrastada; o que durante ese extraordinario período de paralización el acusado lo haya sufrido en situación de prisión provisional con el natural impedimento para hacer vida familiar, social y profesional, u otras similares que produzcan un perjuicio añadido al propio de la mera demora y que deba ser compensado por los órganos jurisdiccionales ( SSTS 95/2016 de 17 febrero, 318/2016 de 15 abril, 320/2018, de 29 de junio).

En definitiva, se necesita un plus que la Sala de instancia debe expresar mediante la descripción de una realidad singular y extraordinaria que justifique su también extraordinaria y singular valoración atenuatoria.

Como explica y compendia la STS 668/2016 de 21 de julio "en las sentencias de casación se suele aplicar la atenuante como muy cualificada en las causas que se celebran en un periodo que supera como cifra aproximada los ocho años de demora entre la imputación del acusado y la vista oral del juicio. Así, por ejemplo, se apreció la atenuante como muy cualificada en las sentencias 291/2003 de 3 de marzo (ocho años de duración del proceso); 655/2003 de 8 de mayo ( 9 años de tramitación); 506/2002 de 21 de marzo ( 9 años); 39/2007 de 15 de enero (10 años); 896/2008 de 12 de diciembre (15 años de duración); 132/2008 de 12 de febrero (16 años); 440/2012 de 25 de mayo (diez años ); 805/2012 de 9 octubre (10 años); 37/2013 de 30 de enero (ocho años ); y 360/201, de 21 de abril (12 años)." Más recientemente la STS 760/2015 de 3 de diciembre estimó una atenuante de dilaciones muy cualificada en un supuesto de 13 años de duración del proceso, en el que la única actividad procesal relevante en los últimos cinco fue el nombramiento de Letrado a un responsable civil y la formulación de conclusiones provisionales por éste.

Por otra parte la misma sentencia que acabamos de extractar, la STS 668/2016, rechazó la cualificación en un procedimiento que se inició en el año 2010, se dictó sentencia cinco años más tarde y que tuvo una paralización de un año y algunos meses. Y la STS 624/2016 de 13 de julio no aceptó la cualificación en un supuesto de duración similar del proceso, por unos hechos ocurridos en febrero de 2010, en el que se celebró el juicio oral en marzo de 2015, con dos periodos de inactividad, nueve meses para calificar los hechos por la acusación pública, y ocho meses en acordar la apertura del juicio oral, que el Tribunal consideró dilación extraordinaria aunque no cualificada.

Con arreglo a estos parámetros jurisprudenciales, aunque la causa haya tenido una duración superior a la debida en atención a la complejidad de la investigación y se hayan producido paralizaciones injustificadas, no han quedado desbordados los contornos propios de la atenuante de dilaciones, que solo podrá operar como simple, al no haber alcanzado la injustificada demora entidad o envergadura suficientes para sustentar la cualificación que se pretende. Sólo a partir de tal cualificación sería factible la gradación que el recurrente postula, reservada, como hemos dicho, para supuestos de extremada y excepcional intensidad. Otra cosa nos avocaría a un desajuste del sistema de penas previsto en el CP para los distintos tipos. "Una cosa es adaptar la pena por una demora excesiva en la tramitación del procedimiento y otra muy distinta desactivar los tipos penales por dilaciones procesales que no resulten verdaderamente superextraordinarias" ( SSTS 668/2016, de 21 de julio; 355/2018, de 16 de julio).

5.2.- En el caso actual, la sentencia recurrida, fundamento de derecho cuarto, estima concurrente la referida atenuante como ordinaria, razonando: "estamos ante un proceso penal en el que la instrucción no revestía particular complejidad, pues se ciñó a incorporar los documentos públicos en que se instrumentaron los hechos, siendo en recibir declaración a los acusados que fueron presentados como detenidos y acordar sobre su situación personal acontecido en marzo 2009 y posteriormente con las paralizaciones evidentes, se acuerda transformar las diligencias Previas en Procedimiento Abreviado, en el año 2011, se solicitan por la acusación diligencias que una vez incorporadas se emite acusación con fecha julio y diciembre de 2015, se acuerda la apertura de juicio oral 18-julio-2016, una vez comparecidos los acusados se remiten la actuaciones a la Audiencia en el año 2017, señalándose juicio oral para el 19 junio de 2018, la resolución de la presente causa fue dilatándose en el tiempo con paralizaciones evidentes se ha prolongado durante más de nueve años, entre instrucción y actuaciones en la Sala, por lo que se considera como simple dicha atenuante."

Y en consonancia con ello impone las penas en su mitad inferior en grado máximo "teniendo en cuenta las circunstancias personales de los acusados, mayores de edad, sin antecedentes, la rocambolesca operativa creada, así como la relevancia del perjuicio causado".

5.3.- Razonamiento insuficiente. La operativa creada es la necesaria para configurar el engaño propio de toda estafa, idóneo o adecuado para provocar el error determinante del traspaso patrimonial en el sujeto pasivo; y la relevancia del perjuicio, 71.820,49 €, ya ha sido tenido en cuenta para determinar la aplicación del subtipo agravado del art. 250.1.5º CP.

Por tanto, y debiendo valorarse el retraso en dictar sentencia denunciado -el juicio finalizó el 29 de junio de 2018 y la sentencia es de fecha 12 de noviembre de 2018- casi 5 meses después, retraso significativo y que aparece injustificado, toda vez que la formación de la voluntad colegiada -hemos dicho en STS 94/2007, de 14-2- requiere una cercanía temporal entre el juicio, la deliberación y el pronunciamiento de la sentencia, que la ley cifra en 10 ó 5 días, según el procedimiento, que en circunstancias especiales puede alargarse. El retraso para dictar sentencia es

injustificado y debe compensarse con la aplicación de la atenuante analógica con el correspondiente efecto en la extensión de la pena, aplicable igualmente a los coacusados que se encuentren en la misma situación, art. 903 LECrim.

Esta Sala, ss. 204/2004, de 23-2; 325/2004, de 11-3, considera que toda demora carente de justificación procesal es indebida. Por otra parte, el derecho a ser juzgado sin dilaciones indebidas alcanza inclusive a la sentencia de instancia, dado que sin ella no hay decisión y que ésta sea de un plazo razonable, es a lo que tiene derecho el acusado. Esta Sala no ignora que puedan haber existido causas estructurales de la organización de la justicia que puedan haber incidido en esta demora. Pero ellas no tienen efecto justificante de la lesión de derechos fundamentales.

Nos encontramos, por tanto, como dice la STS 534/2006, de 17-5, con una dilación en el plazo para dictar sentencia que no aparece justificado en la complejidad de la causa ni en alguna razón expuesta en la sentencia que pudiera hacer entender que la demora temporal fuera debida, y ese retraso en el ejercicio de la función jurisdiccional perjudica al acusado que durante ese tiempo espera la resolución de un conflicto en el que ha proclamado su inocencia, cuya valoración depende de un tribunal que debe proceder a la resolución de forma inmediata, en términos generales, a la celebración del juicio y deliberación de la sentencia, sin que conste que esta última se hubiera retrasado para facilitar un examen de la causa y circunstancias concurrentes (en el mismo sentido SSTS 1445/2005, de 2-12; 217/2006, de 20-2; 323/2006, de 22-3).

Consecuentemente esta Sala considera que no existen razones suficientes para la exasperación punitiva que la sentencia realiza dentro de la mitad inferior -imperativa su aplicación por mor del art. 66.1.1ª- debiendo imponerse en su límite mínimo.

#### **Sexto.**

El motivo séptimo, al amparo del art. 849.1 LECrim, por indebida aplicación de los arts. 248, 249 y 250.6 del CP.

Argumenta que de los hechos probados no se llega a conclusión alguna por la que se entiende que el recurrente ha cometido un acto penalmente reprochable, dado que al mediar una póliza que garantizara que en el supuesto de sustracción, el seguro respondería cobrando el mismo el recurrente, eso sucedió, sin que pueda deducirse que fuese conocedor de la falsedad de la denuncia.

El motivo se desestima.

6.1.- En efecto, debemos recordar previamente la doctrina de esta Sala contenida entre otras, en SSTS 380/2014, de 14-5; 86/2015, de 25-2, que establece los requisitos del motivo casacional del art. 849.1 LECrim:

1) Respeto a los hechos probados. La casación por este motivo, es un recurso extraordinario de fijación de la ley, no es una segunda instancia con posibilidades revisoras del hecho probado. Su función es comprobar la aplicación del derecho realizada por el tribunal de instancia a unos hechos que deban permanecer inalterados.

2) La denuncia debe ir referida a la infracción de unas normas jurídicas. Así se ha declarado ( STS 2-4-92) que "no existen posibilidades de fundar recurso de casación en materia penal, por infracción de doctrina legal ni la vulneración de doctrina jurisprudencial". ( STS 18-12-92). Tampoco integra ese carácter de norma jurídica los criterios de interpretación de la ley del art. 3 del Código Civil "El art. 3 del Código Civil, cuya infracción se denuncia, no constituye ninguna norma jurídica sustantiva de aplicación directa. Se trata de una norma interpretativa un principio inspirador de la interpretación y aplicación de las normas jurídicas, de difícil concreción e impropio, en cualquier caso, del cauce procesal examinado " ( STS 3-2- 92). Lo anterior ha de ser entendido desde la óptica más estricta del error de derecho. La actual jurisprudencia del Tribunal Supremo admite en su inteligencia una ampliación de las posibilidades del error de derecho con la invocación de derechos fundamentales, desde la tutela judicial efectiva, la infracción de la interdicción de la arbitrariedad en la interpretación de los preceptos penales desde su comparación con los precedentes jurisprudenciales, la infracción de las normas de interpretación sujetas a la lógica y racionalidad.

3) Las modalidades de la infracción son la aplicación indebida y la inaplicación, bien por invocar la aplicación errónea o inobservancia del precepto cuyo error se invoca.

4) La infracción ha de ser de un precepto penal sustantivo, u otra norma del mismo carácter que debe ser observada en la aplicación de la ley penal Por precepto penal sustantivo ha de entenderse las normas que configuran el hecho delictivo, es decir, acción, tipicidad, antijuricidad, culpabilidad y punibilidad y que deben ser subsumidos en los tipos penales; en las circunstancias modificativas o extintivas de la responsabilidad criminal; en la determinación de la pena, ejecución del delito, grados de participación y penalidad que se encuentra recogidas, fundamentalmente, en las normas del Código penal.

El respeto al hecho probado es una exigencia básica de este motivo de impugnación.

Así lo expresa la STS 121/2008, de 26 de febrero, "En el caso presente hemos de partir de que cuando se articula por la vía del art 849.1 LECrim. El recurso de casación ha de partir de las precisiones fácticas que haya

establecido el Tribunal de instancia. El 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 mas 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.

En definitiva no puede darse una versión de los hechos en abierta discordancia e incongruencia con lo afirmado en los mismos, olvidando que los motivos acogidos al art. 849.1 LECrim. Ha de respetar fiel e inexcusablemente los hechos que como probados se consignan en la sentencia recurrida.

6.2.- En el caso presente, tal como se señaló en el motivo segundo del recurso interpuesto por el coacusado Sr. Genaro, los hechos probados recogen como Hermenegildo se concertó con Genaro, actuando ambos con ánimo de lucro, para defraudar a la aseguradora Catalana Occidente SA, en virtud de la póliza de seguro multirriesgo de automóvil, suscrita el 18-10-2007, por el coacusado Genaro, como conductor habitual del vehículo BMW modelo 630i, con matrícula ....-DYY, propiedad de la sociedad unipersonal EBLA Inversiones de Capital SL, cuyo único socio y administrador era este recurrente Sr. Hermenegildo.

Añadiendo como "en virtud de lo acordado", Genaro compareció ante la Guardia Civil de Torrevieja a las 5,30 horas del día 18 de mayo de 2008, para denunciar, a sabiendas de su falsedad, la sustracción del turismo por autores desconocidos ente las 1,00 y las 5,00 horas de ese día.

Detallando a continuación, como en base a tal denuncia, Hermenegildo, como socio único de la entidad Ebla Inversiones de Capital SL, dueña del turismo sustraído, efectuó reclamación del siniestro a la compañía de seguros, quien indemnizó, firmando el finiquito este acusado, mediante transferencia bancaria a la cuenta de la sociedad en la CAM, el día 11 de agosto de 2008, de 71.820,49 €, cuenta en la que el acusado Hermenegildo se encontraba autorizado para disponer.

Del anterior relato fáctico es claro el concierto de voluntades de ambos acusados en la estrategia común de engañar a la aseguradora del vehículo, simulando un siniestro al comunicar la sustracción del vehículo a la compañía junto con la denuncia por robo presentada, medio adecuado para producir el engaño en los casos en los que el autor pretende realizar una estafa de seguro ( STS 1221/2005, de 19-10).

**Séptimo.** *El motivo octavo, al amparo del art. 849.1 LECrim, por indebida aplicación del art. 457 CP.*

Insiste en que ni del contenido de los hechos probados se descubre ese concierto necesario, ni la razón del mismo, como tampoco se desprende esa prueba necesaria y reclamada como vulneración del art. 24 CE, del conocimiento de la falsedad de la denuncia.

El motivo se desestima.

7.1.- En efecto, es necesario recordar los elementos que configuran este delito, que son ( STS 1550/2004, de 23-12):

a) La acción de simular ser responsable o víctima de una infracción penal o denunciar una infracción de este tipo inexistente en realidad, siendo el destinatario de la acción un funcionario judicial o administrativo que ante la noticia del delito tenga profesionalmente la obligación de proceder a su averiguación.

b) Que esa actuación falsaria motive o provoque alguna actuación procesal. A este respecto, la STS de 24 de enero de 1.994 declaraba que "en todo caso, la simulación de delito se produce cuando se lleven a cabo determinados actos que se sabe, y a ello están destinados, van a provocar la intervención policial y posteriormente la judicial, iniciándose las correspondientes diligencias procesales".

c) El elemento subjetivo que se integra con la consciencia de la falsedad de aquello que se dice y la voluntad específica de presentar como verdaderos hechos que no lo son, lo que excluye la comisión culposa (vid. SSTS 19-10-2005; 22-5-2008; 18-9-2009).

En cuanto a la actuación procesal provocada o generada por la acción típica, es cierto que tradicionalmente se venía considerando por la doctrina de esta Sala como una condición objetiva de punibilidad en un delito de mera actividad, lo que determinaba, de otra parte, la exclusión de la posibilidad de la tentativa, al situarse el momento consumativo en el momento en que la falsa "notitia criminis" llegaba al conocimiento del funcionario que tenía el deber de su averiguación.

Sin embargo, la actual línea jurisprudencial considera a esta figura como un delito de resultado, que estaría constituido por la actuación procesal subsiguiente, de suerte que en el ámbito de la ejecución se admite la tentativa en aquellos casos en los que la "notitia criminis" o denuncia simulada no llega a producir una actuación procesal, por lo que, a la postre, este elemento del tipo ya no se estima como una condición objetiva de punibilidad, sino como el resultado de la acción típica ( STS 1221/2005, de 19-10).

7.2.- En el supuesto de autos, conforme se expresa en la resultancia fáctica de la sentencia, los dos acusados puestos de acuerdo y para la comisión de la estafa, conocida como de seguro, simularon la sustracción del vehículo propiedad de la empresa de este recurrente, formulando el otro acusado, conductor habitual del turismo, la correspondiente denuncia, siendo plenamente consciente de su mendacidad, por lo que ambos incurren en este delito, aunque el autor material de la denuncia falsa no fuera el Sr. Hermenegildo, pues la declaración del hecho afirma que fueron los dos acusados recurrentes, para dar más verosimilitud a lo planeado, puestos de acuerdo, actuaron desde la preparación a la comisión del delito, realizando cada uno los actos que eran necesarios por su parte para conseguir el objetivo que se habían propuesto, pero actuando siempre y con arreglo al plan propuesto de antemano. Por ello son autores los dos acusados, en virtud del mutuo acuerdo, que da vivencia a la codelincuencia, ya que la responsabilidad penal alcanza no solamente a los actos propios, sino a los demás que entran en el concierto.

**Octavo.**

Estimándose parcialmente los recursos, se declaran las costas de oficio ( 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) Estimar parcialmente el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de Genaro; y por la representación procesal de Hermenegildo y EBLA INVERSIONES DE CAPITAL SL, contra la sentencia nº 452/2018, de fecha 12 de noviembre de 2018, dictada por la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Murcia, en el Rollo de Procedimiento Abreviado nº 28/2017.

2º) Se declaran las costas de oficio.

Comuníquese dicha resolución, a la mencionada Audiencia, con devolución de la causa en su día remitida. Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa. Así se acuerda y firma.

Andrés Martínez Arrieta Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre  
Andrés Palomo Del Arco Vicente Magro Servet Javier Hernández García

RECURSO CASACION núm.: 3336/2019

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

**SEGUNDA SENTENCIA**

Excmos. Sres.

D. Andrés Martínez Arrieta  
D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre  
D. Andrés Palomo Del Arco  
D. Vicente Magro Servet  
D. Javier Hernández García

En Madrid, a 9 de junio de 2021.

Esta Sala ha visto el recurso de casación nº 3336/2019, interpuesto por la representación procesal de Genaro, con DNI nº NUM001, nacido en Molina de Segura, Murcia, el NUM006-1968; y de Hermenegildo, con DNI

nº NUM000, nacido en Molina de Segura, Murcia, el NUM007-1969, y de EBLA INVERSIONES DE CAPITAL SL, en calidad de responsable civil subsidiario, contra la sentencia nº 452/2018, de fecha 12 de noviembre de 2018, dictada por la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Murcia, en el Rollo de Procedimiento Abreviado nº 28/2017, en causa seguida por estafa y simulación de delito, sentencia que ha sido casada y anulada parcialmente por la dictada en el día de la fecha por esta Sala Segunda del Tribunal Supremo, integrada por los Excmos. Sres. anotados al margen.

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

#### **ANTECEDENTES DE HECHO**

##### **Único.**

Se acepta la declaración de hechos probados de la sentencia recurrida.

#### **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

##### **Único.**

Tal como se ha razonado en el fundamento de derecho quinto de la sentencia precedente, procede realizar una nueva individualización penológica, y concurriendo la circunstancia atenuante de dilaciones indebidas, las penas se imponen en el límite mínimo de la mitad inferior.

#### **FALLO**

Por todo lo expuesto,

#### **EN NOMBRE DEL REY**

y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido

Manteniendo el resto de los pronunciamientos de la sentencia nº 452/2018, de fecha 12 de noviembre de 2018, dictada por la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Murcia, en el Rollo de Procedimiento Abreviado nº 28/2017, debemos condenar y condenamos a Genaro y Hermenegildo como autores responsables de un delito de estafa y otro de simulación de delito, en concurso medial, concurriendo la circunstancia atenuante de dilaciones indebidas, a las penas de 1 año de prisión, con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, y multa de 6 meses con cuota diaria de 6 €, por el delito de estafa; y multa de 6 meses con cuota diaria de 6 € por el delito de simulación de delito.

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

Así se acuerda y firma.

Andrés Martínez Arrieta Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre  
Andrés Palomo Del Arco Vicente Magro Servet Javier Hernández García

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.